



Uniceub
ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

VOLUME 13 • N. 1 • 2016
DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editores responsáveis por essa edição:

Professor Marcelo Dias Varella

Professor Nitish Monebhurrin

Professora Michelle Raton Sanchez Badin

Professor Fabio Costa Morosini

Professor Lucas Taschetto

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 13	n. 1	p. 1 - 463	jan-jun	2016
--	----------	-------	------	------------	---------	------

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**BRASILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW****Programa de Mestrado e Doutorado em Direito**

Centro Universitário de Brasília

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB

Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD

João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor

Marcelo Dias Varella

Linha editorial

A Revista de Direito Internacional (RDI) foi criada como instrumento de vinculação de trabalhos acadêmicos relacionados a temáticas tratadas pelo Direito Internacional Público e Privado. A revista é sucessora da Revista Prisms, que foi dividida em dois periódicos (junto com Revista Brasileira de Políticas Públicas), em virtude da quantidade de submissão de artigos e procura. Na busca pelo desenvolvimento e construção de visões críticas a respeito do Direito Internacional, a RDI possui sua linha editorial dividida em dois eixos:

1. Proteção internacional da pessoa humana: abrange questões referentes ao direito internacional ambiental, direito humanitário, internacionalização do direito, além de pesquisas sobre a evolução do direito dos tratados como forma de expansão do direito internacional contemporâneo.
2. Direito Internacional Econômico: abrange questões referentes aos sistemas regionais de integração, direito internacional econômico e financeiro e solução de controvérsias comerciais e financeiras. A RDI busca incentivar a pesquisa e divulgação de trabalhos relacionados as disciplinas voltadas para o estudo do Direito Internacional publicando artigos, resenhas e ensaios inéditos. A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas impulsionando a divulgação, o estudo e a prática do Direito Internacional.

Comitê editorial

Alice Rocha da Silva, Centro Universitário de Brasília

Cláudia Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul

José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo

Julia Motte Baumvol, Université d'Evry Val d'Essonne

Nádia de Araújo, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Nitish Monebhurrn, Centro Universitário de Brasília

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

www.rdi.uniceub.br

Circulação

Acesso aberto e gratuito

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 12, número 1 - . Brasília : UniCEUB, 2011- .

Semestral.

ISSN 2237-1036

Disponível também on-line: <http://www.rdi.uniceub.br/>

Continuação de: Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.

1. Direito Internacional. 2. Políticas Públicas. 3. Mundialização. I. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB. II. Centro Universitário de Brasília.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Endereço para Permuta

Biblioteca Reitor João Herculino

SEPN 707/907 Campus do UniCEUB

Cep 70790-075 Brasília-DF

Fone: 61 3966-1349

e-mail: biblioteca@uniceub.br

Sumário

DOSSIÊ TEMÁTICO: DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO.....	1
--	----------

EDITORIAL:

RESULTADOS DA III CONFERÊNCIA BIENAL DA RED DEI	3
--	----------

Michelle Rattón Sanchez-Badin (em nome da Diretoria da Red DEI), Fabio Costa Morosini e Lucas da Silva Tasquetto (em nome dos organizadores da III Conferência da Red DEI)

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO NO BRASIL: QUEM SOMOS E O QUE FAZEMOS? EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS DE 1994 A 2014	6
---	----------

Michelle Rattón Sanchez Badin, Fabio Costa Morosini e Inaê Siqueira de Oliveira

1. Introdução: Direito Internacional Econômico enquanto campo e o seu mapeamento empírico....	7
--	----------

2. Características demográficas	9
--	----------

3. Dedicção à pesquisa e ao ensino	11
---	-----------

4. Síntese: quem somos.....	13
------------------------------------	-----------

5. A compreensão do campo a partir dos cursos ministrados no Brasil.....	13
---	-----------

Descrição da metodologia	13
--------------------------------	----

Os espaços de ensino do professor em DIE.....	14
---	----

Os temas de ensino do professor de DIE	14
--	----

A cronologia do ensino em DIE no Brasil e seus agentes	15
--	----

Síntese: o que o mapeamento do ensino mostra?.....	16
--	----

6. A compreensão do campo com base nas atividades de pesquisa no Brasil	16
--	-----------

Descrição da metodologia	16
--------------------------------	----

Livros, coletâneas e capítulos sobre DIE.....	17
---	----

Artigos sobre DIE publicados em periódicos científicos	19
--	----

A formação de recursos humanos em DIE, em nível de pós-graduação	20
--	----

Síntese: o que o mapeamento da pesquisa mostra?.....	22
--	----

7. Considerações finais	23
--------------------------------------	-----------

Referências Bibliográficas	23
---	-----------

UM ESPAÇO PARA PENSAR EM ALTERNATIVAS? A ACADEMIA LATINO-AMERICANA DE DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO FRENTE À ORDEM ECONÔMICA GLOBAL	27
--	-----------

Nicolás Marcelo Perrone

1. Introdução	28
----------------------------	-----------

2. A função do direito internacional econômico: “ordenar” as relações econômicas internacionais	30
a. Ordenando o mundo criamos um mundo.....	30
b. A indeterminação das regras, as racionalidades do direito internacional econômico e o problema da ordem.....	31
3. O direito internacional e suas principais racionalidades: reconhecimento político e econômico na América Latina.....	32
a. A aspiração a ser parte dos países civilizados: igualdade e soberania.....	33
b. A aspiração a ser parte do mundo desenvolvido: igualdade, desenvolvimento e rule of law	34
4. A academia latino-americana de direito internacional econômico e sua contribuição à ordem econômica global.....	37
a. A contribuição por meio do ensino	37
b. A contribuição por meio da defesa dos interesses do Estado.....	38
c. A contribuição por meio da pesquisa	39
5. Considerações finais	40
Referências bibliográficas.....	41

GRUPO DE ALTO NÍVEL BRASIL - URUGUAI (GAN): UM NOVO PARADIGMA PARA A INTEGRAÇÃO PRODUTIVA NO MERCOSUL

Alebe Linhares Mesquita e Vivian Daniele Rocha Gabriel	
1. Introdução	46
2. Mercosul e o comércio de bens intra e extrabloco	46
3. O grupo de alto nível Brasil – Uruguai (GAN)	51
4. Comércio bilateral de bens entre Brasil e Uruguai	53
5. Iniciativas de integração produtiva entre Brasil Uruguai	55
6. Considerações finais	58
Referências bibliográficas.....	59

O COMÉRCIO DE SERVIÇOS ENTRE BRASIL E URUGUAI: LIBERALIZAÇÃO, DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO SETOR DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO (TIC) E SOFTWARES.....

Vivian Daniele Rocha Gabriel e Alebe Linhares Mesquita	
1. Introdução	63
2. A regulamentação internacional de serviços.....	64
3. O comércio de serviços de Brasil e Uruguai	67
4. O setor de tecnologia da informação e comunicação (TIC) e softwares	69
4.1. Análise Regulatória e Iniciativas de Brasil e Uruguai.....	70
4.2. Brasil e Uruguai: Complementaridade Produtiva?	72
5. Considerações finais	73
Referências bibliográficas.....	74

CORE LABOR STANDARDS NO REGIME DE PREFERÊNCIAS TARIFÁRIAS NO MERCOSUL: A NECESSIDADE DE HUMANIZAÇÃO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL78

Martinho Martins Botelho e Marco Antônio César Villatore

1. Introdução	79
2. A promoção das Normas Fundamentais Trabalhistas na sociedade internacional globalizada: a questão da cláusula social	81
3. A inclusão das NFTs no sistema multilateral do comércio da OMC.....	83
4. As NFTs e o MERCOSUL: entre a negociação das tarifas e a humanização do comércio intrarregional.....	86
5. O dumping social e o regime de preferências tarifárias no MERCOSUL: desenvolvimento e aplicação para uma integração mais justa	88
6. Considerações finais: a necessidade de adequação nas NFTs na integração regional MERCOSU-Lista	95
Referências bibliográficas.....	95

ACORDO TRIMS: FLEXIBILIZAÇÃO OU NÃO? POLÍTICA DE CONTEÚDO LOCAL, PROCESSO PRODUTIVO BÁSICO (PPB) E OS DESAFIOS PARA A INDÚSTRIA BRASILEIRA E A INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANA 100

Natália Figueiredo

1. Introdução	101
2. O Acordo TRIMS e seus impactos sobre políticas de conteúdo local.....	102
3. Os objetivos desenvolvimentistas das políticas de conteúdo local e o discurso brasileiro pela flexibilização do Acordo TRIMS	103
4. Possível descompasso entre o discurso desenvolvimentista no cenário internacional e os efeitos das políticas de conteúdo local na prática: algumas críticas	105
5. Questões constitucionais envolvendo medidas de conteúdo local: necessidade de promoção do desenvolvimento nacional e redução de desigualdades sociais e regionais	106
6. Política de conteúdo local no Brasil: estudo de casos específicos relacionados ao Processo Produtivo Básico (PPB).....	107
6.1. PPBs: estudo de casos	109
6.1.1. Filme BOPP	109
6.1.2. Pré-forma de resina PET.....	110
6.2. Política de PPB: uma análise sob a ótica do Acordo TRIMS e da Constituição Federal	111
6.2.1. PPB vs TRIMS.....	111
6.2.2. PPB vs. Constituição Federal.....	113
6.3. Política de PPB e proposição para maior integração da América Latina.....	115
7. Considerações finais	118
Referências bibliográficas	119

ESTUDIOS DE CASO DE RECHAZOS EN FRONTERA DE EXPORTACIONES ALIMENTARIAS LATINOAMERICANAS POR MOTIVOS RELACIONADOS CON MEDIDAS TÉCNICAS NO ARANCELARIAS..... 123

Sofía Boza, Juan Rozas e Rodolfo Rivers

1. Introducción	124
2. Estudios de caso sobre rechazos de exportaciones alimentarias	125
2.1. Chile.....	125
2.2. Costa Rica.....	127
2.3. República Dominicana.....	128
3. Consideraciones finales	130
Referencias bibliograficas.....	130

AMÉRICA DO SUL EM FACE DOS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO: RUMO AO RETORNO DO ESTADO NA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS? 133

Magdalena Bas

1. Introdução	134
2. Solução de controvérsias investidor-Estado nos tratados bilaterais de investimento da América do Sul.....	135
3. As três posições na América do Sul	137
3.1. Aspectos preliminares.....	137
3.2. Os membros.....	138
3.3. Os externos	139
3.4. Os dissidentes	140
4. Considerações finais	141
Referências bibliográficas.....	142
Apêndice A – Casos arbitrais consultados.....	144

FUTURO DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE CIENCIA TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN EN LA AGENDA ECONÓMICA DE AMÉRICA LATINA: DEFINIENDO CAMBIOS REGULATORIOS O PROTEGIENDO INVERSIONES 146

Rodrigo Corredor

1. Introducción.....	147
2. Narrativa de la formulación de políticas públicas en materia de innovación.....	147
2.1. Cambios y continuidad entorno al concepto de innovación.....	149
2.2. La innovación: un concepto para armar.....	150
3. Panorama de los estímulos a la innovación.....	151
4. La Innovación como parte del ‘interés público’ en el marco de controversias Estado-Inversionista...	153
5. Consideraciones finales	154
Referências bibiográficas.....	155

EL PAPEL DE LAS INSTITUCIONES DE CONTROL FINANCIERO SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO 157

Jose Miguel Camacho Castro

1. Introducción.....	158
2. La regulación como atención de la complejidad.....	158
3. La complejidad financiera contemporánea	160
4. El volumen de la financiarización	160
5. La ‘especulativización’ de los mercados.....	161
6. La criminalidad financiera.....	163
6.1. La evasión fiscal.....	163
6.2. El lavado de activos.....	164
7. Los diques institucionales: las instituciones de control financiero como garantía de derechos humanos.....	165
8. Consideraciones finales	167
Referencias bibliográficas.....	167

CONVERGENCIA REGULATORIA EN LA ALIANZA DEL PACÍFICO: UN CAPÍTULO INCONCLUSO 170

Rodrigo Polanco Lazo

1. Introducción.....	171
2. Convergencia regulatoria.....	171
2.1. La noción de convergencia regulatoria	171
2.2. La teoría de convergencia legal	173
3. Convergencia regulatoria y gobernanza cooperación internacional.....	175
3.1. Cooperación regulatoria en la OCDE	175
3.2. Lista de verificación APEC-OCDE	176
4. Convergencia regulatoria en acuerdos comerciales preferenciales.....	177
4.1. Anzcerta.....	177
4.2. ASEAN.....	177
4.3. TLCAN.....	178
4.4. MERCOSUR.....	178
4.5. Corea del Sur-UE	179
4.6. CETA	180
4.7. TPP.....	182
4.7.1. Alcance ámbito de aplicación de la coherencia regulatoria.....	182
4.7.2. Mecanismos Internos de Coherencia Regulatoria	182
4.7.2.1. Evaluación de impacto regulatorio	183
4.7.2.2. Transparencia y participación	183

4.7.3. Mecanismos eexternos de coherencia regulatoria.....	184
5. Mejora regulatoria en la alianza del pacífico.....	185
5.1. Ámbito de aplicación de la mejora regulatoria	186
5.2. Mecanismos internos de mejora regulatoria.....	186
5.2.1. Procesos de coordinación y revisión	186
5.2.2. Fomento de buenas prácticas regulatorias	187
5.3. Mecanismos externos de mejora regulatoria.....	188
5.3.1. Comité de mejora regulatoria y puntos de contacto	188
5.3.2. Actividades de cooperación regulatoria.....	189
5.4. Mecanismos de implementación de mejora regulatoria	189
6. Conclusiones finales	190
Referencias bibliográficas.....	192

O CONSTITUCIONALISMO E A COMUNITARIZAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL: POSSIBILIDADES PARA O COMÉRCIO INTERNACIONAL? **197**

Camilla Capucio

1. Introdução: Juridificação e Jurisdicionalização do Comércio Internacional	198
2. As Mudanças de Paradigma do Direito Internacional: Rumo a uma Comunidade Internacional.....	199
3. O Paradigma Constitucionalista do Direito Internacional	202
4. Constitucionalismo e Comunitarização na OMC: Entre abordagens teóricas e possibilidades reais	205
5. Considerações Finais	209
Referências bibliográficas.....	210

ESCASSEZ HÍDRICA E DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO: O BRASIL COMO PROTAGONISTA NA TRANSFERÊNCIA DE ÁGUA PARA REGIÕES ÁRIDAS **215**

Douglas de Castro

1. Introdução	216
2. Desenvolvimento.....	217
2.1. Produção agrícola e o conceito de água virtual	217
2.2. Água virtual e direito internacional econômico.....	219
2.3. A participação do Brasil na distribuição de água virtual	222
3. Considerações finais	223
Referências bibliográficas.....	224
Anexo A: a água virtual em alimentos comuns	227

A SEGURANÇA ENERGÉTICA COMO BASE PARA MAIOR INTEGRAÇÃO NA AMÉRICA DO SUL: À ESPERA DE UM TRATADO MULTILATERAL229

Matheus Bassani

1. Introdução	230
2. Breve análise do cenário atual	230
3. Fundamento de maior integração: a segurança energética	231
4. Necessária integração energética	233
5. Energia no Tratado Constitutivo da UNASUL	236
6. Proposta de um Tratado de Energia Sul-Americano (TES).....	238
7. Alternativas enquanto o TES não se concretiza	239
8. Considerações finais	242
Referências bibliográficas.....	242

OUTROS ARTIGOS.....246

AS PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA EUROPEU .. 248

Alice Rocha da Silva e Ruth M. P. Santos

1. Introdução	249
2. Aproximação dos domínios de direito da concorrência e contratação pública	250
2.1. Análise da relação de proximidade dos contratos públicos e direito da concorrência	250
2.2. Relação de complementariedade/conflicto entre concorrência e contratação pública	252
2.3. Diferenciação do termo “concorrência” para os contratos públicos e para o direito da concorrência	253
3. A formação de um modelo internacional de contratação pública com objetivos concorrenciais	256
3.1. Relevância da internacionalização dos contratos públicos para a promoção do direito da concorrência.....	256
3.2. Construção do direito europeu dos contratos públicos com ênfase na concorrência	257
3.3. Princípio da concorrência: ligação valorativa entre os dois sistemas	258
4. Práticas abusivas à concorrência nos contratos públicos no entendimento do tribunal de justiça da união europeia	260
4.1. Práticas anticoncorrenciais aplicáveis ao direito da contratação pública	260
4.2. Aplicabilidade de sanções nas práticas abusivas da concorrência no mercado de contratação pública: caso forposta – manutenção da concorrência com exclusão de operador econômico.....	261
5. Considerações finais	264
Referências bibliográficas.....	265

DO TRANSNACIONAL PARA O NACIONAL: IOSCO, O MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS BRASILEIRO E ACCOUNTABILITY268

Salem Nasser, Nora Rachman e Viviane Muller Prado

1. Introdução	269
2. Regras brasileiras sobre conclusão de acordos internacionais e sobre a incorporação do direito internacional público	271
2.1. Direito internacional	271
2.2. Regulação transnacional	272
3. Estudo de caso: implementação dos produtos regulatórios da IOSCO pela CVM.....	273
3.1. IOSCO, sua atividade e seus documentos.....	273
3.2. CVM em foros internacionais e sua participação na IOSCO	275
3.3. Mecanismos de controle na atividade normativa da cvm na internalização das regras da iosco.....	276
3.3.1. Poder normativo da CVM, processo de regulação e audiências públicas	276
3.3.2. Processo de internalização dos padrões regulatórios da IOSCO.....	277
4. Considerações finais	281
Referências bibliográficas.....	281

MIGRAÇÃO DE TRABALHADORES INTELLECTUAIS BRASILEIROS PARA O MERCADO INTERNACIONAL: IDENTIFICAÇÃO DE ATOS DE ALICIAMENTO DE EMPREGADOS E MECANISMOS LEGAIS PARA IMPEDIR A APROPRIAÇÃO TECNOLÓGICA E CONCORRÊNCIA DESLEAL285

José Carlos Vaz e Dias e João Marcelo Sant'Anna da Costa

1. Introdução	286
2. A construção do aliciamento de trabalhador sob a perspectiva do comércio internacional, concorrência e restrição à emigração	289
3. Os limites do recrutamento de trabalhador no âmbito da Constituição Federal de 1988.....	294
4. O aliciamento no ambiente concorrencial	296
5. Mecanismos para prevenir ou impedir a prática do recrutamento ilícito	300
6. Considerações finais	304
Referências bibliográficas.....	305

THE EASIER WAY TO HAVE “BETTER LAW”? THE MOST-SIGNIFICANT-RELATIONSHIP DOCTRINE AS THE FALLBACK CONFLICT-OF-LAW RULE IN THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA308

Chi Chung

1. Introduction	308
2. The PRC’s Fallback Conflict-of-Law Rule	309
2.1. The “Innovative” Statutory Fallback Rule.....	309
2.2. The Cases Where the Fallback Rule Was Applied.....	311

3. Between Standards and Rules	313
3.1. Standards and Rules Abstractly Compared	313
3.2. The Standard/Rule Comparison and the PRC's Fallback Rule.....	316
4. Final considerations	317

REFLEXOS JURÍDICOS DA GOVERNANÇA GLOBAL SUBNACIONAL: A PARADIPLOMACIA E O DIREITO INTERNACIONAL: DESAFIO OU ACOMODAÇÃO320

Valéria Cristina Farias e Fernando Rei

1. Introdução	321
2. Paradiplomacia	321
3. Personalidade e capacidade jurídica internacional dos governos subnacionais	326
4. Governança global e governança multinível	330
5. A validade internacional dos acordos firmados por governos subnacionais	333
6. Considerações finais	336
Referências bibliográficas	337

MATRIZES POLÍTICAS DA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL..... 341

Francisco Rezek

1. Introdução	341
2. Gênese do direito penal internacional	341
3. Jurisdições internacionais de circunstância	342
4. Ativismos nacionais	343
5. Jurisdição penal: competência e imunidade	344
6. Uma jurisdição geral e permanente	345
7. Perspectivas e incertezas	345
Referências bibliográficas	346

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO FRENTE A LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL Y ÉTNICA EN ESPAÑA.....348

Edilney Tomé da Mata e Eduardo Biacchi Gomes Correio

1. Notas introductorias sobre el control de convencionalidad de los tratados de derechos humanos	349
2. Acercamiento al concepto de control de convencionalidad como medio de efectividad del derecho internacional	351
3. Incorporación del derecho internacional sobre la lucha contra la discriminación racial y étnica en el ámbito interno español	354
3.1. Proceso de incorporación interna de los Convenios y Tratados internacionales de lucha contra la discriminación en España	355

3.2. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la discriminación racial y étnica en España	356
3.2.1. STC 214/1991: Violeta Friedman	356
3.2.2. STC 13/2001: Rosalind Williams Lecraft	357
3.2.3. STC 69/2007: María Luisa Muñoz Díaz	358
4. Conclusiones finales	359
Referencias bibliográficas	361

THE PEACE PROCESS IN SIERRA LEONE: AN ANALYSIS ON MARRIAGES BETWEEN CULTURE AND CRIME363

Gustavo Bussmann Ferreira

1. Introduction	364
2. Sierra Leone on Marriages: an emblematic case of physical and moral aggressions, between crimes and traditions	365
3. Exclusion as a War Reason and an Obstacle to Peace	368
4. Final considerations.....	371
References.....	373

FUNCIONALIZAÇÃO E EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: O DIREITO PENAL NEGOCIAL376

Antonio Henrique Graciano Suxberger e Dermeval Farias Gomes Filho

1. Introdução	377
2. A expansão do direito penal como fenômeno irreversível.....	378
2.1. A necessidade de expansão do direito penal diante dos novos bens jurídicos merecedores da tutela penal...378	
3. A possibilidade de convivência da expansão penal com os princípios penais de um Estado Democrático de Direito	381
4. A interface da expansão penal com o negócio penal processual	383
4.1. A dependência da expansão do direito penal aos novos instrumentos processuais de solução de conflitos na forma negociada	383
4.2. O uso do negócio processual como ferramenta de concretização da tutela penal no cenário expansionista sem conflitar com os limites constitucionais ao ius puniendi.....	388
5. Considerações finais	392
Referências bibliográficas.....	392

PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO CONSUMIDOR E COOPERAÇÃO INTERJURISDICIONAL396

Héctor Valverde Santana e Sophia Martini Vial

1. Introdução	396
2. Aspectos gerais da proteção internacional do consumidor.....	397
2.1. Normas de conexão no direito internacional.....	398

2.2. Desafios enfrentados pelos consumidores internacionais	403
3. Propostas de cooperação internacional em matéria de direito do consumidor	406
3.1. Proposta paraguaia, argentina e brasileira na CIDIP VII	407
3.2. Proposta brasileira da Conferência de Haia de convenção de cooperação em matéria de proteção dos visitantes e turistas estrangeiros.....	409
4. Considerações finais	411
Referências bibliográficas.....	411
THE LAND RIGHTS OF INDIGENOUS AND TRADITIONAL PEOPLES IN BRAZIL AND AUSTRALIA....	418
Márcia Dieguez Leuzinger e Kylie Lyngard	
1. Introduction	419
2. Traditional populations in Brazil.....	419
3. Indigenous australians.....	426
4. Comparison between land rights in Brazil and in Australia.....	431
5. Final considerations.....	434
References.....	435
THE RECEPTION OF EUROPEAN IDEAS IN LATIN AMERICA: THE ISSUE OF THE GERMAN SOURCES IN TOBIAS BARRETO, A PROMINENT NINETEENTH CENTURY BRAZILIAN LEGAL SCHOLAR.....	439
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
1. Preliminary remarks.....	439
2. Tobias Barreto and his German motivations.....	440
3. Tobias Barreto's German library	442
4. Exploring Tobias Barreto's German authors	444
5. An account of some authors found on Tobias Barreto's German library.....	445
6. Final considerations.....	455
References.....	456
NORMAS EDITORIAIS.....	461

**DOSSIÊ TEMÁTICO: DIREITO
INTERNACIONAL ECONÔMICO**

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editorial:
Resultados da III Conferência
Bienal da Red DEI
Results of the 3rd Biennial
Conference of the International
Economic Law Network (RED
DEI)

Michelle Ratton Sanchez-Badin

Fabio Costa Morosini

Lucas da Silva Taschetto

Editorial: Resultados da III Conferência Bienal da Red DEI

Results of the 3rd Biennial Conference of the International Economic Law Network (RED DEI)

Michelle Ratton Sanchez-Badin
(em nome da Diretoria da Red DEI) *

Fabio Costa Morosini **

Lucas da Silva Tasquetto
(em nome dos organizadores da III Conferência da Red DEI) ***

Apresentamos, neste dossiê especial da Revista de Direito Internacional, artigos selecionados da III Conferência Bienal da Rede Latino-Americana de Direito Econômico Internacional (Red DEI) - “O papel da América Latina no Direito Internacional Econômico”. A III Conferência Bienal da Red DEI realizou-se na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), em Porto Alegre, entre os dias 22 e 24 de outubro de 2015, e foi organizada em parceria com o Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP), a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), a Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Para tanto, contou-se com o financiamento público do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS), da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), além de patrocínios privados¹.

A Red DEI foi criada em 2010, com o intuito de estabelecer um foro regional de intercâmbio entre profissionais que trabalham com os pontos mais importantes da agenda do direito internacional econômico no espaço da América Latina. A Red DEI é, assim, o braço regional da *Society of International Economic Law* (SIEL), criada em 2008, com vistas a fomentar o debate global entre acadêmicos e operadores do Direito Internacional Econômico. No mesmo âmbito, encontra-se o *Post-Graduate and Early Professionals / Academics Network of the Society of International Economic Law* (PEPA), cujos encontros ocorrem anualmente e em 2014 foram realizados no Brasil.

Os dois primeiros encontros promovidos pela Red DEI, realizados na Universidade Externado da Colômbia em 2011 e posteriormente na Pontifícia Universidade Católica do Peru no ano de 2013, juntaram aproximadamente 250 acadêmicos, advogados e representantes de organizações internacionais provenientes de diversos países da América Latina e do mundo. A conferência em Porto Alegre, realizada em português e espanhol, reuniu

* Professora associada na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e coordenadora do Núcleo de Direito Global e Desenvolvimento na mesma instituição, com bolsa de auxílio à pesquisa FAPESP (2014/25776-4). Fundadora e membro do conselho executivo da *Society of International Economic Law* (2008-2012) e atual membro da diretoria executiva da Red Latinoamericana de Derecho Economico Internacional (2014-). E-mail: Michelle.Sanchez@fgv.br

** Professor e vice coordenador do Programa de Pós-Graduação em Estudos Estratégicos Internacionais da Faculdade de Ciências Econômicas e professor do Programa de Pós-Graduação em Direito, ambos da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. É também coordenador do Centro para Direito Globalização e Desenvolvimento e pesquisador do CNPq (bolsa produtividade em pesquisa nível 2). E-mail: fabio.morosini@gmail.com.

*** Professor do Curso de Relações Internacionais da PUC-SP. Pesquisador de pós-doutorado junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, com bolsa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). E-mail: lucas Tasquetto@gmail.com

1 Dentre os quais, destacamos Ruy Rosado de Aguiar Advogados Associados, Carvalho, Machado, Timm e Luz Advogados – CMTL, *International Law Association* – Ramo brasileiro, Barral M Jorge Consultores Associados, Nasser Sociedade de Advogados e Instituto de Estudos em Gestão Empresarial (IEGE).

mais de 130 participantes de mais de 12 países. Foram apresentados trabalhos sobre direito internacional dos investimentos, ensino e pesquisa em direito internacional econômico e comércio internacional, passando ainda pela governança internacional e pelo papel das organizações multilaterais. Essa diversidade temática e regional está registrada nos artigos que compõem este dossiê.

O processo de escolha dos trabalhos foi feito a partir de um processo de revisão às cegas, pelos membros da comissão organizadora, composta por diretores da Red, representantes das universidades organizadoras e do Comitê Executivo da Red. Além disso, para a seleção dos resultados finais para este dossiê, contamos com a contribuição de avaliadores e pareceristas da Revista de Direito Internacional, também por um processo às cegas. Logo, esse número não contém os artigos apresentados no Congresso, mas os artigos pré-seleciona-

dos pela dupla avaliação cega por pares no Congresso foram submetidos a nova dupla avaliação cega por pares na Revista, chegando aos melhores artigos do Congresso após quatro avaliações cegas. Logo, não se trata dos anais do evento.

Este dossiê conta, portanto, com inestimável apoio do Conselho Editorial da Revista de Direito Internacional e dos esforços realizados até aqui para a organização bem-sucedida da III Conferência Bienal da Rede Latino-Americana de Direito Econômico Internacional. O alinhamento entre os princípios da Red DEI e desta Revista pautados pelo mérito e qualidade dos trabalhos e pela imparcialidade na sua seleção foi essencial para atingirmos este resultado e avançarmos com a produção de qualidade acadêmica no Brasil.

Agradecendo a todos e todas envolvidos, esperamos que desfrutem da leitura dos textos selecionados para este dossiê.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Direito Internacional Econômico no Brasil: quem somos e o que fazemos? Evidências empíricas de 1994 a 2014

International Economic Law in Brazil: who are we and what we do? Empirical evidence from 1994 to 2014

Michelle Ratton Sanchez Badin

Fabio Costa Morosini

Inaê Siqueira de Oliveira

Direito Internacional Econômico no Brasil: quem somos e o que fazemos? Evidências empíricas de 1994 a 2014*

International Economic Law in Brazil: who are we and what we do? Empirical evidence from 1994 to 2014

Michelle Rattton Sanchez Badin **

Fabio Costa Morosini ***

Inaê Siqueira de Oliveira ****

* Recebido em 16/03/2016
Aprovado em 02/05/2016

** Professora associada e coordenadora do Núcleo de Direito Global e Desenvolvimento na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP). Bacharel e Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-doutorado na New York University, Global Hauser Law Program. Foi pesquisadora visitante no Graduate Institute of International Studies and Development e na University of California, Irvine, School of Law. Fundadora e membro do conselho executivo da Society of International Economic Law (2008-2012) e atual membro do diretoria executiva da Red Latinoamericana de Derecho Economico Internacional (2014-...). Bolsista FAPESP em Apoio à Pesquisa (2014/25776-4). *E-mail:* Michelle.Sanchez@fgv.br

*** Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), onde coordena o *Centro para Direito, Globalização e Desenvolvimento*. Fellow da Organização Mundial do Comércio (2009-2010). Ph.D. em Direito Internacional pela University of Texas at Austin (2007), mestre em Master of Laws pela University of Texas at Austin (2001) e mestre em D.E.S.S. Droit et Globalisation Économique pela Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne) e Institut d'Études Politiques de Paris (Sciences Po) (2004). Bolsista Produtividade em Pesquisa Nível 2 do CNPq. *E-mail:* Fabio.Morosini@ufrgs.br

**** Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 4º ano. Foi Bolsista no Programa de Iniciação Científica da FGV Direito SP no período 2013/2014. Desde agosto de 2014, é Bolsista no Programa de Iniciação Científica CNPq-UFRGS. *E-mail:* Inae.Oliveira@ufrgs.br

RESUMO

O campo do Direito Internacional Econômico (DIE) é recente no Brasil tanto como linha de pesquisa quanto como tópico disciplinar para ensino nas Faculdades de Direito. Considerando-se que o Brasil possui mais de mil Faculdades de Direito registradas no Ministério da Educação, o artigo se propõe a analisar o perfil da pesquisa e do ensino em Direito Internacional Econômico no país. Apresenta-se um mapeamento (i) do perfil do pesquisador em DIE no Brasil, (ii) do perfil da pesquisa, nisso compreendido como os pesquisadores têm desenvolvido suas pesquisas neste campo, quais os temas eleitos e as formas de produção e (iii) do perfil do ensino, nisso compreendido quais os temas privilegiados nos cursos desses pesquisadores e seus espaços em suas instituições de ensino. O referido mapeamento foi realizado a partir das informações disponibilizadas nos currículos dos pesquisadores brasileiros (CNPQ/Lattes). O que se pretende com este trabalho é uma aproximação da realidade do Direito Internacional Econômico nas faculdades brasileiras e, sobretudo, uma apreensão mais apurada sobre o que a academia brasileira compreende por Direito Internacional Econômico e sobre como o campo é explorado na produção acadêmica.

Palavras-chave: Direito Internacional Econômico. Brasil. Empírico. Plataforma Lattes.

ABSTRACT

The International Economic Law field is recent in Brazil not only as a research topic, but also as a course taught at Law Schools. Given that Brazil has more than a thousand Law Schools registered at the Ministry of Education database, this article aims at analyzing what is the profile of International Economic Law that is taught and researched in Brazil. We collected empirical evidence on (i) the profile of IEL scholars, (ii) the profile of the research they conduct, such as the most-common topics and how they vary over time, (iii) the profile of IEL courses, that is to say which are the most-

-common topics among the courses offered by the scholars and how much space do IEL-related topics receive in Brazilian Law schools. This research was performed based on public information available at the National Counsel of Technological and Scientific Development's Lattes database (CNPQ/Lattes). We hope to provide an overview into the reality of International Economic Law in Brazilian Law Schools, a clearer notion of how the academic community in Brazil defines IEL and how the field is explored scholarly.

Keywords: International Economic Law. Brasil. Empirical evidence. Lattes database.

1. INTRODUÇÃO: DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO ENQUANTO CAMPO E O SEU MAPEAMENTO EMPÍRICO

A referência ao Direito Internacional Econômico (DIE) enquanto campo de estudos específico¹ é relativamente recente, no mundo e também no Brasil. Com base nessa constatação, não são poucos os estudos que procuram delimitar esse campo a partir de seu objeto, de seus princípios ou de suas fontes.² Há, ainda, estudos

1 Aplicamos aqui a ideia de “campo” com o objetivo de deixar a definição aberta para estudos que se vinculam a esta concepção de DIE ao analisar relações econômicas e as regulamentações que sobre elas incidam, com impactos na vida social. Esta é concepção que tem orientado as produções com um enfoque sociológico sobre o Direito Internacional Econômico. Essa abordagem é bastante exemplificada nos estudos organizados por PERRY-KESSARIS, A. (Ed.) *Socio-legal approaches to international economic law: text, context, subtext*. New York: Routledge, 2013.

2 Circunscrever o campo do Direito Internacional Econômico tem sido uma tarefa cada vez mais ambivalente – ainda que sua definição nunca tenha sido muito clara. CARREAU, D.; FLORY, T.; JULLIARD, P. *Droit international économique*. Paris: Persée, 1990. p. 2-3 apresentaram uma tentativa de definição do DIE, a partir do método tradicional de “fontes”: *stricto sensu*, compreendendo, única e isoladamente, as regulamentações relativas às relações entre os Estados (públicas) face ao externo; e *lato sensu*, em que compreenderia toda e qualquer forma de regulamentação das relações econômicas, públicas e privadas. Como um marco para as novas pesquisas na área que tratam da dimensão internacional, mas também das questões transnacionais, aproximando o direito doméstico do foco de interesse das perguntas relevantes ao campo do DIE, ORTINO, F.; ORTINO, M. Law on the global economy: in a need for a new methodological approach? In: PICKET, C; BUNN, I; WARNER, D. *International economic law: the state and future of the discipline*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 89-106. complexificaram esta definição ao proporem a definição do DIE como resultado (i) de sua associação ao direito internacional, considerando assim as regras que regem as relações econômicas dos sujeitos de direito internacional

que possuem pretensões de, com base em alguma delimitação, configurar o campo como nova disciplina ou subdisciplina ou, apenas, deixá-lo como campo. Nossa proposta neste artigo não tem pretensões normativas, que poderiam levar a análises mais dogmáticas ou doutrinárias sobre esse campo. É, sobretudo, um estudo com pretensões descritivas, no qual o uso de técnicas empíricas de pesquisa foi essencial para a formação dos resultados abaixo apresentados. A opção por essa abordagem considera que, por ser um campo novo e, ainda, em disputa, é importante descrever como, no Brasil, os pesquisadores o identificam e delimitam o espaço de suas pesquisas e de ensino sob a epígrafe “Direito Internacional Econômico”.

Para tanto, definiu-se como “campo de análise” a Plataforma Lattes³, que registra o currículo público de

(definição a partir da origem ou das “fontes” de direito) e (ii) de sua associação ao direito da economia, que considera o estudo de regras que regulamentam atores econômicos e atividades que transpassam fronteiras, ou produzem impactos para além das fronteiras de um único sistema jurídico e econômico e, em razão disso, operam no, ou impactam o, sistema econômico global (definição a partir do objeto). Outros exemplos de tentativas de definição podem ser obtidos em: CHARNOVITZ, S. What is international economic law? *Journal of International Economic Law*, v. 14, n. 1, p. 3–22, 2014; HERDEGEN, M. *Principles of international economic law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 493; HUDEC, R. International economic law: the political theatre dimension. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 17, n. 1, p. 9-15, 1996; JACKSON, J. H. International economic law: reflections on the “boilerroom” of international relations. *American University Journal of International Law and Policy*, v. 10, n. 2, p. 595-606, 1994; PETERSMANN, E. U. International economic theory and international economic law: on the tasks of a legal theory of international economic order. In: MAC DONALD, R.; JOHNSTON, D. *The structure and process of international law: essays in legal philosophy, doctrine and theory*. Leiden: Brill, 1986. p. 227-262; REITZ, Curtis R. International economic law. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 17, n. 1, p. 29-32, 1994; SCHWARZENBERGER, G. *The principles and standards of international economic law*. Brill: Leiden, 1966. (Collected Courses of the Hague Academy of International Law, v. 117); TRACHTMAN, Joel P. The international economic law revolution. *Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 33-61, 1996; VAGTS, Detlev F. International economic law and the American Journal of International Law. *American Journal of International Law*, v. 100, n. 4, p. 769-782, Oct. 2006; ZAMORA, S. International economic law. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 17, p. 63-67, 1996.

3 Conforme apresentação oficial pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq): “A Plataforma Lattes representa a experiência do CNPq na integração de bases de dados de Currículos, de Grupos de pesquisa e de Instituições em um único Sistema de Informações. [...] O Currículo Lattes se tornou um padrão nacional no registro da vida pregressa e atual dos estudantes e pesquisadores do país, e é hoje adotado pela maioria das instituições de fomento, universidades e institutos de pesquisa do País. Por sua riqueza de informações e sua crescente confiabilidade e abrangência, se tornou elemento indispensável e compulsório à

pesquisadores no Brasil. A “população” analisada⁴ foi delimitada pelo uso das expressões “Direito Internacional Econômico” e/ou “Direito Econômico Internacional” nos currículos registrados na Plataforma Lattes⁵, do que decorre que o primeiro e principal critério de delimitação da população foi a autodeclaração dos próprios pesquisadores. Em relação a esse critério, conjugaram-se os de *i*) doutorado como titulação mínima e *ii*) última atualização do currículo há no mínimo três anos (ou seja, em 2012). Do total de 115 currículos⁶ relevantes para esta pesquisa, dez não estavam atualizados desde 2012 e foram, por esse motivo, excluídos⁷. Em síntese, 105 currículos compuseram a população final analisada neste artigo, sendo que se estabeleceu os últimos vinte e um anos – 1994 a 2014 – como delimitação temporal da análise da produção acadêmica daquela população.

análise de mérito e competência dos pleitos de financiamentos na área de ciência e tecnologia.” Informação disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/>>. Acesso em: 10 set. 2015.

4 Aplica-se aqui o conceito de população de Quivy: “À totalidade destes elementos, ou das ‘unidades’ constitutivas do conjunto considerado, chama-se ‘população’, podendo este termos designar tanto um conjunto de pessoas como de organizações ou de objectos de qualquer natureza” QUIVY, R.; CAMPENHOUDT, L. V. *Manual de investigação em ciências sociais*. 6. ed. Lisboa: Gradiva Publicações, 2013. p. 159.

5 O emprego intercambiado das expressões “Direito Internacional Econômico” ou “Direito Econômico Internacional” evidencia o processo de formação e delimitação em progresso do campo. Dos 115 currículos identificados, 84 aplicaram a expressão “Direito Internacional Econômico”, 21 “Direito Econômico Internacional” e 10 aplicam ambas as expressões. Há tentativas na literatura em distinguir estes dois campos ORTINO, F.; ORTINO, M. Law on the global economy: in a need for a new methodological approach? In: PICKET, C.; BUNN, I.; WARNER, D. *International economic law: the state and future of the discipline*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 89-106, contudo, conforme ficará mais claro na apresentação dos dados, observamos nesta coleta de dados que, no caso dos pesquisadores brasileiros, estas expressões parecem ser utilizadas indistintamente.

6 A título de curiosidade sobre a extensão dessa população no cenário da pesquisa e do ensino de Direito no Brasil, a Plataforma Lattes registrava, até 31 janeiro de 2016, o total de 2.912 doutores com vínculo em faculdades de Direito, de um total de 3.098.215 currículos registrados na Plataforma, das mais diversas áreas. Informações disponíveis em: <estatistico.cnpq.br/painelLattes>. Acesso em: 12 fev. 2016.

7 Aplicamos o critério de três anos considerando a temporalidade das avaliações das IES feitas pelos órgãos do sistema de educação do governo federal no Brasil, em especial da “Avaliação do Sistema Nacional de Pós-Graduação” realizada pela CAPES. Essa Avaliação é trienal, foi iniciada em 1998 e a mais recente ocorreu em 2013. Ela abrange os programas de pós-graduação de todas as áreas do conhecimento. A página da área do Direito, onde está disponível o Relatório da Avaliação Trienal 2013, pode ser consultado em: <<http://www.capes.gov.br/component/content/article/44-avaliacao/4663-direito>>. Acesso em: set. 2015.

Os dados dos 105 currículos selecionados foram registrados e as seguintes codificações serviram como instrumento de observação do perfil do pesquisador e do seu trabalho de ensino e pesquisa: *i*) gênero, *ii*) nacionalidade, *iii*) formação acadêmica, *iv*) atuação profissional, *v*) atividades de ensino e cursos ministrados, *vi*) projetos de pesquisa, *vii*) publicações em periódicos, *viii*) publicações em livros, coletâneas e capítulos de livros; *ix*) teses e dissertações orientadas e *x*) outras atividades declaradas pelo pesquisador. As codificações de *v*) a *x*) consideraram a atuação relacionada ao campo do DIE. Com base nos dados levantados, – os quais estão em base de dados disponível para consulta, mediante solicitação –, fizemos alguns mapeamentos e algumas inferências⁸, pontuando quando estas acontecem. A sistematização de alguns dados será apresentada, de forma quantitativa, com o objetivo de auxiliar na contextualização dos dados agregados. O que se pretende com este trabalho é uma aproximação à realidade do Direito Internacional Econômico nas faculdades de direito brasileiras e, sobretudo, uma apreensão mais apurada sobre o que a academia brasileira compreende por Direito Internacional Econômico e sobre como o campo é explorado na produção acadêmica. É, portanto, ainda uma análise formal, a partir dos dados coletados. A pesquisa abre, contudo, um espaço para avanços qualitativos futuros sobre o quadro apresentado.

O artigo é apresentado em três seções e uma breve conclusão. Na primeira seção, apresentamos os resultados do *perfil da população* analisada; na segunda, o *perfil do ensino* em DIE, nisso compreendido quais os temas privilegiados nos cursos dos pesquisadores e seus espaços em suas instituições de ensino; e, na terceira, o *perfil de pesquisa* em DIE, nisso compreendido como os pesquisadores têm desenvolvido suas pesquisas nesse campo, quais os temas eleitos e as formas de produção. Na sequência, apresentamos algumas notas finais.

O perfil da população: quem são os pesquisadores brasileiros em Direito Internacional Econômico? Com base no levantamento dos currículos dos pesquisadores na Plataforma Lattes, para apresentarmos o perfil desta população selecionamos *i*) características demográficas,

8 Vale explicitar que “inferência” é apresentada nas técnicas de pesquisa empírica como uma interpretação controlada BARDIN, L. *Análise de conteúdo*. Tradução Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 165. Isso significa que a coleta de dados e sua sistematização auxiliam na análise do pesquisador, para avançar com graus de objetividade e exercícios de generalização.

nisso incluso nacionalidade, gênero, ano⁹ e local de obtenção do título de doutorado, a relação entre espaços de formação acadêmica e de atuação profissional acadêmica, e estágio na carreira acadêmica em 2015; e *ii*) a dedicação à pesquisa e ao ensino, quanto ao regime de trabalho (na academia).

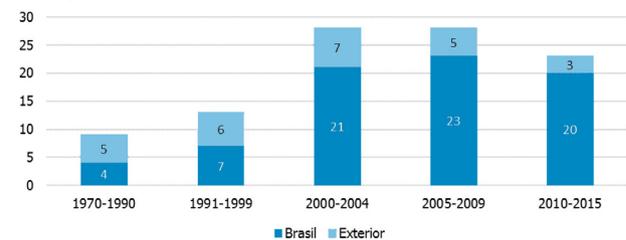
2. CARACTERÍSTICAS DEMOGRÁFICAS

Sobre a nacionalidade, identificamos que a quase totalidade de pesquisadores em DIE Brasil são brasileiros (98,1%), os dois pesquisadores estrangeiros são latino-americanos, de origem colombiana. Sobre a distribuição de gênero, observamos que a maioria dos pesquisadores em DIE, no Brasil, são homens (71,4%)¹⁰.

Da totalidade da população selecionada, a maioria (74,3%) obteve sua formação de doutorado no Brasil, enquanto um quarto (25,7%) obteve sua formação de doutorado no exterior. A maior parte da população também registra uma vida como pesquisador doutor recente: 77,14% obtiveram o título de doutor nos últimos quinze anos – *i.e.*, a partir do ano 2000.

Quando contrastamos o ano de obtenção do doutorado com a instituição e sua localização, observamos que há um crescente número de doutores em DIE formados por IES brasileiras, em oposição ao período 1970-1999, no qual a maioria dos pesquisadores obteve sua formação do exterior, conforme sintetizamos no gráfico abaixo:

Gráfico – Formação acadêmica, com base em ano e local de obtenção do título de doutorado



Fonte: Elaborado pelos autores, a partir de base de dados própria.

Considerando-se que parte significativa da população analisada obteve o seu título de doutorado a partir dos anos 2000, é possível identificar uma importante contribuição dos programas de pós-graduação (PPG) no Brasil para a formação dos pesquisadores e do campo em DIE no país. Por isso, entendemos relevante verificar a relação entre as IES que formam esses pesquisadores no Brasil em relação a: *i*) distribuição entre diferentes programas de pós-graduação (PPG) e *ii*) a vinculação posterior em carreira acadêmica nas mesmas IES em que obtiveram o doutorado.

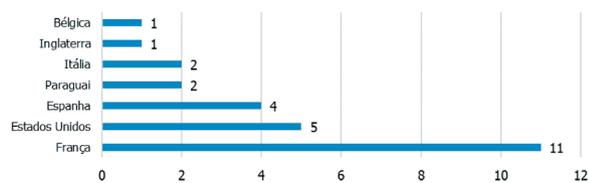
Analisando-se tanto as instituições do Brasil como as do exterior, nota-se que são poucas as instituições que formam a maioria dos pesquisadores em DIE no Brasil. Colocado de outra forma, há uma concentração grande das instituições de formação destes pesquisadores. Considerando todo o universo de instituições (nacionais e estrangeiras), há predominância das universidades públicas, as quais representam 74,3% do total das IES em que os pesquisadores obtiveram os seus títulos de doutorado.

No caso das instituições estrangeiras, essa particularidade também pode estar associada ao fato de pouco mais de dois terços dos pesquisadores com formação no exterior terem concluído seu doutoramento em instituições de países europeus, os quais têm tradição de ensino superior público, conforme detalhado a seguir. Nessa relação, atenta-se, ainda, para a prevalência das instituições francesas, em especial a Université de Paris 1 (Panthéon Sorbonne).

⁹ A Plataforma Lattes não disponibiliza, para o público, o ano de nascimento do pesquisador. Entendemos, também, que o ano de obtenção do doutorado pode ser mais importante para o significado de “idade” profissional do pesquisador (ou unidade analisada).

¹⁰ Essa distribuição se alinha ao que foi constatado pelo Observatório do Ensino do Direito da FGV Direito SP ao mapear o perfil do professor de Direito no Brasil. Segundo relatório publicado pelo Observatório em 2013, 62% das funções docentes são ocupadas por docentes do gênero masculino GHIRARDI, José Garcez (Coord.) et al. Introdução: quem é o professor de Direito no Brasil? *Observatório do Ensino do Direito*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 10-11, out. 2013. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_oed_out_2013quem_e_o_professor_de_direito_no_brasil.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

Gráfico - País da instituição onde pesquisadores em DIE concluíram o doutorado no exterior



Fonte: Elaborado pelos autores, a partir de base de dados própria.

No caso das IES brasileiras em que os pesquisadores em DIE concluíram seus doutorados, verifica-se, também, um alto grau de concentração regional (62% na região sudeste e 26,6% na região sul) e, particularmente, em uma IES específica - a Universidade de São Paulo (USP). Essa instituição responde, isoladamente, por 35,4% das titulações de doutorado obtidas no Brasil pela população analisada.

Apesar da formação concentrada, os dados indicam que 67,9% dos pesquisadores em DIE que obtiveram seus doutorados no Brasil mudaram de organização¹¹ na sua carreira profissional, metade destes ainda foram para organizações em outros estados ou país. Se considerarmos aqueles que obtiveram os seus títulos no exterior, tal porcentagem aumenta para 76,19%. Tal mobilidade não pode, no entanto, obscurecer que prevalece um alto grau de endogenia¹², sobretudo nas IES mais tradicionais, na área do Direito ou do Direito Internacional. Esses são os casos da Universidade de São Paulo (USP), da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), com um grau mais acentuado para essas duas

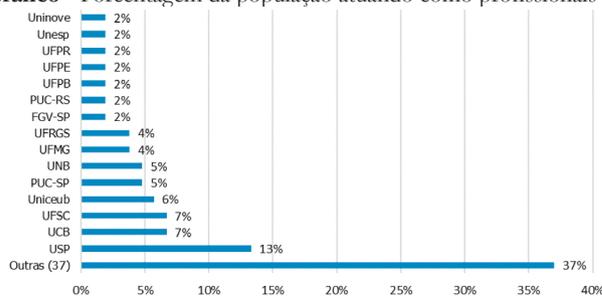
11 Em alguns currículos que compõem a população, o vínculo acadêmico registrado não é com uma IES, mas com organizações de outra natureza, por isso usamos genericamente o termo “organizações”. Para fins de registro, das 52 organizações três não são IES, quais sejam: Associação de Assistência aos Praianos de Guarujá, Centro de Estudos e Pesquisas em Economia e Gestão Governamental (CEPEGG) e Instituto Rio Branco (IRBr).

12 O conceito de endogenia nas universidades foi apresentado em 1960 por Bernard Berelson como referência a processos na academia dos EUA. Então, o conceito foi generalizado tal como apresentado em Braga e Venturini “[a endogenia é] uma prática de contratação onde as universidades contratam seus próprios doutores que, em virtude disto, permanecem na instituição onde estudaram, para trabalhar durante toda a sua carreira” BRAGA, M. M. S.; VENTURINI, A. E. J. F. Endogenia acadêmica em um programa de pós-graduação em direito. In: MEZZARROBA, Orides; TAVARES NETO, José Querino; VASCONCELOS, Silvia Andréia. (Org). *Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 91-108. p. 94. A respeito do exemplo sobre a endogenia na Faculdade de Direito da USP e, especificamente, no seu departamento de Direito Internacional, consultar o texto supramencionado.

últimas. Antes de analisarmos o grau de endogenia, apresentaremos a relação das organizações que mais empregam profissionais com atuação em DIE.

Das 1.192 faculdades de direito em atividade no Brasil¹³, 113 delas apresentavam programas de pós-graduação em 2013 e, destas, apenas 31 tinham programas de doutorado¹⁴. Destas faculdades, apenas 49 IES foram indicadas como espaço de atuação profissional dos currículos que compõem a população analisada. Abaixo segue a indicação das organizações que empregam o maior número de profissionais em DIE identificados na Plataforma Lattes, sendo que isso inclui as IES e demais organizações¹⁵:

Gráfico - Porcentagem da população atuando como profissionais



Fonte: Elaborado pelos autores, a partir de base de dados própria.

Desta população, reteremos as 15 IES que mais empregam, conforme diagnosticado no Gráfico 3. Destas 15 restam onze com programas de doutorado¹⁶ e que comporão a amostra¹⁷ sobre o grau de endogenia. A se-

13 BRASIL. Ministério da Educação. *Instituições de Educação Superior e Cursos Cadastrados, Sistema e-MEC*. Disponível em: <<http://emec.mec.gov.br/>>. Acesso em: 14 set. 2015.

14 BRASIL. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Documento de área 2013. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/images/stories/download/avaliacaotrienal/Docs_de_area/Direito_doc_area_e_comiss%C3%A3o_16out.pdf>. Acesso em: 14 set. 2015.

15 No total foram 52 organizações indicadas como espaço de atuação acadêmica dos 105 pesquisadores localizados na Plataforma Lattes, sendo que quatro destas não são IES (ver nota de rodapé 15).

16 As instituições sem programa de doutorado, em 2015, eram FGV-SP, UCB, Unesp e Uninove, cf. dados disponibilizados pela Capes BRASIL. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. *Relação de Cursos Recomendados e Reconhecidos 2015*. Disponível em: <<http://conteudoweb.capes.gov.br/conteudoweb/ProjetoRelacaoCursosServlet?acao=pesquisarIes&codigoArea=60100001&descricaoArea=&descricaoAreaConhecimento=DIREITO&descricaoAreaAvaliacao=DIREITO>>. Acesso em: 14 set. 2015.

17 Aplicamos aqui o termo “amostra” no sentido de uma parte da população analisada e que seja suficientemente representativa, para fazermos inferências sobre a totalidade da população. A respeito de critérios para a seleção de amostras no conjunto de uma população, v. JOHNSON, J. B.; REYNOLDS, H. T.; MYCOFF, J. D. *Political science research methods*. 6th ed. Washington: CQ Press, 2008. p. 209 e ss.

guir, apresentamos a indicação do grau de endogenia em relação aos profissionais em DIE, com base nos dados levantados na Plataforma Lattes¹⁸, para as IES que mais empregam e que possuem programas de doutorado:

Tabela 1 – Grau de endogenia em DIE nas principais IES

IES	Grau de endogenia	Total de profissionais em DIE	Profissionais com doutorado nesta IES
PUCSP	100%	5	5
UFPE	100%	2	2
USP	71,4%	14	10
PUC-RS	50%	2	1
UFPR	50%	2	1
UFSC	28,6%	7	2
UFMG	25%	4	1
UFRGS	25%	4	1
Uniceub	16,7%	6	1
UFPB	0	2	0
UnB	0	5	0

Fonte: Elaborado pelos autores, a partir de base de dados própria.

Os dados sobre as IES que mais empregam evidenciam, também, alto grau de concentração nas universidades públicas (com 40% dos profissionais em DIE) – assim como ocorre com as IES com mais capacidade de formação de doutores em DIE, tal qual observado acima. Esses dados sobre IES de formação, organizações que mais empregam e graus de endogenia confirmam a observação de Bernard Berelson¹⁹, de que a endogenia acadêmica tende a ser uma característica das elites universitárias e surge durante as fases iniciais do desenvolvimento dos sistemas de ensino superior e, ainda, de que as “as taxas de endogenia nas outras universidades nunca são tão predominantes em comparação às

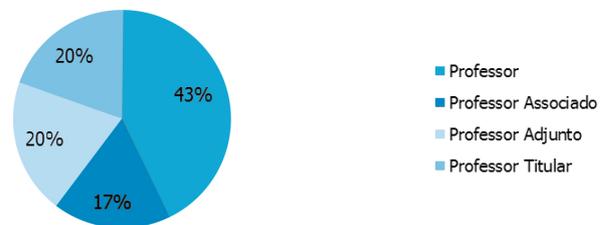
18 Ressaltamos que a análise sobre a endogenia aqui considera todos os currículos de profissionais de uma IES que resultaram na população de DIE identificada para fins deste artigo. Por isso, nossos números diferem em certa medida daqueles de Braga e Venturini, que por exemplo registram 100% de endogenia no Departamento de Direito Internacional da USP BRAGA, M. M. S.; VENTURINI, A. E. J. F. Endogenia acadêmica em um programa de pós-graduação em direito. In: MEZZAROBBA, Orides; TAVARES NETO, José Querino; VASCONCELOS, Sílvia Andréia. (Org.). *Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 91-108. Isso ocorre porque nossos dados e forma de tratamento desses foi diferentes. No levantamento para este artigo, a busca na Plataforma Lattes resultou em profissionais em DIE da USP que são professores de outros departamentos da FD/USP e, também, inclui na população aqueles obtiveram seu doutorado em outras unidades da USP - não analisadas pelas autoras Braga e Venturini.

19 BERELSON, B. *Graduate education in the United States*. New York: McGraw-Hill, 1960.

universidades de elite, porque elas são criadas em fases posteriores do desenvolvimento do sistema de ensino superior e tendem a contratar doutores originários das referidas universidades”²⁰.

Por fim, dos 105 currículos analisados, 96 indicaram um vínculo permanente como professor ou outro estágio mais avançado na carreira acadêmica em 2015. Nesse mapeamento, há uma distribuição majoritária na posição genérica de “professor”, mas também uma distribuição equitativa entre outros níveis da carreira como professor associado, professor adjunto ou professor titular. A população analisada encontra-se, então, dividida da seguinte forma:

Gráfico - Posição na carreira acadêmica dos professores em DIE



Fonte: Elaborado pelos autores, a partir de base de dados própria.

3. DEDICAÇÃO À PESQUISA E AO ENSINO

Nesta subseção, para melhor compreensão do perfil da população, o objetivo é identificar o grau de dedicação à carreira acadêmica pelo profissional em DIE. Isso compreenderá a apresentação dos dados dessa população quanto ao regime de trabalho (na academia), além dos cursos em DIE que estão registrados em seus Lattes, a dedicação à pesquisa e a vinculação destas pesquisas a núcleos registrados no CNPq, bem como a filiação desses pesquisadores em associações acadêmicas. Os dados terão um enfoque mais quantitativo nesse primeiro momento e, nas seções seguintes, passaremos a uma análise mais qualitativa dessas informações.

20 BRAGA, M. M. S.; VENTURINI, A. E. J. F. Endogenia acadêmica em um programa de pós-graduação em direito. In: MEZZAROBBA, Orides; TAVARES NETO, José Querino; VASCONCELOS, Sílvia Andréia. (Org.). *Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 91-108. Tais números alertam para o dado apresentado por Horta (2013), sobre a relação negativa entre endogenia e produtividade acadêmica e sobre a potencial estagnação intelectual dos acadêmicos endógenos, com reduzidas conexões com o mundo externo ao da sua IES. Não iremos explorá-lo, no entanto, neste artigo. Esse pode ser um ponto a ser explorado em futuras pesquisas.

O regime de trabalho da população analisada (105 currículos) não foi declarado em apenas três currículos. No restante, há uma distribuição maior entre profissionais com dedicação exclusiva (37) e profissionais horistas (30), que são as duas pontas do grau de dedicação à atividade acadêmica.²¹ O restante se distribui quase que equitativamente entre as posições de profissionais em regime de quarenta horas (tempo integral) (19) e de vinte horas (tempo parcial) (16). Vale considerar que nas posições de profissionais horistas e em tempo parcial incluem-se aqueles profissionais sem um vínculo como professor.

A indicação de cursos ministrados pelos pesquisadores em DIE teve o objetivo, nesse primeiro momento, de identificar associações entre o regime de dedicação acadêmica do professor e a sua carga horária de ensino em temas relacionados ao DIE. Uma análise mais qualitativa sobre a identificação das áreas temáticas que estes pesquisadores em DIE ensinam e a relação dos temas dos cursos com eixos de pesquisa em DIE desta população será apresentada na Seção 5 A compreensão do campo a partir dos cursos ministrados no Brasil (“A compreensão do campo a partir dos cursos ministrados no Brasil”) e na Seção 6 A compreensão do campo com base nas atividades de pesquisa no Brasil (“A compreensão do campo a partir da produção no Brasil”).

Considerando que a Plataforma Lattes tem sido uma base mais voltada para o registro sobre pesquisa²², em detrimento de ensino no nível superior, durante a pesquisa, pudemos observar que a parte relativa a cursos é aquela com menor número de informações – e, portanto, pouco precisa no tocante a datas, carga horária,

número de alunos, inovação – e é também a parte menos atualizada dos currículos. A associação entre o tipo de vínculo (em termos de dedicação de horas) e horas de ensino, por exemplo, não foi possível de realizar por falta de informações neste sentido.

No tocante à dedicação à pesquisa pelos pesquisadores em DIE no Brasil, dos 105 currículos apenas 17 deles indicaram projetos de pesquisa em DIE ativos. Outro dado de relativo impacto para a área é que, dos 17, apenas três deles estão vinculados a grupos de pesquisa registrados na base do CNPq²³. Se contrastarmos esse número de grupos com o total na área do Direito no Brasil (1.203 grupos registrados), observamos que a presença ou apresentação do campo do DIE na pesquisa no Brasil (três grupos de pesquisa registrados com projeto na área) é muito reduzida no radar das plataformas de planejamento e gestão de pesquisa e desenvolvimento científico no país.

Dos 17 projetos de pesquisa atualmente ativos em direito internacional econômico no Brasil, 10 são desenvolvidos na região sudeste do Brasil. Como veremos nas seções 2 e 3 deste artigo, esta é a região com maior representatividade em DIE em números absolutos, entre 1994 e 2014. Em segundo lugar, 4 projetos de pesquisa na área são desenvolvidos no sul do país, seguida pela região centro-oeste, com 2 projetos de pesquisa. Esses indicadores geográficos são coerentes com os indicadores de produção em publicações e orientações em DIE, conforme seção 3 abaixo.

Apenas 5 projetos de pesquisa atualmente recebem algum tipo de financiamento público ou privado, contra 12 que não recebem apoio financeiro. As fontes mais frequentes de financiamento público são CNPq (3 pro-

21 A grande incidência de profissionais com dedicação exclusiva dá sinais de que a área de DIE tem, nesse aspecto, um perfil distinto daquele que predomina nas faculdades de direito do Brasil. Conforme relatório do Observatório do Ensino do Direito, de 2013, apenas 6% das funções docentes nas faculdades de direito eram ocupadas por docentes em regime de dedicação exclusiva – se analisadas apenas as instituições públicas, a proporção era maior, de 30% GHIRARDI, José Garcez (Coord.) et al. Introdução: quem é o professor de Direito no Brasil? *Observatório do Ensino do Direito*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 10-11, out. 2013. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_oed_out_2013quem_e_o_professor_de_direito_no_brasil.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016. p. 78. Acreditamos que o fato de a maior parte dos pesquisadores em DIE estar em instituições públicas, ou em instituições privadas de elite, a maioria das quais possui programa de pós-graduação, influencia na formação dessa que parece ser uma peculiaridade da área.

22 As avaliações dos PPGs no Brasil consideram, com maior peso, o impacto da produção – entendida esta como publicações – em detrimento de outras atividades acadêmicas. Consequentemente, os docentes tendem a valorizar aquele tipo de registro na Plataforma Lattes.

23 O CNPq possui uma base pública, “Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil”. O CNPq especifica que “O Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil constitui-se no inventário dos grupos de pesquisa científica e tecnológica em atividade no País. As informações nele contidas dizem respeito aos recursos humanos constituintes dos grupos (pesquisadores, estudantes e técnicos), às linhas de pesquisa em andamento, às especialidades do conhecimento, aos setores de aplicação envolvidos, à produção científica, tecnológica e artística e às parcerias estabelecidas entre os grupos e as instituições, sobretudo com as empresas do setor produtivo. Com isso, é capaz de descrever os limites e o perfil geral da atividade científico-tecnológica no Brasil” Conforme dados disponíveis em: <<http://lattes.cnpq.br/web/dgp/o-que-e>>. Acesso em: 14 set. 2015. Esta base tem como objetivo ser uma ferramenta para o planejamento e a gestão das atividades de ciência e tecnologia no Brasil. Conforme censo de 2014 elaborado pelo CNPq existiam 1.203 grupos ativos na área do Direito, envolvendo 3.079 linhas de pesquisa e 8.032 pesquisadores. <http://lattes.cnpq.br/web/dgp/por-area2>. Acesso em: 14 set. 2015.

jetos), seguidos por FAPESP, CAPES e privado; cada um financiando um projeto de pesquisa. Ainda cabe destacar que o financiamento de pesquisa em DIE encontra-se canalizado para “comércio e investimento” (2 projetos), “contratos internacionais” (1 projeto), e “mercado de capitais e tributação” (2 projetos).

Por fim, as informações disponíveis sobre a filiação destes pesquisadores a associações acadêmicas, nacionais e internacionais, também são precárias na base da Plataforma Lattes. Dos 105 currículos, apenas seis pesquisadores identificam associações da área de DIE. Nesses currículos as associações mais presentes são a *International Law Association (ILA)* e a *Society of International Economic Law (SIEL)*, bem como o ramo regional desta última, a *Red Latinoamerica de Derecho Económico Internacional*.

4. SÍNTESE: QUEM SOMOS

O quadro aproximado que pudemos obter sobre o perfil dominante do pesquisador em DIE no Brasil retrata um profissional natural do Brasil, do sexo masculino, com título de doutorado obtido em IES brasileira pública, das regiões sudeste ou sul do país. Esse profissional tende a se vincular, profissionalmente, em outra IES pública como professor.

Não foi possível, no entanto, a partir deste mapeamento, obter um perfil dominante quanto ao tipo de vínculo destes profissionais com as IES em que atuam, nem sobre os estágios da carreira.

Por fim, pode-se, também, notar o baixo grau de registro de projetos de pesquisa e de grupos de pesquisa nas áreas pelos profissionais em DIE. Isso também se repete, eventualmente, como uma consequência, nos vínculos com associações acadêmicas.

5. A COMPREENSÃO DO CAMPO A PARTIR DOS CURSOS MINISTRADOS NO BRASIL

Descrição da metodologia

O ensino foi escolhido para mapeamento neste artigo porque entendemos que: *i)* considerando a crescente formação dos pesquisadores no campo em IES no

Brasil, é importante atentar para o ensino como parte deste processo de formação, e *ii)* as eleições temáticas deste espaço podem ter interações com a produção e a formação de pesquisadores (pontos analisados na seção 6 A compreensão do campo com base nas atividades de pesquisa no Brasil “A compreensão do campo a partir da produção no Brasil”).

Não se deve, em nenhum momento, minimizar o impacto que o descaso da Plataforma Lattes com o eixo de ensino prejudica análises mais avançadas dos dados aqui apresentados. Os registros de cursos na Plataforma Lattes tanto estão limitados aos vocábulos escolhidos pelos pesquisadores, para indicarem o conteúdo de um curso, como podem ser resultado de políticas internas de cada IES ou organização²⁴. Isso significa que a associação do título com o conteúdo do curso não é perfeita, o que também pode ser um fator a ser considerado com cautela, como resultado de um primeiro mapeamento.

A metodologia aplicada para essa dimensão do currículo Lattes valeu-se dos instrumentos de análise e classificação disponíveis no software *Atlas.ti*. Com base na seleção textual nos registros dos currículos sobre ensino (“citação”) e da formação de “códigos”²⁵. Selecionados, assim, os temas invocados nos títulos das disciplinas, independentemente do programa (graduação ou pós-graduação) em que são ministradas,²⁶ e compilamos

24 Uma vez registrado o currículo do curso juntamente ao Ministério da Educação, é burocrático mudar o nome das disciplinas ministradas. Assim, o conteúdo dos cursos, ainda que sujeitos a uma ementa básica, valem-se da liberdade de cátedra do professor que ministra aquela disciplina. Considerando-se aqui nosso foco nos pesquisadores em DIE, entendemos que seja possível que muitos desses espaços de ensino mapeados possam integrar conteúdos relacionados ao campo de DIE.

25 Agradecemos aqui o registro e sistematização por Ana Laura Zuanazzi e também ao apoio técnico de Olívia Pasqualetto, bolsista TT-3 do Projeto FAPESP 2014/25776-4. A base elaborada no *Atlas.ti* está disponível para consulta em arquivo dos autores, mediante solicitação. Algumas leituras elucidativas sobre as funcionalidades do *software* e sobre o seu funcionamento são: KONOPASEK, Z. Making thinking visible with Atlas.ti: computer assisted qualitative analysis as textual practice. *Forum: Qualitative Social Research*, v. 9, n. 2, May 2008. Available at: <<http://www.qualitative-research.net/index.php/fqs/index>>. Access on: 14 Sept. 2015; e GIBBS, Graham; FRIESE, Susanne; MANGABEIRA, Wilma C. The use of new technology in qualitative research: introduction to issue 3(2) of FQS. *Forum: Qualitative Social Research*, v. 3, n. 2, May 2002. Available at: <<http://www.qualitative-research.net/index.php/fqs/index>>. Access on: 14 Sept. 2015. Esses textos estão disponíveis em: <<http://www.qualitative-research.net/index.php/fqs/index>>. Acesso em: 14 set. 2015.

26 Nesse ponto, cabe pontuar que as Diretrizes Curriculares Nacionais para os cursos de graduação em Direito. BRASIL. Ministé-

24 “códigos”²⁷. Tais códigos nos trouxeram percepções distintas sobre a função das disciplinas. Por um lado, disciplinas mais tradicionais – Direito Internacional, Direito Internacional Público e Privado – por serem mais genéricas e permitirem a inclusão de muitas temáticas nos trouxeram a percepção de que são “espaços” em que os pesquisadores em DIE podem ou não integrar suas agendas na área de DIE. Por sua vez, disciplinas com títulos mais específicos – tais como, comércio, tributário, arbitragem – sugerem uma eleição temática pelo pesquisador e, ao mesmo tempo, uma aproximação maior ao campo do DIE. Por essas razões, sugerimos a seguir a apresentação dos resultados desses códigos sob diferentes leituras, como *espaço* e como *temas de ensino*.

Os espaços de ensino do professor em DIE

No conjunto de disciplinas mapeadas, aquelas mais genéricas e qualificadas aqui como “espaço” representam 60% do universo de disciplinas mapeadas. Os títulos de cursos mais frequentes foram: “Direito Internacional Público” (registrado 167 vezes); “Direito Internacional Privado” (97 vezes); e “Direito Interna-

rio da Educação. Parecer CNE/CES n. 55, de 18 de fevereiro de 2004: Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de graduação em Direito. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2004/ces0055_2004.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2016, assim como as tabelas de área do conhecimento do CNPq (CNPq. *Tabela de Áreas do Conhecimento*. Disponível em: <<http://www.cnpq.br/documents/10157/186158/TabeladeAreasdoConhecimento.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2016 e da CAPES BRASIL. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. *Tabela de áreas do conhecimento*. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/images/stories/download/avaliacao/TabelaAreasConhecimento_072012.doc>. Acesso em: 06 abr. 2016, contemplam apenas a divisão entre Direito Internacional Público, como especialidade da subárea de Direito Público, e Direito Internacional Privado, como especialidade da subárea Direito Privado, o que tem como efeito o engessamento dos currículos das IES e das menções às disciplinas nos Currículos Lattes.

27 O *software Atlas.ti* permite selecionar partes de um texto e classificá-las sob um código, permitindo, ainda, a consolidação de diferentes códigos em um e a vinculação entre eles. Os códigos que consolidamos, após o registro dos títulos dos cursos, foram: análise econômica, arbitragem, comércio, concorrência, consumidor, contratos, desenvolvimento, direito comparado, direito econômico, direito internacional, direito internacional econômico, direito internacional privado, direito internacional público, direitos humanos, financiamento e negócios, globalização e governança, integração, investimento, meio ambiente, organizações internacionais, propriedade intelectual, solução de controvérsias e tributação. Além disso, foi aberto um código residual como “outros”, que integrou um grupo mais disperso e diverso de temas, tais como: direito chinês contemporâneo, direito marítimo, direito notarial internacional.

cional”, incluindo cursos que fazem a combinação de direito internacional público e privado²⁸ (84 vezes). Em contraponto, títulos mais direcionados para o campo, como Direito Internacional Econômico (registrado 35 vezes) – que incluiu Direito Econômico Internacional (10 vezes), Direito Internacional Econômico (23 vezes) e Direito das Relações Econômicas Internacionais (2 vezes) – e Direito Econômico (29 vezes) foram proporcionalmente menos frequentes.

Como acima indicado, consideramos que essas disciplinas mais genéricas são espaços em que os pesquisadores em DIE podem trazer suas agendas em DIE ou em tópicos ainda mais específicos relacionados ao campo do DIE. Além disso, o mapeamento evidencia que, considerando a disciplina como *espaço*, os cursos intitulados Direito Internacional Público são os espaços mais disponíveis para o pesquisador em DIE. A leitura reversa, também, é verdadeira, pesquisadores que entraram no nosso filtro para a população analisada (pesquisador em DIE) são também professores que com maior frequência ministram a disciplina de Direito Internacional Público, em detrimento de outras.

Tais leituras são reforçadas pelo número de pesquisadores da população analisada que já ministrou alguma vez a disciplina Direito Internacional Público: 60% da população. Direito Internacional Econômico, por sua vez, foi ministrada, apenas, por 23 pesquisadores em DIE, o que corresponde a 22% da população analisada.

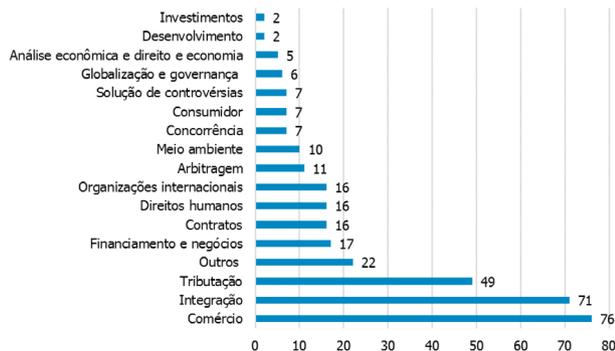
Os temas de ensino do professor de DIE

Outra apresentação dos dados é, mais do que disciplinar, temática. Isto é, os temas listados a seguir são frequentemente relacionados aos títulos das disciplinas ministradas. Há uma diversidade muito grande quando se trata destes temas. Por exemplo, codificados sob o eixo temático “integração regional”, relacionamos Mercosul, União Europeia, regionalismo, direito comunitário, blocos econômicos. Por isso, em vez de explorar esses códigos como *espaços* do DIE, como na seção anterior, exploramos os códigos como fruto de eleição pela população analisada, dito de outro modo, como *temas de ensino*, e, portanto, com potencial associação à agenda de pesquisa e especialização do pesquisador.

28 Exemplos neste sentido são disciplinas intituladas “direito internacional: público e privado”, “interfaces entre direito internacional público e direito internacional privado”.

Nota-se, neste mapeamento temático, uma superposição de temas. Por exemplo, o curso “Contratos internacionais – Mercosul”, pode ser tanto enquadrado sob o código “integração regional” quanto sob “contratos”. Por isso, os números apresentados a seguir consideram esta superposição de temas e contagem múltipla, o que significa que não devem ser considerados absolutos²⁹.

Gráfico – Temas de DIE em ensino



Fonte: Elaborado pelos autores, a partir de base de dados própria.

Esta apresentação nos aproxima de um dos focos deste artigo, nomeadamente: entender quais temas e objetos de pesquisa compõem o campo do DIE, pelo pesquisador da academia brasileira.

É notório que as temáticas do comércio internacional e da integração regional têm um espaço de grande destaque, em manifesta desproporção com outros temas identificados. Essas são, em geral, áreas diretamente associadas ao campo do DIE - percebe-se que, também, na academia estrangeira, esses temas recebem muita atenção. Contudo, também, chamou a atenção a frequência com que aparecem temas mais próximos ao que se entende por transações internacionais – mais conhecido como *international business transactions* –, que são os códigos de tributação, financiamento e negócios, contratos, concorrência, arbitragem.

Por fim, também não era trivial antever que os temas “meio ambiente”, “consumidor” e “direitos humanos” iriam assumir códigos próprios e com uma participação

29 O código “comércio” integra todas as disciplinas que registram os vocábulos comércio (internacional, exterior), comercial e aduaneiro. Ao código “integração” associamos Mercosul, União Europeia, regionalismo, direito comunitário e blocos econômicos. Ao código “tributação”, associamos tributário/a e tributação. O código “financiamento e negócios” integra um conjunto mais amplo de vocábulos: negócios, financeiro, empresarial, empresas, mercado, finanças. Ao código “meio ambiente”, foram associados: ambiental, mudanças climáticas, desenvolvimento sustentável. A “solução de controvérsias”, os vocábulos jurisdicalização, solução de controvérsias, conflitos.

relativa no mapeamento da agenda de ensino do pesquisador em DIE.

A cronologia do ensino em DIE no Brasil e seus agentes

Um outro foco deste artigo é entender a relação entre “quem somos” e “o que fazemos”. Para realizar essa análise, nós selecionamos algumas correlações. Primeiramente, consideramos importante entender a relação da temática na área de ensino no tempo. Para tanto, consideramos o período analisado em blocos de cinco/seis anos: 1994-1999, 2000-2004, 2005-2009 e 2010-2014. Com base nessa periodização, consideramos as disciplinas ministradas pelos pesquisadores em DIE. Um primeiro objetivo foi verificar o número de disciplinas relacionadas ao campo do DIE e suas alterações entre tais períodos.

A análise dos currículos da população de DIE mostra que é crescente o número de cursos e de pesquisadores envolvidos em ao menos um curso relacionado a DIE. No período 1994-1999, havia 37 professores da população ministrando disciplinas potencialmente relacionadas a DIE. Esse número mais do que dobrou em dez anos: no período 2010-2014, havia 87 professores envolvidos. Considerando-se a população total analisada de 105 pesquisadores, isso significa que, em 2014, 83% da população que vincula os currículos na Plataforma Lattes ao campo de DIE, também, atuava no nível de ensino com temas correlatos ao campo. Isso, também, significa que 16 pesquisadores da população, em nenhum momento, em relação aos períodos analisados, ministrou disciplinas relacionadas ao campo do DIE.

Outro ponto analisado foi o tempo de obtenção do doutorado em relação ao período analisado. Se no primeiro período (1994-1999), 62% dos professores que ministravam disciplinas ainda não tinham o título de doutorado, essa situação se inverte nos últimos períodos. No último período completo, 2005-2009, 88% dos professores já tinham obtido o título ou estavam em vias de obtê-lo³⁰. Esses dados sugerem que a crescente formação de pesquisadores em DIE doutores (conforme Gráfico – Formação acadêmica, com base em ano e local de obtenção do título de doutorado) impacta no

30 Essa análise foi prejudicada para o último período 2010-2014 pelo recorte inicial da nossa população, integrada apenas por doutores até 2014.

professor que o aluno tem em sala de aula, cada vez mais titulado.

Por outro lado, não obstante a crescente titulação de pesquisadores em DIE, observa-se que a atividade de ensino em DIE se mantém concentrada em IES públicas (variou de 70%, em 1990-1994, para 61,5% 2005-2009, retornando a 70% no último período, de 2010-2014) e nas IES das regiões Sudeste e Sul do Brasil (média de 75% entre os períodos).

Não foi possível observar, no entanto, um perfil dominante deste professor. De uma forma geral, houve uma distribuição quase que equitativa entre os professores com dedicação exclusiva ou integral e aqueles com dedicação parcial ou horistas, assim como entre professores em diferentes momentos da carreira.

Síntese: o que o mapeamento do ensino mostra?

Os registros nos currículos não parecem fugir às regras dos registros na área de ensino na Plataforma Lattes. Ou seja, as informações são precárias, pela desatualização, imprecisão e limitações formais dos registros junto a autoridades públicas. Considerando-se isso, fizemos alguns registros mais simples e poucas associações dos dados.

A primeira apreciação foi de que os espaços de ensino mais tradicionais – como as disciplinas intituladas Direito Internacional, Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado – são predominantes no currículo dos pesquisadores em DIE. Assim, é possível que temas de Direito Internacional Econômico sejam trabalhados nessas disciplinas, porém invisíveis ao nosso mapeamento. O mapeamento temporal agregou o dado de que o número de disciplinas específicas em DIE cresceu na sequência dos períodos analisados.

A segunda apreciação foi de que, no conjunto da especificidade de temas, aqueles relacionados ao comércio e à integração foram dominantes. Por outro lado, ficaram evidentes algumas ausências não esperadas pelos pesquisadores no início da pesquisa. No mapeamento de frequência, foi muito baixo o registro de disciplinas referentes a investimento, propriedade intelectual (PI) e questões monetárias (esta, por estar associada a financeiro, foi registrada em uma das disciplinas codificadas com “financiamento e negócios”). E, também, a ausência do tópico corrupção na agenda de ensino dos pes-

quisadores de DIE. Novamente, isso não significa que os temas não sejam abordados de alguma forma pelos professores em seus planos de ensino – significa apenas que os pesquisadores não comunicam isso em seus registros de ensino na Plataforma Lattes.

Por fim, a terceira apreciação se refere ao perfil do professor. O que se observa é que aquele professor que declara mais disciplinas em DIE no Brasil está vinculado a IES públicas, baseadas no sudeste e no sul do Brasil e, crescentemente, tem uma titulação maior (doutorado) no momento de aplicação do curso.

No início da pesquisa, aventamos a possibilidade de integrar nessa seção de ensino a preparação de equipes para competições internacionais. Identificamos, no entanto, o envolvimento de apenas dois professores em competições, em algum momento de suas carreiras. Consideramos que diferentes situações podem justificar este resultado: *i)* a falta de espaço e prestígio pela Plataforma Lattes e agências de avaliação podem servir de desestímulo, seja para o registro da atividade, seja para o envolvimento nesse tipo de espaço de formação; e *ii)* esse papel pode estar sendo cumprido, predominantemente, por alunos ou ex-alunos de pós-graduação que não constam da nossa população.

6. A COMPREENSÃO DO CAMPO COM BASE NAS ATIVIDADES DE PESQUISA NO BRASIL

Descrição da metodologia

Nessa seção, procuramos traçar um perfil da pesquisa em DIE no Brasil. Três são os eixos de avaliação da produção acadêmica que adotamos, os quais avaliamos de modo quantitativo e, no aspecto temático, qualitativo: *i)* a publicação de livros, coletâneas e capítulos de livros; *ii)* a publicação de artigos em periódicos científicos; e *iii)* a relação de dissertações e teses orientadas pelo pesquisador. Nos três eixos, analisaremos a distribuição temática, temporal e geográfica dos dados encontrados no período 1994-2014.

Assim como para a produção em ensino, a metodologia para o mapeamento da produção em pesquisa partiu dos registros feitos pesquisadores em DIE em seus currículos na Plataforma Lattes. Diferentemente de como foi feito para produção em ensino, nessa etapa

não utilizamos o *Atlas.ti*. Devido à necessidade de se classificar cada publicação e trabalho orientado, o currículo de cada pesquisador foi, individualmente, consultado, em uma etapa de *listagem da produção*. Concluída a listagem, passou-se à etapa de *classificação da produção*, que também foi feita manualmente. Procedeu-se do seguinte modo: cada item recebeu uma primeira classificação, mais específica, diretamente relacionada com o seu título; após, agruparam-se os itens afins, a eles atribuindo uma segunda classificação, generalizadora – como, por exemplo, Integração, Comércio, Contratos internacionais³¹. Concluída essa etapa, teve início a *análise da produção*, que foi feita por meio da função Tabela Dinâmica do *Microsoft Excel 2013*. Os resultados são apresentados a seguir.

Livros, coletâneas e capítulos sobre DIE

É conhecida a preferência na área do Direito para publicação de sua produção em livros, coletâneas e capítulos de livros, diferentemente de outras áreas das Ciências Sociais. De uma forma geral, tal preferência está associada à tradição do campo e ao perfil doutrinário da produção pelo jurista no Brasil³². Isso, no entanto, não se confirmou no caso dos pesquisadores em DIE, para os quais obtivemos o registro total de 270 livros, coletâneas e capítulos de livros e 515 artigos publicados em periódicos.

No que tange aos livros e capítulos de livros, foram 39 livros publicados, 60 coletâneas organizadas e 171 capítulos de livros registrados pelos pesquisadores em DIE, no período 1994-2014. Toda essa produção de alguma forma se relaciona com temáticas do campo do DIE. Do total dessas publicações, 233 foram em português e 231 por editoras nacionais, o que confirma a tese de Kunz sobre a preferência da produção em

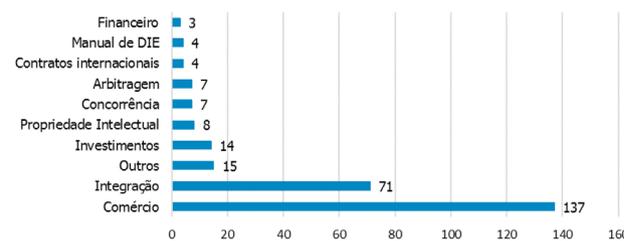
direito, em meios nacionais e em língua portuguesa³³. Os demais idiomas em que se encontra publicada essa produção são, na ordem de importância, inglês (24 produções), espanhol (11 produções) e francês e italiano (1 produção cada).

Assim como foi identificado em outros espaços, a produção em livros, coletâneas e capítulos de livro aumentou, significativamente, nos períodos selecionados: em 1994-1999, foram registradas 31 publicações; em 2000-2004, 57 publicações; em 2005-2009, 76 publicações; e, em 2010-2014, 106 publicações.

Os resultados nesse grupo de publicações remete a um universo de pouco mais da metade da população analisada: 59 pesquisadores em DIE (56,2%) responderam por todas as publicações em livros, coletâneas e capítulos de livros. Dentre esses, apenas 6 pesquisadores publicaram mais de 10 resultados nesta categoria, durante o período analisado. Todos os 59 pesquisadores encontram-se nas regiões Sudeste e Sul do país e 83,3% estão em IES públicas – dados que reforçam a percepção de concentração intelectual na área de DIE em algumas regiões e instituições do país.

Foi também elaborada uma classificação da produção dos 270 resultados em livros, coletâneas e capítulos de livros, por eixos temáticos, conforme a metodologia indicada acima.

Gráfico – Temas de DIE nos livros, coletâneas e capítulos



Fonte: Elaborado pelos autores, a partir de base de dados própria.

A distribuição desses temas é muito similar entre os diferentes meios de divulgação (livros, coletâneas e capítulos de livros). Em torno de 50% da produção em cada um dos canais se destina ao eixo temático de comércio, na sequência o tema de integração ocupa entre 20% e 30% da produção, seguidos de uma margem entre 3% e 5% em cada um dos espaços para, individualmente, os temas de investimento, propriedade intelectual, arbitra-

31 Na categoria ‘Outros’, alocamos a produção que não se encaixava nos eixos temáticos criados para reunir a produção nos temas que encontramos em maior abundância na base de dados. Nessa categoria residual há, por exemplo, textos, sempre em quantidade não expressiva, isto é, em número inferior a cinco, que versam sobre proteção dos direitos do consumidor no comércio internacional eletrônico, pagamentos internacionais, análise institucional da OCDE, política econômica dos BRICS, análises de teoria do DIE, DIE e desenvolvimento, DIE e meio ambiente, governança econômica e mercado de capitais.

32 KUNZ, I. *Dinâmica de produção de conhecimento na área de direito no Brasil*. 2011. 245 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Política Científica e Tecnológica, Instituto de Geociências, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2011. p. 135-155.

33 KUNZ, I. *Dinâmica de produção de conhecimento na área de direito no Brasil*. 2011. 245 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Política Científica e Tecnológica, Instituto de Geociências, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2011. p. 158.

gem e concorrência. Nos casos de livros e coletâneas, há uma particularidade que atende a cada um dos meios de publicação. No caso de livros, 4 deles foram classificados sobre temas gerais em DIE e entendemos que assumem mais um perfil de manual da área. No caso das coletâneas, em torno de 6 delas também apresentam coberturas gerais de temas específicos, mas com chamadas para sua atualidade, com base no uso de verbetes como “novos” e “desafios”.

Em um recorte mais vertical sobre os temas elencados no Gráfico 6, conseguimos observar os conjuntos que foram agregados em cada eixo. No eixo temático de comércio, em que há uma grande concentração da produção (136), 48,5% das publicações (66 delas) estão voltadas para análises da regulamentação pela Organização Mundial do Comércio (OMC); 13,2% das publicações (18) concentram-se na interface do comércio internacional com temas sociais – tais como desenvolvimento, meio ambiente, questões trabalhistas e direitos humanos; 15 produções focam no debate multilateralismo/regionalismo ou acordos preferenciais de comércio; 7 produções em temas de defesa comercial (antidumping, subsídios e medidas compensatórias e salvaguardas); 4 produções apenas analisam sistemas de solução de controvérsias em geral; e o restante da produção se dispersa entre questões bilaterais.

No eixo de integração, a produção relacionada a Mercosul é determinante, respondendo por 51 produções do total de 70. No eixo residual de “outros”, há uma grande diversidade de temas como internacionalização de empresas, direito marítimo, até títulos genéricos sobre DIE e seus desafios. No caso das temáticas de investimentos e propriedade intelectual, as suas sub-temáticas também são muito diversas – o que chama a atenção nesses casos é que em investimentos não há a prevalência do debate sobre tratados bilaterais e o sistema de controvérsias investidor-estado, tal como na produção estrangeira, nem em PI há um número significativo de análises relacionadas ao sistema multilateral da OMC. Em arbitragem, por outro lado, há uma grande concentração, novamente, no espaço do Mercosul (3 produções do total de 7) e na questão da arbitragem comercial internacional. Em concorrência, a maior parte da produção apresenta títulos bastante genéricos que não permitiram uma verticalização da análise. Em contratos, por fim, o tema prevalecente é o das regras da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda de Mercadorias (conhecida pela sigla em inglês, CISG).

Apesar de o gráfico temático (Gráfico – Temas de DIE nos livros, coletâneas e capítulos) indicar quais temas, historicamente, têm mais espaço na produção em DIE no Brasil, observamos que esses números absolutos não se prestavam à investigação de eventuais *tendências de produção* em DIE em livros, coletâneas e capítulos de livro. Dito de outro modo, não se prestavam para investigar se há temas que, nessa modalidade de produção, adquiram progressivo espaço no campo, ganhando a preferência dos pesquisadores em determinados momentos da história. Na Tabela 2, apresentamos a periodização da produção, por eixos temáticos.

Tabela 2 - Preferências temáticas, por período, nas publicações em livros, coletâneas e capítulos de livros

Temas	1994-1999	2000-2004	2005-2009	2010-2014	Total
Arbitragem	1	2	2	2	7
Comércio	14	22	38	63	137
Concorrência	1	3	2	1	7
Contratos internacionais	-	-	1	3	4
Financeiro	-	2	1	-	3
Integração	14	24	15	18	71
Investimentos	-	-	5	9	14
Manual de DIE	1	1	1	1	4
Outros	-	3	5	7	15
Propriedade Intelectual	-	-	6	2	8
Total	31	57	76	106	270

Fonte: Elaborado pelos autores, a partir de base de dados própria.

Nota-se que comércio foi o tema predominante em todos os períodos. Em relação a esse eixo temático, houve um número maior de produção em livros, coletâneas e capítulos de livros no período 2010-2014, o que acompanha o aumento da produção como um todo.

Destacamos, na tabela, o período em que a produção em cada eixo temático foi mais intensa, considerado o total de produção específico naquele tema. Além disso, nota-se que o último período foi o de maior produção nos eixos de comércio, contratos, investimentos e “outros”. Dado que o código “outros” tem caráter residual, sugere-se que temas mais novos ao campo possam ser trabalhados aqui, como é o caso dos temas corrupção e internacionalização de empresas.

Mais adiante, usaremos, também, essas informações para contrastar os eixos temáticos em outros espaços

de produção dos pesquisadores em DIE, bem como em relação aos grupos de pesquisa e financiamento de projetos.

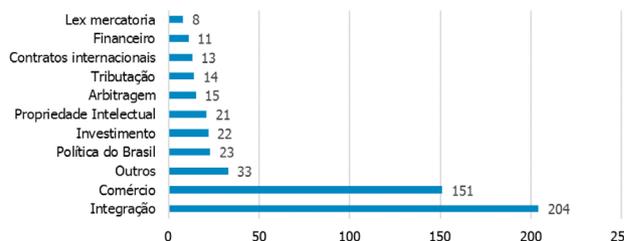
Artigos sobre DIE publicados em periódicos científicos

Entre 1994 e 2014, o a população analisada publicou 515 artigos em periódicos científicos. Desse total, 82% foram em periódicos nacionais e 77% em português, o que mais uma vez confirma a tese de Kunz³⁴. Além da publicação no idioma português, a população em DIE no Brasil tem publicado, em ordem de preferência, em inglês (13%), em espanhol (7%) e em francês (3%). Esta produção se associa a cenários apresentados anteriormente de crescente formação e produção acadêmica em DIE no Brasil: se no período 1994-1999 foram publicados 70 artigos em periódicos científicos; em 2000-2004, foram 121; em 2005-2009, 155; e, em 2010-2014, 169.

Do total da população (105 pesquisadores), apenas 71 deles publicaram, em periódicos científicos, artigos com temas relacionados a DIE. Se considerarmos os pesquisadores mais produtivos desse grupo – acima de 20 artigos sobre temas gerais no período analisado (1994-2014) – restam 30 pesquisadores da população analisada. Nota-se que essa produção, assim como na formação e área de ensino, também se concentra nas regiões Sudeste e Sul do país (73,3%) e em IES públicas (63,3%). Daqueles 30, apenas 8 deles dedicam mais de 50% de sua produção de artigos em periódicos, para temas relacionados ao campo do DIE. Isso sugere que há uma concentração grande da produção neste tipo de veículo, no campo de DIE, em alguns pesquisadores da academia brasileira.

Outra análise aplicada aos dados levantados sobre a publicação em periódicos científicos foi relativa aos temas mais presentes nesta produção. Abaixo sistematizamos os temas que predominaram:

Gráfico – Temas de DIE nos artigos em periódicos científicos



Fonte: Elaborado pelos autores, a partir de base de dados própria.

Os temas de integração e comércio, novamente, assumem destaque na produção da população analisada, invertendo a projeção de integração sobre comércio no caso dos periódicos em relação aos livros, coletâneas e capítulos de livros. Sobre integração, especificamente, neste amplo universo, mais da metade é referente a “Mercosul” (123 artigos), na sequência outros processos de integração como Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) e *North America Free Trade Agreement* (NAFTA) são analisados (28 artigos), a comparação entre União Europeia e Mercosul (27 artigos), apenas o processo de integração da União Europeia e, por fim, 15 artigos se concentram em análises gerais sobre processos de integração.

No eixo de comércio, 93 dos 151 artigos indicam o foco na regulamentação pela Organização Mundial do Comércio. Na sequência, a produção se foca na fronteira entre a regulamentação do comércio e outros temas sociais como meio ambiente, questões trabalhistas, direitos humanos e desenvolvimento (23 artigos). Os temas sobre acordos preferenciais de comércio (9 artigos) e regionalismo e multilateralismo (8 artigos) pautam um terceiro eixo subtemático. Por fim, os demais 18 artigos tratam de temas diversos, como questões aduaneiras, tributação, relações bilaterais específicas, direito marítimo, entre outros.³⁵

A categoria residual de “Outros” com 33 artigos compreende uma ampla gama de temas que não formam grupos temáticos, para serem isolados. Dentre os temas incluídos estão: análises gerais sobre DIE, corrupção, cooperação, BRICS, Consenso de Washington, entre outros.

34 KUNZ, I. *Dinâmica de produção de conhecimento na área de direito no Brasil*. 2011. 245 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Política Científica e Tecnológica, Instituto de Geociências, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2011. p. 158.

35 O número especial da Revista de Direito Internacional dedicado ao tema Direito Internacional Econômico (edição v. 10, n. 1, 2013) reúne um conjunto de artigos que, em nosso entendimento, é ilustrativo da preferência dos pesquisadores de DIE por certos temas, como identificado no mapeamento. Na referida edição, predominam os artigos sobre comércio internacional (7 artigos), seguido por artigos sobre investimento estrangeiro (3 artigos), concorrência (2 artigos), Mercosul (1 artigo), contratos internacionais (1 artigo) e arbitragem comercial (1 artigo).

Na segunda faixa de temas com produção em torno de 20 artigos, chama a atenção a presença de temas que não apareceram na parte de ensino, tais como política do Brasil, investimentos e propriedade intelectual. Por sua vez, outros temas que tiveram mais destaque na seção de ensino, tais como arbitragem, tributação e contratos, contaram com poucos registros na produção em periódicos científicos.

A fim de prevenir a ilusão de tendências de produção com base nos números absolutos do gráfico temático (Gráfico – Temas de DIE nos artigos em periódicos científicos), apresentamos a distribuição da produção temática em periódicos, em determinados momentos da história.

Tabela 3 - Temáticas, por período, nas publicações em periódicos científicos

Temas	1994-1999	2000-2004	2005-2009	2010-2014	Total
Arbitragem	1	4	5	5	15
Comércio	17	24	56	54	151
Contratos internacionais	4	1	3	5	13
Financeiro	3	5	1	2	11
Integração	35	64	61	44	204
Investimento	4	3	4	11	22
Lex mercatoria	1	2	-	5	8
Outros	-	6	7	20	33
Política do Brasil	3	4	7	9	23
Propriedade Intelectual	2	4	5	10	21
Tributação	-	4	6	4	14
Total	70	121	155	169	515

Fonte: Elaborado pelos autores, a partir de base de dados própria. A base está disponível para consulta, mediante solicitação.

Os dados da Tabela 3 favorecem o contraste de alguns períodos e temas. Se a temática de comércio tem ganhado projeção crescente nos quatro períodos apresentados, a temática de integração tem perdido. Os eixos temáticos de integração e financiamento tiveram momentos de maior publicação em periódicos no período 2000-2004, perdendo a vitalidade da produção nos últimos anos. Os eixos de contratos internacionais e lex mercatoria que, no período 1994-1999, tinham algum espaço, perderam o fôlego nos dez anos seguintes, mas retornaram à agenda de publicações em periódicos no último período, com mais vigor. Também a produção do último período (2010-2014) evidencia o crescimento

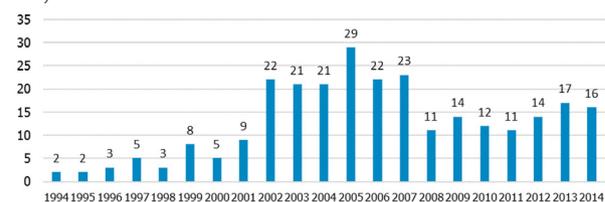
de publicações em eixos antes pouco explorados, tais como investimento, propriedade intelectual, política do Brasil e arbitragem.

A formação de recursos humanos em DIE, em nível de pós-graduação

A análise de dissertações e teses sobre direito internacional econômico orientadas por professores/pesquisadores integrantes da população analisada neste artigo traz resultados que, em alguns aspectos, repetem padrões identificados nas seções anteriores.

O total de dissertações e teses orientadas no período analisado é de 270, sendo que esta produção foi crescente até 2009. O total se divide em 225 dissertações de mestrado e 45 teses de doutorado. No período 2005-2009, as dissertações e teses relacionadas a DIE e orientadas por professores em DIE atingiram o pico de 99 produções; no período de 2010-2014, esse número retrocedeu para 70. O gráfico abaixo elucida esta evolução, em base anual:

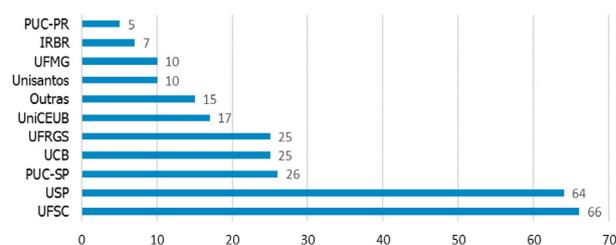
Gráfico - Número de teses e dissertações em DIE, por ano (1994-2014)



Fonte: Elaborado pelos autores, a partir de base de dados própria.

Também, as orientações estão concentradas nas regiões no Sudeste e Sul do país, que, em conjunto, responderam por 81% das dissertações e teses defendidas entre 1994-2014. Mas, diferentemente de outras produções acima analisadas, não observamos a mesma predominância das IES públicas, conforme indicado no gráfico a seguir.

Gráfico - IES em que teses e dissertações em DIE foram defendidas (1994-2014)



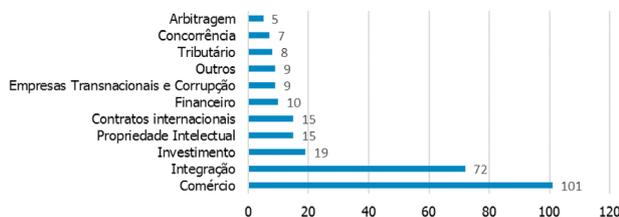
Fonte: Elaborado pelos autores, a partir de base de dados própria.

É interessante notar que o gráfico acima também nos permite identificar a melhor produtividade na relação professor/orientandos, ou seja, na formação de capital humano por meio de orientações em pós-graduação. Ao contrastar o número de orientações com o número de profissionais por IES, aquelas que mais se destacam em ordem de maior produtividade para menor, no campo do DIE, são: *i)* Unisantos; *ii)* UFSC; *iii)* UFRGS; *iv)* PUC-SP; *v)* PUC-PR; *vi)* USP; *vii)* UCB; *viii)* Uniceub; e *ix)* UFMG. O fato de a USP e a UFSC formarem mais de um terço dos pós-graduandos em DIE está relacionado com o tamanho de seus corpos docentes (o primeiro e o terceiro maiores do mapeamento obtido (Gráfico 3 acima). Entretanto, o índice de produtividade também indica que corpos docentes pequenos podem formar um número relevante de recursos humanos, como foi o caso da Unisantos.

Tal relação de produtividade não deve, no entanto, ocultar um alto número de orientações por professor em algumas IES com produtividade média. O que pudemos observar é que apenas 9 professores em DIE orientaram mais de 10 dissertações e teses no período de 1994-2014. Isso reproduz a mesma concentração de produtividade que observamos no caso das publicações. Contudo, dentre os professores em DIE, apenas dois dos mais produtivos em publicações também estão entre os mais produtivos em orientações, o restante do grupo não coincide – apesar de alguns compartilharem o mesmo espaço de trabalho.

Outro nível de análise que priorizamos sobre as teses e dissertações foi o seu campo temático. Essa aproximação seguiu a metodologia indicada no início dessa seção 3 e resultou nos seguintes números e proporções:

Gráfico - Temas de DIE em teses e dissertações (1994-2014)



Fonte: Elaborado pelos autores, a partir de base de dados própria.

O primeiro resultado observado é a predominância de teses e dissertações sobre a temática comércio (101). No mesmo sentido da produção de seus orientadores, parte significativa dessa produção se concentrou sobre a regulamentação da Organização Mundial do Comércio (76), sendo que a quebra para outros subtemas é gritante. O segundo subtema mais pesquisado nessas teses e dissertações é o da interface entre comércio e temas sociais – meio ambiente, direitos humanos, cláusula trabalhista – que totalizam 7 produções apenas. Outros dois subtemas que acompanham esta tendência são aqueles relacionados ao comércio exterior (6) e o debate sobre multilateralismo e regionalismo (5).

No eixo de integração, que também tem um papel de destaque neste perfil de produção, assim como nas dos orientadores/as, predomina da mesma forma a subtemática do Mercosul (54), seguida em desproporção de União Europeia (5).

Em alguns outros eixos, a diversidade interna subtemática mapeada foi muito grande, de forma que optamos por não decompor tais eixos. Esses são os casos dos eixos investimento, contratos, tributário, concorrência e arbitragem.

Nos casos de propriedade intelectual e de financeiro, apesar de os números absolutos serem baixos, vale destacar o domínio dos subtemas “patentes” (7) e “transferência de tecnologia” (4), em propriedade intelectual, e “Fundo Monetário Internacional” (5), em financeiro. Esses subtemas também se alinham com a produção docente mapeada acima.

Um eixo que não havia aparecido com destaque nas produções dos orientadores e nas teses e dissertações ganhou espaço nos últimos anos é o de empresas transnacionais e corrupção. Neste eixo, há três subtemas que compartilham o espaço: lavagem de dinheiro, corrupção e empresas transnacionais.

Considerando as limitações, indicadas acima, do gráfico temático (Gráfico - Temas de DIE em teses e dissertações (1994-2014) abaixo apresentamos a periodização de 5-6 anos proposta e os momentos em que predominaram as produções em determinados eixos temáticos também para o caso das produções em dissertações e teses:

Tabela 4 - Preferências temáticas das teses e dissertações em DIE, por período

Temas	1994-1999	2000-2004	2005-2009	2010-2014	Total
Arbitragem	-	1	2	2	5
Comércio	3	25	42	31	101
Concorrência	-	-	2	5	7
Contratos internacionais	3	5	5	2	15
Empresas Transnacionais e Corrupção	-	1	4	4	9
Financeiro	1	1	6	2	10
Integração	12	31	19	10	72
Investimento	2	5	9	3	19
Outros	-	4	3	2	9
Propriedade Intelectual	2	2	6	5	15
Tributação	-	3	1	4	8
Total	23	78	99	70	270

Fonte: Elaborado pelos autores, a partir de base de dados própria.

O que observamos neste detalhamento é que a representação do tema de comércio é preponderante e foi muito alta nos dois últimos períodos, com uma leve redução no período 2010-2014 – tal qual a publicação de artigos em periódicos científicos pelos orientadores. Outros eixos em sintonia com a produção docente são os de propriedade intelectual e tributação, com pequeno incremento nos últimos anos.

Os eixos de investimento, financeiro e concorrência parecem dialogar, de forma diferente, com a produção docente. Em investimento, o aumento da produção de dissertação e teses, em 2005-2009) antecedeu o aumento da produção docente, que foi mais forte no período 2010-2014. No eixo financeiro, por outro lado, a produção discente (2005-2009) foi mais forte no período subsequente ao seu destaque na produção docente (2000-2004). E, em concorrência, apesar de tanto a produção docente quanto discente ter aumentado nos últimos anos, isso se deu com mais ênfase – ou mais produções – no campo discente.

Por fim, um grupo de três outros temas parecem assumir caminhos inversos aos dos orientadores. Observa-se uma maior produção de dissertações e teses no eixo de contratos internacionais do que na produção dos professores; e o inverso se dá no eixo de arbitragem, em que identificamos mais interesse de produção

pelos professores. Outro tema de destaque é o eixo de empresas transnacionais e corrupção que ganha um espaço de destaque já na produção das teses e dissertações (9), em contraponto com a produção dos professores (5, no total de livros, coletâneas e artigos).

Síntese: o que o mapeamento da pesquisa mostra?

Para avaliar a produção do eixo de pesquisa, optamos por distinguir três tipos de atividades: duas diretamente ligadas à produção do pesquisador em DIE, em livros, coletâneas, capítulos de livros e artigos em periódicos; e outra relacionada à formação e que indiretamente afeta a produção em DIE, com base nas orientações de dissertações de mestrado e teses de doutorado.

Em termos quantitativos, esses mapeamentos chamam a atenção sob dois aspectos, que têm um traço comum e dissonante. Explicamos: observamos um alto índice de publicações, considerando inclusive o contraponto com a tradição da área do direito de publicação preferencial em periódicos científicos; a formação de capital humano, com base em orientações, no entanto, é baixa. Se considerarmos a população de 105 pesquisadores, 785 publicações no total do período (1994-2014), obtemos um índice de 0,35 publicação/ano/pesquisador. No caso das 270 orientações, esse mesmo cálculo traz uma média de 0,12 orientações/ano/pesquisador. Um ponto comum e dissonante desses dois índices é que a população de pesquisadores mais produtivos é concentrada, porém ela não coincide totalmente.

Observamos, também que na relação entre os dois eixos – publicação e orientação – há um diálogo que se alimenta ou retroalimenta, ou seja, os temas de pesquisa dos orientadores influenciam a agenda dos orientandos, mas o inverso, também, é verdadeiro para algumas linhas (como foi o caso de investimento).

Em específico sobre os resultados de publicação, o que o mapeamento indicou é que os pesquisadores na área têm dado preferência à publicação em periódicos, em contraponto a livros. E, no caso dos livros, mais a coletâneas do que livros monográficos. A identificação de publicações mais próximas do formato manual também foi baixa.

Como apresentado por Kunz, a escolha dos canais de publicação pode ter uma relação com o objetivo da publicação daqueles resultados de pesquisa pelo próprio

pesquisador – que pode ser a divulgação e formação de alunos, a influência em pautas públicas, ou a inovação na área (a partir de uma nova forma de interpretação ou o levantamento de um dado)³⁶. Se considerarmos que, em geral, livros monográficos são mais voltados à preparação de alunos, como manuais, coletâneas agregam análises mais superficiais a temas novos e artigos se voltam para a comunidade científica, não é possível inferir isso dos dados que apresentamos. Pesquisas futuras podem complementar as análises neste sentido.

Sobre o público com o qual se dialoga, com base nos dados apresentados, identificamos que as publicações em idioma português e por meio de editoras ou revistas nacionais podem limitar a internacionalização das ideias e a integração no debate acadêmico internacional. Apesar de os pesquisadores se voltarem para temáticas internacionais, pudemos observar que há um baixo grau de internacionalização de suas produções.

Em temas específicos, a produção em geral tem se concentrado desproporcionalmente em questões de comércio e integração. A relação de temas de produção dialoga diretamente com os eixos temáticos – e sua proporção – também no espaço de ensino. Mas, essa relação não é direta com os grupos de pesquisa e financiamentos. Como observado na seção 1.C, há poucos grupos registrados e financiados, quais sejam: dois projetos em “comércio e investimento”, um projeto em “contratos internacionais” (1 projeto) e dois projetos em “mercado de capitais e tributação”. Sem fazer uma avaliação individual de cada grupo, mas apenas colocando-os em contexto nos eixos temáticos que prevalecem na produção, é curioso observar a relação entre a preponderância da temática “integração” e a ausência de grupos de pesquisa com este foco. Também não resulta proporcional em relação à produção em mercado de capitais e tributação e os resultados de pesquisa.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desafio a que nos propusemos neste artigo foi identificar o perfil do pesquisador em DIE e de sua produção nas áreas de ensino e pesquisa no âmbito

da academia brasileira, sem conjugar a isso uma leitura normativa sobre a concepção do campo do DIE. Em razão disso, o critério que direcionou este artigo foi a autodeclaração dos pesquisadores nos registros de suas atividades na Plataforma Lattes. No decorrer do artigo, as limitações impostas pelo uso desta base foram apontadas, o que já pode nos ajudar a trazer elementos para investigar outros instrumentos para o nosso reconhecimento do campo.

Nos diferentes exercícios a que nos propusemos neste texto, identificamos alguns traços marcantes de *quem somos* e *o que fazemos*. Trata-se de um campo com envolvimento crescente de organizações, pesquisadores e temas. Contudo, curiosamente, esse crescimento é, ainda, muito concentrado em algumas IES, em algumas pessoas e poucos temas. Ao fim do texto, fica a percepção de que ainda somos poucos e de esse exercício de mapeamento foi só um começo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARDIN, L. *Análise de conteúdo*. Tradução Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011.
- BERELSON, B. *Graduate education in the United States*. New York: McGraw-Hill, 1960.
- BRAGA, M. M. S.; SANTOS, P. C. Formação acadêmica dos líderes de grupos de pesquisa em direito nas universidades públicas do Estado de São Paulo. In: OLEGÁRIO, Maria da Luz; RAMALHO, Antônio Germano; TASSIGNY, Monica Mota. (Org.). *Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. v. 2. p. 455-473.
- BRAGA, M. M. S.; VENTURINI, A. E. J. F. (Inter) disciplinaridade: a formação do corpo docente de um programa de pós-graduação em direito. In: GERALDO, Pedro Heitor Barros; FONTAINHA, Fernando de Castro; MEZZARROBA, Orides. (Org.). *Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos*. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 12-28.
- BRAGA, M. M. S.; VENTURINI, A. E. J. F. Endogeneia acadêmica em um programa de pós-graduação em direito. In: MEZZARROBA, Orides; TAVARES NETO, José Querino; VASCONCELOS, Silvia Andréia. (Org.). *Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 91-108.

36 KUNZ, I. *Dinâmica de produção de conhecimento na área de direito no Brasil*. 2011. 245 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Política Científica e Tecnológica, Instituto de Geociências, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2011. p. 141 e ss.

- BRASIL. Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. *Tabela de Áreas do Conhecimento*. Disponível em: <<http://www.cnpq.br/documents/10157/186158/TabeladeAreasdoConhecimento.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2016.
- BRASIL. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. *Documento de área 2013*. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/images/stories/download/avaliacaotrienal/Docs_de_area/Direito_doc_area_e_comiss%C3%A3o_16out.pdf>. Acesso em: 14 set. 2015.
- BRASIL. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. *Relação de Cursos Recomendados e Reconhecidos 2015*. Disponível em: <<http://conteudoweb.capes.gov.br/conteudoweb/ProjetoRelacaoCursosServlet?acao=pesquisarLes&codigoArea=60100001&descricaoArea=&descricaoAreaConhecimento=DIREITO&descricaoAreaAvaliacao=DIREITO>>. Acesso em: 14 set. 2015.
- BRASIL. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. *Tabela de áreas do conhecimento*. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/images/stories/download/avaliacao/TabelaAreasConhecimento_072012.doc>. Acesso em: 06 abr. 2016.
- BRASIL. Ministério da Educação. *Instituições de Educação Superior e Cursos Cadastrados, Sistema e-MEC*. Disponível em: <<http://emec.mec.gov.br/>>. Acesso em: 14 set. 2015.
- BRASIL. Ministério da Educação. *Parecer CNE/CES n. 55, de 18 de fevereiro de 2004*. Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de graduação em Direito. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2004/ces0055_2004.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2016.
- CARREAU, D.; FLORY, T.; JULLIARD, P. *Droit international économique*. Paris: Persée, 1990.
- CHARNOVITZ, S. What is international economic law? *Journal of International Economic Law*, v. 14, n. 1, p. 3–22, 2014.
- GHIRARDI, José Garcez (Coord.) et al. Introdução: quem é o professor de Direito no Brasil? *Observatório do Ensino do Direito*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 10-11, out. 2013. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_oed_out_2013quem_e_o_professor_de_direito_no_brasil.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.
- GIBBS, Graham; FRIESE, Susanne; MANGABEIRA, Wilma C. The use of new technology in qualitative research: introduction to issue 3(2) of FQS. *Forum: Qualitative Social Research*, v. 3, n. 2, May 2002. Available at: <<http://www.qualitative-research.net/index.php/fqs/index>>. Access on: 14 Sept. 2015.
- HERDEGEN, M. *Principles of international economic law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- HORTA, H. Deepening our understanding of academic inbreeding effects on research information exchange and scientific output: new insights for academic based research. *Higher Education*, v. 65, n. 4, p. 487-510, Apr. 2013.
- HUDEC, R. International economic law: the political theatre dimension. *Journal of International Economic Law*, v. 17, n. 1, p. 9-15, 1996.
- JACKSON, J. H. International economic law: reflections on the “boilerroom” of international relations. *Journal of International Law and Policy*, v. 10, n. 2, p. 595-606, 1994.
- JOHNSON, J. B.; REYNOLDS, H. T.; MYCOFF, J. D. *Political science research methods*. 6th ed. Washington: CQ Press, 2008.
- KONOPASEK, Z. Making thinking visible with Atlas.ti: computer assisted qualitative analysis as textual practice. *Forum: Qualitative Social Research*, v. 9, n. 2, May 2008. Available at: <<http://www.qualitative-research.net/index.php/fqs/index>>. Access on: 14 Sept. 2015.
- KUNZ, I. *Dinâmica de produção de conhecimento na área de direito no Brasil*. 2011. 245 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Política Científica e Tecnológica, Instituto de Geociências, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2011.
- ORTINO, F.; ORTINO, M. Law on the global economy: in a need for a new methodological approach? In: PICKET, C; BUNN, I; WARNER, D. *International economic law: the state and future of the discipline*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 89-106.
- PAUL, Joel R. The new movements in international economic law. *American University Journal of International Law and Policy*, v. 10, n. 2, p. 607-617, 1995.
- PERRY-KESSARIS, A. (Ed.) *Socio-legal approaches to international economic law: text, context, subtext*. New York: Routledge, 2013.

- PETERSMANN, E. U. International economic theory and international economic law: on the tasks of a legal theory of international economic order. In: MAC DONALD, R.; JOHNSTON, D. *The structure and process of international law: essays in legal philosophy, doctrine and theory*. Leiden: Brill, 1986. p. 227-262.
- QUIVY, R.; CAMPENHOUDT, L. V. *Manual de investigação em ciências sociais*. 6. ed. Lisboa: Gradiva Publicações, 2013.
- REITZ, Curtis R. International economic law. *Journal of International Economic Law*, v. 17, n. 1, p. 29-32, 1994.
- SCHWARZENBERGER, G. *The principles and standards of international economic law*. Brill: Leiden, 1966. (Collected Courses of the Hague Academy of International Law, v. 117).
- TRACHTMAN, Joel P. The international economic law revolution. *Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 33-61, 1996.
- VAGTS, Detlev F. International economic law and the American Journal of International Law. *American Journal of International Law*, v. 100, n. 4, p. 769-782, Oct. 2006.
- ZAMORA, S. International economic law. *Journal of International Economic Law*, v. 17, p. 63-67, 1996.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Um espaço para pensar em alternativas? a academia Latino-Americana de direito internacional econômico frente à ordem econômica global

A space to imagine alternatives? the Latin American scholarship on international economic law and the formation of the global economic order

Nicolás Marcelo Perrone

Um espaço para pensar em alternativas? a academia Latino-Americana de direito internacional econômico frente à ordem econômica global*

A space to imagine alternatives? the Latin American scholarship on international economic law and the formation of the global economic order

Nicolás Marcelo Perrone **

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar o papel da academia latino-americana de direito internacional econômico frente à ordem econômica global. Grande parte dos problemas que hoje enfrentam os latino-americanos está ligada à globalização econômica. Condições de trabalho, acesso a medicamentos, uso de recursos naturais, entre outros, estão intimamente ligados à ordem econômica global. Em relação ao debate sobre esses problemas, não obstante, poucas vezes reconhece-se o papel fundamental que tem a academia de direito internacional econômico. Embora seja certo que o conhecimento articulado pela academia não é suficiente para explicar por que os Estados atuam de certa forma, talvez seja suficiente para entender por que não atuam de outra maneira. Nesse contexto, o argumento central deste artigo é que a academia de direito internacional econômico tem um papel-chave na manutenção e na reprodução da atual ordem econômica global. Ante essa premissa, a academia regional pode fazer mais pela América Latina que servir de apoio às necessidades estatais, tanto de assessoria como de defesa de seus interesses em controvérsias legais. Ao tomar consciência de seu papel constitutivo da ordem econômica global, a academia regional pode ser um meio fundamental para articular alternativas que permitam à América Latina e a sua população encontrar seu lugar na globalização.

Palavras-chave: Direito Internacional Econômico. América Latina. Globalização. Investimentos estrangeiros. Comércio Internacional.

ABSTRACT

This article aims to analyse the role of the Latin American scholarship on international economic law in the formation of the global economic order. A large number of the problems that many Latin Americans face today relate to the global economy. Labour conditions, access to medicines, the use of natural resources, among others, are closely connected to the global economic order. In few instances, however, the debate on these

* Recebido em 23/03/2016
Aprovado em 09/05/2016

** PhD, London School of Economics and Political Science. Docente Investigador, Universidad Externado de Colombia. Agradeço pelos comentários a todo ou parte deste documento recebidos de José Manuel Álvarez, Carlos Correa e dos assistentes ao II Congresso da Rede Colombiana de Direito Internacional (Medellín, Maio de 2015), e ao III Conferência Bianual da Rede Latino-americana de Direito Internacional Econômico (Porto Alegre, Outubro de 2015). Agradeço também a excelente tradução feita por Gabriel Lee Mac Fadden do original titulado '¿Un Espacio para Pensar Alternativas? La academia latinoamericana de derecho internacional económico frente al orden económico global?'. Qualquer erro ou omissão é de minha exclusiva responsabilidade. Email: nicolas.perrone@gmail.com.

problems recognises the fundamental role of the international economic law scholarship. Although the actual knowledge created by this scholarship does not explain why States behave in a certain way, it may serve to explain why they do not behave otherwise. This article argues that the scholarship on international economic law plays a crucial role in the creation and reproduction of the current global economic order. If this is correct, the regional scholarship can do more for Latin American than meeting the advisory and litigation needs of states. It can promote alternatives that can help the region and its people to find their place in the global economy.

Keywords: International Economic Law. Latin America. Globalisation. Foreign Investment. International Trade.

1. INTRODUÇÃO

A economia global é palco de muitas disputas que envolvem diferentes regiões e pessoas, entre elas a América Latina e sua gente. Nessa área estão em jogo os interesses de camponeses e comunidades indígenas e, também, de trabalhadores, enfermos, e pequenos e médios empresários. Frente a essas tensões, o direito internacional econômico (DIE) apresenta-se ao mundo e aos latino-americanos como o meio para regular conflitos comerciais e de investimentos entre Estados e investidores estrangeiros. Analisando-a, não obstante, essa descrição não parece estar de acordo com as tensões antes assinaladas. Não considera que o DIE transformou-se no principal direito da globalização e, como tal, é árbitro dos interesses e direitos tanto das grandes multinacionais como de quase todas as pessoas.¹ Isto não significa que o DIE tenha primazia formal sobre os direitos humanos ou o direito ambiental. Porém, muitas vezes, esses e outros direitos internacionais têm papéis um tanto quanto secundários frente às normas de direito do comércio e aos investimentos internacionais.

A crescente importância do DIE justifica estudar com cuidado e especial interesse não somente suas regras jurídicas, mas também a criação de conhecimento em DIE e o papel da academia nessa criação. O papel

da academia pode parecer bastante modesto se aceitamos que sua tarefa é manejar o conjunto de regras, determinadas ou determináveis, que governam as relações econômicas internacionais. A partir dessa perspectiva, o DIE operaria por regras relativamente claras que, por sua vez, permitiriam conhecer facilmente os interesses de cada Estado e como estes podem maximizá-los. Em termos comerciais, isto seria ampliar seus mercados cedendo a menor cota de mercado doméstico possível. Em termos de investimento estrangeiro, seria atrair todo o investimento estrangeiro possível, cedendo a menor porção de soberania.²

O que essa visão — provavelmente dominante — não leva em conta é que o DIE não é somente o resultado das negociações entre Estados. Não se trata do produto de um acumulado de tratados internacionais. O conhecimento criado pela academia de DIE desempenha um papel central na configuração da ordem econômica internacional. Isto define não somente a interpretação, mas também as fontes do direito que dão sentido, por exemplo, ao termo de tratamento justo e equitativo nos tratados de proteção de investimentos.³ O palco onde operam as regras de direito é uma forma de conhecimento criada pela própria academia de DIE.⁴ Esse conhecimento dá vida aos tratados firmados por todos os Estados, incluindo os latino-americanos, e disciplina a negociação de qualquer obrigação internacional em matéria econômica.

Mas o fato de o DIE ser parte do direito internacional não significa que o conhecimento sobre essa matéria seja criado com uma participação ampla e equitativa. Na realidade, a criação de conhecimento no direito internacional geral tampouco responde a essa caracterização. Segundo Chimni, por exemplo, pode-se argumentar que o DIE é criado com base em um espaço global ocupado pelos interesses de uma classe capitalista transnacional.⁵ Embora

1 Em 1963, Baade já enfatizava a importância do DIE para o direito do trabalho e os direitos dos trabalhadores. Ver BAADE, Hans. Teaching International Economic Law. *Journal of Legal Education* v. 59, p. 61-63, 1963.

2 Este tipo de análise corresponde a visões realistas ou neo-utilitaristas das relações internacionais. Ver RUGGIE, John. What makes the world hang together? Neo-utilitarianism and the social constructivist challenge. *International Organization*, v. 52, n. 4, 1998.

3 Ver PAPARINSKIS, Martins. *The international minimum standard and fair and equitable treatment*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

4 SIMPSON, Gerry. On the magic mountain: teaching public international law. *European Journal of International Law*, v. 10, n. 1, 1999; RASULOV, Akbar. The Structure of the International Legal Discourse. In: FLORENCE FOUNDING CONFERENCE. *European Society of International Law*, 2004. p. 1.

5 Ver CHIMNI, Bhupinder. International institutions today: an imperial global state in the making. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 1, 2004.

seja difícil vincular esses interesses a espaços geográficos concretos, grande parte do DIE ensinado nas universidades do mundo provém do Norte Global, e isto dá a esses acadêmicos um grande protagonismo na criação de conhecimento de DIE. A academia latino-americana de DIE, indubitavelmente, forma parte da academia global. O DIE, como veremos, apresenta-se hoje ao mundo como uma disciplina global. Na prática, no entanto, os acadêmicos regionais desempenham um papel um tanto quanto secundário na criação do conhecimento em DIE, ainda que não seja assim na disseminação ou aplicação desse conhecimento para resolver disputas concretas.

Nesse contexto, a proposta deste trabalho não é estudar as regras de DIE, mas a criação do conhecimento em torno dessa área do direito internacional, direcionando especial atenção ao papel da academia latino-americana. Ao longo deste trabalho, por isso, referir-se-á tanto a regras como a racionalidades. Esse termo, que se utilizará no sentido weberiano de racionalidade instrumental, refere-se à forma do conhecimento de DIE. Trata-se de um conhecimento que promove certos fins, por exemplo o desenvolvimento econômico e determina que certos meios são necessários para alcançar esses fins.⁶ É importante destacar neste ponto que ainda que Weber reconheça formas plurais de racionalidade, esse autor destaca que somente são objetivas aquelas racionalidades reconhecidas por formas de conhecimento técnico.⁷ No caso do DIE, trata-se de um conhecimento vinculado ao capitalismo econômico que exige, sobre todas as coisas, assegurar a possibilidade de calcular.⁸

Segundo Ruggie, as racionalidades motivam e justificam as ações dos Estados. Estas explicam seu comportamento além do cumprimento de uma regra por sua obrigatoriedade ou por sua possível utilidade.⁹ Ainda que as racionalidades não sirvam para explicar causalmente as ações dos Estados, elas não oferecem uma vi-

são determinista do mundo, estas servem para explicar por que os Estados não atuam de outra forma.¹⁰ Assim, a construção de racionalidades é uma ferramenta fundamental para manter a ordem nas relações econômicas internacionais. Estas servem para definir o interesse nos jogadores participantes, determinando suas condutas por meio de incentivos que, em última instância, afetam sua subjetividade.¹¹

O argumento central deste artigo é que a academia de DIE cumpre um papel central como geradora de conhecimento nessa matéria, especialmente de suas racionalidades. Isto quer dizer que a academia regional que se ocupa do DIE poderia ter um papel mais importante que a simples reprodução e aplicação de regras de direito. Poderia ser, também, um meio para conhecer e modificar as racionalidades do DIE, criando novas oportunidades para a região.

A primeira parte deste trabalho analisa a visão que tem a academia de direito internacional sobre si mesma, especialmente a academia de DIE e de que forma os acadêmicos em direito internacional contribuem com a ordem econômica global. A segunda parte estuda as racionalidades que emergem do DIE a partir de uma perspectiva latino-americana, enfatizando seu papel constitutivo da ordem econômica global e regional. A última parte toma esses elementos para analisar em detalhe a participação da academia latino-americana na difusão e consolidação da ordem econômica tanto regional como global. A conclusão é que os interesses em jogo no âmbito do DIE são demasiadamente importantes para que a academia regional somente tenha um papel passivo frente à criação de conhecimento nessa matéria. Qualquer que seja a opinião que se tenha sobre a ordem econômica global, seja a favor ou contra a maior participação do Estado na vida econômica, é necessário saber de que forma consolida-se esta ordem e quais são as margens de manobra e possíveis estratégias de mudança. De outra forma, como adverte Aldo Ferrer, a América Latina não poderá “decidir [seu] próprio destino dentro da globalização”.¹²

6 WEBER, Max. El sentido de la ‘neutralidad valorativa’ de las ciencias sociológicas y económicas In: ENSAYOS sobre Metodología Sociológica. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1973. p. 222-268.

7 WEBER, Max. El sentido de la ‘neutralidad valorativa’ de las ciencias sociológicas y económicas In: ENSAYOS sobre Metodología Sociológica. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1973. p. 222-268.

8 WEBER, Max. Parliament and Government in Germany under a New Political Order. In: LASSMAN, P. (Ed.). *Weber: Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994. p. 147-148.

9 RUGGIE, John. What makes the world hang together? Neoliberalism and the social constructivist challenge. *International Organization*, v. 52, n. 4, 1998.

10 RUGGIE, John. What makes the world hang together? Neoliberalism and the social constructivist challenge. *International Organization*, v. 52, n. 4, p. 869, 1998.

11 RUGGIE, John. What makes the world hang together? Neoliberalism and the social constructivist challenge. *International Organization*, v. 52, n. 4, p. 862-864, 1998; FOUCAULT, Michel. Technologies of the self. In: RABINOV, P. (Ed.). *Ethics: Subjectivity and Truth*. New York: The New York Press, 1997. p. 223-251.

12 FERRER, Aldo. La importancia de las ideas propias sobre el

2. A FUNÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO: “ORDENAR” AS RELAÇÕES ECONÔMICAS INTERNACIONAIS

a. Ordenando o mundo criamos um mundo

Os acadêmicos localizados no mainstream do direito internacional costumam ver a razão de ser do direito internacional, aquilo que dá sentido a sua profissão, em seu trabalho de ordenar as relações internacionais.¹³ Inspirados no ideal de Kant de paz perpétua, têm por missão regular as imperfeitas relações internacionais, a fim de evitar, antes de tudo, a guerra.

Não é muito diferente no caso do DIE. O mainstream da academia sustenta que é necessário regular as relações econômicas internacionais. No pior dos casos, essas relações, também, podem levar à guerra. O férreo protecionismo da década de 1930 é apontado por muitos como um dos fatores detonadores da Segunda Guerra Mundial.¹⁴ A paz, ademais, é fundamental para o desenvolvimento eficiente da atividade econômica internacional. A solução pacífica de controvérsias é um pilar fundamental da ordem econômica internacional, necessária para promover a liberalização progressiva do comércio, os investimentos estrangeiros e o desenvolvimento econômico.¹⁵

Seguindo essa linha de pensamento, o mainstream da academia em direito internacional caracteriza-se por assumir que já existem relações internacionais entre Estados, tanto políticas quanto econômicas. Essas relações, inclusive, preexistiriam ao direito internacional. Não obstante, esses acadêmicos consideram necessário regular essas relações ou ao menos criar mecanismos adequados para que os Estados possam fazer sua autorregulação. Essa visão domina os acadêmicos neorealistas e liberais neoinstitucionalistas.

desarrollo y la globalización. *Revista Problemas del Desarrollo*, v. 173, n. 44, 2013.

13 RASULOV, Akbar. The Structure of the International Legal Discourse. In: FLORENCE FOUNDING CONFERENCE. European Society of International Law, 2004. p. 2.

14 A guerra alfandegária começou com o Smoot-Hawley Tariff Act nos Estados Unidos TREBILCOCK, Michael; HOWSE, Robert. *The regulation of international trade*. New York: Routledge, 1999. p. 19.

15 PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization. *European Journal of International Law*, 1995.

Ruggie critica essas posturas porque, ainda que haja regras que regulam, também há regras que constituem relações.¹⁶ Na prática, talvez se trata de categorias ideais e não seja possível encontrar regras totalmente reguladoras ou constitutivas. Mas o DIE, como o direito internacional, não somente ordena as relações internacionais como também as constitui, dando-lhes formas particulares e imprimindo-lhes certas dinâmicas. As relações entre os Estados podem ser algo natural, partindo da premissa que os seres humanos são políticos por natureza. Mas, seja isto certo ou não, é indiscutível que os termos das relações entre Estados, por exemplo, segundo seu caráter civilizado ou incivilizado, não são algo natural, mas criado pelo direito internacional. Algo parecido poder-se-ia dizer das relações em termos de Estados desenvolvidos e em desenvolvimento. Essas categorias dão forma ao que se deve regular. Há Estados que devem tomar certas medidas para que se desenvolvam, outros, porém, apresentam-se ao mundo como desenvolvidos. As correntes críticas do direito internacional têm enfatizado essas racionalidades por décadas.¹⁷

Apesar disso, o mainstream do DIE opera com base na premissa de que não tem um papel fundamental na constituição das relações econômicas entre os Estados.¹⁸ A partir dessa visão formalista, mostra-se-o como uma série de regras que se aplicam universalmente, baseadas nos princípios de igualdade, soberania e *pacta sunt servanda*.¹⁹ Essas regras seriam objetivas e independentes dos interesses particulares de qualquer Estado, dando uma impressão de igualdade entre todos os atores da comunidade internacional. Essa igualdade manifesta-se, por exemplo, no princípio de reciprocidade nas negociações comerciais. Ou seja, toda concessão comercial

16 RUGGIE, John. What makes the world hang together? Neoliberalism and the social constructivist challenge. *International Organizatio*, v. 52, n. 4, 1998. Ver, também LANG, Andrew. *World trade law after neoliberalism: re-imagining the global economic order*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 160.

17 Entre outros, cabe destacar o trabalho de Anthony Anghie. Ver ANGHIE, Anthony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2004.

18 A principal exceção encontra-se, provavelmente, na literatura do período que vai desde 1950 a 1970, ou seja, durante o auge da teoria da dependência e do direito ao desenvolvimento. Ver, entre outros, BECKER LORCA, Arnulf. *International Law in Latin America or Latin American International Law-Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination*. *Harvard International Law Journal*, v. 283, 2006.

19 KOSKENNIEMI, Martti. The Politics of International Law. *European Journal of International Law*, v. 4, 1990.

requer uma contraprestação. Assim, escutam, sistematicamente, que os tratados econômicos são atos de cooperação e coordenação, entre dois ou mais Estados, que buscam alcançar objetivos comuns.²⁰

Um exemplo dessa tensão entre regulação-constituição é encontrado no direito internacional de investimentos. Esse regime busca proteger os investidores estrangeiros das eventuais lesões que podem dar-lhes os Estados quando recebem seus investimentos. Não obstante, o que ocorre antes do estabelecimento dos investimentos e os resultantes direitos dos investidores são temas ignorados quase completamente. Durante o período anterior ao investimento estrangeiro, aplica-se, sem limitações, a autonomia das partes como se tratasse de atores em igualdade de condições, quando na realidade as grandes empresas multinacionais quase sempre decidem onde e em quais condições investir. Depois do estabelecimento do investimento, quando o Estado seria mais forte graças a seu poder soberano, é necessária a intervenção do DIE para regular a relação entre o “fraco” investidor estrangeiro e o “forte” Estado.²¹

O problema de enfatizar o aspecto regulador do DIE é que não se captam muitas consequências nessa área do direito internacional. Por um lado, a partir da influência do direito ao desenvolvimento, autores latino-americanos criticaram — durante as décadas de 1960 e 1970 — a visão formalista do princípio da igualdade.²² Por outro lado, o DIE tem efeitos sobre as pessoas e as comunidades. Se existiam dúvidas, as transformações profundas da década de 1990 findaram-nas. O DIE imiscuiu-se na vida de cada um de nós, e ainda assim são poucos que estudam o papel do DIE em nossas vidas diárias.

b. A indeterminação das regras, as racionalidades do direito internacional econômico e o problema da ordem

As regras que compõem o DIE são indeterminadas, como qualquer regra jurídica, mas isto não quer dizer

que cada Estado possa fazer o que queira. Desenvolvimento é o exemplo mais claro: o que é desenvolvimento? Como se alcança o desenvolvimento? A indeterminação da ideia de desenvolvimento põe em risco a ordem econômica internacional. Se cada Estado pudesse fazer o que quisesse para se desenvolver, um objetivo que inclusive pode ter significados muito diferentes em distintas partes do mundo, as possibilidades de conflito seriam muito altas. Para ordenar as relações econômicas satisfatoriamente, então, o DIE necessita de mecanismos que minimizem esse espaço de indeterminação.²³

Durante o apogeu da Teoria da Dependência, a ideia de desenvolvimento foi utilizada por parte da academia vinculada ao DIE — incluindo a latino-americana — como uma ferramenta emancipadora da ordem existente.²⁴ Hoje, não obstante, essa ideia apresenta-se, principalmente, como uma disciplina que os chamados países desenvolvidos impõem aos que estão *um pouco menos desenvolvidos*.²⁵ Não por acaso, enquanto a ideia de desenvolvimento servia tanto para emancipar como disciplinar nas décadas de 1960 e 1970, a ordem econômica internacional era mais porosa e indeterminada. O regime atual de investimentos, com seus mais de três mil tratados, é justificado precisamente pela incerteza que prevalecia nesses anos. Mais distante dos tratados firmados, a consolidação da interpretação dominante nas arbitragens de investimentos requereu, também, certo conhecimento de DIE. Um passo muito importante nessa direção foi o trabalho de Paulsson sobre *arbitration without privity*.²⁶

Os encarregados de que as regras indeterminadas do DIE tenham na prática um espaço reduzido de indeterminação são os acadêmicos, os *experts* e quem utiliza essas regras em casos concretos. Isto é percebido hoje na interpretação que fazem os árbitros de investimentos

20 ABBOTT, Kenneth; SNIDAL, Duncan. Why states act through formal international organizations. *Journal of conflict resolution*, v. 42, n.1, 1998.

21 Ver PERRONE, Nicolás. *The International Investment Regime and Foreign Investors' Rights: Another View of a Popular Story*. 2013. Thesis (PhD) - London School of Economics and Political Science, London, 2013. p. 107-120.

22 GROSS ESPIELL, Héctor. Derecho internacional del desarrollo. In: ESTUDIOS de Derecho Económico II. México: Universidad Autónoma de México, 1980.

23 RASULOV, Akbar. The Structure of the International Legal Discourse. In: FLORENCE FOUNDING CONFERENCE. European Society of International Law, 2004.

24 Ver BEDJAOU, Mohammed. *Towards a new international economic order*. New York: Holmes & Meier, 1979. No caso latino-americano, ver GROSS ESPIELL, Héctor. Derecho internacional del desarrollo. In: ESTUDIOS de Derecho Económico II. México: Universidad Autónoma de México, 1980.

25 ANGHIE, Anthony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2004. PAHUJA, Sundhya. *Decolonising International Law: development, economic growth, and the politics of universality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 132-135.

26 PAULSSON, Jan. Arbitration without privity. *ICSID Review*, v. 10, n. 2, 1995.

sobre o tratamento justo e equitativo, segundo a qual — sustentam de maneira majoritária — este *standard* é quase o mesmo em todos os tratados, apesar de as cláusulas serem diferentes.²⁷ Algo similar ocorre no direito da OMC. O termo subsídio pode ter distintas interpretações segundo a doutrina econômica, mas na OMC alcançou-se um consenso sobre seu significado.²⁸ Tanto no direito dos investimentos estrangeiros como no direito da OMC, uma chave para entender a interpretação dominante reside no consenso sobre os fins desses ordenamentos jurídicos: seja proteger o investimento estrangeiro ou promover a liberalização progressiva do comércio.

Esses consensos são necessários para a manutenção da ordem econômica global. Não obstante, não são o resultado de negociações entre Estados, nem do exercício do poder material dos Estados mais poderosos. É aqui onde a academia de DIE desempenha um papel importante por meio da criação de conhecimento. Em última instância, é certo, questões como o significado do termo subsídio são definidas pelos órgãos jurisdicionais do DIE. Mas estas decisões são delimitadas pelo trabalho dos acadêmicos. O conhecimento nessa matéria desempenha um papel importante na aceitação ou rejeição de qualquer interpretação sobre o tratamento justo e equitativo ou sobre o termo subsídio.

A manutenção da ordem econômica global, por outro lado, requer mais que resolver os possíveis espaços de indeterminação. Uma ordem entre iguais pode mostrar-se instável e, por isso, as racionalidades criadas pela academia de DIE tendem a promover hierarquias — e não necessariamente igualdade — entre os Estados. Essas hierarquias são necessárias para que o DIE possa manter a ordem nas relações econômicas internacionais. Sempre que houver ganhadores e perdedores, fora e dentro de cada Estado, os primeiros ocupam-se de reproduzir a ordem. Proteger o investimento estrangeiro e promover a liberalização do comércio são racionalidades adequadas já que dariam como resultado, como explicam Chang e Wade, ganhadores e perdedores.²⁹ A

igualdade, por outro lado, põe aqueles que se consideram perdedores em posição de tentar alterar a ordem vigente. Como expõem Stiglitz e Rodrik, os Estados em desenvolvimento necessitam de um espaço para experimentar³⁰, mas, em um mundo em constante experimentação, é razoável assumir, também, uma crescente desordem global.

A função do conhecimento dominante, então, não é somente estabelecer racionalidades que delimitem o espaço de indeterminação, mas idem outorgar legitimidade às hierarquias econômicas, ocultando a história, nas palavras de Foucault.³¹ Assim, o conhecimento dominante deve ser capaz de mostrar e tratar os parceiros de um tratado de livre comércio ou de um acordo de proteção de investimentos estrangeiros como iguais, ainda que não o sejam.

3. O DIREITO INTERNACIONAL E SUAS PRINCIPAIS RACIONALIDADES: RECONHECIMENTO POLÍTICO E ECONÔMICO NA AMÉRICA LATINA

No começo do século XIX, a comunidade latino-americana somou-se às relações internacionais sob a forma de Estados independentes. Nesse momento já existia um ordenamento jurídico que dava forma a essas relações. Por um lado, existiam regras pontuais que regulavam a adesão à comunidade internacional de Estados. Por outro lado, havia uma série de regras gerais que governavam as relações entre os membros da comunidade internacional, incluindo sua adesão. As regras gerais mais importantes eram — e possivelmente seguem sendo — a igualdade e a soberania dos Estados.

A igualdade entre Estados é o principal palco das relações internacionais, mas somente uma análise de como funciona essa igualdade na prática revela-nos a forma em que o direito internacional não somente regula, mas também constitui estas relações. Uma primeira aproximação à igualdade entre Estados mostra-nos

27 Ver PAPARINSKIS, Martins. *The international minimum standard and fair and equitable treatment*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

28 Ver LANG, Andrew. *Governing As If: Global Subsidies Regulation and the Benchmark Problem*. *Current Legal Problems*, 2014.

29 CHANG, Ha-Joon. *Kicking away the ladder: development strategy in historical perspective*. London: Anthem, 2002. WADE, Robert. *What strategies are viable for developing countries today? The World Trade Organization and the shrinking of development space*. *Review of International Political Economy*, v. 10, n. 4, 2003.

30 RODRIK, Dani. *The Global Governance of Trade: As If Development Really Mattered*. United Nations Development Programme Background Paper, 2001.; SERRA, Narcís; SPIEGEL, Shari; STIGLITZ, Joseph. *Introduction: From the Washington Consensus Towards a New Global Governance*. In: *THE WASHINGTON Consensus Reconsidered: Towards a New Global Governance*. New York: Oxford University Press, 2008.

31 FOUCAULT, Michel. *Society must be defended: lectures at the Collège de France, 1975-76*. London: Penguin, 2004. p. 98-126.

que se trata de uma igualdade entre iguais, e não uma igualdade entre soberanos. Aqueles que se reconhecem a si mesmos como soberanos são soberanos sempre que sejam respeitosos para com certas racionalidades econômicas e institucionais. É a procura por essas racionalidades, justamente, o que os torna iguais ao resto dos Estados e não aos *outros*: os incivilizados, os que não são soberanos. Como veremos, essa distinção entre iguais e *outros* constitui um eixo fundamental do direito internacional.³²

A racionalidade por trás do princípio da igualdade não explica causalmente a atitude dos governos latino-americanos no começo do século XIX. Mas nos permite entender por que esses governos buscaram o reconhecimento dos Estados que se reconheciam entre si como soberanos e iguais. Como será exposto, no século XIX, a racionalidade da igualdade foi implementada por meio do *standard* de civilização. A partir da segunda metade do século XIX, esse *standard* transformou-se em dois *standards* estreitamente vinculados: desenvolvimento econômico neoliberal e desenvolvimento institucional do *rule of law*.

Entendida no contexto dessas racionalidades, a igualdade parece transformar a soberania em uma carta de filiação da comunidade internacional. O reconhecimento tanto político como econômico sempre parece ter um custo alto na ordem internacional: o custo é tornar qualquer aspiração a ser diferente inalcançável.³³

a. A aspiração a ser parte dos países civilizados: igualdade e soberania

Fazer parte do conjunto de nações era, para os governos latino-americanos do começo do século XIX, um objetivo central.³⁴ Para isso, a racionalidade da igualdade requeria que os Estados latino-americanos adotassem as instituições europeias consideradas civilizadas. Atuar dessa forma era necessário porque o reconheci-

mento de quem já era parte da comunidade internacional, ou seja, dos países europeus, era o que acarretava a subjetividade internacional. Segundo a academia internacional da época, a ideia de soberania e Estado tinha como elemento definidor a existência de instituições *civilizadas*. Para os novos Estados, além disso, também era importante mostrar que essas instituições eram *naturalmente* adequadas para a América Latina. Fingir o contrário significava assumir que estas terras estavam condenadas à barbárie, a ser o *outro*.³⁵

A racionalidade da igualdade e o *standard* de civilização são uma racionalidade criada tanto pelos tratados internacionais como pela academia de direito internacional da época. Isto não ocorre por acaso, se aceitarmos que a academia considera que sua missão é ordenar as relações internacionais. O *standard* de civilização tinha um claro elemento constitutivo na ordem internacional. No século XIX, esse *standard* significava a imposição de princípios básicos da civilização ocidental, como a propriedade privada, assim como do estabelecimento de contraprestações pelos atos de reconhecimento internacional.

A soberania, porém, nunca foi gratuita. No âmbito econômico, isto pode ser visto nos tratados de paz, amizade e comércio, que muitos governos latino-americanos firmaram com países europeus como forma de obter o reconhecimento como Estados. Por um lado, esses tratados estabeleciam uma enumeração de *standards* de civilização, como a mencionada propriedade privada. Por outro lado, determinavam, de forma bilateral e recíproca, certas regras que respondiam a interesses dos países europeus. Um exemplo paradigmático é a livre navegação nos rios. Embora os Estados que eram partes do tratado beneficiassem-se dessa cláusula, os novos Estados latino-americanos não tinham frota mercantil. Alguns países europeus, por outro lado, eram líderes no transporte marítimo e fluvial. Como alguns autores enfatizam, essa regra — que é resultado do princípio de igualdade e reciprocidade — limitou as possibilidades para que se criasse uma frota mercantil na América Latina.³⁶

32 ANGHIE, Anthony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2004.

33 Esquirol explica que a ortodoxia do direito internacional latino-americano tenta alcançar a soberania com argumentos de superioridade racial vinculados com a civilização europeia. ESQUIROL, Jorge. Can International Law Help: an Analysis of the Colombian Peace Process. *Connecticut Journal of International Law*, 2000. p. 80.

34 BECKER, Félix. Los Tratados de amistad, comercio y navegación y la integración de los estados independientes americanos en el sistema internacional. In: PROBLEMAS de la formación del Estado y de la nación en Hispanoamérica. 1984.

35 OBREGÓN, Liliana. ¿Para qué un derecho internacional latinoamericano? In: URUEÑA, René (Ed.). *Derecho internacional. Poder y límites del derecho en la sociedad global*. Bogotá: Uniandes, 2014. p. 37.

36 BECKER, Félix. Los Tratados de amistad, comercio y navegación y la integración de los estados independientes americanos en el sistema internacional. In: PROBLEMAS de la formación del Estado y de la nación en Hispanoamérica. 1984.

Quando existiam grandes divergências com as instituições civilizadas europeias, além disso, eram necessárias concessões adicionais para obter o reconhecimento internacional. A dívida contraída pelo Haiti em 1825, por exemplo, é o resultado advindo do fato de que muitos de seus cidadãos, segundo os *standards* de civilização imperantes (ou, melhor dito, incivilização), eram escravos, quer dizer, propriedade privada de sujeitos de outros Estados. Assim, o Haiti teve que contrair um empréstimo para poder compensar a perda de direitos que existiam segundo as leis vigentes na metrópole.³⁷

O reconhecimento dos Estados latino-americanos como soberanos, por outro lado, estava condicionado a que seus governos atuassem conforme a racionalidade criada e reproduzida pelo direito internacional. Se os Estados latino-americanos não cumpriam com os *standards* de civilização fundamentais para a ordem internacional, por exemplo o respeito da propriedade, a comunidade internacional reservava seu direito de intervir para fazê-los valer. Em outras palavras, reservava-se o direito de desconhecer o caráter soberano dos novos Estados. O princípio de não intervenção, corolário-chave do reconhecimento de soberania, somente se aplicava aos Estados que atuavam de forma civilizada. Essa premissa justificava a proteção diplomática na América Latina e também a instituição consular em países como a China e o Japão.³⁸

A ideia de soberania, então, parece mais uma forma de definir uma filiação a um clube que um termo para descrever a capacidade de um povo de governar-se a si mesmo. A prática dos novos Estados e a posição de seus acadêmicos assim o confirmam. Na maioria dos casos de intervenção, os representantes dos novos Estados não desafiavam as regras impostas pelos *standards* de civilização, mas afirmavam que se comprometiam com esses *standards* ou que estavam em um rápido processo de implementação das leis ocidentais.³⁹ Essas reações podem ser explicadas consoante ao conhecimento dominante de direito internacional e demonstram o poder constitutivo da racionalidade da igualdade nas relações

internacionais. Nenhum dos novos Estados pretendia ser reconhecido na ordem internacional como diferente – ou seja – como suficientemente autônomo como para se dar suas próprias instituições. No contexto da racionalidade da igualdade, em outras palavras, a ideia de soberania é quase antagônica à ideia de autonomia. Uma comunidade de pessoas deveria renunciar a sua autonomia para ser parte do clube de Estados soberanos.

b. A aspiração a ser parte do mundo desenvolvido: igualdade, desenvolvimento e rule of law

Após o processo de descolonização, consolida-se uma transformação importante à ordem internacional, já que grande parte do território mundial é reconhecido como parte integrante de Estados iguais e soberanos. A comunidade internacional de Estados mantém o controle sobre a subjetividade estatal internacional. Governo, território e população não são mais que fatores materiais que na prática, como no caso da Palestina, não implicam soberania. Não obstante, uma vez outorgado o reconhecimento, a igualdade e a soberania são menos discutíveis. Essa troca afeta a racionalidade da igualdade tornando mais difícil disciplinar a conduta estatal a partir da dicotomia civilizado-incivilizado. Mas a influência sobre os assuntos internos de muitos Estados não desaparece, na medida que é necessária para manter a ordem econômica global. A academia de DIE realiza essa tarefa a partir de outros meios e fins, de outras racionalidades.

Esse momento histórico coincide com o surgimento de uma nova forma de ordenar as relações internacionais, que dará ao DIE seu protagonismo atual. A partir da segunda metade do século XX, o direito internacional racionaliza grande parte das relações entre os Estados – tanto a nível regional como global – a partir da questão econômica. Trata-se, mais concretamente, da racionalidade do desenvolvimento econômico.⁴⁰ Todos

37 OBREGÓN, Liliána. ¿Para qué un derecho internacional latinoamericano? In: URUEÑA, René (Ed.). *Derecho internacional. Poder y límites del derecho en la sociedad global*. Bogotá: Uniandes, 2014. p. 32-35.

38 BECKER LORCA, Arnulf. *Mestizo International Law: a Global Intellectual History 1842-1933*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 3-8.

39 BECKER LORCA, Arnulf. *Mestizo International Law: a Global Intellectual History 1842-1933*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 3-8.

40 A importância da racionalidade do crescimento econômico motorizado pelo mercado nos Estados liberais e neoliberais é desenvolvida por Weber e Foucault. SWEDBERG, Richard. Max Weber's Contribution to the Economic Sociology of Law. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 61, 2006. FOUCAULT, Michel. *Security, Territory and Population: lectures at the collège de france 1977-1978*. Chippenham, UK: Palgrave Macmillan, 2009. p. 95-99; 341-358; FOUCAULT, Michel. *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978-1979*. Chippenham, UK: Palgrave Macmillan, 2010. p. 144; 252.

os Estados são formalmente iguais, mas não são economicamente iguais. Os Estados que anteriormente eram administradores da civilização são agora os administradores do desenvolvimento e o DIE vai reconhecer essa diferença a partir do mesmo projeto de Bretton Woods. Por exemplo, duas das instituições-chave da ordem econômica global, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial, têm mecanismos de votação que reflitam essa hierarquia ou desigualdade.

Como ocorria com o *standard* de civilização, existem dois fatos sociais chave que não requerem maior comprovação no caso da racionalidade do desenvolvimento. Um é o reconhecimento generalizado de alguns Estados como desenvolvidos e o outro é o desejo do resto de alcançar esse desenvolvimento. O reconhecimento como desenvolvido não depende de que se trate de um dos países mais desiguais do mundo, ou que ali se haja iniciado as duas crises financeiras mais graves dos últimos cem anos: ninguém questiona o status dos Estados Unidos como um país desenvolvido. Pelo contrário, existe todo um conhecimento focado em torno da ideia de desenvolvimento, cujo objetivo é dar forma à conduta dos países considerados em desenvolvimento. Esse conhecimento econômico manifesta-se na forma de meios e fins, ou racionalidades, e é o resultado do trabalho de acadêmicos e *experts* de organismos internacionais econômicos, como o Banco Mundial, o FMI, e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Os Estados chamados desenvolvidos aprovam o desejo de desenvolver-se que têm os outros Estados. Às vezes, poderia dizer-se que o celebram. A partir do fim da Segunda Guerra Mundial, oferecem ajuda financeira, técnica e política para o desenvolvimento, que também é funcional a outros interesses desses Estados: desde lutar contra o comunismo a manter a ingerência nos assuntos internos destes países.⁴¹ Embora os países do Sul global não estejam obrigados a aceitar essa ajuda (ou a mesma racionalidade do desenvolvimento), poucos estão dispostos a serem subdesenvolvidos, da mesma forma que ninguém estava disposto a ser o incivilizado no século XIX. Há pressões para seguir esse caminho, como as condicionalidades do FMI, mas não se trata, somente, de coerção mas idem de aceitação de certos meios como idôneos para alcançar o desenvolvimento.

41 Ver supra n. 25.

Diferentemente do que ocorria com a racionalidade da igualdade e o *standard* de civilização, não obstante, a racionalidade do desenvolvimento adota duas formas historicamente diferenciadas. Os Estados do Sul global, ao menos durante as primeiras décadas do pós-guerra, vão questionar a racionalidade do desenvolvimento impulsionada pelos Estados Unidos e Europa ocidental. Desconfiam porque creem que esses Estados alcançaram seu bem-estar material a partir de relações assimétricas coloniais ou de dominação informal⁴², eliminando – por exemplo – a possibilidade de uma frota mercantil na América Latina. Durante as décadas de 1950 a 1970, seguindo essa linha, os Estados latino-americanos buscaram desenvolver-se por meio de uma racionalidade própria, inspirada na Teoria da Dependência.

Impulsionada por acadêmicos do Sul global, essa racionalidade do desenvolvimento apresenta-se como uma demanda, uma forma de emancipação, que exige dos Estados Unidos e da Europa ocidental a reorganização das relações econômicas internacionais⁴³. Trata-se de implementar regras que permitam ao resto dos Estados conduzir sua economia, principalmente o uso de recursos minerais, e utilizar esses recursos para alcançar o desenvolvimento industrial. Esta fase emancipadora pode ser vista no discurso da teoria da dependência sobre comércio e investimentos, que desconfia do livre comércio e do capital proveniente das antigas potências coloniais.⁴⁴ Considera, por outro lado, que a criação de capital nacional é necessária para alcançar tanto o desenvolvimento econômico como uma democracia saudável.⁴⁵ Tratava-se, segundo Prebisch, de dar à população desses Estados as mesmas condições econômicas e democráticas dos Estados Unidos e Europa ocidental.⁴⁶

42 GILPIN, Robert. *Global Political Economy: understanding the International Economic Order*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2001. p. 286-288.

43 Essa demanda articula-se por meio do direito ao desenvolvimento. Ver Héctor Gross Espiell, supra n. 22.

44 No caso latino-americano, os expoentes mais importantes desta escola são Raúl Prebisch, Celso Furtado, Fernando H. Cardoso e Enzo Faletto. Ver BIELSCHOWSKY, Ricardo. Cincuenta años del pensamiento de la CEPAL: una reseña. In: CINCUENTA años del pensamiento de la CEPAL: textos seleccionados. Santiago: Fondo de Cultura Económica/CEPAL, 1998. p. 9-61.

45 CUADERNO, Miguel. The Anti-Capitalist Attitude. In: *Private investment: the key to international industrial development*. New York: McGraw Hill, 1958. PREBISCH, Raúl. El desarrollo económico de la América Latina y algunos de sus principales problemas. *Desarrollo Económico*, 1986.

46 PREBISCH, Raúl. El desarrollo económico de la América Latina y algunos de sus principales problemas. *Desarrollo Económico*, 1986. p. 479.

Durante esse período, a produção acadêmica latino-americana ressaltava a importância de um direito internacional ao desenvolvimento como base de uma nova ordem econômica global.⁴⁷ Tratava-se de uma visão alternativa das relações econômicas entre os Estados: de uma ordem e uma racionalidade distintas. Essa visão refletiu-se nas resoluções da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. As resoluções mais importantes referem-se à soberania permanente sobre os recursos naturais⁴⁸ e à carta de direitos e deveres econômicos dos Estados.⁴⁹ Algumas dessas ideias foram consolidadas – ainda que por um curto período – com a criação da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) e da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD, em inglês).⁵⁰

Essa visão emancipadora do desenvolvimento, não obstante, foi derrotada no final da década de 1970 pela racionalidade do desenvolvimento impulsionada pelos Estados Unidos e Europa ocidental. Para essa visão, a chave não era o planejamento industrial estatal, mas a atração de investimento estrangeiro privado a fim de utilizar de maneira eficiente os recursos econômicos.⁵¹ Essa racionalidade do desenvolvimento é neoliberal e o auge destas ideias vai circular a partir do norte em direção ao sul.⁵² Para alcançar o desenvolvimento econômico, dizia o paradigma neoliberal da década de 1990, é necessário que os Estados comportem-se de acordo com uma nova disciplina institucional e fiscal. Essas políticas são desenhadas e sua implementação monitorada com base no Banco Mundial, o FMI, a OCDE e a nova unidade da UNCTAD encarregada de investimento estrangeiro.⁵³

47 GROSS ESPIELL, Héctor. Derecho internacional del desarrollo. In: ESTUDIOS de Derecho Económico II. México: Universidad Autónoma de México, 1980. p. 230-233.

48 Resolução 1803 (XVII) da Assembleia Geral da ONU, de 14 de dezembro de 1962.

49 Resolução 3281 (XXIX) da Assembleia Geral da ONU, de 12 de dezembro de 1974.

50 GROSS ESPIELL, Héctor. Derecho internacional del desarrollo. In: ESTUDIOS de Derecho Económico II. México: Universidad Autónoma de México, 1980. p. 230-233.

51 OGLE, Vanessa. State Rights against Private Capital: The “New International Economic Order” and the Struggle over Aid, Trade, and Foreign Investment, 1962–1981. *Humanity*, v. 211, 2014.

52 O Banco Mundial, por exemplo, foi chave na implementação de reformas agrárias sugeridas por *experts* como Hernando de Soto. Ver ESQUIROL, Jorge. Can International Law Help: an Analysis of the Colombian Peace Process. *Connecticut Journal of International Law*, 2000. p. 153-154.

53 No caso da UNCTAD, SAGAFI-NEJAD, Tagi; DUNNING,

Nesse contexto, os organismos internacionais começaram a outorgar financiamento para implementar as instituições necessárias para o desenvolvimento neoliberal. Muitas universidades do norte apoiaram esse projeto. Assim, toma forma a racionalidade da igualdade e o *rule of law*, segundo a qual os países em desenvolvimento devem incorporar as instituições dos Estados Unidos e da Europa Ocidental. Trata-se de reconhecer direitos de propriedade fortes, iniciar uma reforma do Estado focada em privilegiar o papel do mercado como garantia do desenvolvimento econômico, e manter uma estabilidade fiscal e macroeconômica.⁵⁴ Esta é uma racionalidade que busca facilitar a atividade econômica global e a atração de investimento estrangeiro privado.

No que se refere, especificamente, aos investimentos estrangeiros, a racionalidade neoliberal do desenvolvimento foi consolidada por meio de tratados assimétricos de promoção e proteção de investimentos. Esses tratados protegem o investimento de ambos os Estados, mas, na prática, a grande maioria dos fluxos provém dos países do Norte Global. Fato não muito diferente daquele que se sucedeu com os tratados de amizade, navegação e comércio. No caso do transporte marítimo e fluvial, haveria transporte na América Latina, mas seria um negócio de estrangeiros. No caso dos investimentos estrangeiros hoje, haverá crescimento econômico, mas dependerá de e será dirigido principalmente por capitais globais.⁵⁵ As implicações desse controle estrangeiro são deixadas de lado ou minimizadas por grande parte da literatura atual sobre arbitragem internacional de investimentos. Esse esquema, não obstante, estaria dando lugar ao surgimento de uma classe capitalista transnacional que atua como se fosse externa às necessidades e aos valores de cada comunidade.⁵⁶

Na implementação dessa ordem econômica neoliberal, o papel da Organização Mundial do Comércio (OMC) também foi vital. Esse organismo foi durante

John. *The UN and Transnational Corporations: from code of conduct to global compact*. Bloomington: Indiana University Press, 2008. p. 124-126.

54 Ver ROBERTS, Alasdair. *The logic of discipline: global capitalism and the architecture of government*. New York: Oxford University Press, 2010.

55 Ver LALL, Sanjaya. Reinventing industrial strategy: the role of government policy in building industrial competitiveness. In: UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 28, 2004. p. 31; CHANG, Ha-Joon. Regulation of Foreign Investment in Historical Perspective. *The European Journal of Development Research*, v. 16, n. 3, 2004. p. 712.

56 Ver supra n. 5.

o final da década de 1990 o farol de muitas reformas neoliberais em termos comerciais. Sua função, nas palavras de Chang, foi chutar a escada se acaso algum país pretendesse voltar a implementar políticas de promoção industrial.⁵⁷ Ao limitar consideravelmente o apoio à indústria doméstica, incorporar um forte sistema de proteção à propriedade intelectual e facilitar a mobilidade de bens e serviços, a OMC consolida o capitalismo internacional das cadeias globais de valor. Tornar-se parte dessas cadeias é vital na atual configuração das relações econômicas internacionais.⁵⁸

Nesse contexto de transformação da década de 1990, grande parte da academia latino-americana de DIE limitou-se, principalmente, a seguir as mudanças e avanços institucionais. Ainda que houvesse críticas, como as de Correa na área de propriedade intelectual⁵⁹, a maioria da literatura latino-americana ocupou-se de sistematizar os instrumentos legais, reproduzindo, de maneira explícita ou implícita, racionalidades que reproduzem a ordem econômica global neoliberal.⁶⁰

4. A ACADEMIA LATINO-AMERICANA DE DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E SUA CONTRIBUIÇÃO À ORDEM ECONÔMICA GLOBAL

A academia latino-americana de DIE forma parte da academia internacional. O DIE apresenta-se hoje ao mundo como uma disciplina global, apesar dos tratados bilaterais de livre comércio, do alto grau de fragmentação de convenções que existe no regime internacional de investimentos e dos distintos contextos políticos, econômicos e sociais de cada país e região. A academia nessa matéria não vê esses contextos diferentes como um problema sério, já que às divergências textuais, sociais e políticas opõem-se racionalidades globais que servem para minimizar diferenças e ordenar as relações econômicas internacionais. O verdadeiramente global e universal, ergo, é o conhecimento de DIE. A comunidade

de regional envolvida nessa matéria não representa uma descontinuidade normativa nem social com a comunidade global: com somente algumas poucas exceções, trata-se de um subgrupo dentro dessa mesma comunidade epistêmica.⁶¹ Não é por acaso, por exemplo, que a rede latino-americana de DIE tenha sido criada no seio e seja um capítulo a mais da rede internacional.⁶²

Dada a importância da América Latina nas relações econômicas internacionais, que foi uma das principais vozes críticas entre os anos 1950 e 1970, os acadêmicos dessa região têm algum peso na criação de conhecimento em DIE. Frente à diversidade de textos legais e à indeterminação própria do direito, a existência de um DIE global mostra que existe um consenso na criação e reprodução do conhecimento. Hoje, grande parte da academia latino-americana é parte desse consenso.

Por um lado, a simples recepção e ensino de conhecimentos consolida as racionalidades que constituem e ordenam as relações econômicas internacionais. Por outro lado, as contribuições que fazem muitos *experts* regionais de DIE aos princípios e às regras vigentes consolidam a ordem econômica global. Esses *experts* representam a região de maneira indireta, e muitos dão sua aquiescência à ordem atual. A participação de juízes e árbitros latino-americanos, que quase sempre também são acadêmicos, é um argumento a favor da legitimidade de um regime internacional, sem importar o conteúdo de suas decisões.

a. A contribuição por meio do ensino

Como a maior parte do ensino de direito na América Latina, o ensino de DIE tem em vista, principalmente, o mercado profissional e percebe o direito como uma prática que deve ser aprendida e aplicada a casos concretos.⁶³ Essa perspectiva deixa de lado o papel constitutivo

57 Ver supra n. 29.

58 Ver Comunicado do G20, 15-16 novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.gpfi.org/publications/g20-leaders-community-antalya-summit-2015>>.

59 CORREA, Carlos. *Intellectual property rights, the WTO and developing countries: the TRIPS agreement and policy options*. New York: Zed books, 2000.

60 ENRÍQUEZ ROSAS, José. *Derecho internacional económico: instituciones y críticas contemporáneas*. México, Porrúa, 2006.

61 Essas exceções limitam-se quase exclusivamente à área de propriedade intelectual. Ver supra n. 59 e o trabalho de Rafael Pérez Miranda na área de biotecnologia e sementes.

62 Cf.: <<http://iellatina.blogspot.com/>>. Vale esclarecer que o autor é membro ativo desta rede.

63 Ver LISTA, Carlos. La construcción de la conciencia jurídica: los objetivos educativos y la formación del abogado. *5 Anuario – CIJS*, v. 381, 1999-2000. p. 394-395; 400; PÉREZ PERDOMO, Rogelio. Desafíos de la educación jurídica latinoamericana en tiempos de globalización. *El otro derecho*, p. 19-20, 2008. A formalização do ensino do direito como prática esconde o lado constitutivo do processo de aprendizagem. Como explica Lista, não somente se dá conhecimento jurídico, mas também se formam consciências jurídicas. LISTA, Carlos. La construcción de la conciencia jurídica: los objetivos educativos y la formación del abogado. *5 Anuario – CIJS*, v.

do direito e o contexto da ordem vigente. Ainda que essa tendência seja comum a todas as áreas do direito, é mais fácil para os estudantes ter consciência de que o direito doméstico, seja de propriedade ou de contratos, por exemplo, é fruto de uma disputa entre interesses políticos distintos. Isto é assim por uma questão de proximidade social e cultural; o contexto está lá fora da aula. Em DIE, por outro lado, isto é mais difícil dada a suposta distância das relações econômicas internacionais, que somente interessariam às elites e teriam pouco a ver com a vida cotidiana dos trabalhadores ou dos enfermos.⁶⁴

As competições internacionais são um exemplo do ensino de DIE como uma prática⁶⁵. Uma das atividades que mais desperta interesse nos estudantes, a qual demonstra mais empenho, é a de pensar e resolver disputas, ou seja, reparar a ordem perdida em uma relação econômica internacional concreta. Nessas competições, os estudantes viajam a diferentes lugares do mundo para se enfrentarem com os *experts* que executam diariamente a racionalidade do desenvolvimento, ou seja, dos investimentos estrangeiros e do comércio internacional. Em relação à preparação para essas competições, a atividade docente consiste em treinar os estudantes a operar dentro das racionalidades dominantes e da ordem estabelecida. As competições internacionais promovem uma perspectiva que assume o caráter regulador do DIE, reduzindo a importância dada ao caráter constitutivo que tem o conhecimento nessa matéria. Assim, as competências promovem a formação de novos *experts* para nutrir a comunidade que diariamente consolida a ordem existente. Por exemplo, é uma prática dos escritórios de advocacia internacionais recrutar “recursos humanos” nessas competições.

b. A contribuição por meio da defesa dos interesses do Estado

A contribuição por meio da defesa dos interesses estatais é outra forma paradigmática de consolidar a or-

dem existente, na qual participam acadêmicos e *experts* latino-americanos. No século XIX, por exemplo, Carlos Calvo não criticava a distinção entre países civilizados e não civilizados. Pelo contrário, Calvo defendia os Estados latino-americanos dentro dessa racionalidade, com o argumento de que estes Estados respeitavam a propriedade privada tal como os Estados europeus ou os Estados Unidos.⁶⁶ O mesmo faziam os acadêmicos japoneses ou chineses, por certo, que buscavam demonstrar que seus países haviam comportado-se conforme a racionalidade imperante, ao ter incorporado as instituições de direito privado e público dos países ocidentais.⁶⁷

Nesses debates e discussões, os acadêmicos latino-americanos — como os acadêmicos de outros países não centrais — também influenciaram na construção do direito internacional. Becker Lorca afirma que existiu uma certa circularidade ou reflexividade entre os acadêmicos e os *experts* de todo o mundo.⁶⁸ Essa circulação de ideias, opina-se, deve emoldurar-se dentro das racionalidades de igualdade e soberania, e a dicotomia civilizado-incivilizado. Becker Lorca descreve um tipo de resistência que faz uso estratégico do conhecimento dominante de direito internacional. Esse uso pode servir para se colocar em vantagem em uma controvérsia pontual ou doutrinária, mas é difícil pensar em um cenário onde possa modificar as racionalidades dominantes. A participação de acadêmicos latino-americanos e asiáticos que descreve Becker Lorca pode até chegar a ser descrita como uma forma de tragédia, já que — ao final de contas — pouco muda no conhecimento dominante (por exemplo, com base na evolução do *standard* da civilização para o *standard* de desenvolvimento).

Algo parecido ocorre na atualidade no DIE. A defesa dos interesses argentinos nas arbitragens pela crise de 2001 foi altamente ineficaz quando tentou responder com argumentos próprios de direito constitucional argentino, alheios ao DIE.⁶⁹ Quando esse país trocou sua estratégia e começou a utilizar argumentos de direito internacional, sua posição melhorou e obteve algumas vitórias em arbitragens de investimentos. Pode-se dizer que, inclusive, fez contribuições importantes ao tema da

381, 1999-2000. p. 386-387.

64 Gerry Simpson reconhece que um dos problemas da academia de direito internacional é a omissão do contexto. Ver supra n 4, p. 88.

65 Ver BRAVO, Karen. International Economic Law in US Law Schools: Evaluating its Pedagogy and Identifying Future Challenges. In: COLIN, Picker et al. (Ed). *International Economic Law: the state and future of the discipline*. London: Hart Publishing, 2008. p. 155. As competições internacionais mais importantes são Jessup, Vis, FDI Moot e ELSA-WTO. O autor tem conhecimento direto sobre a Vis e a FDI Moot, e conhecimento indireto sobre as outras duas.

66 Ver supra n. 18 p. 302.

67 Ver supra n. 38, p. 4-5.

68 Ver supra n. 38, p. 7.

69 A posição argentina era conhecida como doutrina Rosatti. Ver ROSATTI, Horacio. Los tratados bilaterales de inversión: El arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino. *La Ley*, v. 67, n. 198, 2003.

exceção por estado de necessidade no que toca à ordem vigente. Mas não há dúvidas de que, ao mesmo tempo, ajudou a consolidar a arbitragem de investimento. Esse país, apesar da grande lista de condenações contra si, não denunciou seus tratados bilaterais de investimento tampouco iniciou um processo de revisão interno.

O mesmo pode-se argumentar sobre o papel do Brasil na OMC, que é visto como um caso de êxito pela literatura.⁷⁰ Essa opinião deve-se, entre outras explicações, às vitórias alcançadas na área de subsídios agrícolas. O que essas vitórias mostram é como um país como o Brasil pode vencer os Estados Unidos ou a União Europeia com as regras vigentes. Com isto, a literatura estaria fazendo duas coisas. Por um lado, mostra as possibilidades que têm alguns países emergentes na OMC. Isto é muito valioso, por certo. Por outro, legitima as regras da OMC frente ao resto do mundo.

A contribuição à ordem econômica global feita pelos defensores dos Estados latino-americanos também é relevante quando, por suas grandes qualidades, esses indivíduos são contratados pelos escritórios globais de advogados. No âmbito da arbitragem de investimentos, vários advogados proeminentes da região foram logo contratados por estes escritórios. As relações que se estabelecem entre as defesas dos Estados e estas firmas globais não fazem mais que consolidar a ordem vigente. Estas relações fortalecem-se especialmente graças ao direcionamento de pessoas defensoras dos Estados aos escritórios de advocacia globais.

c. A contribuição por meio da pesquisa

Os pesquisadores latino-americanos em DIE realizam uma contribuição importante para a consolidação da ordem econômica global. Isso se deve a motivos acadêmicos e profissionais. Por um lado, hoje muitos dos acadêmicos da região formam-se no exterior, a língua dominante no DIE é o inglês, e muitos latino-americanos de renome estão fora de seus países.⁷¹ A isto se somam a pressão dos *rankings* universitários e a crescente necessidade de publicar em revistas reconhecidas internacionalmente. Por outro lado, na América Latina, existe uma proximidade entre muitos acadêmicos, a de-

fesa dos Estados e escritórios de advocacia. Isto é compreensível quando a ideia de uma carreira acadêmica em direito é algo ainda tido como novidade na região.

Somadas, essas circunstâncias não fazem com que nossa academia perca suas características latino-americanas. Os acadêmicos em geral ocupam-se da situação particular de um país ou da região. O que ocorre é que muitos trabalhos abordam as problemáticas com base em grandes linhas epistemológicas desenvolvidas nos centros acadêmicos do Norte. Em uma palavra, não é que a academia regional esquece-se da região, mas sim utiliza enfoques produzidos em outras latitudes, incorporando ainda que seja de maneira implícita as racionalidades que compõem esses trabalhos.⁷²

Essa atitude é explicável em um mundo onde o reconhecimento internacional é muito importante para as universidades e seus acadêmicos. Para os que estão na América Latina, especialmente, este reconhecimento é valioso se provém das universidades do norte.⁷³ As citações em revistas especializadas dos centros acadêmicos mais importantes são as mais relevantes, quer dizer, aquelas revistas dirigidas a partir de fora da região. Ser reconhecido nestes centros é difícil por si mesmo e, sem dúvidas, é ainda mais difícil se um indivíduo propõe ideias que se opõem às racionalidades dominantes.

Assim, vemos como o conhecimento em DIE não somente ordena o comportamento dos Estados, mas idem dos acadêmicos. Isto não é uma surpresa já que críticas agudas e profundas põem em risco a ordem nas relações econômicas internacionais. O problema para os que querem promover a mudança com base na academia é que, para alterar, é necessário sugerir alguma forma de crise no paradigma de DIE vigente.⁷⁴

Um exemplo do papel que desempenha a academia regional pode ser encontrado no direito de investimento estrangeiro, provavelmente a área mais controversa do DIE na atualidade. A América Latina é a região mais processada por investidores estrangeiros e alguns de seus governos têm sido muito duros com a arbitragem de investimentos. Não obstante, não é a região a partir da qual têm sido feitas as principais contribuições aca-

70 SHAFFER, Gregory et al. The trials of winning at the WTO: what lies behind Brazil's success. *Cornell International Law Journal*, v. 41, n. 2, 2008.

71 Ver supra n. 52, p. 148-154.

72 ESQUIROL, Jorge. Can International Law Help: an Analysis of the Colombian Peace Process. *Connecticut Journal of International Law*, 2000. p. 153-154.

73 Ver supra n. 35, p. 51.

74 KUHN, Thomas. *The essential tension: selected studies in scientific tradition and change*. Chicago: University of Chicago Press, 1977.

dêmicas críticas. O ponto, especificamente, não é que a academia regional não critica ou não tem criticado esta área do DIE. Mas, se olharmos o contexto global, as críticas mais fortes provêm de acadêmicos canadenses e europeus. Os primeiros responderam duramente logo que seu país fora condenado em mais de uma oportunidade no que toca ao Tratado de Livre Comércio da América do Norte.⁷⁵ Um grupo de acadêmicos europeus, mais recentemente, manifestou-se publicamente contra a arbitragem de investimentos no que tange às negociações transatlânticas.⁷⁶

Na América Latina, de outro giro, as críticas governamentais não têm sido acompanhadas de argumentos de DIE considerados novos, nem de um apoio majoritário da academia regional. Trata-se, em uma palavra, de uma crítica moderada.⁷⁷ Esta tendência vincula-se tanto às racionalidades vigentes, quer dizer, à necessidade de alcançar o desenvolvimento, como às dinâmicas acadêmicas e profissionais que dominam a região.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho é inspirar um debate sobre o papel da academia latino-americana de DIE, oferecendo uma visão construtivista do trabalho dos acadêmicos. Com base em uma visão focada na prática, a resposta é que o papel da academia é analisar as regras e servir de apoio para as negociações internacionais que avançam freneticamente. O propósito consiste em oferecer aos Estados latino-americanos os melhores resultados possíveis na atual ordem econômica global. Essa postura dirá-nos que os Estados e as empresas latino-

-americanas necessitam de advogados que defendam seus interesses aqui e agora, e que a academia tem, então, um papel formador e de apoio muito importante.

Essa visão explica por que muitos Estados da região encontram-se envolvidos na negociação de tratados de livre comércio, enquanto outros – que se sentem retardatários nessa corrida – tentam evitar alguns obstáculos institucionais para poderem aderir-se.⁷⁸ Sua atitude é razoável se assumirmos que esses tratados são a nova normalidade e que, portanto, quanto mais se demore um país a se aderir, provavelmente, mais custoso será fazê-lo no futuro.⁷⁹ Mas qualquer que seja a opinião que se tenha sobre os tratados de livre comércio, não é necessário aceitar que esta realidade seja *ineludível*. A academia latino-americana de DIE pode fazer mais que aprender a manejar regras. Também, pode trabalhar para transformar esta realidade.

Os interesses em jogo são demasiadamente importantes para se contentar com uma atitude passiva. É importante que os acadêmicos trabalhem pela defesa dos interesses concretos que se enfrentam em uma disputa, mas também que a academia some seus esforços por um DIE que permita aos Estados latino-americanos implementar políticas que respondam a suas necessidades. Trata-se de ensinar não somente para a consultoria privada ou pública, mas também para cidadãos responsáveis no contexto local e global.⁸⁰ A região necessita que os acadêmicos sejam conscientes do papel constitutivo que tem a academia na ordem econômica global. Caso contrário, as alternativas políticas estarão sempre limitadas a se juntar à nova coalizão global de mercados abertos, nas palavras de Robert Zoellick, ou ao ostracismo econômico.⁸¹

Manter aberta a possibilidade de pensar alternativas, é certo, não é uma tarefa fácil. A academia latino-americana de DIE tem a possibilidade de ser mais cons-

75 Ver VAN HARTEN, Gus. *Investment treaty arbitration and public law*. New York: Oxford University Press, 2007.; SCHNEIDERMAN, David. *Constitutionalizing Economic Globalization. Investment Rules and Democracy's Promise*. New York: Cambridge University Press, 2008. Ver, também, a declaração de Osgoode proferida por Van Harten e Schneiderman, onde somente dois dos que assinam têm cargos acadêmicos ou de investigação na América Latina. Disponível em: <<http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/>>.

76 STATEMENT of Concern about Planned Provisions on Investment Protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP). University of Kent. Disponível em: <https://www.kent.ac.uk/law/isds_treaty_consultation.html>.

77 Becker Lorca argumenta que a academia Latino-Americana de Direito Internacional moderou-se após a década de 1970. Ver supra n. 18, p. 288.

78 Esta é a situação atual do Brasil e do Uruguai, que não podem negociar tratados de livre comércio pelas limitações que lhes impõe o Mercosul. Cf.: <<http://www.lanacion.com.ar/1814925-hacia-un-nuevo-mercosur>>; Cf.: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/05/uruguai-esta-de-acordo-com-brasil-sobre-tratado-entre-mercosul-e-ue.html>>.

79 KOLSKY LEWIS, Meredith. The Trans-pacific Partnership Agreement and Development. In: VOON, Tania (Ed.). *Trade Liberalisation and International Co-operation: A Legal Analysis of the Trans-Pacific Partnership Agreement*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2013. p. 28-49.

80 Ver supra n. 4, p. 84.

81 ZOELICK, Robert. Unleashing the trade winds. *The Economist*, v. 5, dec. 2002.

ciente de seu papel constitutivo da ordem econômica global. Mas essas posições, às vezes consideradas mais críticas, encontram-se frequentemente frente a objeções doutrinárias ou à exigência de soluções concretas. Sobre o primeiro, é esperável que o conhecimento dominante de DIE embargue visões alternativas à ordem econômica global a partir do pretexto que são políticas e parciais. Não obstante, como fica claro neste trabalho, o mesmo pode ser dito sobre o conhecimento dominante. A respeito dos pedidos de soluções concretas, estes partem de uma aceitação implícita da ordem vigente. Esses pedidos não admitem que uma solução verdadeira pode requerer mudanças nos termos do debate ou na forma de pensar os problemas.

Pensar alternativas, em outras palavras, requer uma atitude ativa frente à criação de conhecimento. Mas a articulação de alternativas concretas, também, enfrenta um forte obstáculo epistemológico. O DIE atual somente pode ser entendido com base em certas premissas neoclássicas, neoliberais e pós-liberais que dão forma à ordem vigente. Por exemplo, a relação entre o investimento estrangeiro e o livre comércio com o desenvolvimento é chave. Esta conexão está sempre presente na racionalidade atual do desenvolvimento. O DIE podia ter um conteúdo emancipador para o Sul global quando existia uma visão econômica alternativa do comércio e dos investimentos: a teoria da dependência e da integração econômica regional traziam este apoio epistemológico. Na atualidade, a falta de uma visão econômica alternativa torna difícil para que os acadêmicos do DIE articulem uma visão da ordem econômica vigente onde tenham-se em conta as desigualdades tanto materiais como normativas.

Ao mesmo tempo, também é necessário ter presentes as limitações epistemológicas impostas pelo próprio DIE. Essa área do conhecimento está inevitavelmente ligada à globalização econômica. Para quem a globalização é um problema, então, é provável que uma resposta satisfatória encontre-se em discursos mais radicais que os que se podem articular a partir do DIE. Da mesma forma, certas contribuições – por exemplo a partir da sociologia e antropologia – podem ser muito importantes para repensar o DIE, mas idem devem ser utilizadas com cuidado se o que se tenta é reordenar as atuais relações econômicas internacionais. O risco que se corre é que alguns esforços sejam recebidos como vozes exó-

ticas pelos acadêmicos de DIE.⁸² Os investimentos estrangeiros, por exemplo, atuam pelo benefício esperado e não por caridade. Qualquer regulação do investimento estrangeiro deverá ter presente esta premissa, ao menos que seu objetivo seja terminar com o investimento estrangeiro e a globalização. Não cabe iniciar neste artigo um debate sobre a viabilidade destas opções mais radicais, mas simplesmente notar que o DIE pode ser um espaço de oportunidades para quem crê que um dia cada país e região poderá escolher seu destino na globalização econômica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOTT, Kenneth; SNIDAL, Duncan. Why states act through formal international organizations. *Journal of conflict resolution*, v. 42, n. 1, 1998.

ANGHIE, Anthony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2004.

BAADE, Hans. Teaching International Economic Law. *Journal of Legal Education*, v. 59, 1963.

BECKER LORCA, Arnulf. International Law in Latin America or Latin American International Law-Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination. *Harvard International Law Journal*, v. 283, 2006.

BECKER LORCA, Arnulf. *Mestizo International Law: a Global Intellectual History 1842-1933*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

BECKER, Félix. Los Tratados de amistad, comercio y navegación y la integración de los estados independientes americanos en el sistema internacional. In: PROBLEMAS de la formación del Estado y de la nación en Hispanoamérica. 1984.

BEDJAOU, Mohammed. *Towards a new international economic order*. New York: Holmes & Meier, 1979.

BIELSCHOWSKY, Ricardo. Cincuenta años del pensamiento de la CEPAL: una reseña. In: CINCUENTA

82 O trabalho de Boaventura de Souza Santos sobre epistemologias do sul, por exemplo, é uma ferramenta importante para repensar o DIE. Não obstante, pode haver o risco de transformar um discurso alternativo em uma voz exótica. Neste sentido, ver supra n. 52, p. 166.

- años del pensamiento de la CEPAL: textos seleccionados. Santiago: Fondo de Cultura Económica/CEPAL, 1998.
- BRAVO, Karen. International Economic Law in US Law Schools: Evaluating its Pedagogy and Identifying Future Challenges. In: COLIN, Picker et al. (Ed.). *International Economic Law: the state and future of the discipline*. London: Hart Publishing, 2008.
- CHANG, Ha-Joon. Regulation of Foreign Investment in Historical Perspective. *The European Journal of Development Research*, v. 16, n. 3, 2004.
- CHANG, Ha-Joon. *Kicking away the ladder: development strategy in historical perspective*. London: Anthem, 2002.
- CHIMNI, Bhupinder. International institutions today: an imperial global state in the making. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 1, 2004.
- CORREA, Carlos. *Intellectual property rights, the WTO and developing countries: the TRIPS agreement and policy options*. New York: Zed books, 2000.
- CUADERNO, Miguel. The Anti-Capitalist Attitude. In: *Private investment: the key to international industrial development*. New York: McGraw Hill, 1958.
- ENRÍQUEZ ROSAS, José. *Derecho internacional económico: instituciones y críticas contemporáneas*. México, Porrúa, 2006.
- ESQUIROL, Jorge. Can International Law Help: an Analysis of the Colombian Peace Process. *Connecticut Journal of International Law*, 2000.
- ESQUIROL, Jorge. Legal Latin Americanism. *Yale Human Rights & Development Law Journal*, v. 145, 2013.
- FERRER, Aldo. La importancia de las ideas propias sobre el desarrollo y la globalización. *Revista Problemas del Desarrollo*, v. 173, n. 44, 2013.
- FOUCAULT, Michel. Technologies of the self. In: RABINOV, P. (Ed.). *Ethics: Subjectivity and Truth*. New York: The New York Press, 1997.
- FOUCAULT, Michel. *Security, Territory and Population: lectures at the collège de france 1977-1978*. Chippenham, UK: Palgrave Macmillan, 2009.
- FOUCAULT, Michel. *Society must be defended: lectures at the Collège de France, 1975-76*. London: Penguin, 2004.
- FOUCAULT, Michel. *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978-1979*. Chippenham, UK: Palgrave Macmillan, 2010.
- GILPIN, Robert. *Global Political Economy: Understanding The International Economic Order*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2001.
- GROSS ESPIELL, Héctor. Derecho internacional del desarrollo. In: ESTUDIOS de Derecho Económico II. México: Universidad Autónoma de México, 1980.
- KOLSKY LEWIS, Meredith. The Trans-pacific Partnership Agreement and Development. In: VOON, Tania (Ed.). *Trade Liberalisation and International Co-operation: A Legal Analysis of the Trans-Pacific Partnership Agreement*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2013.
- KOSKENNIEMI, Martti. The Politics of International Law. *European Journal of International Law*, v. 4, 1990.
- KUHN, Thomas. *The essential tension: selected studies in scientific tradition and change*. Chicago: University of Chicago Press, 1977.
- LALL, Sanjaya. Reinventing industrial strategy: the role of government policy in building industrial competitiveness. In: UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 28, 2004.
- LANG, Andrew. Governing As If: Global Subsidies Regulation and the Benchmark Problem. *Current Legal Problems*, 2014.
- LANG, Andrew. *World trade law after neoliberalism: reimagining the global economic order*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- LISTA, Carlos. La construcción de la conciencia jurídica: los objetivos educativos y la formación del abogado. *5 Anuario – CIJS*, v. 381, 1999-2000.
- OBREGÓN, Liliana. ¿Para qué un derecho internacional latinoamericano? In: URUEÑA, René (Ed.). *Derecho internacional. Poder y límites del derecho en la sociedad global*. Bogotá: Uniandes, 2014.
- OGLE, Vanessa. State Rights against Private Capital: The “New International Economic Order” and the Struggle over Aid, Trade, and Foreign Investment, 1962–1981. *Humanity*, v. 211, 2014.
- PAHUJA, Sundhya. *Decolonising International Law: development, economic growth, and the politics of universality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

- PAPARINSKIS, Martins. *The international minimum standard and fair and equitable treatment*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- PAULSSON, Jan. Arbitration without privity. *ICSID Review*, v. 10, n. 2, 1995.
- PÉREZ PERDOMO, Rogelio. Desafíos de la educación jurídica latinoamericana en tiempos de globalización. *El otro derecho*, 2008.
- PERRONE, Nicolás. *The International Investment Regime and Foreign Investors' Rights: Another View of a Popular Story*. 2013. Thesis (PhD) - London School of Economics and Political Science, London, 2013.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization. *European Journal of International Law*, 1995.
- PREBISCH, Raúl. El desarrollo económico de la América Latina y algunos de sus principales problemas. *Desarrollo Económico*, 1986.
- RASULOV, Akbar. The Structure of the International Legal Discourse. In: FLORENCE FOUNDING CONFERENCE. European Society of International Law, 2004.
- ROBERTS, Alasdair. *The logic of discipline: global capitalism and the architecture of government*. New York: Oxford University Press, 2010.
- RODRIK, Dani. *The Global Governance of Trade: As If Development Really Mattered*. United Nations Development Programme Background Paper, 2001.
- ROSATTI, Horacio. Los tratados bilaterales de inversión: El arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino. *La Ley*, v. 67, n. 198, 2003.
- RUGGIE, John. What makes the world hang together? Neo-utilitarianism and the social constructivist challenge. *International Organization*, v. 52, n. 4, 1998.
- SAGAFI-NEJAD, Tagi; DUNNING, John. *The UN and Transnational Corporations: from code of conduct to global compact*. Bloomington: Indiana University Press, 2008.
- SCHNEIDERMAN, David. Constitutionalizing Economic Globalization. Investment Rules and Democracy's Promise. New York: Cambridge University Press, 2008.
- SERRA, Narcís; SPIEGEL, Shari; STIGLITZ, Joseph. Introduction: From the Washington Consensus Towards a New Global Governance. In: THE WASHINGTON Consensus Reconsidered: Towards a New Global Governance. New York : Oxford University Press, 2008.
- SHAFFER, Gregory et al. The trials of winning at the WTO: what lies behind Brazil's success. *Cornell International Law Journal*, v. 41, n. 2, 2008.
- SIMPSON, Gerry. On the magic mountain: teaching public international law. *European Journal of International Law*, v. 10, n. 1, 1999.
- SWEDBERG, Richard. Max Weber's Contribution to the Economic Sociology of Law. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 61, 2006.
- TREBILCOCK, Michael; HOWSE, Robert. *The regulation of international trade*. New York: Routledge, 1999.
- VAN HARTEN, Gus. *Investment treaty arbitration and public law*. New York: Oxford University Press, 2007.
- WADE, Robert. What strategies are viable for developing countries today? The World Trade Organization and the shrinking of development space. *Review of International Political Economy*, v. 10, n. 4, 2003.
- WEBER, Max. El sentido de la 'neutralidad valorativa' de las ciencias sociológicas y económicas In: ENSAYOS sobre Metodología Sociológica. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1973.
- WEBER, Max. Parliament and Government in Germany under a New Political Order. In: LASSMAN, P. (Ed.). *Weber: Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
- ZOELLICK, Robert. Unleashing the trade winds. *The Economist*, v. 5, dec. 2002.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Grupo de alto nível Brasil - Uruguai (GAN): um novo paradigma para a integração produtiva no MERCOSUL
Brazil - Uruguay high level group (GAN): a new paradigm for production integration in MERCOSUR

Alebe Linhares Mesquita
Vivian Daniele Rocha Gabriel

Grupo de alto nível Brasil - Uruguai (GAN): um novo paradigma para a integração produtiva no MERCOSUL*

Brazil – Uruguay high level group (GAN): a new paradigm for production integration in MERCOSUR

Alebe Linhares Mesquita**

Vivian Daniele Rocha Gabriel***

RESUMO

Presente artigo tem por objetivo investigar as iniciativas de integração produtiva executadas pelo Grupo de Alto Nível Brasil – Uruguai (GAN). Por conseguinte, este estudo é dividido em quatro momentos distintos. Primeiramente, analisa-se a formação institucional do Mercosul, bem com o comércio de bens intra e extrabloco. Em seguida, apresenta-se o Grupo de Alto Nível Brasil, Uruguai, seus projetos e suas conquistas. Na terceira parte, promove-se um estudo sobre a realidade do comércio de bens entre Brasil e Uruguai. Por fim, investigam-se as principais iniciativas de integração produtiva realizadas pelo GAN até o presente momento. A metodologia adotada no desenvolvimento da pesquisa consistiu-se como teórica, bibliográfica e descritiva. O valor deste artigo reside na importância de se traçar novas estratégias de integração produtiva entre o Brasil e os seus países vizinhos, bem como de dar maior dinamicidade ao Mercosul. Em conclusão, pode-se afirmar que as iniciativas de integração produtiva do GAN deveriam ser replicadas no âmbito do Mercosul, especialmente, o programa piloto de segurança aduaneira da cadeia de suprimento de bens; o Acordo Naval e *Offshore*; e a integração da produção energética por meio da implantação de fontes de energia renovável, como o Parque Eólico de Artilleros.

Palavras-Chave: Mercosul. GAN. Integração produtiva.

ABSTRACT

This paper aims to investigate the production integration initiatives carried out by the Brazil – Uruguay High Level Group (GAN). Therefore, this study is divided into four distinct moments. First, it analyzes the institutional formation of Mercosur, as well as the intra and extra Mercosur's trade in goods. Next, it presents the Brazil – Uruguay High Level Group (GAN), its projects and its achievements. In the third part, it promotes a study on the reality of trade in goods between Brazil and Uruguay. Finally, it investigates the main production integration initiatives undertaken by the GAN until now. The methodology adopted in the development of this research is

* Recebido em 23/03/2016
Aprovado em 21/04/2016

** Advogado. Mestrando em Direito Internacional e Comparado pela Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Centro de Estudos de Estudos do Comércio Global e Investimentos (CCGI) da Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (EESP/FGV). E-mail: alebe.mesquita@fgv.br.

*** Advogada. Doutoranda e Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pesquisadora do Centro de Estudos de Estudos do Comércio Global e Investimentos (CCGI) da Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (EESP/FGV). E-mail: vivian.d.rocha@usp.br.

bibliography, descriptive and exploratory. The value of this article resides in the importance of drawing new productive integration strategies between Brazil and its neighboring countries as well as to provide greater dynamism to Mercosur. In conclusion, it can be affirmed that the production integration initiatives of GAN should be replicated within Mercosur, especially, the pilot program of customs security on the supply chain of goods; the Naval and Offshore Agreement; and the energy integration through the implementation of renewable energy sources, such as the Artilleros wind farm.

Keywords: Mercosur. GAN. Production integration.

1. INTRODUÇÃO

O comércio de bens é fator fundamental no aprofundamento das relações entre países. As trocas comerciais dinamizam a economia e impulsionam o desenvolvimento dos Estados envolvidos. No processo de integração regional, a redução das barreiras tarifárias entre os países envolvidos impulsiona a produtividade das empresas envolvidas, tornando-as mais competitivas internacionalmente.

Nesse contexto, inserem-se as iniciativas de criação de blocos econômicos regionais voltados à dinamização da economia dos Estados participantes. O Mercosul, instituído em 26 de março de 1991, por meio da adoção do Tratado de Assunção por Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai, caracteriza-se com um dos mais importantes projetos de integração regional do mundo. Desde a sua criação, esse bloco econômico avançou consideravelmente na redução tarifária e no aumento dos fluxos comerciais entre os Estados-Parte.

Todavia, em que pese as conquistas até então alcançadas, o Mercosul passa, atualmente, por uma crise político-institucional que impede a negociação de novos temas no âmbito regional. As negociações do bloco concentram-se, majoritariamente, em temas do velho comércio internacional que não refletem os novos ditames do nexo comércio-investimento-serviços do Século XXI. Ademais, os comércio de bens entre os países do bloco ainda não é completamente livre, sofrendo uma série de barreiras tarifárias e não tarifárias que impedem o livre fluxo de mercadorias entre suas aduanas.

Assim, com o objetivo impulsionar as negociações no âmbito do Mercosul, Brasil e Uruguai instituíram,

em junho de 2012, o Grupo de Alto Nível Brasil – Uruguai (GAN) voltado à consolidação de projetos em áreas prioritárias para o aprofundamento da integração bilateral. Essas iniciativas se concentra, notadamente, nos âmbitos da: integração produtiva; ciência, tecnologia e inovação; comunicação e informação; integração da infraestrutura de transportes; livre circulação de bens e serviços; e livre circulação de pessoas.

Destarte, o GAN pretende servir de exemplo para que outros Estados-Parte do Mercosul, também, promovam iniciativas similares, instituindo agendas positivas direcionadas ao avanço do processo de integração regional. Em 3 anos de existência, o Grupo de Alto nível já materializou importantes projetos em todas as suas áreas prioritárias, sendo, portanto, necessário fazer um balanço da sua atuação.

Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo geral investigar os avanços alcançados pelo Grupo de Alto Nível Brasil – Uruguai na promoção da integração produtiva entre os dois países. Para tanto, o presente trabalho encontra-se dividido em quatro momentos distintos. Primeiramente, discorre-se sobre a criação do Mercosul, bem como do comércio de bens intra e extrablocos. Em seguida, apresenta-se o Grupo de Alto Nível Brasil, Uruguai, seus projetos e as conquistas até então alcançadas. Na terceira parte, promove-se um estudo sobre a realidade do comércio de bens entre Brasil e Uruguai. Por fim, analisa-se as principais iniciativas de integração produtiva realizadas pelo GAN até o presente momento.

O desenvolvimento do presente estudo justifica-se pela importância que o tema apresenta na atualidade, uma vez que o estabelecimento de um novo paradigma na relação Brasil e Uruguai não apenas possibilita a solução de velhos obstáculos comerciais entre os dois países, mas também estimula os demais integrantes do MERCOSUL a avançar no processo de integração produtiva do bloco.

2. MERCOSUL E O COMÉRCIO DE BENS INTRA E EXTRABLOCO

O Mercosul consiste em um processo de integração econômica que tem como principal escopo a instituição de um mercado comum, baseado na livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre Estados-Par-

te.¹ Foi criado pelo Tratado de Assunção, firmado em 26 de março de 1991, por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai e, a partir de 31 de julho de 2012, contou com a entrada efetiva da Venezuela como novo membro.

Convém ressaltar que, em dezembro de 2012, a Bolívia assinou Protocolo de Adesão ao Mercosul, iniciando o processo de união ao bloco, ainda não completamente efetuado. Por ocasião da XLVIII Cúpula dos Chefes de Estado do Mercosul, em 17 de julho de 2015, todos os Estados-Parte aprovaram a entrada da Bolívia no bloco econômico, faltando apenas a aprovação dos parlamentos para sua completa adesão. Registra-se que, além dos Estados - Parte, são Estados Associados do Mercosul: Chile, Peru, Colômbia, Equador, Guiana e Suriname. Assim, todos os países da América do Sul estão vinculados ao Mercosul, seja como Estado-Parte, seja como Associado.²

O bloco econômico tem por objetivo a eliminação de restrições tarifárias e não tarifárias; o estabelecimento de uma tarifa externa comum (TEC) para produtos advindos de fora do bloco; a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais, como forma de assegurar as condições adequadas de concorrência; a adoção de políticas comerciais comuns em face de terceiros países; a concertação de posições políticas em face de temas internacionais relevantes e; por fim, o comprometimento dos Estados-Parte em harmonizar suas legislações nacionais em prol do fortalecimento do processo de integração.

Em 29 de novembro de 1991, foi firmado entre os membros originários do Mercosul o Acordo de Complementação Econômica número 18 (ACE n.18), pactuado no âmbito da Associação Latino Americana de Integração (ALADI) e que chancela o vínculo jurídico do bloco com a organização. Esse acordo visa regular as operações comerciais do Mercosul para facilitar a criação de condições necessárias para o estabelecimento do livre comércio entre as nações signatárias, atualizado por meio de seus Protocolos Adicionais.

Cumprе assinalar que os Acordos de Complementação Econômica (ACEs) visam incentivar o desenvol-

vimento dos países da ALADI por meio da complementariedade dos sistemas produtivos da região. Eles podem regular arranjos de integração sub-regional, como o Mercosul e a Comunidade Andina de Nações (CAN), acordos de livre comércio e acordos de preferências tarifárias fixas. Assim, a sua abrangência é bem variada, podendo englobar todo o universo tarifário ou apenas um número menor de produtos.³

No período entre 1991 a 1994, os Estados-Parte do Mercosul estabeleceram uma Zona de Livre Comércio com reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas, com a finalidade de se alcançar, até 31 de dezembro de 1994, uma tarifa zero no universo das suas trocas comerciais⁴. Entretanto, cumpre destacar que listas de exceções a esse cronograma foram estabelecidas, de forma a postergar a completa extinção das barreiras tarifárias entre os Estados-Parte. Ademais, os setores açucareiro e automotivo permaneceram excluídos do acordo.

Em dezembro de 1994, por meio da aprovação do Protocolo de Ouro Preto (Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção), estabeleceu-se a estrutura institucional do Mercosul e atribuiu-lhe personalidade jurídica internacional⁵. Destarte, a partir de 1º de janeiro de 1995, o Mercosul tornou-se uma União Aduaneira com uma Tarifa Externa Comum, que é aplicada com base na Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM). A TEC possui níveis de alíquotas distintos que variam de 0% a 35%, para produtos industrializados, e de 0% a 55%, para produtos agrícolas, aplicados a cada tipo de mercadoria.

Nesse sentido, o Tratado de Assunção, então Acordo Constitutivo do Mercosul, tem, dentre suas finalidades, a instituição de uma União Aduaneira, caracterizada pela eliminação de barreiras alfandegárias e não alfandegárias entre os países-membros e por uma política comercial comum em relação a outros mercados⁶.

Registra-se que Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) encontra-se em conformidade com o Sistema Harmonizado da Organização Mundial das Aduanas (OMA) que classifica as mercadorias em 6 dígitos. As-

1 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de direito internacional público*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

2 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Mercosul*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=686:mercosul&catid=143&Itemid=434&lang=pt-BR>. Acesso em: 13 jun. 2015.

3 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Tipos de acordos no âmbito da ALADI*. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=412>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

4 Vide artigo 1º, alínea a, do Acordo de Complementação Econômica nº 18.

5 Vide artigo 34 do Protocolo de Ouro Preto.

6 Vide artigo 1º do Tratado de Assunção.

sim, utilizam-se 4 dígitos adicionais à categorização estabelecida pela OMA, a fim de se conceder maior nível de detalhamento aos códigos aduaneiros. Todos os bens que são originários do bloco econômico, desde que cumpram os requisitos previstos pelo Regime de Origem do Mercosul, podem ser comercializados pelos países membros sem o pagamento do imposto de importação.

Desde então, o Mercosul vem gradativamente aumentando a participação das suas exportações no mundo. Em 2014, as exportações do bloco econômico para outros parceiros do globo somaram US\$ 382,7 bilhões. A evolução das exportações do Mercosul para o mundo pode ser conferida na tabela abaixo.

Tabela 1 - Exportações do Mercosul

Tabela I - Exportações do Mercosul para o Mundo - Valor em US\$ bilhões						
Exportadores	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Brasil	153,0	201,9	256,0	242,6	242,0	225,1
Argentina	55,7	68,2	84,1	80,9	76,6	68,3
Paraguai	3,2	6,5	7,8	7,3	9,5	9,6
Uruguai	5,4	6,7	7,9	8,7	9,1	9,2
Venezuela ¹	56,6	67,0	91,1	95,0	88,0	70,5
Mercosul	273,8	350,3	446,9	434,5	425,2	382,7

Fonte: MRE, 2015.⁷

Dentre os principais grupos de produtos exportados pelo Mercosul, destacam-se os minérios, que, em 2013, tiveram uma participação de 8,8% no total, seguidos por grãos e sementes (7,7%) e automóveis (5,9%). Os principais grupos de produtos exportados pelo Mercosul entre 2011 e 2013 encontram-se elencados na tabela abaixo.

Tabela 2 - Exportações do Mercosul

Tabela II - Exportações do Mercosul, por principais grupos de produtos ²				
Exportações	2011	2012	2013	Part. no total % em 2013
Minérios	16,7	35,8	36,7	8,8%
Grãos e sementes	25,7	24,5	32,1	7,7%
Automóveis	24,0	22,3	24,5	5,9%
Resíduos industriais alimentares	17,2	18,8	20,2	4,9%
Carnes	17,8	17,9	19,2	4,6%

7 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Mercosul*: comércio exterior. 2015. Disponível em: <<http://www.investexportbrasil.gov.br/sites/default/files/publicacoes/indicadoresEconomicos/ComExtMERCOSUL.pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2016.

Cereais	13,8	18,2	17,0	4,1%
Máquinas mecânicas	16,1	15,9	14,9	3,6%
Açúcar	15,5	13,4	12,3	3,0%
Ferro e aço	13,5	12,0	9,2	2,2%
Embarcações flutuantes	1,6	1,8	8,1	2,0%
Subtotal	162,0	180,5	194,2	46,8%
Demais grupos de produtos	275,0	244,1	221,1	53,2%
Total	437,1	424,6	415,3	100,0%

Fonte: MRE, 2015.⁸

Os Estados Unidos se apresenta como o principal destino das exportações do Mercosul. Em 2014, o país apresentou uma participação de 16,2% no total das exportações do bloco. Na sequência, encontram-se a China (15,1%), a Índia (5,2%) e os Países Baixos (4,2%). Os principais destinos das exportações do Mercosul entre 2012 e 2014 estão discriminados na tabela abaixo.

Tabela 3 - Exportações do Mercosul

Tabela III - Exportações do Mercosul – 10 principais destinos 2012 – 2014 – US\$ milhões				
Exportações	2012	2013	2014	Part. no total % em 2014
Estados Unidos	32,0	30,3	62,0	16,2%
China	47,1	53,1	57,7	15,1%
Índia	6,8	4,3	20,0	5,2%
Países Baixos	17,6	19,7	16,1	4,2%
Alemanha	10,0	8,9	8,7	2,3%
Chile	10,2	9,1	8,6	2,3%
Japão	9,2	9,5	7,9	2,1%
Cingapura	3,0	2,0	7,7	2,0%
Espanha	6,7	5,7	6,9	1,8%
Rússia	5,0	4,9	5,9	1,5%
Subtotal	147,5	147,5	201,6	52,7%
Demais grupos de produtos	287,0	277,6	181,2	47,3%
Total	434,5	425,2	382,7	100,0%

Fonte: MRE, 2015.⁹

8 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Mercosul*: comércio exterior: intercâmbio comercial com o Brasil. 2015. Disponível em: <<http://www.brasilexport.gov.br/sites/default/files/publicacoes/indicadoresEconomicos/ComExtMERCOSUL.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

9 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Mercosul*: comércio exterior. 2015. Disponível em: <<http://www.investexportbrasil.gov.br/sites/default/files/publicacoes/indicadoresEconomicos/ComExtMERCOSUL.pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2016.

Historicamente, a balança comercial do Mercosul é superavitária. Em 2014, as importações do bloco econômico perfizeram o montante de US\$ 356,3 bilhões. A evolução das importações do Mercosul originárias do mundo pode ser conferida na tabela abaixo.

Tabela 4 - Importações do Mercosul originárias do Mundo.

Tabela IV - Importações do Mercosul originárias do Mundo US\$ bilhões					
Importadores	2010	2011	2012	2013	2014
Brasil	181,8	226,2	223,2	239,7	229,2
Argentina	56,8	74,3	68,5	73,7	64,3
Paraguai	10,0	12,4	11,6	12,1	12,2
Uruguai	8,6	10,7	11,7	11,6	10,8
Venezuela	36,8	48,7	59,1	45,	38,8
Mercosul	294,0	372,4	374,0	382,1	356,3

Fonte: MRE, 2015.¹⁰

Registra-se que todos os países do Mercosul, com exceção do Paraguai, diminuíram suas importações de 2013 para 2014. Dentre os principais grupos de produtos importados pelo Mercosul, destacam-se os combustíveis, que, em 2013, tiveram uma participação de 15,9% do total das importações do bloco. Na sequência, encontram-se as máquinas mecânicas (15%), máquinas elétricas (11,4%) e automóveis (10,5%). A Tabela V indica os principais grupos de produtos importados pelo Mercosul entre 2011 – 2013.

Tabela 5 - Importações do Mercosul, por principais grupos de produtos.

Tabela V - Importações do Mercosul, 2011-2013 US\$ Milhões				
Importações	2011	2012	2013	Part. no total % em 2013
Combustíveis	55,5	54,3	60,9	15,9%
Máquinas Mecânicas	54,9	57,9	57,4	15,0%
Máquinas Elétricas	41,5	40,8	43,7	11,4%
Automóveis	39,9	37,6	40,2	10,5%

gov.br/sites/default/files/publicacoes/indicadoresEconomicos/ComExtMERCOSUL.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2016.

10 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Mercosul*: comércio exterior. 2015. Disponível em: <http://www.investexportbrasil.gov.br/sites/default/files/publicacoes/indicadoresEconomicos/ComExtMERCOSUL.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2016.

Produtos químicos orgânicos	14,6	15,4	15,7	4,1%
Plásticos	12,9	13,0	14,1	3,7%
Produtos farmacêuticos	11,4	12,6	13,2	3,4%
Azubos	11,8	10,8	11,0	2,9%
Instrumentos de precisão	10,2	10,0	10,4	2,7%
Obras de ferro ou aço	6,2	7,5	8,6	2,2%
Subtotal	258,2	259,9	275,1	71,8%
Demais grupos de produtos	117,6	118,8	108,2	28,2%
Total	375,8	378,7	383,3	100,0%

Fonte: MRE, 2015.¹¹

A China se apresenta como a principal origem das importações do Mercosul. Em 2014, o país asiático apresentou uma participação de 16,5% no total das importações do bloco. Na sequência, encontram-se os Estados Unidos (16,1%), a Alemanha (5,3%) e a Nigéria (3%). A VI apresenta os 10 principais países de origem das importações do Mercosul no período de 2012 e 2014.

Tabela 6 – Importações do Mercosul.

Tabela VI – Importações do Mercosul – 10 principais origens				
Importações	2012	2013	2014	Part. no total % em 2014
China	59,1	61,7	58,8	16,5%
Estados Unidos	58,0	56,6	57,2	16,1%
Alemanha	19,8	20,9	19,0	5,3%
Nigéria	8,4	10,5	10,6	3,0%
Coreia do Sul	11,4	11,5	10,2	2,8%
Itália	9,3	9,8	9,1	2,5%
México	11,2	10,7	9,0	2,5%
França	8,5	9,5	7,98	2,2%
Japão	10,4	9,4	7,94	2,2%
Índia	6,3	7,7	7,85	2,2%
Subtotal	202,3	208,2	197,6	55,5%
Demais grupos de produtos	171,7	173,9	158,6	44,5%
Total	374,0	382,1	356,3	100%

Fonte: MRE, 2015.¹²

11 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Mercosul*: comércio exterior: intercâmbio comercial com o Brasil. 2015. Disponível em: <http://www.brasilexport.gov.br/sites/default/files/publicacoes/indicadoresEconomicos/ComExtMERCOSUL.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2015.

12 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Mercosul*: comércio exterior. 2015. Disponível em: <http://www.investexportbrasil.gov.br/sites/default/files/publicacoes/indicadoresEconomicos/ComExtMERCOSUL.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2016.

Nos últimos cinco anos, também é possível observar que as exportações do Mercosul intrabloco vem crescendo. A tabela VII apresenta essa evolução.

Tabela 7 – Exportações Mercosul Intrabloco.

Tabela VII – Exportações Mercosul Intrabloco Valor em U\$ bilhões						
Exportadores	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Brasil	19,4	26,3	32,4	27,9	29,5	25,1
Argentina	14,9	18,6	22,6	22,1	21,5	18,4
Paraguai	1,7	2,9	3,4	3,6	3,8	4,0
Uruguai	1,7	2,4	2,7	2,8	2,8	2,7
Venezuela	1,5	1,7	2,1	2,0	1,7	1,6
Mercosul	39,2	52,0	63,2	58,3	59,3	51,8

Fonte: MRE, 2015.¹³

No entanto, quando se compara a participação das exportações intrarregionais com as exportações totais dos Estados-Membros, pode-se chegar a algumas importantes conclusões. O Paraguai e o Uruguai, por exemplo, direcionam parte significativa de suas exportações para o Mercosul, representando, respectivamente 41,7% e 28,8% do total de suas exportações. O Brasil, por sua vez, destina, apenas, 11,1% do total de suas exportações para o Mercosul. Ademais, observa-se que a Venezuela ainda está pouco integrada ao bloco, uma vez que a participação de suas exportações em 2014 foram menores do que as de 2009. A tabela VIII apresenta os dados que fundamentam essas afirmações.

Tabela 8 - Participação das Exportações Intraregionais nas Exportações Totais.

Tabela VIII - Participação das Exportações Intraregionais nas Exportações Totais, por país, em US\$ milhões						
País	2009			2014		
	Exp total	Exp Intra	Part. %	Exp total	Exp intra	Part. %
Brasil	153,0	19,4	12,7%	225,1	25,1	11,1%
Argentina	55,7	14,9	26,7%	60,9	18,4	30,2%
Paraguai	3,2	1,7	52,3%	9,7	4,0	41,7%
Uruguai	5,4	1,7	31,8%	9,3	2,7	28,8%
Venezuela ³	56,3	1,5	2,6%	68,1	1,6	2,4%

Fonte: MRE, 2015.¹⁴

gov.br/sites/default/files/publicacoes/indicadoresEconomicos/ComExtMERCOSUL.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2016.

13 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Mercosul: comércio exterior: intercâmbio comercial com o Brasil*. 2015. Disponível em: <<http://www.brasilexport.gov.br/sites/default/files/publicacoes/indicadoresEconomicos/ComExtMERCOSUL.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

14 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Mercosul: comércio*

Cumprir ainda destacar que, com base no que dispõe a Decisão do Conselho do Mercado Comum nº 58/2010, cada Estado-Membro do Mercosul poderá manter uma lista de exceções à Tarifa Externa Comum (TEC), nos seguintes termos:

(i) República Argentina: até 100 códigos NCM até 31 de dezembro de 2015;

(ii) República Federativa do Brasil: até 100 códigos NCM até 31 de dezembro de 2015;

(iii) República do Paraguai: até 649 códigos NCM até 31 de dezembro de 2019;

(iv) República Oriental do Uruguai: até 225 códigos NCM até 31 de dezembro de 2017¹⁵.

Os Estados-Parte do Mercosul foram autorizados a conservar alguns mecanismos de ajuste das suas tarifas nacionais, por meio dessa lista de exceções, possibilidade esta prevista desde o início da implantação da TEC. Reitera-se, ainda, que essas exceções temporárias podem contemplar níveis de alíquotas inferiores ou superiores às da TEC, desde que não excedam os níveis consolidados na Organização Mundial do Comércio.¹⁶

Em síntese, pode-se afirmar que a comercialização de bens intra e extra Mercosul vem apresentando crescimento contínuo. No entanto, em que pese o avançado desenvolvimento institucional que o Mercosul alcançou desde a sua criação; os Estados-Parte têm, nos últimos anos, enfrentado diversos obstáculos para avançar processo de integração econômica do bloco. As dificuldades vão desde entraves no fluxo de mercadorias no procedimento alfandegário até a instituição de uma agenda de negociação que corresponda à realidade do comércio mundial do Século XXI.

Apesar do avanço comercial até então alcançado, Oelsner afirma que o Mercosul passa por uma crise de identidade no qual obstáculos e dificuldades aparecem minar o seu processo de consolidação e de adaptação às

exterior: intercâmbio comercial com o Brasil. 2015. Disponível em: <<http://www.brasilexport.gov.br/sites/default/files/publicacoes/indicadoresEconomicos/ComExtMERCOSUL.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

15 *Ver artigo 1º da Decisão do Conselho do Mercado Comum nº 58/2010.*

16 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Lista de exceções à tarifa externa comum – LETEC*. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=3378>>. Acesso em: 2 maio 2015.

circunstâncias mutáveis.¹⁷ Nessa linha, Celli e Eleoterio reiteram a necessidade de se redesenhar as relações do Mercosul de modo a facilitar o engajamento do bloco em novos Acordos Preferenciais de Comércio, nos moldes da Aliança do Pacífico, e a flexibilizar o cronograma de negociações entre os Estados-Membros.¹⁸ Diante da nova dinâmica de negociações comerciais, o estabelecimento de acordos bilaterais pode se demonstrar mais adequado para se aprofundar a integração entre os países. Assim, com o propósito de servir como exemplo para o resto do bloco, Brasil e Uruguai decidiram instituir um grupo de alto nível para avançar na sua agenda bilateral no âmbito do Mercosul.

3. O GRUPO DE ALTO NÍVEL BRASIL – URUGUAI (GAN)

Em 31 de Julho de 2012, a Presidenta da República Federativa do Brasil, Dilma Rousseff, e o Presidente da República Oriental do Uruguai, José Alberto Mujica, instituíram o Grupo de Ação de Alto Nível Brasil-Uruguai (GAN) encarregado de consolidar o Plano de Ação para o Desenvolvimento Sustentável e a Integração Brasil-Uruguai. Esse plano abrange áreas prioritárias para o aprofundamento da integração bilateral, notadamente nos âmbitos da: (a) integração produtiva, (b) ciência, tecnologia e inovação, (c) comunicação e informação, (d) integração da infraestrutura de transportes, (e) livre circulação de bens e serviços, e (f) livre circulação de pessoas.¹⁹

As tarefas específicas do GAN e o Escopo do Plano de Ação se encontram no Comunicado Conjunto Presidencial: Novo Paradigma para a Relação Brasil-Uruguai que estabelece que: (i) o GAN poderá criar subgrupos para cada uma das áreas prioritárias, identificando pontos focais responsáveis, em ambos os governos²⁰; (ii) os

subgrupos poderão reunir-se de forma independente, de acordo com a disponibilidade de seus membros, (iii) as contribuições dos subgrupos serão consolidadas pelas respectivas Chancelarias em um único documento que servirá como plano de ação, podendo este sofrer atualizações por ocasião das subseqüentes reuniões do GAN; (iv) o plano de ação deverá prever, para cada projeto ou iniciativa, objetivos gerais e específicos, divisão clara de tarefas e responsabilidades, identificando-se os pontos focais de ambos os Governos e os prazos para a realização de atividades e concretização dos objetivos.²¹

Destaca-se que o Plano de Ação não abrangerá todos os projetos inscritos na agenda bilateral, mas somente aqueles de grande envergadura que detenham um caráter de integração profunda. Assim, inicialmente, previu-se os seguintes projetos para cada área prioritária.

Tabela 9 – Projetos Estratégicos dos Subgrupos de Trabalho do GAN.

Tabela IX – Projetos Estratégicos dos Subgrupos de Trabalho do GAN	
Subgrupo	Projetos Estratégicos
Integração Produtiva	Identificação de oportunidades de complementação industrial na cadeia produtiva do petróleo e gás, na construção naval, em energia eólica e em biotecnologia; na cooperação entre órgãos responsáveis pelos padrões de qualidade e certificação de conformidade com vistas a harmonizar regras e procedimentos, facilitando a integração produtiva e as trocas comerciais.
Ciência, Tecnologia e Inovação	Implementação da plataforma de “e-learning” para formação de recursos humanos em tecnologias de informação e da comunicação, e do centro Binacional de Tecnologias da Informação e da Comunicação no Uruguai; interconexão de redes acadêmicas e uso em telemedicina, por meio de parceria entre a Rede Nacional de Pesquisa (RNP), ANATEL e Telebrás; formalização da integração do Uruguai ao Centro Brasil-Argentina de Biotecnologia (CBAB), a qual está em fase operacional; fortalecimento da cooperação da EMBRAPA com órgãos congêneres uruguaios na área de inovação agropecuária.

17 OELSNER, Andrea. The institutional identity of regional organizations, or mercosur’s identity crisis. *International Studies Quarterly*, v. 57, p. 115-127, 2013.

18 CELLI JUNIOR, Umberto; ELEOTERIO, Belisa. O Brasil, o Mercosul e os acordos preferenciais de comércio: alternativas e perspectivas. In: IGLESIAS, Enrique et al. (Org). *Os desafios da América Latina no século 21*. Curitiba: Juruá, 2014.

19 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Comunicado conjunto presidencial: novo paradigma para relação Brasil Uruguai*. Nota 192, 31 julho de 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/M6DA7r>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

20 Destaca-se que poderão integrar o GAN e seus subgrupos: Ministérios, órgãos públicos, empresas públicas, sociedades de economia mista, institutos de pesquisa e representantes do setor

privado, a critério dos respectivos Governos. *Vide* parágrafo 6.1 do Comunicado Conjunto Presidencial: Novo Paradigma para Relação Brasil-Uruguai de 31 de julho de 2012.

21 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Comunicado conjunto presidencial: novo paradigma para relação Brasil Uruguai*. Nota 192, 31 julho de 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/M6DA7r>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

Comunicação e Informação	Aprofundamento da cooperação nos diversos aspectos relacionados à implementação da TV Digital; estabelecimento de mecanismos para o desenvolvimento da radiodifusão pública na região; desenvolvimento de arranjos produtivos locais visando à produção de conteúdos digitais criativos; intercâmbio em projetos de inclusão digital, na área de formação para o uso e desenvolvimento das TICs e na implantação de Cidades Digitais; e avanço na parceria entre a ANTEL e a Telebrás para interconexão de redes e atendimento de áreas de fronteira.
Integração da Infraestrutura de Transportes	Intensificação dos esforços para a concretização, no prazo mais breve possível, dos projetos prioritários da área de transportes: nova ponte sobre o Rio Jaguarão, reforma da Ponte Internacional Barão de Mauá, retomada da interconexão ferroviária por Rivera-Santana do Livramento, e implantação da Hidrovia Uruguai-Brasil.
Livre Circulação de Bens e Serviços	Fortalecer os mecanismos de consulta e de facilitação do comércio bilateral; acordar procedimentos que possibilitem o reconhecimento dos sistemas nacionais de controle, inspeção e certificação, assim como a equivalência de medidas sanitárias e fitossanitárias; acordar procedimentos que possibilitem o reconhecimento mútuo entre os organismos de avaliação da conformidade. Os Presidentes também se comprometeram em concluir um tratado pra evitar a dupla tributação da renda e do patrimônio.
Livre circulação de pessoa	Avançar na implementação de procedimentos que facilitem o trânsito de seus nacionais entre os dois países e que fortaleçam os laços de integração que os une.

Fonte: MRE, 2012.²²

Quanto à integração energética, os Presidentes reconheceram a importância da construção de uma linha de transmissão de 500 KV entre San Carlos (Uruguai) e Candiota (Brasil), bem como a relevância da associação entre a Eletrobrás e a *Administración Nacional de Usinas y Trasmisiones Eléctricas* (UTE) para a construção de parque um eólico no Uruguai.²³ Convém, ainda, ressaltar que o

22 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Comunicado conjunto presidencial: novo paradigma para relação Brasil Uruguai*. Nota 192, 31 julho de 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/M6DA7r>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

23 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Comunicado conjunto presidencial: novo paradigma para relação Brasil Uruguai*. Nota 192, 31 julho de 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/M6DA7r>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

GAN abre espaço para a associação de atores públicos e privados que manifestem seu interesse na cooperação bilateral.

As atividades do GAN se iniciaram imediatamente após a reunião do dia 31 de julho de 2012, de modo que até o presente momento duas reuniões plenárias já ocorreram. A primeira aconteceu em Brasília em 9 de julho de 2013, tendo por principal realização a aprovação do Plano de Ação para o Desenvolvimento Sustentável e a Integração Brasil-Uruguai (Plano de Ação).

Esse documento prevê 40 ações estratégicas no curto, médio e longo prazo, com claros objetivos e prazos determinados, bem como divisão de tarefas e responsabilidades. Para tanto, foram instituídos seis grupos de trabalho que refletem cada área prioritária previamente designada²⁴. Esses subgrupos devem conduzir suas atividades e reuniões de forma independente, cabendo ao GAN coordená-los por meio do acompanhamento das suas atividades e da avaliação dos avanços registrados.

Ainda durante a primeira reunião plenária, foram assinados: (i) o Acordo sobre Residência Permanente com o Objetivo de Alcançar a Livre Circulação de Pessoas, que prevê um mecanismo simplificado para a permissão da residência permanente a nacionais uruguaios e brasileiros que desejem fixar residência no outro país; e (ii) o Acordo sobre Simplificação de Legalizações em Documentos Públicos, que se aplica aos documentos públicos expedidos no território das partes, que devam ser apresentados no território de outra.²⁵

A segunda reunião plenária do GAN ocorreu em 16 de maio de 2014 em Montevidéu. Os subgrupos de trabalhos apresentaram suas propostas e conclusões, que resultaram em quatro importantes documentos, quais sejam:

- a. Subgrupo de Integração Produtiva: Protocolo 74 ao ACE-2, que incorpora ao conjunto de acordos comerciais entre os dois países o Acordo Naval e Offshore. Este acordo busca incentivar a integração produtiva no setor naval dos dois países, possibilitando o acesso recíproco de bens e serviços de empresas brasileiras e uruguais.

24 Os subgrupos instituídos são os de: (i) Integração produtiva; (ii) Ciência, Tecnologia e Inovação, (iii) Comunicação e Informação, (iv) Integração da Infraestrutura de Transportes, (v) Livre Circulação de Bens e Serviços, e (vi) Livre Circulação de Pessoas.

25 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Brasil e Uruguai investem em novo paradigma de integração*. 2015. Disponível em: <<http://diplomaciapublica.itamaraty.gov.br/40-brasil-uruguai>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

- b. Subgrupo de Circulação de Bens e Serviços: regulamentação do Protocolo 71 ao ACE-2, que estabelece práticas de facilitação de comércio para dar tratamento aduaneiro mais ágil aos produtos dos dois países.
- c. Subgrupo de Livre Circulação de Pessoas: Memorando de Entendimento na Área Previdenciária entre o *Banco de Previsión Social de la República Oriental del Uruguay* e o Ministério da Previdência Social do Brasil; e Plano para Elaboração Conjunta de um Memorando de Entendimento e Cooperação técnica em temas trabalhistas.²⁶

Paralelamente à segunda reunião plenária do GAN, também foram realizados: um seminário sobre oportunidades de investimento Uruguai-Brasil na cadeia naval, petróleo e gás, com autoridades governamentais e representantes dos setores privados dos dois países; e a inauguração da Comissão de Comércio Bilateral Brasil-Uruguai que se apresenta como um canal permanente de comunicação entre autoridades dos dois países para solução de questões pontuais na pauta comercial e para promoção do comércio bilateral.²⁷

A terceira reunião plenária do GAN deveria ter sido realizada em Brasília, no segundo semestre de 2015. Todavia, devido à incompatibilidade de agenda dos dois presidentes, a reunião ainda não aconteceu. Espera-se que novos avanços na relação bilateral entre os dois países possam ser concretizados e novos acordos e projetos de integração sejam celebrados. Observa-se que as ações desenvolvidas pelo GAN, em menos de três anos de funcionamento, já o caracterizam como um novo paradigma de integração bilateral, devendo ser utilizado como exemplo no aprofundamento do processo de integração regional do Mercosul. O GAN se apresenta como um novo modelo, uma vez que logra avançar em temas estratégicos, as vezes até mesmo sensíveis, ao contrário do que ocorre atualmente no Mercosul.

Assim, antes de analisar as iniciativas de integração produtiva promovidas pelo GAN, cumpre primeiramente examinar a realidade do comércio bilateral de bens entre os dois países.

26 BRASIL Ministério das Relações Exteriores. *Brasil e Uruguai investem em novo paradigma de integração*. 2015. Disponível em: <<http://diplomaciapublica.itamaraty.gov.br/40-brasil-uruguai>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

27 BRASIL Ministério das Relações Exteriores. *Brasil e Uruguai investem em novo paradigma de integração*. 2015. Disponível em: <<http://diplomaciapublica.itamaraty.gov.br/40-brasil-uruguai>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

4. COMÉRCIO BILATERAL DE BENS ENTRE BRASIL E URUGUAI

O comércio bilateral entre Brasil e Uruguai vem crescendo significativamente nos últimos 10 anos. Apenas em 2009, em razão da crise internacional na região, ele apresentou uma leve queda.²⁸ O Brasil apresenta-se como um destino-chave para a colocação dos produtos uruguaios. O Uruguai, por sua vez, apesar de sua dimensão territorial e populacional, foi considerável parceiro comercial brasileiro, com participação de 1,9% no total em 2015.²⁹

As exportações brasileiras para o Uruguai compõem-se basicamente de produtos básicos e manufaturados. Os básicos representaram 54,5% do total das exportações em 2015, com destaque para os óleos brutos de petróleo. Os manufaturados, por sua vez, perfizeram 43,6% do total das exportações, tendo os automóveis e máquinas mecânicas como principais mercadorias. Na sequência, os semimanufaturados figuraram, no mesmo período, somente por 1,9% do total das exportações.³⁰

Tabela 10 – Composição das Exportações Brasileiras para o Uruguai.

Tabela X – Composição das Exportações Brasileiras para o Uruguai em US\$ Milhões - FOB						
Descrição	2013		2014		2015	
	Valor	Part. % no total	Valor	Part. % no total	Valor	Part. % no total
Combustíveis	446	21,5%	1.315	44,6%	1.315	48,2%
Automóveis	322	15,5%	311	10,6%	293	10,7%
Plásticos	106	5,1%	109	3,7%	97	3,6%
Máquinas Mecânicas	152	7,3%	144	4,9%	95	3,5%
Café	88	4,2%	103	3,5%	91	3,3%
Carnes	67	3,2%	72	2,4%	61	2,2%
Máquinas Elétricas	67	3,2%	66	2,2%	53	1,9%

28 URUGUAI. Instituto de Promoción de Inversiones y Exportaciones (Uruguay 21). *Rio Grande do Sul (Brasil): perfil regional*. 2014. Disponível em: <<http://www.uruguayxxi.gub.uy/exportaciones/wp-content/uploads/sites/2/2014/09/Informe-Uru-XXI-Brasil-Agosto-2014.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

29 BRASIL. Ministério Das Relações Exteriores. *Uruguai: comércio exterior*. 2014, p. 9. Disponível em: <<http://www.brasilexport.gov.br/sites/default/files/publicacoes/indicadoresEconomicos/INDUruguai.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

30 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Uruguai: comércio exterior*. 2016. Disponível em: <<http://www.investexportbrasil.gov.br/sites/default/files/publicacoes/indicadoresEconomicos/INDUruguai.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2016.

Papel	47	2,3%	48	1,6%	48	1,8%
Móveis	48	2,3%	53	1,8%	43	1,6%
Açúcar	47	2,3%	52	1,8%	40	1,5%
Subtotal	1.390	67,1%	2.273	77,2%	2.136	78,3%
Outros produtos	681	32,9%	672	22,8%	591	21,7%
Total	2.071	100,0%	2.945	100,0%	2.727	100,0%

Fonte: MRE, 2016.³¹

No que se refere às importações originárias do Uruguai para o Brasil, os produtos manufaturados apresentam maior relevância, somando, 80,1% da pauta de importações em 2015. Os principais produtos manufaturados importados pelo Brasil do Uruguai são: automóveis, malte não torrado e plástico. Os produtos básicos, por sua vez, atingiram, durante o mesmo período, 18,5% do total das importações, tendo os cereais e as carnes como principais artigos importados. Os semimanufaturados, por fim, representaram, apenas, 1,4% dos produtos importados pelo Brasil do Uruguai.³²

Tabela 11 – Composição das importações Brasileiras originárias do Uruguai.

Tabela XI – Composição das importações Brasileiras originárias do Uruguai em US\$ Milhões - FOB						
Descrição	2013		2014		2015	
	Valor	Part. % no total	Valor	Part. % no total	Valor	Part. % no total
Leite	215	12,2%	124	6,5%	174	14,3%
Plásticos	217	12,3%	205	10,7%	145	11,9%
Automóveis	162	9,2%	214	11,2%	139	11,4%
Amidos e Féculas	202	11,4%	216	11,3%	112	9,2%
Carnes	118	6,7%	136	7,1%	96	7,9%
Cerais	232	13,1%	402	21,0%	94	7,7%
Borracha	123	7,0%	105	5,5%	69	5,7%
Gorduras/Óleos	45	2,5%	61	3,2%	64	5,3%
Prods. Diversos das indústrias químicas	85,0	4,8%	59	3,1%	62	5,1%
Obras de ferro ou aço	56	3,2%	46	2,4%	39	3,2%
Subtotal	1.455	82,3%	1.568	81,7%	994	81,7%

31 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Uruguai*: comércio exterior. 2016. Disponível em: <<http://www.investexportbrasil.gov.br/sites/default/files/publicacoes/indicadoresEconomicos/INDUruguai.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2016.

32 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Uruguai*: comércio exterior. 2016. Disponível em: <<http://www.investexportbrasil.gov.br/sites/default/files/publicacoes/indicadoresEconomicos/INDUruguai.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2016.

Outros produtos	312	17,7%	350	18,3%	223	18,3%
Total	1.767	100,0%	1.918	100,0%	1.271	100,0%

Fonte: MRE, 2016.³³

Cumprir destacar a relevância das importações originárias das zonas francas uruguaias para o Brasil. Em 2013, a PepsiCo, empresa localizada na Zona Franca de Colonia, exportou concentrados para a elaboração de bebidas por um total de US\$ 18,3 milhões. Também sob o regime jurídico das zonas francas uruguaias, exportou-se US\$ 73,2 milhões de trigo e US\$ 34,7 milhões de malte e cevada para o Brasil em 2013.³⁴ O Uruguai dispõe de um avanço sistema de Zonas Francas nas quais as empresas que ali se instalam gozam de isenção tributária bem como outras facilidades administrativas de instalação. Isso concede às empresas que ali se estabelecem grande competitividade no mercado internacional.

Assim, o comércio de bens entre Brasil e Uruguai vem se desenvolvendo progressivamente ao longo dos anos. Entre 2010 e 2014, o intercâmbio comercial entre os dois países cresceu 54,8%, passando de US\$ 3,1 bilhões para US\$ 4,8 bilhões. No mesmo período, as exportações aumentaram 92,3% e as importações, 56,6%. Ademais, cumpre destacar que, usualmente, o saldo da balança comercial apresenta-se favorável ao Brasil, de modo que, nos últimos 10 anos, somente em 2010 o Brasil apresentou déficit de US\$ 43 milhões.³⁵ Esses dados podem ser examinados na tabela XII.

33 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Uruguai*: comércio exterior. 2016. Disponível em: <<http://www.investexportbrasil.gov.br/sites/default/files/publicacoes/indicadoresEconomicos/INDUruguai.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2016.

34 URUGUAI. Instituto de Promoción de Inversiones y Exportaciones (Uruguay 21). *Rio Grande do Sul (Brasil)*: perfil regional. 2014. Disponível em: <<http://www.uruguayxxi.gub.uy/exportaciones/wp-content/uploads/sites/2/2014/09/Informe-Uru-XXI-Brasil-Agosto-2014.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

35 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Uruguai*: comércio exterior. 2016. Disponível em: <<http://www.investexportbrasil.gov.br/sites/default/files/publicacoes/indicadoresEconomicos/INDUruguai.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2016.

Tabela 12 - Evolução do Intercâmbio Comercial Brasil.

Tabela XII - Evolução do Intercâmbio Comercial Brasil - Uruguai - US\$ Milhões - FOB										
Anos	Exportações			Importações			Intercâmbio Comercial		Saldo	
	Valor	Var.%	Part.% no total do Brasil	Valor	Var.%	Part.% no total do Brasil	Valor	Var.%		Part.% no total do Brasil
2005	853	27,2%	0,72%	494	-5,6%	0,67%	1.347	12,8%	0,70%	359
2006	1.013	18,7%	0,73%	618	25,2%	0,68%	1.631	21,1%	0,71%	394
2007	1.288	27,2%	0,80%	786	27,2%	0,65%	2.075	27,2%	0,74%	502
2008	1.644	27,6%	0,83%	1.018	29,5%	0,59%	2.662	28,3%	0,80%	626
2009	1.360	-17,3%	0,89%	1.240	21,8%	0,97%	2.600	-2,3%	0,93%	120
2010	1.531	12,6%	0,76%	1.574	26,9%	0,87%	3.105	19,4%	0,81%	-43,1
2011	2.175	42,0%	0,85%	1.754	11,4%	0,96%	3.928	26,4%	0,81%	421
2012	2.185	0,5%	0,90%	1.819	3,7%	0,81%	4.003	1,9%	0,86%	366
2013	2.071	-5,2%	0,86%	1.767	-2,9%	0,74%	3.838	-4,1%	0,80%	304
2014	2.945	42,2%	1,31%	1.918	8,6%	0,84%	4.864	26,7%	1,07%	1.027
2015	2.727	-7,4%	1,43%	1.271	-36,6%	0,71%	3.943	-18,9%	1,09%	1.510
Var. % -2015	219,6%	—	—	96,8%	—	—	168,0%	—	—	n.c

Fonte: MRE, 2016.³⁶

Quanto às oportunidades de incrementar as exportações uruguaias para o mercado brasileiro, o *Instituto de Promoción de Inversiones y Exportaciones* apontou os setores de elaboração de produtos alimentícios, bebidas e tabaco como os mais promissores. No mesmo patamar, encontram-se produtos como carne desossada, arroz, trigo e leite.³⁷

Em suma, pode-se afirmar que o intercâmbio comercial entre Brasil e Uruguai vem se desenvolvendo gradativamente nos últimos anos, apresentando grandes benefícios para a economia dos dois países. O Uruguai apresenta-se como um importante parceiro brasileiro no âmbito do Mercosul e o Brasil é o principal destino das exportações uruguaias. Os principais produtos brasileiros exportados para o Uruguai são: combustíveis, automóveis e plásticos. Já os principais produtos uruguaios importados pelo Brasil são: leite, plásticos e automóveis.

A extinção de barreiras tarifárias e não-tarifárias consistem um dos maiores desafios para se alcançar um livre fluxo de bens entre os dois países. As principais barreiras não tarifárias são as medidas sanitárias e fitossanitárias bem como as normas técnicas adotadas pelos dois países. A fim de se solucionar esses entraves, Thorstensen e Kotzias sugerem um exercício de

coerência regulatória entre Brasil e Uruguai a fim de conceder maior convergência às normas que regulam o comércio entre os dois países.³⁸ Uma vez examinada a realidade do comércio bilateral de bens entre Brasil e Uruguai, parte-se para a análise das principais iniciativas de integração produtiva fomentadas pelo GAN.

5. INICIATIVAS DE INTEGRAÇÃO PRODUTIVA ENTRE BRASIL URUGUAI

Desde instituição do GAN, Brasil e Uruguai têm avançado consideravelmente na execução dos projetos de integração produtiva voltados a aumentar a competitividade e a complementariedade de suas empresas. Tendo em vista a importância dessas iniciativas para melhorar a integração econômica no Mercosul, parte-se para a análise de três casos específicos: (i) o programa piloto de segurança aduaneira da cadeia de suprimento de bens; (ii) o Acordo Naval e *Offshore*; e (iii) a integração energética por meio da construção do Parque Eólico de Artilleros (URG).

Em 17 de julho de 2014, os diretores da Receita Federal do Brasil e da *Dirección Nacional de Aduanas* (Uruguai) firmaram o projeto Programa Piloto de Segurança Aduaneira da Cadeia de Suprimento de Bens, mediante o qual as aduanas se comprometem a conceder um tratamento diferenciado aos operadores habilitados, oferecendo maior agilidade e simplificação de procedimentos aduaneiros.³⁹

Esse programa encontra-se previsto no 73º Protocolo Adicional ao ACE nº 2, que devido a procedimentos de internalização de cada Estado-Parte, ainda não se encontra plenamente em vigor. No entanto, ante os objetivos do presente estudo, cumpre analisar os seus principais objetivos, características e peculiaridades.

O projeto tem por principal finalidade estabelecer um programa piloto, com alcance limitado a determinadas cadeias de operações do comércio bilateral Brasil-

36 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Uruguai: comércio exterior*. 2016. Disponível em: <<http://www.investexportbrasil.gov.br/sites/default/files/publicacoes/indicadoresEconomicos/INDUruguai.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2016.

37 URUGUAI. Instituto de Promoción de Inversiones y Exportaciones (Uruguay 21). *Rio Grande do Sul (Brasil): perfil regional*. 2014. Disponível em: <<http://www.uruguayxi.gub.uy/exportaciones/wp-content/uploads/sites/2/2014/09/Informe-Uru-XXI-Brasil-Agosto-2014.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

38 THORSTENSEN, Vera; KOTZIAS, Fernanda. Integração regulatória: uma proposta de coerência, convergência e cooperação para modernização do Mercosul. *Boletim de Economia e Política Internacional*, n. 20, p. 21-29, maio/ago. 2015.

39 URUGUAI. Dirección Nacional de Aduanas. *Brasil y Uruguay firman acuerdo de seguridad aduanera en la cadena de suministro*. Disponível em: <<http://www.aduanas.gub.uy/innovaportal/v/12707/9/innova.front>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

-Uruguai, com respaldo em critérios técnicos e objetivos e cujas características sejam consideradas apropriadas para uma base de teste. Ao final, com base na experiência adquirida no desenvolvimento do mecanismo de validação das definições estabelecidas para o programa piloto, avançar-se-á no estabelecimento de mecanismos de reconhecimento mútuo.⁴⁰

Dentre suas finalidades específicas, destacam-se as de: (i) definir e identificar, a partir de critérios técnicos e objetivos, o universo de operadores de interesse para o programa; (ii) definir os requisitos para a adesão de empresas e o tratamento diferenciado no controle aduaneiro sobre suas operações de comércio exterior; (iii) estabelecer um modelo comum de validação dos requisitos e dos benefícios aduaneiros com a finalidade de se realizar reconhecimento mútuo; e (iv) formular um acordo de reconhecimento mútuo.⁴¹

A partir da sua execução, espera-se que o programa-piloto atinja diversos resultados positivos, como, o fortalecimento do controle aduaneiro, elevando-se o nível de segurança aduaneira, fiscal e comercial das operações de importação e exportação efetuadas entre os países; celeridade, simplificação e racionalização para os trâmites aduaneiros de exportação e importação entre os países, que deverão estabelecer acordos bilaterais de reconhecimento mútuo; otimização dos recursos humanos aduaneiros para outras operações consideradas de maior risco; criação de confiança entre as aduanas e promoção do comércio entre os dois países.⁴²

Ademais, cabe à administração aduaneira de cada país selecionar as empresas participantes do programa piloto que deverá se pautar pelo princípio da confiança mútua. Assim, participam do projeto três empresas exportadoras uruguaias e três brasileiras, além de transportadoras e despachantes, totalizando 18 empresas

envolvidas no programa piloto. As empresas selecionadas gozam de benefícios específicos, como a redução do tempo de espera na fronteira e a simplificação dos trâmites aduaneiros, tanto na saída como na entrada da aduana, o que resultará na redução substancial dos custos associados.⁴³

Uma vez assegurado o cumprimento das obrigações por parte dos operadores envolvidos no programa, as aduanas poderão dedicar maior atenção aos operadores de elevado risco aduaneiro, o que trará maior eficiência às administrações aduaneiras tanto do Brasil quanto do Uruguai.

Todavia, cumpre salientar que o programa piloto não alcança cadeias operacionais de comércio intrarregional realizadas por via marítima ou aérea. O projeto se limita a determinadas cadeias logísticas baseadas no comércio bilateral por via terrestre.⁴⁴ Em razão do elevado número de operações aduaneiras, o programa piloto será executado em dois postos de fronteira específicos: Jaguarão (BRA) – Rio Branco (URU) e Chuí (BRA) – Chuy (URU).⁴⁵ Ressalta-se que o projeto piloto em questão se inspira no Programa IntraMercosul de Segurança Aduaneira da Cadeia de Suprimentos de Bens.⁴⁶

Por fim, destaca-se que o Uruguai possui acordo similar com a Argentina. Em 4 de novembro de 2014, a *Administración Federal de Ingresos Públicos* (ARG) e a *Dirección Nacional de Aduanas* (URG) firmaram o Acordo para Implementação Bilateral do Programa Piloto IntraMercosul de Segurança Aduaneira da Cadeia de Suprimento de Bens.⁴⁷ O projeto também se encontra em

40 URUGUAI. Dirección Nacional de Aduanas. *Proyecto de programa piloto de seguridad aduanera en la cadena de suministro Brasil – Uruguay*. Disponível em: <http://www.aduanas.gub.uy/innovaportal/file/12605/1/proyecto_de_ppsacs_brasil-uruguay_-_espanol.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2015.

41 URUGUAI. Dirección Nacional de Aduanas. *Proyecto de programa piloto de seguridad aduanera en la cadena de suministro Brasil – Uruguay*. Disponível em: <http://www.aduanas.gub.uy/innovaportal/file/12605/1/proyecto_de_ppsacs_brasil-uruguay_-_espanol.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2015.

42 URUGUAI. Dirección Nacional de Aduanas. *Proyecto de programa piloto de seguridad aduanera en la cadena de suministro Brasil – Uruguay*. Disponível em: <http://www.aduanas.gub.uy/innovaportal/file/12605/1/proyecto_de_ppsacs_brasil-uruguay_-_espanol.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2015.

43 URUGUAI. Dirección Nacional de Aduanas. *Proyecto de programa piloto de seguridad aduanera en la cadena de suministro Brasil – Uruguay*. Disponível em: <http://www.aduanas.gub.uy/innovaportal/file/12605/1/proyecto_de_ppsacs_brasil-uruguay_-_espanol.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2015.

44 BRASIL Ministério das Relações Exteriores. *Brasil e Uruguai investem em novo paradigma de integração*. 2015. Disponível em: <<http://diplomaciapublica.itamaraty.gov.br/40-brasil-uruguai>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

45 URUGUAI. Dirección Nacional de Aduanas. *Proyecto de programa piloto de seguridad aduanera en la cadena de suministro Brasil – Uruguay*. Disponível em: <http://www.aduanas.gub.uy/innovaportal/file/12605/1/proyecto_de_ppsacs_brasil-uruguay_-_espanol.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2015.

46 URUGUAI. Dirección Nacional de Aduanas. *Proyecto de programa piloto de seguridad aduanera en la cadena de suministro Brasil – Uruguay*. Disponível em: <http://www.aduanas.gub.uy/innovaportal/file/12605/1/proyecto_de_ppsacs_brasil-uruguay_-_espanol.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2015.

47 URUGUAI. Dirección Nacional de Aduanas. *Proyecto de programa piloto de seguridad aduanera en la cadena de suministro Brasil – Uruguay*.

fase piloto, ainda não sendo possível mensurar todos os seus resultados.

O Acordo Naval e *Offshore*, por sua vez, foi assinado durante a II Reunião Plenária do Subgrupo de Integração Produtiva do Grupo de Alto Nível Bilateral (GAN) realizada em 15 de maio de 2014. Ele constitui o 74º Protocolo Adicional ao ACE nº 02 e visa à integração das cadeias produtivas regionais no setor naval e *offshore* e ao acesso recíproco de bens e serviços dos dois países no setor.

Nesse sentido, o Acordo promove o acesso recíproco de bens e serviços de empresas brasileiras e uruguaias, bem como estabelece o reconhecimento mútuo de conteúdo local, desde que a certificação seja realizada por empresa brasileira responsável pela certificação que atue tanto no Brasil quanto no Uruguai, e tenha a chancela de certificação realizada por técnico credenciado junto à autoridade competente do Estado importador.⁴⁸ O acordo também dispõe sobre a formação de um Comitê Naval e *Offshore* Bilateral, coordenado no Brasil pelo Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio Exterior. (MDIC) e no Uruguai pelo ministério correspondente.

O Acordo Naval e *Offshore* é considerado um marco, visto que eleva o setor naval a um grau prioritário, que, ao lado do automotivo, já é considerado entre os segmentos com maior integração e complementariedade entre os países do Mercosul, conforme pronunciamento do ministro do MDIC à época, Mauro Borges.⁴⁹ O documento é resultado do esforço conjunto realizado pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, o Ministério das Relações Exteriores, o Ministério dos Transportes e a Agência Nacional do Petróleo para a integração produtiva bilateral naval.

O projeto de integração energética já tinha sido inicialmente previsto Comunicado Conjunto Presidencial que estabeleceu o GAN em 31 de julho de 2012. Na ocasião, Brasil e Uruguai já demonstravam interesse em consolidar uma proposta de integração dos sistemas

eletroenergéticos que incluísse aspectos de operação comercialização, regulação e planejamento da expansão do sistema.⁵⁰

Assim, os Presidentes reconheceram a importância da construção de uma linha de transmissão de 500 KV entre San Carlos (Uruguai) e Candiota (Brasil), bem como a relevância da associação entre a Eletrobrás e a *Administración Nacional de Usinas y Trasmisiones Eléctricas* (UTE) para a construção de parque um eólico no Uruguai.

Essa cooperação resultou na construção do Parque Eólico de Artilleros no Uruguai, inaugurado em 1º de março de 2015 pela Presidente Dilma Rousseff e pelo Presidente José Mujica. Ressalta-se que Artilleros é o primeiro projeto de geração de energia eólica da Eletrobras fora do Brasil, sendo financiado pela *Corporación Andina de Fomento* (CAF). Aliás, cumpre salientar que a sua inauguração constitui importante realização do GAN, uma vez que esse projeto foi uma das primeiras ações delineadas pelo grupo.

Em artigo redigido para o jornal El País em 1º de março de 2015, a Presidenta do Brasil expressou satisfação com os avanços alcançados na integração bilateral e reafirmou sua determinação em seguir adiante com esse caminho. Para tanto, a Presidenta ratificou a importância do GAN que, na prática, compromete-se com a busca por uma maior complementação industrial, crescente dinamismo na integração da infraestrutura, maior fluidez nas fronteiras, maior e melhor comércio, bem como a consolidação da interconexão energética entre os dois países.⁵¹

Em entrevista concedida por ocasião da Inauguração do Parque Eólico de Artilleros, o Ex-Presidente do Uruguai, José Mujica, exaltou a sintonia entre Brasil e Uruguai em prol do desenvolvimento regional, afirmando que a relação com o governo brasileiro tem sido muito fluida em todos esses anos, tanto do ponto de vista comercial, quanto do ponto de vista político. Mujica reiterou, também, a posição estratégica do Brasil como incontestável liderança política regional, alegando que, apesar de o Brasil ser um país gigantesco para a

Disponível em: <http://www.aduanas.gub.uy/innovaportal/file/12605/1/proyecto_de_ppsacs_brasil-uruguay_-_espanol.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2015.

48 No Brasil, o responsável é a Agência Nacional do Petróleo (ANP).

49 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio Exterior. *Brasil e Uruguai assinam acordo no setor naval*. 2014. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=2¬icia=13174>>. Acesso em: 2 maio 2015.

50 URUGUAI. Dirección Nacional de Aduanas. *Proyecto de programa piloto de seguridad aduanera en la cadena de suministro Brasil – Uruguay*. Disponível em: <http://www.aduanas.gub.uy/innovaportal/file/12605/1/proyecto_de_ppsacs_brasil-uruguay_-_espanol.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2015.

51 ROUSSEFF, Dilma. Uruguai e Brasil: un nuevo paradigma. *El país*, Montevideo, 1 mayo 2015.

escala uruguaia, eles se sentem muito integrados.⁵²

Em 21 de maio de 2015, o novo Presidente da República Oriental do Uruguai, Tabaré Vázquez, realizou visita de Estado ao Brasil, atendendo ao convite da Presidente Dilma Rousseff. Desde que tomou posse em 1º de março de 2015, essa foi a primeira visita bilateral do Presidente Uruguai ao exterior. Nesta ocasião, os Presidentes mantiveram produtiva reunião de trabalho, dando seguimento aos temas da ampla agenda bilateral.⁵³

Sobre os novos projetos em comum, os Presidentes destacaram a conclusão das obras da nova linha de transmissão entre Candiota (Brasil) e San Carlos (Uruguai), no plano da interconexão elétrica bilateral. Segundo estimativas do governo brasileiro, a linha de transmissão de 411 quilômetros entre Candiota e San Carlos viabilizará a integração física do sistema elétrico brasileiro e uruguaio, permitindo o aproveitamento das complementariedades energéticas entre os dois países. Esse projeto é financiado por recursos do Uruguai e do Fundo de Convergência Estrutural (FOCEM) e se soma ao Parque Eólico de Artilleros.⁵⁴

Diante do exposto, pode-se afirmar que a iniciativa da instituição do Grupo de Alto Nível Brasil – Uruguai constitui um bom exemplo a ser seguido pelos outros Estados-Parte do Mercosul, haja vista institui uma agenda positiva que conseguiu avançar em questões de grade relevância para a integração produtiva dos dois países.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de a comercialização de bens intra e extra-Mercosul estar apresentando crescimento contínuo, ainda há espaço para que a agenda de liberalização de

bens seja realmente efetivada no âmbito do bloco. Os desafios se referem tanto à diminuição das listas de exceções quanto à redução das barreiras não tarifárias. A China apresenta-se como o principal parceiro comercial do Mercosul, tanta nas importações quanto nas exportações do bloco. Assim, seria interessante elaborar uma política conjunta do Mercosul com relação à China, diante da já significativa presença desse país na América do Sul.

O intercâmbio comercial entre Brasil e Uruguai vem se desenvolvendo gradativamente nos últimos anos, apresentando grandes benefícios para a economia dos dois países. O Uruguai apresenta-se como um importante parceiro brasileiro no âmbito do Mercosul e o Brasil é o principal destino das exportações uruguaias. Os principais produtos brasileiros exportados para o Uruguai são: combustíveis, automóveis e máquinas mecânicas. Já os principais produtos uruguaio importados pelo Brasil são: cereais, plásticos e leite

Assinala-se a importância do Programa Piloto de Segurança Aduaneira da Cadeia de Suprimento de Bens para o aprofundamento das relações comerciais entre Brasil e Uruguai. Esse projeto apresenta-se como um importante passo para a formação de cadeias globais de valor, haja vista que atende, inicialmente, a empresas com baixo risco aduaneiro e relevantes operações comerciais entre os dois países. Além de que, a partir da sua execução, poder-se-á formular um acordo de reconhecimento mútuo.

O Acordo Naval e *Offshore* eleva o setor marítimo a um grau prioritário no processo de integração produtiva desenvolvido por Brasil e Uruguai. Esse marco legal promove o acesso recíproco de bens e serviços de empresas brasileiras e uruguaias, bem como estabelece o reconhecimento mútuo de conteúdo local. Assim, promove-se a integração e complementariedade desse segmento, aumentando-se a competitividade das empresas envolvidas no mercado internacional.

A construção do Parque Eólico de Artilleros no Uruguai, por sua vez, apresenta-se como uma grande vitória alcançada pelo GAN, haja vista que esse projeto foi uma das primeiras ações delineadas pelo grupo. Ademais, fica demonstrado a seriedade das iniciativas levadas a cabo pelos dois países, uma vez que a integração da produção energética entre dois países se caracteriza como tema estratégico nas relações internacionais. A entrada em funcionamento do parque eólico irá re-

52 BRASIL. Presidência da República. *José Mujica exalta sintonia entre Brasil e Uruguai em prol do desenvolvimento regional*: depoimento. 2015. Entrevista concedida ao Blog do Planalto em 2 de março de 2015. Disponível em: <<http://blog.planalto.gov.br/jose-mujica-exalta-sintonia-entre-brasil-e-uruguai-em-prol-do-desenvolvimento-regional/>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

53 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Declaração à imprensa da Presidenta da República, Dilma Rousseff, após encontro com o Presidente do Uruguai, Tabaré Vázquez*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/fwrX3I>>. Acesso em: 21 maio 2015.

54 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Declaração à imprensa da Presidenta da República, Dilma Rousseff, após encontro com o Presidente do Uruguai, Tabaré Vázquez*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/fwrX3I>>. Acesso em: 21 maio 2015.

forçar a segurança energética dos dois países, bem aumentar a competitividade das suas empresas, que terão acesso a uma tarifa de energia mais baixa.

Em síntese, pode-se afirmar que as iniciativas de integração produtiva do GAN deveriam ser replicadas no âmbito do Mercosul, especialmente, o programa piloto de segurança aduaneira da cadeia de suprimento de bens; o Acordo Naval e *Offshore*; e a integração energética por meio da implantação de fontes de energia renovável, como o Parque Eólico de Artilleros

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de direito internacional público*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- BALDWIN, Richard. *21 Century regionalism: filling the gap between 21 century trade and 20 century trade rules*. Geneva: WTO, 2011.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Mercosul*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=686:mercosul&catid=143&Itemid=434&lang=pt-BR>. Acesso em: 13 jun. 2015.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Mercosul: comércio exterior*. 2015. Disponível em: <<http://www.investexportbrasil.gov.br/sites/default/files/publicacoes/indicadoresEconomicos/ComExtMERCOSUL.pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2016.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Mercosul: comércio exterior: intercâmbio comercial com o Brasil*. 2015. Disponível em: <<http://www.brasilexport.gov.br/sites/default/files/publicacoes/indicadoresEconomicos/ComExtMERCOSUL.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2015.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Comunicação do conjunto presidencial: novo paradigma para relação Brasil Uruguai*. Nota 192, 31 julho de 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/M6DA7r>>. Acesso em: 27 abr. 2015.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Brasil e Uruguai investem em novo paradigma de integração*. 2015. Disponível em: <<http://diplomaciapublica.itamaraty.gov.br/40-brasil-uruguai>>. Acesso em: 28 abr. 2015.
- BRASIL. Ministério Das Relações Exteriores. *Uruguai: comércio exterior*. Dezembro, 2014, p. 9. Disponível em: <<http://www.brasilexport.gov.br/sites/default/files/publicacoes/indicadoresEconomicos/INDUruguai.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2015.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Declaração à imprensa da Presidenta da República, Dilma Rouseff, após encontro com o Presidente do Uruguai, Tabaré Vázquez*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/fwr33I>>. Acesso em: 21 maio 2015.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Uruguai: comércio exterior*. 2016. Disponível em: <<http://www.investexportbrasil.gov.br/sites/default/files/publicacoes/indicadoresEconomicos/INDUruguai.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2016.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Uruguai: comércio exterior*. Junho 2015. Disponível em: <<http://www.brasilexport.gov.br/sites/default/files/publicacoes/indicadoresEconomicos/INDUruguai.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2015.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Acordo de complementação econômica nº 2, celebrado entre a República Federativa do Brasil e a República Oriental do Uruguai*. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/acordo-de-complementacao-economica-nb0-2-celebrado-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-a-republica-oriental-do-uruguai/>>. Acesso em: 2 mar. 2015.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Lista de exceções à tarifa externa comum – LETEC*. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=3378>>. Acesso em: 2 maio 2015.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Tipos de acordos no âmbito da ALADI*. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=412>>. Acesso em: 11 mar. 2016.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio Exterior. *Brasil e Uruguai assinam acordo no setor naval*. 2014. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=2¬icia=13174>>. Acesso em: 2 maio 2015.
- BRASIL. Presidência da República. *José Mujica exalta sintonia entre Brasil e Uruguai em prol do desenvolvimento regional: depoimento*. 2015. Entrevista concedida ao Blog do Planalto em 2 de março de 2015. Disponível em:

<<http://blog.planalto.gov.br/jose-mujica-exalta-sintonia-entre-brasil-e-uruguai-em-prol-do-desenvolvimento-regional/>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

CELLI JUNIOR, Umberto; ELEOTERIO, Belisa. O Brasil, o Mercosul e os acordos preferenciais de comércio: alternativas e perspectivas. In: IGLESIAS, Enrique et al. (Org). *Os desafios da América Latina no século 21*. Curitiba: Juruá, 2014.

OELSNER, Andrea. The institutional identity of regional organizations, or mercosur's identity crisis. *International Studies Quarterly*, v. 57, p. 115-127, 2013.

PRAZERES, Tatiana. *A OMC e os blocos regionais*. São Paulo: Aduaneiras, 2008.

ROUSSEFF, Dilma. Uruguay e Brasil: un nuevo paradigma. *El país*, Montevideu, 1 mayo 2015.

THORSTENSEN, Vera; KOTZIAS, Fernanda. Integração regulatória: uma proposta de coerência, convergência e cooperação para modernização do Mercosul. *Boletim de Economia e Política Internacional*, n. 20, p. 21-29, maio/ago. 2015.

URUGUAI. Instituto de Promoción de Inversiones y Exportaciones (Uruguay 21). *Rio Grande do Sul (Brasil): perfil regional*. 2014. Disponível em: <<http://www.uruguayxxi.gub.uy/exportaciones/wp-content/uplo->

<ads/sites/2/2014/09/Informe-Uru-XXI-Brasil-Ago-sto-2014.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

URUGUAI. Dirección Nacional de Aduanas. *Anuario Dirección Nacional de Aduanas Uruguay 2014: construyendo futuro*. Disponível em: <http://www.aduanas.gub.uy/innovaportal/file/13215/1/anuario_dna_2014.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2015.

URUGUAI. Dirección Nacional de Aduanas. *Brasil y Uruguay firman acuerdo de seguridad aduanera en la cadena de suministro*. Disponível em: <<http://www.aduanas.gub.uy/innovaportal/v/12707/9/innova.front>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

URUGUAI. Dirección Nacional de Aduanas. *Proyecto de programa piloto de seguridad aduanera en la cadena de suministro Brasil – Uruguay*. Disponível em: <http://www.aduanas.gub.uy/innovaportal/file/12605/1/proyecto_de_ppsacs_brasil-uruguay_-_espanol.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2015.

Notas das Tabelas

- 1 Dados obtidos por espelho, ou seja, pela informação dos parceiros, portanto em constante atualização.
- 2 Exceto combustíveis.
- 3 Dados obtidos por espelho, ou seja, pela informação dos parceiros, portanto em constante atualização.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O comércio de serviços entre Brasil e Uruguai: liberalização, desafios e perspectivas do setor de tecnologia da informação e comunicação (TIC) e *softwares*

Trade in services between Brazil and Uruguay: liberalization, challenges and perspectives in the communication and information technology (CIT) and *softwares* sector

Vivian Daniele Rocha Gabriel

Alebe Linhares Mesquita

O comércio de serviços entre Brasil e Uruguai: liberalização, desafios e perspectivas do setor de tecnologia da informação e comunicação (TIC) e *softwares**

Trade in services between Brazil and Uruguay: liberalization, challenges and perspectives in the communication and information technology (CIT) and *softwares* sector

Vivian Daniele Rocha Gabriel **

Alebe Linhares Mesquita***

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o comércio de serviços entre Brasil e Uruguai, mais especificamente, o setor de tecnologia da informação e comunicação (TIC) e *softwares*. Por conseguinte, este artigo encontra-se dividido em 3 momentos distintos. Primeiramente, discorre-se sobre a regulação internacional do comércio de serviços, tanto no âmbito multilateral quanto no regional. Em seguida, promove-se um estudo sobre a realidade do comércio de serviços entre Brasil e Uruguai. Por fim, analisa-se o setor de tecnologia da informação e comunicação (TIC) e *softwares* e suas potenciais complementariedades que poderiam impulsionar o comércio entre os dois países. A metodologia adotada no desenvolvimento da pesquisa consistiu-se como teórica, bibliográfica, descritiva e exploratória. Em conclusão, pode-se afirmar que Brasil e Uruguai devem promover políticas de cooperação entre subsectores de serviços, particularmente o de TIC e *softwares*, fomentando a troca de tecnologia e a integração produtiva. O artigo se mostra original, visto que existem poucas análises jurídicas recentes sobre o comércio de serviços entre Brasil e Uruguai neste setor específico, podendo implicar futuras políticas públicas para a promoção do comércio entre os dois Estados.

Palavras-Chave: Serviços. Brasil. Uruguai. TIC. *Softwares*.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the trade in services between Brazil and Uruguay, more specifically, the communication and information technology (CIT) and software sector. Therefore, this study is divided into three distinct moments. First, it addresses the international regulation on trade in services in the multilateral and in regional level. Subsequently, it promotes a study about the reality of trade in services between Brazil and Uruguay. At last, it analyses the communication and information technology (CIT) and software sector and its potential complementarities that could boost trade between

* Recebido em 23/03/2016
Aprovado em 07/06/2016

** Advogada. Doutoranda e Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pesquisadora do Centro de Estudos de Estudos do Comércio Global e Investimentos (CCGI) da Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (EESP/FGV). E-mail: vivian.d.rocha@usp.br.

*** Advogado. Mestrando em Direito Internacional e Comparado pela Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Centro de Estudos de Estudos do Comércio Global e Investimentos (CCGI) da Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (EESP/FGV). E-mail: alebe.mesquita@fgv.br.

the two countries. The methodology adopted in the development of this research is bibliography, descriptive and exploratory. In conclusion, it can be affirmed that Brazil and Uruguay should promote cooperation policies between services subsectors, particularly CIT and software, fostering the exchange of technology and production integration. The article is original, because there are few recent legal studies on trade in services between Brazil and Uruguay in the specific areas addressed, and may result in future public policies for promoting trade between the two countries.

Keywords: Services. Brazil. Uruguay. CIT. Softwares.

1. INTRODUÇÃO

O setor de serviços tem se tornado de fundamental importância no mundo globalizado, tendo se manifestado como elemento indispensável para o comércio internacional. Com o avanço de novas tecnologias de transmissão ao longo do século XX e início do século XXI, aliado às transformações econômicas liberalizantes efetuadas nos anos 1980 e 1990, algumas atividades, que antes se encontravam restritas apenas ao plano doméstico, passaram a se expandir e a ser comercializáveis, também, no plano internacional, como é o caso dos serviços bancários, de educação, de transporte, entre outros.

A internacionalização do setor de serviços, em geral, associa-se com a evolução da estrutura de produção global, com base na fragmentação das etapas da cadeia produtiva e da sua desconcentração. Cumpre observar que, atualmente, quanto maior a sofisticação e a complexidade do produto, mais elevada é a densidade tecnológica resultante no produto final e, conseqüentemente, o seu valor de mercado. Assim, quanto mais complexo o processo produtivo, mais elevada é a participação do setor de serviços informacionais na cadeia produtiva, de modo que a eficiência deste se torna essencial para a competitividade do país, alavancando a economia como um todo.

Atualmente, o setor de serviços representa a maior porcentagem do Produto Interno Bruto (PIB) das economias desenvolvidas e de boa parte das economias emergentes. No Mercosul, esse setor já ocupa a maior participação no PIB do bloco, se comparado aos setores primário e secundário. Embora a comercialização

de serviços advindos dos Estados Partes do Mercosul não apresente a mesma intensidade verificada entre as nações desenvolvidas, observa-se um ritmo de crescimento anual significativo, tanto para o comércio intra quanto extra Mercosul.

Destarte, este artigo tem por objetivo analisar o comércio de serviços entre Brasil e Uruguai, mais especificamente, o setor de tecnologia da informação e comunicação (TIC) e *softwares*. Esse setor foi escolhido devido a sua importância para as economias dos dois países, bem como por serem essenciais à promoção de uma integração produtiva e à formação de cadeias globais de valor no mundo contemporâneo.

A opção por se estudar a realidade comercial desses dois países remete à criação, em junho de 2012, do Grupo de Alto Nível Brasil – Uruguai (GAN) voltado à consolidação de projetos em áreas prioritárias para o desenvolvimento da integração bilateral. Essas iniciativas se concentra, notadamente, nos âmbitos da: integração produtiva; ciência, tecnologia e inovação; comunicação e informação; integração da infraestrutura de transportes; livre circulação de bens e serviços; e livre circulação de pessoas. Pretende-se, portanto, promover um exercício acadêmico que possa subsidiar os trabalhos conduzidos no âmbito do GAN, apontando alternativas de integração e complementariedade produtiva entre os dois países.

O desenvolvimento do presente estudo se justifica pela importância que o tema apresenta na atualidade, uma vez que o estabelecimento de um novo paradigma na relação Brasil-Uruguai não apenas possibilita a solução de velhos obstáculos comerciais entre os dois países, mas também estimula os demais integrantes do Mercosul a avançarem no processo de integração do bloco. Ressalta-se que essa integração tem caminhado de forma mais lenta que a pretendida quando da criação do bloco, o que acaba por perpetrar uma paralisia institucional e política, que deve ser superada para se atingir a tão desejada integração.

A fim de se investigar o comércio de serviços entre Brasil e Uruguai, inicialmente, discorrer-se-á sobre a regulação internacional do comércio de serviços, tanto no âmbito multilateral (por meio do *General Agreement on Trade in Services - GATS*) quanto no regional (Mercado Comum do Sul - Mercosul). Em seguida, promover-se-á um estudo sobre a realidade do comércio de serviços entre Brasil e Uruguai, trazendo-se à baila dados

concretos de ambos os países. No terceiro momento, analisar-se-á o setor de tecnologia da informação e comunicação (TIC) e *softwares*, investigando-se qual sua relevância e participação no comércio entre os dois países e como e em que medida ele pode se caracterizar como elemento-chave para o aprofundamento das relações comerciais entre os dois países. A metodologia adotada no desenvolvimento da pesquisa consistiu-se como teórica, bibliográfica, descritiva e exploratória.

2. A REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL DE SERVIÇOS

Durante a vigência do Acordo Geral de sobre Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*), as negociações no sistema multilateral do comércio focaram-se na liberalização do comércio de bens, permanecendo a temática dos serviços apenas no âmbito doméstico dos Estados. Essa realidade alterou-se, somente, com a emergência da Rodada Uruguai (1986-1994), em que o tema foi incluído nas negociações, resultando no marco legal internacional do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (*General Agreement on Trade in Services - GATS*). Mais flexível que o GATT, o GATS não obriga os membros a assumirem compromissos mínimos (*benchmarks*), o que significa a não obrigatoriedade de vinculação a um mínimo de setores, sub-setores e modos de prestação objetos de compromisso, e uma maior margem de manobra para que se vincule aos compromissos consoantes aos seus interesses políticos e econômicos.

Por meio de negociações progressivas, o GATS se utiliza de listas positivas para identificar os compromissos assumidos em cada setor, subsetor e modo de prestação de serviços. Há, também, a possibilidade de se instituir uma lista negativa, em que os Membros identificam os setores que não estão cobertos pelo compromisso e aqueles compromissos que não constam na lista automaticamente encontram-se liberalizados, exceto se incluídos expressamente, em um anexo, para estabelecer as condições de acesso a mercados e tratamento nacional¹.

Segundo Umberto Celli Júnior, no GATS, há a prevalência de um modelo híbrido, de lista positiva, com uma escolha voluntária e positiva dos setores e sub-setores e modos de prestação assumidos pelo governo, e de lista negativa, em que os Membros identificam os setores que não estão cobertos pelo compromisso, e aqueles compromissos que não constam na lista, automaticamente, encontram-se liberalizados, exceto se incluídos, expressamente, em um anexo, para estabelecer as condições de acesso a mercados e tratamento nacional², para identificar as limitações de acesso a mercados e tratamento nacional quanto aos compromissos previstos nas listas³.

Ademais, o GATS dispõe, em seu art. I, 2, quatro modos de prestação internacional de serviços: Modo 1 - prestação transfronteiriça de serviços (*cross-border supply*), do território de um Membro ao território de qualquer outro Membro, sem a transposição de qualquer profissional na prestação; Modo 2 - consumo no exterior (*consumption abroad*), no território de um Membro aos consumidores de serviços de qualquer outro Membro; Modo 3 - presença comercial, em que o prestador de serviços de um Membro realiza o serviço por meio da presença comercial no território de qualquer outro Membro; e Modo 4 - presença de pessoas físicas, em que o prestador de serviços de um Membro realiza os serviços pela presença de pessoas físicas de um Membro no território de outro Membro⁴.

Nesse perspectiva, em razão da complexidade para se estabelecer uma única definição do que se tratam os serviços, em razão de sua amplitude, os negociadores do GATS optaram por dispor onze sub-setores bem definidos (e um residual). São eles: (i) serviços de negócios ou empresariais; (ii) serviços de comunicação; (iii) serviços de construção; (iv) serviços de distribuição; (v) serviços educacionais; (vi) serviços ambientais; (vii) serviços financeiros; (viii) serviços relacionados à saúde e serviços sociais; (ix) serviços de turismo e relacionados a viagens; (x) serviços de recreação, serviços culturais

1 CELLI JÚNIOR, Umberto. Os acordos de serviços (GATS) e de investimentos (TRIMS) na OMC: espaço para políticas de desenvolvimento. *Centro Brasileiro de Relações Internacionais*, Ano 2, v. 1, p. 126, 2007.

2 CELLI JÚNIOR, Umberto. Os acordos de serviços (GATS) e de investimentos (TRIMS) na OMC: espaço para políticas de desenvolvimento. *Centro Brasileiro de Relações Internacionais*, Ano 2, v. 1, p. 126, 2007.

3 CELLI JÚNIOR, Umberto. Os acordos de serviços (GATS) e de investimentos (TRIMS) na OMC: espaço para políticas de desenvolvimento. *Centro Brasileiro de Relações Internacionais*, Ano 2, v. 1, p. 126, 2007.

4 CELLI JÚNIOR, Umberto. *Comércio de serviços na OMC: liberalização, condições e desafios*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 87.

e esportivos; (xi) serviços de transporte; e (xii) outros serviços.

Grupos de trabalho instituídos no âmbito da OMC⁵ também entendem que o GATS se apresenta como o Acordo mais aplicável à regulação do comércio eletrônico, haja vista que as transações realizadas na internet constituem, em sua grande maioria, em uma prestação de serviço⁶. Além disso, destaca-se que todos os setores podem ser alvo de negociações pelo GATS, com exceção de serviços governamentais⁷.

Dentre as demais previsões contidas no acordo, estão os principais princípios norteadores do GATS, previstos nos artigos II e III, quais sejam o da cláusula da nação mais favorecida e o da transparência, ambos replicados do GATT e aplicados a todos os setores⁸. Além disso, existem os compromissos de acesso a mercados, em que os Membros devem afastar barreiras que dificultem o comércio de serviços, tais como requisitos regulatórios ou restrições quantitativas, além do tratamento nacional, para que não haja discriminação dos prestadores de serviços estrangeiros em comparação aos nacionais nos respectivos setores previstos nas listas. Segundo o art. VI do GATS, os compromissos acordados não devem ser implementados de modo a restringir o *policy space* de seus Membros, comprometendo a adoção de políticas públicas ou de desenvolvimento.

No contexto da Rodada Uruguai, destaca-se que Brasil e Uruguai também atuaram nas negociações de serviços e consolidaram seus compromissos. No caso do Brasil

foram realizados compromissos horizontais, com aspectos regulatórios aplicáveis a todos os setores de serviços, principalmente medidas dos Modos 3 e 4, sobre movimento de pessoas físicas e investimento estrangeiro direto. A lista, também, inclui medidas relativas a subsídios, porquanto essas se referem a todos os modos de prestação, e compromissos setoriais abrangendo somente 7 dos 11 setores classificados na lista da OMC, tais como: serviços prestados às empresas, comunicações, construção, distribuição, serviços financeiros, turismo e transportes (para nenhum desses setores o país incluiu subsetores)⁹.

Após a Rodada Uruguai, o tema, também, passou a ser paulatinamente incluído nos acordos regionais de comércio¹⁰. De forma generalizada, os acordos regionais estabelecem um grau de comprometimento muito maior do que os assumidos no GATS, porquanto as normativas regionais têm evoluído mais intensamente sobre o que já está previsto na OMC, configurando-se como um acordo OMC *plus*¹¹.

Em nível regional, destaca-se o estabelecido pelo Mercosul, que possui dentre seu escopo principal a livre circulação de serviços e a coordenação regional das políticas setoriais de serviços como um dos aspectos mais relevantes de seu processo de integração (art. 1º do Tratado de Assunção). Após várias negociações sobre o tema, foi firmado o Protocolo de Serviços de Montevideu sobre o Comércio de Serviços¹² em 1997, com vistas à liberalização de serviços.

Nesse contexto, cogitou-se expandir a união aduaneira também para serviços (não apenas bens), por meio de uma política comercial única em relação a terceiros países. Contudo, pela heterogeneidade dos setores existentes e da elevada incidência de regulamentações sobre o tema pelos países membros do Mercosul, somados à experiência da europeia, que, no período analisado,

5 Para entender o desenvolvimento do comércio eletrônico mundialmente, a OMC realizou diversas cooperações e estudos com outras organizações internacionais, como Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNICTRAL) e Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).

6 ALVES, Gleisse Ribeiro. O Acordo GATS e sua aplicação aos serviços do comércio eletrônico. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 321-336, 2014.

7 CELLI JÚNIOR, Umberto. *Comércio de serviços na OMC: liberalização, condições e desafios*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 86.

8 Segundo o princípio da nação mais favorecida qualquer vantagem, favor, imunidade ou privilégio concedido por uma Parte contratante em relação a um produto originário de ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao produtor similar, originário do território de cada uma das outras Partes contratantes ou ao mesmo destinado. Já o princípio da transparência corresponde à publicação e administração dos regulamentos de comércio para o conhecimento e a publicidade de leis, restrições, proibições, padrões, recomendações e qualquer outra forma de regulamentação referente aos produtos e às relações comerciais celebradas entre as Partes.

9 MARCONINI, Mário. *OMC, acordos regionais e o comércio de serviços: normativa internacional e interesse brasileiro*. São Paulo: Aduaneiras, 2003. p. 234-237.

10 ROY, Martin; MARCETTI, Juan; LIM, Hoe. *Services liberalization in the new generation of preferential trade agreements: how much further than GATS?* WTO working-paper. 2006. Disponível em: <https://www.wto.org/ENGLISH/res_e/reser_e/ersd200607_e.pdf>. Acesso em: 01 maio 2015.

11 HORN, H.; MAVROIDIS, P.; SAPIR, A. *Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreements*. *Bruegel Blueprint Series*, v. 7, 2009.

12 Aprovado pela Decisão Conselho Mercado Comum (CMC) nº 13/97, o Protocolo de Montevideu foi internalizado pelo Brasil sob o Decreto nº 6.480, de 11 de junho de 2008 e pelo Uruguai, pela *Ley* nº 17.885 de 2004.

ainda não tinha alcançado a livre circulação de serviços, tal pretensão foi afastada da agenda negociadora¹³. Segundo Petros Mavroidis, o Protocolo de Montevideu trata-se de um contrato de integração negativa¹⁴, pois objetiva eliminar a discriminação, sem interferir no *policy space* dos Estados-Membros do Mercosul e por consistir em um processo de integração cuja finalidade principal trata-se da liberalização do setor de serviços¹⁵.

Nessa esfera evolutiva, ressalta-se que o Protocolo de Serviços do Mercosul estabeleceu o mecanismo de compromissos por meio de negociações específicas de acesso a mercados e de tratamento nacional, embasado em listas positivas, classificadas como estratégia gradual de liberalização, possuindo maior flexibilidade. Ressalta-se que esse mecanismo é, claramente, inspirado no GATS, tratando-se de acordo-quadro, com anexos setoriais sobre serviços financeiros, transporte terrestre, aquaviário e aéreo, e quanto ao movimento temporário de pessoas físicas foram firmadas listas individuais de compromissos específicos por Estado, negociados com o Protocolo, também contendo aquelas negociadas de início (incluídas na Decisão nº 09/98) e as que resultaram de negociações provenientes durante as rodadas.

Em 1998, foi criado o Grupo de Serviços (GS) do Mercosul, que tem a função de fomentar a implementação do Protocolo de Montevideu por meio de rodadas de negociação sobre a matéria, permitindo um aumento progressivo dos compromissos assumidos pelos Estados do Mercosul. No mesmo ano, a Resolução Grupo Mercado Comum (GMC) nº 73/98 instituiu regras sobre o funcionamento deste GS e sobre as rodadas de liberalização, estabelecendo critérios de transparência a serem aplicados na troca de ofertas e pedidos.

Salienta-se que cada rodada teve importância na evolução do tratamento da matéria no bloco, porém, ao se efetuar um balanço sobre os avanços, nota-se que estes ainda estão aquém do pretendido para que se siga com vigor e direção à liberalização. As cinco primeiras rodadas foram realizadas sem que o Protocolo entrasse em vigor, porém, isso não afasta os compromissos fir-

mados para o processo de liberalização de serviços no bloco. Ocorre que o intervalo até a entrada em vigor da Resolução GMC nº 36/00 demonstra que o GS não se encontra exatamente na lista de prioridades do bloco. Os principais desafios atinentes à liberalização de serviços no Mercosul permanecem sendo a redução e eliminação das restrições sobre o setor de serviços, já que as Rodadas Negociadoras até o momento tão somente consolidam as restrições vigentes, com o compromisso de não estabelecerem restrições ainda mais restritivas que as já previstas nas listas pelos Estados Partes¹⁶.

Importante destacar que no Mercosul todos os setores foram objeto de compromisso, alguns deles mais profundos, outros mais superficiais. Ademais, enquanto na OMC predominam em média os compromissos do Modo 3 (presença comercial), no Mercosul também incidem os de Modos 1 (prestação transfronteiriça de serviços) e 2 (consumo no exterior). Mesmo que não tenha havido tantos avanços nos compromissos no Modo 4 (presença de pessoas físicas) e em matéria de presença comercial, os países do Mercosul evoluíram, significativamente, nos compromissos de natureza horizontal - aqueles aplicados a todos os setores - e se acrescentou a categoria de pessoas físicas, instituindo-se um menor número de limitações à entrada e permanência temporária dos prestadores de serviços.

Outro fator que colabora para a maior liberalização do Mercosul é a existência de compromissos sem res-

16 Nesse caso, conforme levantamento realizado pelo GS sobre a origem legal das inscrições em lista, destaca-se que na XXIV Reunião Ordinária do GS (MERCOSUL/GMC/GS/ATA Nº 03/04 – Anexo IV), a maioria das restrições não são de ordem infralegal e, portanto, não podem ser facilmente levantadas pelo Poder Executivo, devendo sê-lo feito pelo Poder Legislativo, o que implica em maior demora, bem como dificuldade, em decorrência de vedações de ordem constitucional. O Brasil veda em sua Carta Magna a participação direta ou indireta de empresas estrangeiras na assistência à saúde no País (Art. 199, §3º, da Constituição Federal do Brasil), restringe a propriedade de empresa jornalística e de radiofusão sonora e de sons e imagens privativamente aos brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos ou às pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País (Art. 222) e as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica, para efeito de exploração ou aproveitamento, como pertencentes à União (Art. 176). Ainda, limita-se legalmente à autorização presidencial a instalação de bancos estrangeiros em território nacional, cuja alteração requer aprovação de Lei Complementar, assim como cabe ao Executivo a prerrogativa de estabelecer limites à participação estrangeira no capital de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, que para ser modificada requer derrogação da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9472/97).

13 ARSLANIAN NETO, Michel. *A liberalização do comércio de serviços do Mercosul*. Brasília: FUNAG, 2010. p. 100.

14 No original, Mavroidis utiliza a expressão “*negative integration contract*”. Cf. MAVROIDIS, 2006, apud GARI, Gabriel. *The liberalization of Trade in Services in Mercosur*. Centre for Commercial Law Studies. Londres: University of London, 2008. p. 41.

15 ARSLANIAN NETO, Michel. *A liberalização do comércio de serviços do Mercosul*. Brasília: FUNAG, 2010. p. 103.

trições. Dentre eles, se destaca os serviços profissionais (exceto pelo Paraguai), informática, outros serviços prestados às empresas (consultoria, administração, oferta de recursos humanos, serviços de convenções etc.), construção, distribuição (comércio atacadista e varejo) e turismo. Ademais, cumpre ressaltar que não há tantas limitações em vários dos demais compromissos assumidos como no plano multilateral do comércio.

Apesar disso, apenas, em 2005 o Protocolo de Montevideu entrou em vigor, com o prazo de dez anos para completar o Programa de Liberalização de serviços regionalmente (que estava programado para se esgotar em 2015). Até o momento, foram concluídas sete Rodadas Negociadoras no âmbito do comércio de serviços, que se traduziram em listas de compromissos, em que apenas as seis primeiras já foram aprovadas pelo legislativo brasileiro e possuem Decretos Legislativos que internalizam seus compromissos¹⁷. Apesar de apenas a primeira lista de compromissos encontrar-se em vigor, normas comuns sobre serviços também foram aprovadas.

Nesse aspecto, critica-se que as negociações em serviços não têm provocado amplo acesso a mercados, se comparadas aos cortes tarifários para bens, tendo o condão de apenas estabelecer compromissos de não incorporação de restrições futuras ao setor. Ressalta-se que até hoje o Mercosul nunca deixou de ser uma união aduaneira em construção, perfurada constantemente por exceções nacionais a regras comuns, sendo, portanto, necessário repensar a atual situação em que essa iniciativa de integração regional se encontra¹⁸. O Mercosul deve se mostrar adaptável a “um processo evolutivo cujos patamares vêm sendo erguidos de acordo com as necessidades que emanam do bloco”¹⁹.

17 A última rodada internalizada pelo Brasil foi a VI Rodada, pelo Decreto Legislativo nº 984/2009. O entendimento do Congresso Nacional, na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional sobre a não internalização das III, IV e V Rodadas, em Reunião Deliberativa Ordinária de 27/05/09, é de que como as disposições da Decisão CMC nº 01/06 correspondentes a VI Rodada revogam as disposições das Rodadas anteriores, não houve necessidade de aprovação destas. Quanto à VII Rodada, não há registro de mensagem do Poder Executivo para o Poder Legislativo para que se tramite a internalização da Decisão CMC nº 21/09. Os compromissos posteriores ainda não estão em vigor, pois dependem da internalização em todos os países do Mercosul.

18 ALMEIDA, Paulo Roberto de. Brazilian Trade Policy in Historical Perspective: constant features, erratic behavior. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 11-23, 2013.

19 FEIJÓ, Camila de Freitas. O Atual Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul: rumo à consolidação de um tribunal regional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 69-89,

Apesar da existência de compromissos em nível regional, destaca-se que o mundo contemporâneo passa por uma fase de mudanças quanto à liberalização de serviços. Desde 2013, vislumbram-se esforços para a negociação de um Acordo Plurilateral sobre Comércio em Serviços (em inglês, *Trade in Services Agreement - TISA*)²⁰. Atualmente, 23 países fazem parte das negociações. São eles: Austrália, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Estados Unidos, Hong Kong, Islândia, Israel, Japão, Liechtenstein, México, Nova Zelândia, Noruega, Paquistão, Panamá, Paraguai, Peru, República da Coreia, Suíça, Taiwan, Turquia, União Europeia (representando seus 28 membros). Ressalta-se que esses países concentram 70% do comércio internacional de serviços²¹. O Uruguai integrava as negociações, contudo, em setembro de 2015, anunciou seu afastamento.

O principal objetivo do TISA²² consiste em liberalizar ainda mais o setor de serviços, de forma a driblar a paralisia das tratativas no sistema multilateral da OMC e dos sistemas regionais, e atrair nações que pretendem avançar as negociações no tema. Esse acordo se revela audacioso e pretende englobar todos os setores de serviços, tais como: serviços financeiros; serviços de tecnologia da informação (incluindo telecomunicação e *e-commerce*); serviços profissionais; serviços de transporte marítimos; serviços de transporte aéreo; serviços de entrega; serviços em energia; entrada temporária de pessoas para negócios; e compras governamentais. Por fim, temas como acesso a mercados e as regras de regulação doméstica também serão incluídos, para que não atuem como barreiras não tarifárias ao comércio ao mesmo tempo que novas disciplinas em serviços serão instituídas.

3. O COMÉRCIO DE SERVIÇOS DE BRASIL E URUGUAI

Nos últimos anos, o Brasil tem participado, ativamente, do comércio mundial de serviços. Entre 2009 a 2014, as exportações de serviços mundiais cresceram 38,2%, so-

jan. /jun. 2012. p. 71.

20 Optou-se pela utilização da sigla em inglês *Trade in Services Agreement (TISA)* por ser a mais utilizada.

21 MARCHETTI, Juan; ROY, Martín. The TISA Initiative: an overview of market access issues. *Journal of World Trade*, v. 48, n. 4, p. 683-728, 2014.

22 Ressalta-se que, por ser um acordo plurilateral, não é necessária a aprovação de todos os Membros a todas as previsões do acordo.

mando, em 2014, US\$ 4,86 trilhões. Em 2014, os EUA lideraram as exportações mundiais de serviços com US\$ 685,6 bilhões, acompanhado pelo Reino Unido com US\$ 329,0 bilhões e Alemanha com US\$ 267,2 bilhões. O Brasil ocupou apenas a 31ª posição com US\$ 39,8 bilhões. Quanto às importações mundiais de serviços no mesmo ano, estas totalizaram US\$ 4,74 trilhões e os EUA também seguiram à dianteira, com US\$ 454,5 bilhões, seguidos por China, com US\$ 382,1 bilhões, e Alemanha, com US\$ 326,8 bilhões. O Brasil restou na 17ª posição, com US\$ 87 bilhões²³.

Em 2014, segundo dados do Sistema Integrado de Comércio Exterior de Serviços, Intangíveis e Outras Operações que Produzam Variações no Patrimônio (SISCOSERV)²⁴, as exportações de serviços brasileiros registradas no SISCOSERV foram de US\$ 20,8 bilhões. Os cinco principais mercados para os quais o Brasil exportou serviços foram: (i) Estados Unidos (US\$ 6,11 bilhões); (ii) Países Baixos (US\$ 1,72 bilhão); (iii) Suíça (US\$ 1,26 bilhão); (iv) Alemanha (US\$ 1,22 bilhão) e (v) Reino Unido (US\$ 957 milhões). Juntas, essas economias representaram 54,2% de todas as exportações de serviços registradas durante todo o período.

23 BRASIL. Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Serviços: Panorama do Comércio Internacional Dados de 2014*. MDIC. 2015. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwn_1431972666.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2015.

24 O SISCOSERV possui elevada granularidade, sendo referenciado por nomenclatura com mais de 900 serviços catalogados. Ademais, o sistema captura, por meio dos registros de venda e aquisição de serviços (RVS e RAS, respectivamente), o fluxo comercial de serviços e intangíveis entre o Brasil e o resto do mundo. O fluxo financeiro decorrente destas operações é capturado pelos registros de faturamento (RF), decorrência das vendas, e pagamento (RP), decorrência das aquisições de serviços e intangíveis. A atual divulgação de dados contemplará o fluxo comercial, ou seja, os registros de venda e aquisição de serviços e intangíveis (RVS e RAS). O SISCOSERV, por não manter correlação com o fechamento de câmbio, captura, inclusive, as operações de comércio exterior de serviços realizadas com recursos mantidos no exterior. O universo de pessoas físicas e jurídicas obrigadas ao registro no SISCOSERV, e a classificação dos serviços e intangíveis por meio da NBS, distingue os dados extraídos do SISCOSERV da conta de serviços do Balanço de Pagamentos, compilado pelo Banco Central do Brasil conforme a sexta edição do Manual de Balanço de Pagamentos e Posição Internacional de Investimentos do FMI (BPM6), e apoiado nas informações dos contratos de câmbio. As diferenças em termos de metodologia e fontes de dados não permitem, portanto, plena comparabilidade entre os dois conjuntos de informação. Para mais informações sobre o Siscoserv: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=4&menu=2234>>. Cf. BRASIL. Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Notas Metodológicas dos dados do SISCOSERV*. MDIC. 2016. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=4&menu=4998>>. Acesso em: 07 jan. 2016.

Quanto às importações, de acordo com o SISCO-SERV, o Brasil adquiriu US\$ 48,5 bilhões de serviços estrangeiros. Ademais, segundo o *Panorama do Comércio Exterior de Serviços*, em 2014, o Brasil importou serviços principalmente de: (i) Estados Unidos (US\$ 13,1 bilhões); (ii) Países Baixos (US\$ 12,0 bilhões); (iii) Alemanha (US\$ 2,49 bilhões); (iv) Reino Unido (US\$ 2,29 bilhões) e (v) Noruega (US\$ 1,82 bilhão). Esses mercados fornecedores representam 65,7% do total da importação de serviços feita pelo Brasil, conforme registrado pelo SISCOSERV²⁵.

Já no que tange ao Uruguai, este tem passado por um processo de abertura econômica intensa nas últimas duas décadas, se tornando um polo exportador de serviços na América do Sul. Entre 2002-2012, a comercialização de serviços tradicionais, como transporte e turismo elevou-se em 16%, e nos serviços não tradicionais, como serviços financeiros, seguros, de tecnologia da informação e comunicação (TIC), de construção, dentre outros, houve um aumento de 24%. Os serviços não tradicionais somam US\$ 1,341 milhão e representaram 32% das exportações de serviços em 2012, mais que o dobro das exportações totais de serviços computadas nos anos 2000, que eram de 15%²⁶.

Em 2013, o Uruguai alcançou um crescimento real de 3,5%, e seu PIB nominal foi de US\$ 57,1 bilhões, sendo que grande parte do PIB é canalizado através do setor de serviços, 71,8% do PIB total, enquanto a indústria abrange 20,9% e a agricultura por 7,4%²⁷.

Os serviços globais de exportação também abrangem serviços não tradicionais e se originam da decisão da empresa de deslocar atividade ou processo que antes era realizado em território nacional, para o estrangeiro. Os serviços globais mais exportados pelo Uruguai são os de assessoramento profissional, TICs e os vinculados

25 BRASIL. Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Serviços: Panorama do Comércio Internacional Dados de 2014*. MDIC. 2015. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwn_1431972666.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2015.

26 INSTITUTO DE PROMOCIÓN DE INVERSIONES Y EXPORTACIONES DE BIENES Y SERVICIOS. *Servicios globales de exportación: Oportunidades de inversión en Uruguay*. URUGUAY XXI. 2013. Disponível em: <<http://www.smartservices.uy/innovaportal/v/754/7/innova.front/reportes.html>>. Acesso em: 19 fev. 2015.

27 BRASIL. Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Perfil dos negócios em serviços: Brasil e os países da copa 2014*. MDIC. 2014. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwn_1407760950.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2015.

à centralização de atividades de empresas globais (Centros de Serviços Compartilhados).

As principais localidades que exportam serviços no território uruguaio são as zonas francas de *Aguada Park* e *WTC Free Zone*, em Montevideu, próximas ao Porto de Montevideu. Dentre os principais subserviços oferecidos, com 95% de ocupação, salientam-se os serviços de desenvolvimento de *software*, *call centers*, processos de negócios terceirizados (BPO) e serviços compartilhados, serviços financeiros, serviços profissionais e *trading* (agrobusiness, têxtil, energia e navegação), todos esses direcionados à exportação. As principais empresas ali instaladas são: *APAC Customer Services*, *Globant*, *Mercado Libre*, *Corporación Navíos*, *Travel Leaders*, *Banco Itaú*, *Teyma y Sabre Holdings*, dentre outras. Em *WTC Free Zone*, prevalecem serviços de consultoria (três dentre as quatro maiores do mundo), serviços financeiros e estudos profissionais, entre outros. Ali estão instaladas empresas como: *Burger King*, *PwC*, *Deloitte*, *TCI Delivery Center*, *Estudios Energéticos Consultores*, *Cataleni Uruguay*, *Baker Tilly*, *Latinbroker*, *Towers Watson*, *MVD Consulting*, *Bragard & Durán*, *Galante & Martins Internacional*, *Trillonaire.com*, *Contract Global Services*, dentre outros²⁸.

Atualmente, o comércio de serviços entre Brasil e Uruguai tem se mostrado relevante na relação bilateral entre as duas nações. Segundo relatório *Serviços - Perfil dos Negócios Bilaterais 2014*, do MDIC, em 2014, o Uruguai restava-se como o 19º país de aquisição das exportações brasileiras de serviços (US\$ 268 milhões), com uma participação de 1,3%, e como 10º destino dos pagamentos das importações brasileiras de serviços (US\$ 912 milhões), com uma participação de 1,9%, e déficit de US\$ - 643,758 milhões²⁹. Em relação aos principais serviços exportados pelo Brasil ao Uruguai e os principais serviços adquiridos pelo Brasil do Uruguai, destacam-se:

Tabela 1 - Vendas/Exportações do Brasil para o Uruguai por setor de serviços (2014)³⁰

Vendas / Exportações do Brasil	
NBS	Participação
1.0905 - Serviços auxiliares aos serviços financeiros, exceto os relacionados a seguros e previdência complementar	17,79%
1.0601 - Serviços de manuseio de cargas	11,38%
1.0605 - Serviços de apoio para transportes aquaviários	9,31%
1.0502 - Serviços de transporte aquaviário de cargas	8,68%
1.1804 - Serviços de planejamento de viagens e de operador de turismo, outros serviços relacionados	7,95%
1.1409 - Outros serviços profissionais, técnicos e gerenciais não classificados em outra posição	7,76%
1.1302 - Serviços de auditoria, contabilidade e escrituração mercantil	4,25%
1.0501 - Serviços de transportes terrestres de cargas	3,42%
1.0303 - Serviços de hospedagem para visitantes	3,31%
1.1401 - Serviços gerenciais, de consultoria gerencial, de relações públicas e de comunicação social	3,14%

Tabela 2 - Aquisições/Importações do Uruguai pelo Brasil por setor de serviços (2014)³¹

Aquisições / Importações pelo Brasil	
NBS	Participação
1.1101 - Arrendamento mercantil operacional ou locação de máquinas e equipamentos, sem operador	63,86%
1.1804 - Serviços de planejamento de viagens e de operador de turismo, outros serviços relacionados	8,47%
1.1103 - Licenciamento de direitos de autor e direitos conexos	5,36%
1.0201 - Serviços de agentes de distribuição de mercadorias	5,23%
1.0502 - Serviços de transporte aquaviário de cargas	3,55%
1.1404 - Serviços científicos e outros serviços técnicos	1,92%
1.1502 - Serviços de projeto e desenvolvimento de aplicativos e programas em tecnologia da informação (TI)	0,86%
1.1409 - Outros serviços profissionais, técnicos e gerenciais não classificados em outra posição	0,84%
1.0501 - Serviços de transportes terrestres de cargas	0,78%
1.0605 - Serviços de apoio para transportes aquaviários	0,76%

Fonte: SISCOSERV - Dados consolidados referentes ao período 01/01/2014 a 31/12/2014. Extração em 01/04/2015

Analisados os dados do comércio de serviços de Brasil e Uruguai, tanto no que se refere às exportações quanto às importações, bem como aos índices presentes no âmbito do Mercosul, tem-se que o comércio bilateral entre eles continua deficitário para o Brasil até recentemente. Destaca-se, também, que o setor de tecnologia da informação e comunicação (TIC) encontra-se dentre os principais serviços comercializados entre os dois países. Dessa forma, passa-se à análise desse setor específico, escolhido em razão de sua relevância para o aprofundamento da integração econômica entre Brasil e Uruguai.

4. O SETOR DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO (TIC) E SOFTWARES

O presente artigo optou por examinar o setor de tecnologia da informação e comunicação (TIC) e softwares. Isto se deu, principalmente, devido à sua importância para a promoção da integração produtiva e

28 INSTITUTO DE PROMOCIÓN DE INVERSIONES Y EXPORTACIONES DE BIENES Y SERVICIOS. *Servicios globales de exportación: Oportunidades de inversión en Uruguay*. URUGUAY XXI. 2013. Disponível em: <<http://www.smartservices.uy/innovaportal/v/754/7/innova.front/reportes.html>>. Acesso em: 19 fev. 2015.

29 “Além disso, no Brasil há 1.511 vendedores de serviços para o Uruguai, ao passo que possui 1.245 adquirentes de serviços uruguaio. A corrente de comércio de serviços entre os dois países é de US\$ 1.179.888 mi”. BRASIL. Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Serviços: Perfil dos negócios bilaterais 2014*. MDIC. 2015b. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1432054087.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2015.

30 BRASIL. Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Serviços: Perfil dos negócios bilaterais 2014*. MDIC. 2015b. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1432054087.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2015.

31 BRASIL. Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Serviços: Perfil dos negócios bilaterais 2014*. MDIC. 2015b. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1432054087.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2015.

para a formação de cadeias globais de valor e, no âmbito regional, em razão de serem essenciais para o desenvolvimento das economias de Brasil e Uruguai. Assim, pretende-se trazer à baila os principais dados econômicos e as regulamentações existentes sobre este setor. Em seguida, serão examinadas as questões e possibilidades que se colocam para um aprofundamento produtivo do setor nesses dois países.

4.1. Análise Regulatória e Iniciativas de Brasil e Uruguai

O setor de serviços no Brasil possui um forte dinamismo no setor de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) e *Softwares*. O setor de TIC compõe cerca de 5% do PIB brasileiro e vem crescendo em um ritmo intenso, tendo movimentado US\$ 169 bilhões em 2012. Nesse ano, o Brasil se consolidou como o quarto maior mercado de TIC no mundo. As exportações desse tipo de serviços pelo Brasil, em 2012, atingiram um montante considerável de US\$ 2,48 bilhões de dólares, dos quais os *softwares* foram responsáveis por US\$ 61 milhões de dólares³².

O Brasil possui um arcabouço regulatório favorável à proliferação da área de TIC. A Lei Federal nº 11.196/05 estabelece o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia de Informação (mais conhecido como REPES). Essa regulação beneficia, principalmente, as empresas exportadoras do setor, com a suspensão da exigência de Contribuição PIS/PASEP³³ e do Cofins³⁴ na venda ou

importação de bens e serviços voltados ao desenvolvimento de *softwares* no Brasil.

Outro estímulo relevante consiste no *Plano TI Maior* lançado em 2012. Esse marco regulatório beneficia projetos de *software* e serviços de inovação tecnológica em R\$ 500 milhões de reais (previu-se a concessão até 2015), por meio de incentivos de crédito, bolsas de formação em ciência e tecnologia, melhorias na infraestrutura, investimentos em pesquisa e desenvolvimento e, por fim, renúncia fiscal. Essa iniciativa pretende, também, incentivar *start-ups*, que vêm contribuindo de forma relevante para a inovação do setor, reservando R\$ 40 milhões do total para investimentos nessas empresas (por meio de aceleradoras).

Destaca-se, também, a iniciativa do Estado de Pernambuco ao criar o Porto Digital na parte histórica da cidade de Recife. O projeto se apresenta como um dos principais parques tecnológicos e ambientes de inovação do Brasil, concentrando-se no desenvolvimento de atividades do setor de *softwares* e serviços de tecnologia da informação e comunicação (TIC), como games, multimídia, cine-vídeo-animação e música³⁵. Advinda de uma parceria entre governo, academia e empresa, o porto digital abriga atualmente 250 empresas, organizações de fomento e órgãos governamentais que perfazem cerca de 7.100 trabalhadores. Dentre os benefícios oferecidos para a atração de empresas, destacam-se a redução do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS)³⁶; isenção do imposto predial territorial urbano (IPTU)³⁷ e redução do imposto de renda^{38,39}.

No Uruguai, a produção e comercialização do setor de TICs e de *softwares* são cada vez mais dinâmicas e voltadas à exportação. Nos anos 1990, esse setor exportava aproximadamente US\$ 4 milhões, tendo se elevado consideravelmente na década seguinte para US\$ 104,48 mi-

32 INSTITUTO DE PROMOCIÓN DE INVERSIONES Y EXPORTACIONES DE BIENES Y SERVICIOS. *Servicios globales de exportación: Oportunidades de inversión en Uruguay*. URUGUAY XXI. 2013. Disponível em: <<http://www.smartservices.uy/innovaportal/v/754/7/innova.front/reportes.html>>. Acesso em: 19 fev. 2015.

33 O Programa de Integração Social (PIS) e o Programa do Patrimônio do Servidor Público (PASEP) constituem contribuições sociais de caráter tributário devidas pelas empresas. Elas foram instituídas pela Constituição Federal de 1988 em seu Artigo 239 e regulamentadas, respectivamente, pela Lei Complementar nº 7, de 7 de Setembro de 1970 e pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970. Eles têm por objetivo financiar o programa de seguro desemprego.

34 A Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) caracteriza-se como uma contribuição social de natureza tributária voltada ao financiamento da Seguridade Social: Previdência Social, Assistência Social e Saúde Pública. Ela foi instituída pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 195, alínea b, sendo posteriormente regulamentada pelas Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1988 e

Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003.

35 PORTO DIGITAL PARQUE TECNOLÓGICO. *O que é o Porto Digital*. Disponível em: <<http://www.portodigital.org/parque/o-que-e-o-porto-digital>>. Acesso em: 5 Junho 2016.

36 A Prefeitura de Recife concede uma redução de 60% do ISS que, com esse desconto, passa de 5% para 2%.

37 A Lei Municipal nº 16.290/97 (Recife) concede isenção do IPTU a partir do tipo de reforma realizada no imóvel ocupado.

38 Essa redução do imposto de renda é prevista pelo Decreto nº 4.123, de 26 de Abril de 2002, que define os setores da economia prioritários para o desenvolvimento regional, nas áreas de atuação da extinta SUDENE, e dá outras providências.

39 PORTO DIGITAL PARQUE TECNOLÓGICO. *Benefícios*. Disponível em: <<http://www.portodigital.org/diferenciais/beneficios>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

lhões. Dentre os fatores que determinam essa evolução, pode-se destacar: (i) a presença de recursos humanos talentosos no Uruguai; (ii) líderes empresariais que impulsionaram o desenvolvimento de tecnologia de ponta e capacidades profissionais competitivas; (iii) a existência de alianças e redes de cooperação entre empresas uruguaias e multinacionais estrangeiras, em diferentes mercados, e (iv) a disponibilidade de infraestrutura em matéria de TICs e de *softwares*⁴⁰.

Dentre os serviços que englobam TICs no Uruguai, destacam-se as empresas que desenvolvem *softwares*, empresas de consultorias e serviços de informática, internet e dados. Dessas, as duas primeiras são voltadas para a exportação, enquanto a última direciona-se mais para o mercado interno. Destaca-se que, no Uruguai, há a concentração geográfica das empresas que produzem TIC e *software* em *cluster*⁴¹. Aproximadamente, 90% dessas empresas se localizam no departamento de Montevidéu e no interior elas se encontram em maior presença apenas nos departamentos de Maldonado e Colônia⁴². Assim, o fato de se concentrarem na capital e em uma área privilegiada e com incentivos próprios faz com que o setor evolua bem e em rápida progressão.

A existência de incentivos tributários regulatórios para a área, também, visa à promoção setor. Dentre esses incentivos, destacam-se os respectivos marcos regulatórios: (i) Decreto n° 84/99, que institui a declaração de interesse nacional da atividade de produção de *software*; (ii) Decreto n° 386/00, que prevê a exoneração de pagamento de Imposto ao Valor Agregado (IVA) à exportação de TIC e *softwares*, o que estimula as expor-

tações; (iii) Decreto n° 387/00 e sucessivos, que estabelecem a exoneração do pagamento de Imposto de Renda à produção de *softwares*; (iv) Decreto n° 144/02, que exonera retenções por conceito de Imposto de Renda à importação de *softwares*; além dos benefícios também provenientes do regime das zonas francas.

Há no Uruguai, também, alguns programas de apoio ao setor de *software*, dentre os quais, destacam-se: (i) PASS – *Programa de Asistencia al Sector Software*, que durou de 2002 a 2005, com fundos do FOMIN e BID, com a finalidade de contribuir para o aumento da competitividade das pequenas empresas de software uruguaias, realizando atividades de capacitação e consultoria; (ii) PDT – *Programa de Desarrollo Tecnológico*, com vistas a mobilizar o potencial de inovação no país e a fortalecer a competitividade produtiva, em especial de pequenas e médias empresas, e melhorar o desenvolvimento científico e tecnológico por meio de incentivos creditícios por um período de cinco anos, advindos em sua maioria do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID); (iii) a Incubadora de Empresas INGENIO, projeto entre o Laboratório Tecnológico do Uruguai e a Universidade ORT, apoiado pelo BID; (iv) PACC – *Programa de Apoyo a la Competitividad de Conglomerados*, também apoiado pelo BID e que incentiva projetos para fortalecer a competitividade do Conglomerado de Softwares e Serviços de Informática; (v) CES – *Centro de Ensayos de Software*, subprojeto do projeto “Desenvolvimento tecnológico em setores-chave da economia uruguiaia”, que conta com financiamento da União Europeia, que tem por objetivo melhorar a qualidade de produtos da indústria uruguiaia de *software*.

Quanto aos êxitos da indústria uruguiaia de TICs e de *softwares*, cumpre destacar a expressividade na exportação de *softwares* financeiros, a exportação de ferramentas de desenvolvimento de *softwares*, as alianças estratégicas com multinacionais em mercados verticais, a inserção em cadeias de valor a partir da prestação de serviços e a inovação em modelos de negócios⁴³.

Ademais, faz-se necessário salientar a estratégia da exportação de serviços de empresas uruguaias através da instalação de filiais e franquias no exterior, estabelecendo a presença física de companhias uruguaias do

40 GONZÁLEZ, Irene; PITTALUGA, Lucía. *El sector de software y servicios informáticos en Uruguay: complementación productiva intra Mercosur en El marco de las estrategias de internacionalización de las empresas uruguayas*. Febrero, 2007. Disponível em: <<http://goo.gl/Q2eg6f>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

41 Em termos industriais, um *cluster* é uma aglomeração de empresas de portes variados, com presença significativa de pequenas empresas não integradas verticalmente, fabricantes de um mesmo tipo de produto ou produtos similares. Devido à colaboração entre si, elas se tornam mais eficientes. INSTITUTO DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. *Clusters on Sistemas Locais de Produção e Inovação: identificação, caracterização e medidas de apoio*. São Paulo: IEDI, Maio de 2002. Disponível em: <http://www.iedi.org.br/admin/pdf/20030516_clusters.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2016.

42 GONZÁLEZ, Irene; PITTALUGA, Lucía. *El sector de software y servicios informáticos en Uruguay: complementación productiva intra Mercosur en El marco de las estrategias de internacionalización de las empresas uruguayas*. Febrero, 2007. Disponível em: <<http://goo.gl/Q2eg6f>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

43 GONZÁLEZ, Irene; PITTALUGA, Lucía. *El sector de software y servicios informáticos en Uruguay: complementación productiva intra Mercosur en El marco de las estrategias de internacionalización de las empresas uruguayas*. Febrero, 2007. Disponível em: <<http://goo.gl/Q2eg6f>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

setor em outros países, em plena execução do processo global de transnacionalização das empresas nacionais. Nesse diapasão, uma prática relevante instituída mundialmente para a expansão dos setores de serviços é o denominado *outsourcing offshore*. Este consiste na transferência de atividades às nações onde estas possam ser efetuadas com custos menores que aqueles dos países de origem, impulsionando as vantagens comparativas da instalação e desenvolvimento dos negócios no exterior⁴⁴.

Não se pode olvidar da importância das zonas francas no Uruguai para o desenvolvimento e comercialização de serviços de TIC e softwares⁴⁵. Atualmente, existem 12 zonas francas no país, das quais 4 (*Aguada Park; World Trade Center, Zonamérica e Parque de las Ciencias*) se dedicam majoritariamente à comercialização de serviços.⁴⁶ Dentre os benefícios usufruídos pelas empresas que nelas se instalam, pode se destacar: isenção total de impostos (salvo contribuições especiais para a seguridade social); isenção de impostos sobre valor agregado (IVA); possibilidade de comprar insumos e equipamentos novos e usados, sem impostos ou encargos aduaneiros e livre circulação de capitais e livre repatriamento dos lucros.⁴⁷

Demonstradas as iniciativas conferidas ao setor de TIC e *softwares* no Brasil e Uruguai, o que se preconiza é a necessidade de uma futura simbiose entre os subsectores de ambos os países através de complementação produtiva.

4.2. Brasil e Uruguai: Complementaridade Produtiva?

Na atual dinâmica de fragmentação da cadeia produtiva, a procura por parcerias comerciais se demonstra fundamental para se alcançar preços competitivos no

mercado mundial. No âmbito do Mercosul, ainda são tímidas as iniciativas de empreendimentos conjuntos que visam somar esforços na abertura do mercado internacional para as empresas do bloco econômico.

Essa complementação produtiva tanto entre empresas uruguaias de TIC e de *softwares* e empresas provenientes de outros Estados Partes do Mercosul quanto empresas brasileiras, também prestadoras desse tipo de serviço, ainda é escassa. Um dos principais motivos para isso é a falta de disposição empresarial para cooperação e o fraco incentivo governamental⁴⁸.

Devido à fácil mobilidade e à rapidez com a qual os serviços de TIC e *softwares* podem ser prestados, entende-se que este poderia ser um setor-chave para a promoção do comércio não só entre Brasil e Uruguai, mas também de todo o Mercosul. O desenvolvimento dessa atividade desempenha um papel fundamental na crescente economia baseada no conhecimento (*knowledge-based economy*) e nas suas ramificações cada vez mais presentes nas telecomunicações, comércio eletrônico e fluxo de dados.

Ocorre que, com a fragmentação da produção, em que empresas buscam ganhar vantagem competitiva em um ambiente cada vez mais dinâmico e permeado pelas cadeias globais de valor, os investimentos em TIC e *softwares* se colocam como uma questão estratégica central. Uma cadeia global de valor consiste na ampla gama de atividades que as firmas se engajam para inserir um produto no mercado, desde a concepção até o uso final. Essas atividades englobam o *design*, produção, *marketing*, logística e distribuição para dar suporte até o consumidor final. Essas atividades podem ser realizadas pela mesma firma ou divididas entre várias empresas e, como há uma distribuição das atividades em diferentes partes do globo, estas têm se tornado cada vez mais globais.⁴⁹

Logo, os serviços de TIC e *softwares* encaixam-se na dinamicidade da cadeia global de valor ao passo que

44 Uruguai tem se tornado um centro de *outsourcing*, abrangendo companhias que seguem esse modelo, por exemplo, a *Tata Consultancy Services*, que encontrou no Uruguai um ambiente com boa formação de recursos humanos e possibilidade de um fuso horário oposto ao de sua matriz na Índia, o que beneficia os seus clientes, que podem desfrutar de um serviço 24 horas.

45 As zonas francas no Uruguai são regulamentadas pela Lei nº 15.921, de 17 de dezembro de 1987.

46 URUGUAY XXI. *Zonas Francas no Uruguai*. Disponível em: <<http://www.uruguayxxi.gub.uy/investimentos/wp-content/uploads/sites/5/2014/11/Zonas-Francas-no-Uruguai-Uruguay-XXI.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

47 AGUADA PARK. *Zonas Francas: Benefícios Legales que el Estado Prevee para su Empresa*. Disponível em: <<http://www.aguadapark.com/zonas-francas-uruguay.html>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

48 GONZÁLEZ, Irene; PITTALUGA, Lucía. *El sector de software y servicios informáticos en Uruguay: complementación productiva intra Mercosur en El marco de las estrategias de internacionalización de las empresas uruguayas*. Febrero, 2007. Disponível em: <<http://goo.gl/Q2eg6f>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

49 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Interconnected economies: Benefiting from global value chains*. OECD. 2013. Disponível em: <<https://www.oecd.org/sti/ind/interconnected-economies-GVCs-synthesis.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2016. p. 8.

contribui para o fluxo de informações e envolve “todos os aspectos de computadores (*hardware* e *software*), sistemas de informação, telecomunicação e automação de escritórios.”⁵⁰ Ao se possibilitar um aumento na velocidade de transmissão e na capacidade de dados, reduzem-se os custos e aumenta-se a competitividade. Cada vez mais as empresas se utilizam de tecnologia da informação nas cadeias de suprimento com o intuito de obter vantagem competitiva e automatização dos processos produtivos⁵¹.

Com base na presente pesquisa, pode-se afirmar que tanto o Uruguai quanto o Brasil possuem regimes avançados de incentivo ao desenvolvimento de projetos nessa área. O Brasil já se destaca entre os países mais dinâmicos em economia criativa⁵² e o Uruguai é reconhecido pela alta qualificação da mão de obra de sua população. Essas duas qualidades poderiam ser combinadas de modo a se desenvolver iniciativas de cooperação entre os dois países nesse promissor ramo econômico.

Dentre possíveis empreendimentos conjuntos, aponta-se para a complementariedade dos regimes das Zonas Francas no Uruguai e do Porto Digital de Recife. Ambos os projetos apresentam benefícios para atração e instalação de empresas do setor de TIC e *softwares* que vão desde isenções tributárias a valores mais convidativos de instalação. Nacionalmente, eles já se destacam como polos de pesquisa e desenvolvimento desse setor. Cumpre agora transformar essa relevância nacional em regional a partir de projetos de cooperação que garantam, por exemplo, a implementação de projetos em conjunto, o livre fluxo de informações, uma infraestrutura robusta de acesso à internet, à banda larga, e a isenção de encargos tributários de serviços comercializados entre essas duas áreas. Essa iniciativa seria pioneira tanto

de forma bilateral quanto regional, visto que, até o momento, não existem iniciativas parecidas na área, apesar de sua grande valorização nos dias atuais.

O setor de TIC e *softwares* desses dois países devem superar a visão de que, por serem geograficamente localizados na mesma região serão competidores, mas sim unir forças para superarem entraves parecidos. Aproveitando a proliferação da estrutura de *outsourcing offshore*, seria conveniente para ambos os países acordarem facilidades e preferências para esse tipo de expansão empresarial de empresas provenientes de um território no outro. Assim, aproveita-se a proximidade geográfica e cultural de Brasil e Uruguai para o fomento e aprofundamento dos setores de TIC e *softwares*, afastando a possibilidade de somente um jogo de soma zero para cada país, mas sim prevalecendo um jogo de soma positivo, característico do processo de integração.

Além disso, essa integração poderia providenciar a inserção de Brasil e Uruguai nas cadeias globais de valor, tornando-se uma iniciativa para tentar desconcentrá-las da região asiática, haja vista que essa localidade ainda é preferida em função de seu maior progresso tecnológico e de seus menores custos de produção e comercialização. Assim, com a concretização dessa iniciativa de integração entre as zonas francas do Uruguai e do Porto Digital do Recife, a América do Sul poderia ser vista como real alternativa para as empresas que se utilizam das cadeias globais de valor em relação a serviços de TIC e *software*.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O setor de serviços vem ganhando cada vez mais importância nas economias tanto do Brasil quanto do Uruguai. Todavia, faz-se necessário que esses países promovam políticas de cooperação efetivas em subsectores relevantes. Essa iniciativa poderia, dentre outros benefícios, fomentar uma cadeia produtiva a ser regionalizada, diminuindo as barreiras como um todo e promovendo maior cooperação entre os Estados, bem como entre seus empresários.

O setor de TIC e de *softwares* trata-se de exemplo significativo em que essa falta de coordenação entre os dois países se torna visível. Apesar de o Brasil atuar de forma relevante na produção e comercialização dessa esfera de subserviços, inclusive com certos auxílios go-

50 MAÇADA, Antonio Carlos Gastaud; FELDENS, Luis Felipe; SANTOS, André Moraes dos. Impacto da tecnologia da informação na gestão das cadeias de suprimentos: um estudo de casos múltiplos. *Gest. Prod.*, São Carlos, v. 14, n. 1, p. 1-12, jan./abr. 2007. p. 3.

51 MAÇADA, Antonio Carlos Gastaud; FELDENS, Luis Felipe; SANTOS, André Moraes dos. Impacto da tecnologia da informação na gestão das cadeias de suprimentos: um estudo de casos múltiplos. *Gest. Prod.*, São Carlos, v. 14, n. 1, p. 1-12, jan./abr. 2007. p. 3.

52 “Economia criativa é um termo criado para nomear modelos de negócios ou gestão que se originam em atividades, produtos ou serviços desenvolvidos a partir do conhecimento, criatividade ou capital intelectual de indivíduos com vistas a geração de trabalho e renda” SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *O que é economia criativa*. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/o-que-e-economia-criativa,3fbb5edac79e6410VgnVCM2000003c74010aRCRD>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

vernamentais e o Uruguai ser um grande incentivador desse tipo de subserviços, observa-se que a complementação produtiva entre as empresas de TIC e de *softwares* desses países, bem como entre eles e as empresas de outros países do Mercosul, ainda é escassa. Ocorre que, por envolver diretamente componentes tecnológicos, e fazerem parte, diretamente, da cadeia de produção, esse setor informatizado pode ser uma chave para a alavancagem dessas duas áreas em ambos os países, se esses conversarem entre si e cooperarem, seja para troca de informações, seja para a complementariedade por meio de ações conjuntas, de modo a avançar a integração também nesse subsetor

Tendo em vista a importância da área de serviços, o presente trabalho propõe, portanto, que Brasil e Uruguai promovam a negociação de novos acordos e políticas de cooperação entre os setores de TIC e *softwares* dos dois países para que haja troca de tecnologia e fortalecimento da demanda interna desses Estados e uma expansão produtiva entre os dois países em função de sua proximidade geográfica e cultural. Nesse aspecto, aponta-se para a conveniência de se desenvolver uma iniciativa de cooperação entre os regimes de zonas francas do Uruguai e do Porto Digital (Pernambuco) do Brasil. Caberia, assim, instituir um mecanismo legal de modo a propiciar a elaboração conjunta de *softwares* e prestação de serviços de tecnologia da informação e comunicação.

Por fim, é latente que deve haver maior incentivo por parte dos governos locais para que impulsionem seus setores e empresários a interagirem uns com os outros. Enfatiza-se que o processo de integração econômica deve ser aquele em que todas as partes ganham, não apenas um dos lados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUADA PARK. *Zonas Francas: Benefícios Legales que el Estado Prevee para su Empresa*. Disponível em: <<http://www.aguadapark.com/zonas-francas-uruguay.html>>. Acesso em: 6 jun. 2016.
- ALMEIDA, Paulo Roberto de. Brazilian Trade Policy in Historical Perspective: constant features, erratic behavior. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 11-23, 2013.
- ALVES, Gleisse Ribeiro. O Acordo GATS e sua aplicação aos serviços do comércio eletrônico. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 321-336, 2014.
- ARSLANIAN NETO, Michel. *A liberalização do comércio de serviços do Mercosul*. Brasília: FUNAG, 2010.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO. *Brasil TI-BPO*. Book 2013-2014. Disponível em: <<http://goo.gl/ERNuDN>>. Acesso em: 20 fev. 2015.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO. *2014/2015: Os condutores do mercado de TIC*. Disponível em: <<http://goo.gl/ERNuDN>>. Acesso em: 23 mar. 2015.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Sistema de Pagamentos em Moeda Local – SML*. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?SMLINTRO>>. Acesso em: 28 jan. 2015.
- BRASIL. Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Notas Metodológicas dos dados do SISCOSERV*. MDIC. 2016. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=4&menu=4998>>. Acesso em: 07 jan. 2016.
- BRASIL. Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Negociações Mercosul-União Europeia*. MDIC. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=2635&refr=1893>>. Acesso em: 15 mar. 2015.
- BRASIL. Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Notas Metodológicas dos dados do SISCO-SERV*. MDIC. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=4&menu=4998>>. Acesso em: 22 jun. 2015.
- BRASIL. Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Serviços: Panorama do Comércio Internacional Dados Consolidados de 2012*. MDIC. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/3QJQdX>>. Acesso em: 27 abr. 2015.
- BRASIL. Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Serviços: Panorama do Comércio Internacional Dados de 2014*. MDIC. 2015. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1431972666.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2015.

- BRASIL. Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Serviços: Perfil dos negócios bilaterais 2014*. MDIC. 2015b. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1432054087.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2015.
- BRASIL. Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Perfil dos negócios em serviços: Brasil e os países da copa 2014*. MDIC. 2014. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1407760950.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2015.
- CÁMARA URUGUAYA DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN. *El mercado de software en Uruguay*. Oficina Económica Y Comercial De la Embajada De España en Montevideo. Notas Setoriales. Marzo, 2006. Disponível em: <http://www.cuti.org.uy/documentos/software_uruguay.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2015.
- CELLI JÚNIOR, Umberto. *Comércio de serviços na OMC: liberalização, condições e desafios*. Curitiba: Juruá, 2009.
- CELLI JÚNIOR, Umberto. *La industria TIC en Uruguay*. Ago. 2014. URUGUAY XXI. Disponível em: <<http://goo.gl/65a3MW>>. Acesso em: 10 fev. 2015.
- CELLI JÚNIOR, Umberto. Os acordos de serviços (GATS) e de investimentos (TRIMS) na OMC: espaço para políticas de desenvolvimento. *Centro Brasileiro de Relações Internacionais*, Ano 2, v. 1, p. 126, 2007.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS. *Serviços e indústria: o elo perdido da competitividade*. Brasília: CNI, 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/RBLyst>>. Acesso em: 20 fev. 2015.
- FEIJÓ, Camila de Freitas. O Atual Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul: rumo à consolidação de um tribunal regional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 69-89, jan. /jun. 2012.
- FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO. *Brasil-Uruguai: Os próximos 20 anos*. Palácio Itamaraty, Rio de Janeiro, em 22 de julho de 2011. Brasília: FUNAG, 2011. Disponível em: <<http://goo.gl/aIaFhh>>. Acesso em: 27 abr. 2015.
- GARI, Gabriel. *The liberalization of Trade in Services in Mercosur*. Centre for Commercial Law Studies. Londres: University of London, 2008.
- GONZÁLEZ, Irene; PITTALUGA, Lucía. *El sector de software y servicios informáticos en Uruguay: complementación productiva intra Mercosur en El marco de las estrategias de internacionalización de las empresas uruguayas*. Febrero, 2007. Disponível em: <<http://goo.gl/Q2eg6f>>. Acesso em: 27 abr. 2015.
- HORN, H.; MAVROIDIS, P.; SAPIR, A. *Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreements*. *Bruegel Blueprint Series*, v. 7, 2009.
- INSTITUTO DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. *Clusters ou Sistemas Locais de Produção e Inovação: identificação, caracterização e medidas de apoio*. São Paulo: IEDI, Maio de 2002. Disponível em: <http://www.iedi.org.br/admin/pdf/20030516_clusters.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2016.
- INSTITUTO DE PROMOCIÓN DE INVERSIONES Y EXPORTACIONES DE BIENES Y SERVICIOS. *Servicios globales de exportación: Oportunidades de inversión en Uruguay*. URUGUAY XXI. 2013. Disponível em: <<http://www.smartservices.uy/innovaportal/v/754/7/innova.front/reportes.html>>. Acesso em: 19 fev. 2015.
- LATRILLE, Pierre; LEE, Juneyoung. *Services Rules in Regional Trade Agreements: How diverse and how creative as compared to the GATS multilateral rules*. WTO working paper, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/pX8ag7>>. Acesso em: 01 maio 2015.
- MAÇADA, Antonio Carlos Gastaud; FELDENS, Luis Felipe; SANTOS, André Moraes dos. Impacto da tecnologia da informação na gestão das cadeias de suprimentos: um estudo de casos múltiplos. *Gest. Prod.*, São Carlos, v. 14, n. 1, p. 1-12, jan./abr. 2007.
- MARCHETTI, Juan; ROY, Martin. The TISA Initiative: an overview of market access issues. *Journal of World Trade*, v. 48, n. 4, 2014.
- MARCONINI, Mário. *OMC, acordos regionais e o comércio de serviços: normativa internacional e interesse brasileiro*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.
- MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A organização mundial do comércio*. Brasília: FUNAG, 2013.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Interconnected economies: Benefiting from global value chains*. OECD. 2013. Disponível em: <<https://www.oecd.org/sti/ind/interconnected-economies-GVCs-synthesis.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2016.
- PORTO DIGITAL PARQUE TECNOLÓGICO. *Benefícios*. Disponível em: <<http://www.portodigital.org/diferenciais/beneficios>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

PORTO DIGITAL PARQUE TECNOLÓGICO. *O que é o Porto Digital*. Disponível em: <<http://www.portodigital.org/parque/o-que-e-o-porto-digital>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

ROY, Martin; MARCHETTI, Juan; LIM, Hoe. *Services liberalization in the new generation of preferential trade agreements: how much further than GATS?* WTO working-paper. 2006. Disponível em: <https://www.wto.org/ENGLISH/res_e/reser_e/ersd200607_e.pdf>. Acesso em: 01 maio 2015.

SAYEG, Fernanda Manzano. *O tratamento de questões relacionadas a serviços nos acordos regionais de comércio: uma análise dos modelos adotados por Estados Unidos, União Europeia, China e Índia com vistas ao desenvolvimento de um modelo adequado e desejável para o Mercosul*. 2014. 310f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *O que é economia criativa*. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/o-que-e-economia-criativa,3fbb5edae79e6410VgnVCM2000003c74010aRCRD>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

THORSTENSEN, Vera. *OMC Organização mundial do comércio: regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. 2. ed. São Paulo: Aduanearas, 2001.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL. Tratado de Assunção. TPR. Disponível em: <http://www.tprmercosur.org/pt/docum/Tratado_de_Assuncao_pt.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2015.

URUGUAY XXI. *Zonas Francas no Uruguai*. Disponível em: <<http://www.uruguayxxi.gub.uy/investimentos/wp-content/uploads/sites/5/2014/11/Zonas-Francas-no-Uruguai-Uruguay-XXI.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *2012 Uruguay Trade Policy Review*. WTO. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/tp363_e.htm>. Acesso em: 15 fev. 2015.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *2013 Brazil Trade Policy Review*. WTO. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/tp383_e.htm>. Acesso em: 15 fev. 2015.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *2013 Trade Profile Brazil*. WTO. Disponível em: <<http://stat.wto.org/ServiceProfile/WSDBServicePFView.aspx?Language=E&Country=BR>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Core Labor Standards no regime de preferências tarifárias no MERCOSUL: a necessidade de humanização do comércio internacional

Core Labor Standards under the tariffs preferences on Southern Common Market: the need for humanization of the international trade

Martinho Martins Botelho

Marco Antônio César Villatore

Core Labor Standards no regime de preferências tarifárias no MERCOSUL: a necessidade de humanização do comércio internacional*

Core Labor Standards under the tariffs preferences on Southern Common Market: the need for humanization of the international trade

Martinho Martins Botelho**

Marco Antônio César Villatore***

RESUMO

O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), enquanto bloco de integração socioeconômica sub-regional representa um ambiente de articulação de políticas externas, que ainda não avançou institucionalmente para a instância supranacional, comunitária. Embora tenha ampliado os seus propósitos existenciais para uma “integração social”, a questão relacionada com as Normas Fundamentais Trabalhistas (NFTs, ou CLSs, *core labor standards*) ainda é tratada em uma lógica de soberania dos Estados-Partes. O objetivo deste artigo é demonstrar a necessidade de estruturação entre as Normas Fundamentais Trabalhistas de direitos humanos e o regime de preferências tarifárias do MERCOSUL. Para tanto, inicia-se a investigação da promoção dos NFTs e a questão da cláusula social. Em seguida, realizou-se uma análise das NFTs no sistema multilateral do comércio. Posteriormente, fez-se uma avaliação da relação entre as negociações de tarifas e a humanização do comércio internacional. Por fim, considerou-se, brevemente, o tema do dumping social e o regime de preferências tarifárias no MERCOSUL. Concluiu-se que a adoção dos regimes de preferências tarifárias (tais como o SGP e o SGPC), da Declaração Sociolaboral e Dos Acordos de Complementação Econômica (ACE) do MERCOSUL podem representar relevantes mecanismos para a promoção das NFTs e da possibilidade de humanizar o comércio internacional, incentivando o comércio socialmente justo e do desenvolvimento socioeconômico internacional por meio do respeito humanitário.

Palavras-chave: Regime preferências tarifárias. Direitos humanos trabalhistas. Integração econômica latino-americana. *Dumping* social.

ABSTRACT

Southern Common Market (MERCOSUL), as a social and economic cooperation entity, is a political instrument for joint foreign policy, which is not yet a supranational body. Although it has expanded its existential task

* Recebido em 23/03/2016
Aprovado em 23/06/2016

** Doutor em Integração da América Latina no Programa de Integração da América Latina (Prolam) pela Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Teoria Econômica pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Professor colaborador do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Internacional Uninter. Professor das Faculdades Integradas Santa Cruz em Curitiba, Paraná. Advogado e economista. *E-mail:* martinho.botelho@yahoo.com.br

*** Pós-Doutor em Direito Econômico pela *Università degli studi di Roma II, “Tor Vergata”*. Doutor em Direito do Trabalho e Previdência Social pela *Università degli studi di Roma I, “La Sapienza”*, revalidado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito do Trabalho pela PUCSP. Professor Titular do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Pontifícia Universidade Católica (PUCPR). Professor Adjunto II do Curso de Graduação em Direito da UFSC. Professor do Centro Universitário Internacional UNINTER de Curitiba/PR. Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados de Direito do Trabalho e Socioeconômico (NEATES) da PUCPR. Advogado. *E-mail:* marcovillatore@gmail.com

for a “social integration” between southern countries of Latin America, some issues related to the Core Labour Standards (CLS) are treated as simple background elements by Party-States of Southern Common Market. This article aims to demonstrate the need for structuring the relationship between Core Labour Standards, human rights and tariff preferences of MERCOSUL. At first, it starts doing some investigations about CLS and the social clause. After that, it analyses the presence of the CLS on multilateral trade system. At third, it considered some relations between tariffs negotiations and the international trade humanization. After that, it presents some relevant tasks about the social dumping and the tariffs preferences regimes of MERCOSUL. As conclusion, we considered that the adoption of tariff preference schemes (such as GSP and GSTP), the Social and Labor Declaration and the Economic Complement Agreements (ACE) of MERCOSUL may represent relevant mechanisms for the promotion of CLS and they are also possibilities of humanizing the international trade, encouraging a socially just international trade and social-economic development.

Keywords: Tariffs preferences schemes. Labour human rights. Latin American economic integration. Social dumping.

1. INTRODUÇÃO

Desde a década de 1970, os países desenvolvidos e também a União Europeia, têm oferecido, unilateralmente, diversificados programas políticos governamentais de concessão de preferências tarifárias ou tributárias para as importações de mercadorias oriundas de países em desenvolvimento, constituindo, *inter alia*, o Sistema Geral de Preferências (SGP).¹

O Sistema Geral de Preferências (SGP) foi criado na década de 1970, no regime jurídico da Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento (CNUCED, ou *United Nations Conference on Trade and Development*, UNCTAD), permitindo aos países desen-

volvidos o estabelecimento de benefícios tributários e facilitações de comércio na tributação sobre o comércio exterior (importação e exportação) sobre determinados produtos com origem em países em desenvolvimento, tal como o Brasil.²

O regime jurídico do SGP passa a ser protegido pela certificação de origem, denominada *Form A*, a qual foi aprovada pela UNCTAD, atestando o cumprimento dos requisitos de origem, para a utilização dos benefícios tributário-administrativos.³

Com isso, a prova da nacionalidade do produto, vale dizer, a característica de ser originário de país beneficiário tarifário passa pela adoção do sistema jurídico de origem, ou de regras de origem. Tais regras variam entre cada país outorgante, evitando a concessão do SGP por meio de fraudes, o regime de preferências

Os regimes, ou sistemas jurídicos, de origem são importantes, principalmente porque possibilitam a habilitação das preferências para determinados bens produzidos em países beneficiários, a partir de componentes ou insumos importados.

Alguns países outorgantes do regime de preferências do SGP, tal como os Estados Unidos, adotam como regra básica um percentual mínimo variável de componentes nacionais a serem agregados à produção de determinada categoria, visando o usufruto do tratamento preferencial.⁴

No âmbito dos regimes de preferências tarifárias, além do SGP, em abril de 1988, entrou em vigência o acordo sobre o Sistema Global de Preferências Comerciais (SGPC), vigorando no Brasil a partir de 25 de maio de 1991.⁵

Por meio de tal regime de preferências tarifárias, é possível a concessão mútua de benefícios entre países em desenvolvimento, possibilitando a obtenção de vantagens em preferências percentuais, aplicável sobre a tarifa de importações em vigência no país outorgante para determinados produtos.⁶

1 Esses problemas políticos governamentais, em geral, diferenciam-se de acordo com a o nível de integração perseguido por um bloco econômico: zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum, união econômica, união monetária e união política. Os sistemas de preferências tarifárias correspondem à forma mais simples de integração econômica, e que acaba sendo sucedido pelas outras formas mencionadas.

2 SUBEDI, Surya P. *International economic law*. London: University of London Press, 2005. p. 56.

3 THEMAAT, Pieter VerLoren van. *The changing structure of international economic law*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1981. p. 33.

4 SUBEDI, Surya P. *International economic law*. London: University of London Press, 2005. p. 71.

5 ALMEIDA, Paulo Roberto de. Brazilian trade policy in historical perspective: constant features, erratic behavior. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 1, p. 11-26, 2013.

6 TRIGGS, Gillian. *International law: contemporary principles and practices*. Sydney: Lexis Nexis Butterworths, 2006. p. 101.

No Brasil, para a obtenção do tratamento preferencial do SGPC, são necessários requisitos estabelecidos no seu regime jurídico, tais como:

- a. A mercadoria conste em listas de concessões, anexadas ao Decreto federal nº 194, de 21 de agosto de 1981;
- b. O exportador cumpra as regras do regime jurídico de origem; e
- c. O exportador tenha certificados de origem SGPC, junto à federação estadual de indústria credenciada.

Exemplificativamente, nos Estados Unidos da América, o SGP possibilita uma redução de tributação na importação da ordem de 100% em alguns casos, condicionado ao cumprimento de requisitos, o que beneficia centenas de países e territórios, incluindo-se o Brasil.⁷

No entanto, a aplicação ou oferecimento de medidas de preferência tarifária no âmbito do regime jurídico do SGP também pode estar condicionado, unilateralmente por um Estado, ao cumprimento de proteção aos direitos da propriedade intelectual, tal como aconteceu em 2001, nos Estados Unidos. Na época, quando a vinculação ao SGP estava sendo renovado, com fundamentação em pedido feito na *International Intellectual Property Rights Alliance (IIPA)*, o *United States Trade Representative (USTR)* incluiu o Brasil na *Priority Watch List* do *Special 301 Report*.⁸

Felizmente, após esforços do Sub-comitê do SGP do Comitê de Política Comercial dos Estados Unidos, reconheceram-se os esforços do Brasil no combate à contrafação de direitos autorais e de propriedade industrial, considerando o Brasil para a *Watch List* em 2007, e as consequências comerciais de tal prática.

Existem vários trabalhos sobre o regime jurídico de preferências tarifárias, mas sem um enfoque específico para a adoção de cumprimento de cláusula social de direitos humanos trabalhistas (ou Normas Fundamentais Trabalhistas no MERCOSUL), o que não acontece em estudos da aplicação do SGP na União Europeia.⁹

7 TRIGGS, Gillian. *International law: contemporary principles and practices*. Sydney: Lexis Nexis Butterworths, 2006. p. 111.

8 WOLF, Martin. What the world needs from the multilateral trade system. In: SAMPSON, Gary (ed.) *The role of the World Trade Organization in global governance*. Tokyo: United Nations University Press, 2001. p. 290.

9 Alguns estudos de casos relacionadas na União Europeia foram feitos por MOSLEY, Hugh. The 'Social Dumping' Threat

O objetivo da presente pesquisa é preencher essa lacuna investigatória, a partir da seguinte pergunta-problema central: deveriam as Normas Fundamentais Trabalhistas (NFTs) (ou *Core Labour Standards*, CLS) estar relacionadas com as relações sociais comerciais, tais como as regras de preferências tarifárias no MERCOSUL?

O caminho investigatório da questão-problema construída passa pela análise do sistema multilateral do comércio, das negociações sociolaborais da Declaração Sociolaboral e o *dumping* social no MERCOSUL.

Na década de 1990, paralelamente ao fenômeno da globalização e da institucionalização da Organização Mundial do Comércio (OMC), o debate da cláusula social alcançou o vértice superior da agenda comercial internacional.¹⁰

Resumidamente, a cláusula social consiste no resgate da ideia do respeito e das condições básicas do trabalhador em meio a regimes jurídicos que fortalecem os tratados comerciais internacionais, assegurando uma existência digna ao trabalhador.¹¹

Nesse sentido, no âmbito internacional econômico, logo após serem estabelecidas, as NFTs se tornaram um impasse no regime do comércio internacional em razão de serem consideradas, *a priori*, como um engodo, um protecionismo escondido, do tipo não-tarifário ou de barreira técnica ao livre comércio, sendo tema resistido pelos países desenvolvidos.¹²

Do ponto de vista de abordagem do objeto de estudo, além desta introdução, o trabalho está organizado da seguinte forma: a segunda seção apresenta a questão da cláusula social e as NFTs. Na terceira seção, passa-se a avaliar a inclusão das NFTs, (ou *Core Labor Standards*, CLSs) no sistema multilateral do comércio. Na quarta seção, tratou-se sobre as NFTs e o MERCOSUL. A

of European Integration: A Critique. In: UNGER, Brigitte; WAARDEN, Franz van. *Convergence or Diversity? Internationalization and Economic Policy Response*. Avebury: Aldershot, 1995. p. 182-1995. Vide também: MORO JUNIOR, Antonio Aparecido. O trabalho decente no contexto de elevação dos direitos sociais à condição de direitos fundamentais. *Revista de Direito Internacional*, v. 8, n. 2, p. 71-93, jul./dez.2011.

10 SERVAIS, Jean-Michel. La cláusula social en los tratados de comercio: ¿pretensión ilusoria o instrumento de progreso social? *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 108, n. 3, p. 289-300, 1989.

11 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Is trade governance changing? *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 370-382, 2015.

12 LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 29.

quinta seção, abordou-se o *dumping* social e os acordos de preferências tarifárias (APTs) no MERCOSUL. Por fim, traçam-se as conclusões e apresentam-se as referências.

2. A PROMOÇÃO DAS NORMAS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS NA SOCIEDADE INTERNACIONAL GLOBALIZADA: A QUESTÃO DA CLÁUSULA SOCIAL

A promoção das NFTs como uma classe de direitos humanos é amplamente tratada como sendo uma razão axiológica e teleológica legitimada nas relações internacionais, tendo em vista a sua potencial contribuição para uma política comercial mais justa.¹³

Assim, tal tema vem sendo objeto de amplos debates e contribuições acadêmicas e de implementadores de políticas públicas.¹⁴

Por outro lado, essa constatação não é unânime nas academias e governos, tal como acontece com os economistas teóricos e práticos com influências neoliberais, os quais criticam duramente as ideias da relação entre as regras de comércio internacional e as Normas Fundamentais Trabalhistas.¹⁵

Essa questão sociolaboral, levando-se em consideração as suas discrepâncias em termos de entendimento, acaba gerando uma dúvida sobre os seus reais impactos na política comercial internacional.¹⁶

Por um lado, os países desenvolvidos acabam utilizando a ideia das NFTs como mecanismos protecionistas, desfazendo as vantagens comparativas de países em desenvolvimento no comércio internacional, deturpando a função daquelas.¹⁷

Exemplificativamente, na visão neoliberal, outros instrumentos poderiam ser aplicados para o alcance

dos objetivos da proteção ao trabalho, tal como: ajudas orçamentárias ao desenvolvimento, mecanismos de governança e de responsabilidade social de corporações privadas, códigos privados de conduta para transnacional, a etiquetagem social (*social labelling*), entre outros.¹⁸

Os proponentes da cláusula social também não questionam a contribuição das organizações internacionais na promoção da proteção ao trabalhador.¹⁹

Efetivamente, as primeiras considerações sobre as relações entre o comércio internacional e os direitos humanos trabalhistas acabam sendo feitas no final do século XVIII, quando então se referia à possibilidade de serem obtidas vantagens em relação a outros países, por meio do descanso semanal remunerado dos trabalhadores.²⁰

Nos primeiros anos da Revolução Industrial, alguns países europeus acabaram adotando padrões internacionais trabalhistas com a finalidade de garantir direitos dos trabalhadores, eliminando disputas existentes entre as nações, não obstante a força ideológica da época tenha sido o liberalismo socioeconômico.²¹

No final do século XIX, algumas ações coletivas entre governos foram implementadas com a finalidade de harmonizar o comércio internacional com o trabalho, tais como: a redução da jornada de trabalho, a proteção laboral da mulher e da criança, a normatização das condições de trabalho, entre outros.²²

Tais medidas foram conduzidas por bases éticas do cristianismo e do socialismo trabalhistas, e também na ideia de que, na falta de padrões internacionais trabalhistas, a competição comercial internacional conduzisse a sociedade internacional para um cenário de diminuição de conquistas históricas trabalhistas.²³

13 SINN, Hans-Werner. Social Dumping in the Transformation Process? *NBER Working Paper*, n. 8364, p. 11, 2003.

14 SINN, Hans-Werner. Social Dumping in the Transformation Process? *NBER Working Paper*, n. 8364, p. 12, 2003.

15 LEE, Eddy. Globalization and labour standards: a review of issues. *International Labour Review*, v. 136, n. 2, p. 176, 1997.

16 FRENCH, John D. A busca de padrões de direitos trabalhistas no comércio internacional. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 10, n. 27, p. 253, 1996.

17 KAUFMANN, Christine. *Globalisation and labour rights: the conflict between core labour rights and international economic law*. Oxford: Portland, Hart Publishing, 2007. p. 17.

18 FIGUEIREDO, Celso Henrique Cadete de. A promoção de accountability na Organização Mundial do Comércio: uma análise vertical e horizontal. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 279-309, 2014.

19 TREBILCOCK, Michael J. Trade policy and labour standards: objectives, instruments, and institutions. *University of Toronto Law and Economics Research Paper*, n. 2, p. 18, 2001.

20 SERVAIS, Jean-Michel. La cláusula social en los tratados de comercio: ¿pretensión ilusoria o instrumento de progreso social? *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 108, n. 3, 1989. p. 289.

21 SERVAIS, Jean-Michel. La cláusula social en los tratados de comercio: ¿pretensión ilusoria o instrumento de progreso social? *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 108, n. 3, 1989. p. 290.

22 POCHET, Philippe. Dumping social: un concept operationnel? *Nota Bene*, v. 56, p. 1-4, 1990. p. 1.

23 POCHET, Philippe. Dumping social: un concept operationnel?

Concomitantemente, pensava-se em conduzir alterações na legislação trabalhista internacional sem perda de vantagens comparativas assimiladas por alguns países.²⁴

Tais motivações influenciaram a Constituição do México de 1917, a Constituição da República de Weimar de 1919 e o Tratado de Versalhes de 1919 (Tratado da Paz, celebrado no final da Primeira Guerra Mundial), este último que criou a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

A Constituição da OIT, parte XIII do Tratado de Versalhes, estabelecia, no seu preâmbulo, que as partes contratantes eram movidas por sentimentos de justiça e de humanidade e pelo desejo de garantir uma paz mundial duradoura, razão pela qual as nações deveriam adotar regime de trabalho baseado no humanismo, sob pena de frustrar esforços de países na busca de melhoria de condições para os trabalhadores.²⁵

Posteriormente, em 1937, de acordo com as lições de Steve Charnovitz, a OIT também recomendou aos governos que, na construção de políticas comerciais, também fossem levadas em consideração as condições sociais, inclusive as trabalhistas.²⁶

Nota Bene, v. 56, p. 1-4, 1990. p. 2.

24 TREBILCOCK, Michael J. Trade policy and labour standards: objectives, instruments, and institutions. *University of Toronto Law and Economics Research Paper*, n. 2, p. 01-28, 2001. p. 5.

25 *In verbis*: Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social; Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio “para igual trabalho, mesmo salário”, à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas; Considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios. As altas partes contratantes, movidas por sentimentos de justiça e humanidade e pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoura, visando os fins enunciados neste preâmbulo, aprovam a presente Constituição da Organização Internacional do Trabalho [...]”.

26 CHARNOVITZ, Steve. La influencia de las normas internacionales del trabajo en el sistema del comercio mundial: resumen histórico. *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra, v. 107, n. 1, p. 69-93, 1988. p. 72.

No entanto, para o sistema mundial do comércio da primeira metade do século XX, a relação entre o comércio internacional e as normas trabalhistas passou a ter importância somente a partir da Carta de Havana de 1948, que criou a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Emprego.²⁷

A Carta de 1948 previa a criação da Organização Internacional do Comércio (OIC), antecessora da atual OMC, passando a formar uma das bases da ordem econômica mundial instituída em Breton Woods, com a finalidade de liberalizar o comércio internacional por meio de tratados multilaterais, conforme disposições do art. 7º.²⁸

Com isso, as condições injustas de trabalho, praticadas em setores voltados à exportação, acabaram criando obstáculos ao comércio internacional, o que fundamentava a sua eliminação.²⁹

A Carta de Havana e a criação da OIC nunca chegaram a ter eficácia, o que denotou a aprovação do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1947 (GATT 1947), tratando da redução mútua de tributação no comércio exterior, o chamado “desgravame tarifário”.

O GATT 1947 não tratava sobre o trabalho, focando apenas no comércio de bens.³⁰

A partir do final da década de 1940, a sociedade in-

27 CHARNOVITZ, Steve. La influencia de las normas internacionales del trabajo en el sistema del comercio mundial: resumen histórico. *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra, v. 107, n. 1, p. 69-93, 1988. p. 73.

28 Eis a previsão dos “fair labour standards” da Carta de Havana, art. 7º: “1. The Members recognize that measures relating to employment must take fully into account the rights of workers under inter-governmental declarations, conventions and agreements. They recognize that all countries have a common interest in the achievement and maintenance of fair labour standards related to productivity, and thus in the improvement of wages and working conditions as productivity may permit. The Members recognize that unfair labour conditions, particularly in production for export, create difficulties in international trade, and, accordingly, each Member shall take whatever action may be appropriate and feasible to eliminate such conditions within its territory. 2. Members which are also members of the International Labour Organisation shall co-operate with that organization in giving effect to this undertaking. 3. In all matters relating to labour standards that may be referred to the Organization in accordance with the provisions of Articles 94 or 95, it shall consult and co-operate with the International Labour Organisation.”

29 HALL, Peter A.; SOSKICE, David. *Varieties of Capitalism*. The Institutional Foundations of Comparative Advantage. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 11.

30 SENA JÚNIOR, Roberto di. *Comércio internacional & globalização: a cláusula social na OMC*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 23.

ternacional passa a se preocupar com a regulação do comércio internacional e de direito trabalhista, o que foi fortalecido com a Rodada de Tóquio de negociações da liberação do comércio internacional em 1979.³¹

Em 1983, foi dado o primeiro impulso para a implementação da cláusula social no GATT, com esforços frustrados por falta de acordo sobre a caracterização das práticas trabalhistas que seriam prejudiciais ao livre comércio.³²

Na Rodada do Uruguai, em 1986, ocorreram pressões diplomáticas para a inclusão da adoção de padrões trabalhistas, o que foi feito somente em 1994, na Conferência Ministerial de Marraqueche, com a pretensão da menção da cláusula social no âmbito da OMC.³³

Além disso, a questão da inclusão da cláusula social foi asseverada por organizações sindicais internacionais, e que acabaram publicando

[...] um documento alertando sobre a necessidade de introduzir-se cláusula social nos acordos de livre comércio a fim de garantir maior proteção aos trabalhadores dos países em desenvolvimento e de harmonizar internacionalmente a legislação social, eliminando-se o chamado *dumping* social. Mais uma vez, as intenções foram frustradas, principalmente por oposição de vários países em desenvolvimento, temerosos de que a existência de normas trabalhistas multilaterais restringisse suas vantagens comparativas no comércio mundial, oriundas dos baixos custos de mão-de-obra.³⁴

No ano de 1999, o tema do *dumping* social voltou à tona nas agendas políticas do comércio internacional, sendo que sindicatos de trabalhadores alertavam que a política de comércio internacional seria responsável pelo aumento do desemprego e da desproteção e erosão de direitos trabalhistas.

Isso porque os regimes de preferências tarifárias e a redução de barreiras ao livre comércio teriam acentuado a realocação de parques industriais para países com custo de mão de obra mais barato, intensificando a prática de *dumping* social.³⁵

O tema do *dumping* social como reflexo das políticas de liberação comercial e de incentivos à produção econômica em países em desenvolvimento por meio de regimes de preferências tarifárias estão intimamente conectados. Razão pela qual se opta em abordá-los adiante.

3. A INCLUSÃO DAS NFTs NO SISTEMA MULTILATERAL DO COMÉRCIO DA OMC

Dentre os temas abordados nas recentes negociações comerciais multilaterais na OMC na agenda do século XXI, pode-se citar o aprofundamento dos temas tradicionais e na abordagem dos novos temas.³⁶

vem sendo realizadas na doutrina brasileira. Cita-se, por exemplo: FRAHM, Carina; VILLATORE, Marco Antônio César. *Dumping Social e o Direito do Trabalho*. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman (Org.). *Globalização e o comércio internacional no direito da integração*. São Paulo: Lex, 2005. p. 285-323.

MASSI, Juliana Machado; VILLATORE, Marco Antônio César. O *dumping* social e a total possibilidade de tutela das minorias na atividade empresarial. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UNICURITIBA, 22., 2013, Curitiba. *Anais...* Florianópolis: FUNJAB, 2013. v. 1. p. 80-105; MASSI, Juliana Machado; VILLATORE, Marco Antônio César. Nova análise sobre a crise econômica mundial: a prática do *dumping* social como alternativa de sobrevivência comercial e a necessidade de enlace do Direito do Trabalho no comércio internacional. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFU, 21., 2012, Uberlândia. *Anais...* Florianópolis: FUNJAB, 2012. v. 1. p. 6269-6289; VILLATORE, Marco Antônio César; FRAHM, Carina. *Dumping Social e o Direito do Trabalho*. In: VIDOTTI, Tarcísio José; GIORDANI, Francisco Alberto da Mota Peixoto. (Org.). *Direito Coletivo do Trabalho em uma Sociedade Pós-Industrial*. São Paulo: LIT, 2003. p. 149-181; VILLATORE, Marco Antônio César; GOMES, Eduardo Biacchi. Aspectos sociais e econômicos da livre circulação de trabalhadores e o *dumping* social. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL DO TRABALHO, 2007, Porto Alegre. *Anais...* Curitiba: Juruá, 2007. p. 151-164; VILLATORE, Marco Antônio César; FRAHM, Carina. Desafios e propostas da Proteção Internacional do Trabalhador: o *dumping* social e como regulá-lo sem impedir o acesso ao mercado. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DE DIREITO DA AMÉRICA DO SUL, 12., 2006, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis, 2006.

36 OLIVEIRA, Ivan Thiago Machado. Os acordos preferenciais de comércio global no século XXI. In: OLIVEIRA, Ivan Thiago Machado; SANCHEZ-BADIN, Michelle Rattón (Ed.). *Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI*. Brasília: Ipea, 2013. p. 12. Vide também: SANCHEZ-BADIN, Michelle Raton; TASQUETTO, Lucas da Silva. Os acordos de comércio para além das preferências: uma análise da regulamentação sobre os “novos temas”. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 1, p. 105-126, 2013. Vide também: SILVA, Aline Rocha da. O redimensionamento da OMC no trato dos Acordos Comerciais Regionais. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 396-402, 2014.

31 SENA JÚNIOR, Roberto di. *Comércio internacional & globalização: a cláusula social na OMC*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 24.

32 FRENCH, John D. A busca de padrões de direitos trabalhistas no comércio internacional. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 10, n. 27, p. 251-268, 1996. p. 251.

33 SENA JÚNIOR, Roberto di. *Comércio internacional & globalização: a cláusula social na OMC*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 106.

34 SILVA, Eveline de Andrade Oliveira e. *A cláusula social no direito internacional contemporâneo*. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 45.

35 Sobre o *dumping* social e Direito do Trabalho, amplas discussões

Na visão de Vera Thorstensen *et alii*, os temas clássicos (ou tradicionais) da agenda multilateral suscitam os diálogos sobre acesso a mercados, regras de origem, defesa comercial (*antidumping*, subsídios e medidas compensatórias, salvaguardas), barreiras técnicas, sanitárias e fitossanitárias, serviços, propriedade intelectual, investimentos e compras governamentais).³⁷

No entanto, com a evolução dos diálogos comerciais, surgem os mega-acordos de comércio a partir das parcerias entre os Estados Unidos, a União Europeia (UE) e vários países do Pacífico, com a finalidade de avançar na regulação comercial internacional.³⁸ A partir disso, os Acordos Preferenciais Comerciais (APCs) passam a conviver com os mega-acordos entre os EUA, EU e Japão, incrementando novos temas.³⁹

Com isso, de acordo com Vera Thorstensen e Lucas Ferraz, são agregados novos temas além dos tradicionais (OMC *plus*), tais como: concorrência, meio ambiente, padrões trabalhistas, entre outros.⁴⁰ Essas novas provocações às negociações comerciais podem interferir no acesso aos mercados, estando relacionados a outros temas diversos: mudança climática, eficiência energética, direitos dos animais, direitos humanos, emissão de carbono, regulação da economia digital etc.⁴¹

De acordo com Michelle Raton Sanchez-Badin, os novos temas da negociação comercial internacional, acabam abordando também os padrões trabalhistas, os quais afetam diretamente as regulações nacionais e, por vezes, impactam nas políticas de desenvolvimento eco-

nômico.⁴²

Com isso, tais temas apresentam negociações bastante sensíveis em fóruns multilaterais, principalmente para os países em desenvolvimento que desejam manter elevados graus de liberdade regulatória, e também por serem temas da chamada OMC *extra*, e não da OMC tradicional e da OMC *plus*.⁴³

Os assuntos trabalhistas fizeram parte da agenda da OMC, desde a década de 1990, sendo um dos temas da Conferência Ministerial de Singapura em 1996, ao lado do meio ambiente, serviços, acordo sobre têxteis e vestuários, entre outros. No entanto, por questões de foco institucional, o tema trabalhista foi repassado à Organização Internacional do Trabalho (OIT) na Declaração Ministerial de Singapura, por meio de cooperação técnica.⁴⁴

A finalidade era ater-se ao compromisso não-vinculante de respeito aos NFTs, as quais já estava, em geral, incluídos nos Acordos de Preferências Tarifárias, sob a forma de cláusulas sociais, ao lado de outras questões, tais como: a proteção das minorias, combate à pobreza e desenvolvimento.

De acordo com Vera Thorstensen et al⁴⁵,

Podem ser identificados, ao menos, três tipos de compromissos assumidos em APCs: (i) compromissos de cooperação entre as partes; (ii) compromissos que elencam uma relação de direitos básicos que devem ser resguardados pelo sistema legislativo nacional de cada uma das partes (como, por ex., a eliminação do trabalho forçado e a abolição do trabalho infantil; e (iii) compromissos que obrigam as partes a manterem

37 THORSTENSEN, Vera et al. *Acordos preferenciais de comércio: da multiplicação de novas regras aos mega-acordos comerciais*, 2013. p. 1-32. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16371/Regras-APCs%20e%20Megas-23.05.14.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 maio 2016.

38 SANCHEZ, Michelle Raton. *Claims for a new social and legal structure in the World Trade Organization and the Brazilian experience*. Workshop of young scholars from the global south (WYSGS), 2005. p. 1-22. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1483378>. Acesso em: 12 maio 2016.

39 DAIBERT, Letícia de Souza; PERES, Ana Luisa Soares. Governança global e a Organização Mundial do Comércio: desafios impostos pelo novo mandato de desenvolvimento. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 217-238, 2014.

40 THORSTENSEN, Vera; FERRAZ, Lucas. O isolamento do Brasil em relação aos acordos e mega-acordos comerciais. *Boletim de Economia e Política Internacional*, n. 16, p. 5-17, 2014.

41 SANCHEZ-BADIN, Michelle Raton; TASQUETTO, Lucas da Silva. Os acordos de comércio para além das preferências: uma análise da regulamentação sobre os “novos temas”. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 1, p. 105-126, 2013.

42 BADIN, Michelle Raton Sanchez. *A regulação de “novos temas” de comércio celebrados por U.E., USA, China e Índia*. São Paulo: Ipea, 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1773.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016.

43 THORSTENSEN, Vera et al. *Acordos preferenciais de comércio: da multiplicação de novas regras aos mega-acordos comerciais*. 2013. p. 1-32. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16371/Regras-APCs%20e%20Megas-23.05.14.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 maio 2016. p. 24.

44 CARVALHO, Marina Amaral Egydio de. *Medidas de defesa comercial e regras de origem: panorama de regulação de acordos regionais de comércio celebrados por União Europeia, Estados Unidos, China e Índia*. São Paulo: Ipea, 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1811.pdf>. Acesso em: 05 maio 2016.

45 THORSTENSEN, Vera. *A multiplicação dos acordos preferenciais de comércio e o isolamento do Brasil*. Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial (IEDI). 2013. Disponível em: <<http://retaguarda.iedi.org.br/midias/artigos/51d18e9168afa9d0.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2016.

o mínimo de proteção em sua legislação nacional sem mecanismos que possam flexibilizar a aplicação dessas garantias.

Deve-se destacar que, a cooperação integracionista prevista em tratados entre os Estados Unidos e a União Europeia é aplicada em diversos temas trabalhistas, além das NFTs tratadas na OIT, tais como questões de gênero e isonomia salarial.⁴⁶

As NFTs, ou *core labour standards*, da OIT representam um conjunto de princípios jurídicos aplicados nos instituições da sociedade internacional para a construção de padrões implícitos do comércio justo, que respeite a dignidade do trabalhador, sendo relevante questão debatida no meio científico e político (WTO, 2007).

A questão sobre o reconhecimento dos NFTs no âmbito da OMC se encontra fundamentada nos princípios convencionais da OIT, em tratados de direitos humanos e na Declaração Universal de Direitos Humanos, entre outros.⁴⁷

Já nas origens históricas do sistema multilateral do comércio, na criação da Organização Internacional do Comércio (OIC) – precursora da OMC -, no seu tratado constitutivo, previa-se o estabelecimento de normas laborais justas, exigindo-se dos membros da entidade, *inter alia*, a consideração dos direitos dos trabalhadores no âmbito das declarações inter-governamentais, além de convenções e acordos. O sentido geral era o reconhecimento de que todos os países tinham o interesse de obter e manter padrões laborais justos relacionados com a produtividade e, portanto, com a melhoria dos salários e das condições de trabalho.⁴⁸

46 Os compromissos com as NFTs no Brasil representam obrigações internacionais, tendo em vista ser o Brasil signatário de grande parte das convenções fundamentais da OIT. Na literatura do Direito Internacional do Trabalho, fala-se nas oito convenções fundamentais da OIT: a Convenção sobre o trabalho forçado de 1930 (Convenção nº 29); a Convenção sobre liberdade sindical e proteção do direito sindical de 1948 (Convenção nº 87); a Convenção sobre o direito de organização e de negociação coletiva de 1949 (Convenção nº 98); a Convenção relativa à igualdade de remuneração de 1951 (Convenção nº 100); a Convenção sobre a abolição do trabalho forçado de 1957 (Convenção nº 105); a Convenção sobre a discriminação (emprego e profissão) de 1958 (Convenção nº 111); a Convenção sobre a idade mínima de admissão ao emprego de 1973 (Convenção nº 138); a Convenção sobre as piores formas de trabalho das crianças de 1989 (Convenção nº 182).

47 FALCÃO, David. Derechos humanos en la realidade actual: la globalización y el multiculturalismo. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 402-411.

48 JACKSON, John Howard. The role of international law in trade. *Georgetown Journal of International Trade*, v. 36, n. 3, p. 663-665, 2005. p. 664.

As NFTs são reconhecidas como sendo de particular importância, sendo universalmente aplicáveis, independentemente da ratificação das convenções da OIT, do nível de desenvolvimento de um país ou de valores culturais.⁴⁹

Tais normas são compostas por padrões qualitativos e quantitativos, os quais determinam um nível específico de condições de trabalho, salários, normas de saúde e segurança.⁵⁰ Fala-se inclusive que as NFTs não são voltadas a minorar a vantagem comparativa de determinados países.⁵¹

De acordo com Greenfield, as NFTs representam⁵²:

- a. Liberdade de associação de trabalhadores em relação a sindicatos independentes do governo e à influência do empregador;
- b. Direito de negociação coletiva, a partir do qual os trabalhadores podem negociar com os empregadores coletivamente, em oposição à negociação individual de todas as formas de trabalho forçado;
- c. Proibição de todas as formas de trabalho forçado, incluindo a proibição de trabalho escravo e na prisão, prevenindo trabalho sob pressão em quaisquer formas;
- d. Eliminação das piores formas de trabalho infantil, estabelecimento a idade mínima para trabalho e determinados requisitos de condições de trabalho para as crianças;
- e. Não-discriminação no emprego, principalmente a partir da isonomia salarial para trabalhos iguais.

Atualmente, a OMC não tem competência para regular as relações sociais na seara do direito internacional do trabalho, sendo que apenas o art. XX – e, do GATT faz menção à regras trabalhistas, ao tratar sobre mercadorias fabricadas em prisões.⁵³

Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas está entre as organizações internacionais que veem criticando o sistema multilateral do comércio do século XXI, pleiteando uma mudança para o direito da OMC voltado também para os direitos humanos (ILO, 2006).

49 WILKINSON, R. Labour and trade related regulation: beyond the trade-labour standards debate? *British Journal of Politics and international relations*, v. 1, n. 2, p. 165-191, 1999.

50 AARONSON, S.; ZIMMERMAN, J. Fair trade? How Oxfam presented a systematic approach to poverty, development, human rights and trade. *Human Rights Quarterly*, v. 28, n. 4, 2006.

51 AARONSON, S.; ZIMMERMAN, J. Fair trade? How Oxfam presented a systematic approach to poverty, development, human rights and trade. *Human Rights Quarterly*, v. 28, n. 4, 2006.

52 GREENFIELD, G. Core labor standards in the WTO: reducing labor to a global community. *Working USA*, v. 5, n. 1, 2001.

53 WILKINSON, R. Labour and trade related regulation: beyond the trade-labour standards debate? *British Journal of Politics and international relations*, v. 1, n. 2, p. 165-191, 1999.

O reconhecimento e a inclusão de NFTs no âmbito da OMC representam alguns obstáculos. Primeiramente, a inclusão das NFTs não representa apenas uma questão econômica ou jurídica, mas também de política internacional e de ética.

A constituição altamente democrática da OMC, do ponto de vista político, também pode dificultar tal processo, porque as decisões em tal entidade são feitas por meio de consenso, com poder de veto dos Estados-membros, o que pode dificultar o avanço do progresso do sistema multilateral e os direitos trabalhistas.⁵⁴

Outra questão diz respeito à interseção entre o comércio e os direitos humanos, o que sobreleva outros questionamentos, tais como: a soberania e a autonomia da vontade para se vincular a tratados internacionais.

Em suma, os possíveis mecanismos para a incorporação dos *Core Labour Standards* na OMC são⁵⁵:

- a. Utilização das disposições do GATT;
- b. Incorporação da cláusula social;
- c. Reforço dos mecanismos de sanção internacional;
- d. Fortalecimento das relações interorganizacionais entre OMC e OIT;
- e. Incremento da participação da sociedade civil organizada, e
- f. Reconhecimento do preâmbulo da OMC.

Além da recepção dos *Core Labour Standards* no âmbito internacional, indaga-se também sobre a incorporação dos mesmos nos acordos econômicos regionais. A seguir, será analisado esse processo de incorporação no âmbito do MERCOSUL.

4. As NFTs e o MERCOSUL: ENTRE A NEGOCIAÇÃO DAS TARIFAS E A HUMANIZAÇÃO DO COMÉRCIO INTRARREGIONAL

A implementação das NFTs no MERCOSUL passa a tomar como referência a contemplação da dimensão sociolaboral do final da década de 1990, com a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL de 1998. Isso porque,

54 HOWSE, R.; MUTUA, M. *Protecting human rights in a global economy: challenges for the World Trade Organization*. 2000. Disponível em: <<http://www.ichrdd.ca/english/commdoc/publications/globalization/wtoRightsGlob.html>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

55 GREENFIELD, G. Core labor standards in the WTO: reducing labor to a global community. *Working USA*, v. 5, n. 1, 2001.

o Tratado de Assunção de 1991, que instituiu o bloco não tratou do desenvolvimento de políticas sociais voltadas para temas trabalhistas.

Com isso, pouco mais de um mês após a assinatura do Tratado instituidor do MERCOSUL, em Montevideo, no dia 09 de maio do mesmo ano, por pressões de organismos sindicais e com a intervenção de alguns países, ou aceitação destes, foi elaborada uma Declaração dos Ministros do Trabalho do MERCOSUL, com a criação de um Subgrupo de Trabalho, de nº. 11, sobre assuntos trabalhistas, modificado para assuntos de trabalho, de emprego e de seguridade social.⁵⁶

Através da Resolução MERCOSUL/GMC/RES. Nº. 11/1991, portanto, foi criado o Subgrupo de Trabalho nº. 11, referente a Assuntos Trabalhistas, modificado por meio da Resolução MERCOSUL/GMC/RES. nº. 11/1992, com nova denominação para Subgrupo de Trabalho nº. 11, sobre Relações Trabalhistas, Emprego e Seguridade Social.

Importante ressaltar que o Subgrupo nº. 11, similarmente, como ocorre no sistema encontrado na Organização Internacional do Trabalho (OIT), funcionava de modo tripartido, com votos de representação dos governos e de representação de organizações sindicais de trabalhadores (normalmente através de centrais sindicais) e de empregadores, inclusive em cada uma das reuniões das comissões supracitadas.

Esse Subgrupo originário possuía oito comissões, a saber: 1) relações individuais de trabalho; 2) relações coletivas de trabalho; 3) emprego; 4) formação profissional; 5) saúde e seguridade no trabalho; 6) seguridade social; 7) setores específicos; 8) princípios.

A Comissão nº. 8, do ex-Subgrupo nº. 11, sobre princípios, recomendou aos Estados Parte a adoção de um elenco mínimo comum de Convenções internacionais da OIT, de 34, sendo que, como lembrava Oscar Ermida Uriarte⁵⁷, a

“finalidad es la de crear un piso mínimo de protección de los derechos de los trabajadores de la región, válido en toda la dimensión geográfica de esta. Es obvio que no se apunta a crear un Derecho supranacional, sino a establecer, a través de la coincidencia de los convenios internacionales

56 VILLATORE, Marco Antônio César. Direito do trabalho no MERCOSUL e nas constituições dos Estados partes. *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, v. 5, p. 49 - 66, 2004.

57 ERMIDA URIARTE, Oscar. *MERCOSUR y Derecho Laboral*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996. p. 17.

ratificados por cada país, un Derecho internacional del trabajo común o uniforme por coincidencia”. (Grifo do autor)

O mesmo autor, em outra obra⁵⁸, alerta-nos que, das supracitadas 34 Convenções Internacionais, somente 12 foram ratificadas pelos quatro países do MERCOSUL, quais sejam: a de n.º 11, sobre sindicalização na agricultura; a 14, sobre descanso semanal; a 26, sobre salário mínimo; a 29, sobre trabalho forçado; a 81, sobre inspeção do trabalho; a 95, sobre proteção do salário; a 98, sobre liberdade sindical e negociação coletiva; a 100, sobre igualdade de remuneração; a 105, sobre abolição do trabalho forçado; a 111, sobre igualdade e não discriminação; a 115, sobre proteção contra radiações e a 159, sobre readaptação profissional.

A Resolução do Grupo Mercado Comum n.º 20/95, que criou o Subgrupo de Trabalho n.º 10, teve a primeira sessão em outubro de 1995 e simplesmente resgatou o Subgrupo anterior, de n.º 11.

No entanto, com a Declaração de Montevideu de 1991, os Ministros do Trabalho do MERCOSUL revelaram a sua preocupação com as questões sociais, especialmente nos seguintes pontos: a) necessidade de atender a aspectos laborais do MERCOSUL, para que, com isso, pudesse ser acompanhado de melhorias nas condições de trabalho; b) proposta de criação de um subgrupo de trabalho voltado para temas trabalhistas; e c) avaliar a possibilidade de se adotar uma Carta Social do MERCOSUL.⁵⁹

Com isso, passou à criação de um Subgrupo de Trabalho, denominado SGT 11, o qual, posteriormente, pela Resolução n.º 20, de 1995, do Grupo do Mercado Comum (GMC) tratou sobre temas trabalhistas, de seguridade social e emprego.

A partir disso, e seguindo as tradições de NFTs da OIT, o caminho feito no âmbito do MERCOSUL voltou-se para a criação de uma Carta de Direitos Fundamentais trabalhistas, com a Comissão Temática n.º 08, denominada Comissão de Princípios, a qual elaborou um rol das Convenções da OIT, com a finalidade de orientar medidas governamentais e de ratificação pelos

Estados-Parte.⁶⁰

Mesmo que, posteriormente, em 1992, os trabalhadores dos Estados-partes do MERCOSUL tenham proposto uma Carta de Direitos Fundamentais dos Trabalhadores, que também seguia patamares das normas fundamentais da OIT, foi somente em 1996 que foi criada a Carta de Direitos Fundamentais trabalhistas de aplicação sub-regional.

O resultado das tratativas foi a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL de 1998, a qual se posicionou pelo cumprimento dos direitos fundamentais previstos nas convenções da OIT, contemplando direitos individuais, coletivos, de política empregatícia, fiscalizatória e de seguridade social.

Com isso, a preocupação integracionista do MERCOSUL não se deu apenas no âmbito do desgravação tarifária, mas na humanização das políticas sociais na sub-região.

No condizente aos direitos individuais, a Declaração previu a eliminação da discriminação do trabalhador, tal como já previsto nas normas fundamentais convencionais, Convenções OIT n.º 100 e n.º 111.

Contemporaneamente, na OMC, as Conferências Ministeriais de Singapura, 1996; de Genebra, 1998; e de Seattle, 1999, passaram a tratar de temas voltados para a “humanização do comércio internacional”: solidariedade aos países em desenvolvimento, meio ambiente, trabalho, facilitação comercial, medicamentos e saúde.

Além disso, nos direitos individuais, ainda se previu a proteção aos trabalhadores migrantes, as garantias fundamentais aos trabalhadores fronteiriços, a proibição do trabalho infantil e de menores, a eliminação do trabalho forçado e a garantia dos direitos dos empregadores. Essas diretrizes seguiram os ditames das Convenções OIT n.º 97, n.º 29, e n.º 105, respectivamente. No condizente ao trabalho infantil e de menores, a Declaração foi mais rígida e ampla.

Na esfera dos direitos coletivos, no MERCOSUL, passou-se a prever a organização e liberdade sindical, a participação dos trabalhadores nas empresas, a negociação coletiva, o direito de greve, e o diálogo social; respeitando as normas fundamentais trabalhistas das

58 ERMIDA URIARTE, Oscar. *La dimensión social del Mercosur*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2004. p. 29.

59 CRUZ, Claudia Ferreira. Os direitos fundamentais dos trabalhadores e flexibilização na Declaração Sociolaboral do MERCOSUL: um estudo comparado. *Revista da ABET*, v. 1, n. 1, p. 20-40, 2001. p. 21.

60 CRUZ, Claudia Ferreira. Os direitos fundamentais dos trabalhadores e flexibilização na Declaração Sociolaboral do MERCOSUL: um estudo comparado. *Revista da ABET*, v. 1, n. 1, p. 20-40, 2001. p. 22.

Convenções OIT n° 98, n° 87, e n° 154. O posicionamento da Declaração foi de garantir o diálogo social nacional e sub-regional, com a finalidade de garantir o crescimento econômico sustentável e da justiça social, com a melhoria das condições de vida dos povos ligados ao MERCOSUL.

No âmbito das políticas de emprego, a Declaração passou a comprometer os Estados-partes no sentido de executar as medidas referentes ao fomento de empregos, para a melhoria de vida, aumento dos padrões de bem-estar social e redução das desigualdades sociais e regionais.

Ademais, previu o direito dos trabalhadores à orientação, formação e capacitação profissional, com a finalidade de inserir os trabalhadores no mercado de trabalho.

Sobre a fiscalização do trabalho, a Declaração tentou humanizar o mercado de trabalho no MERCOSUL, a partir das garantias de saúde, segurança e higiene do trabalho, além da inspeção do meio laboral.

No condizente à saúde, segurança e higiene trabalhista, a Declaração elaborou a matriz legal para as medidas de segurança e de meio ambiente industrial, com a finalidade de fortalecer a saúde física e mental dos trabalhadores.

Para a inspeção trabalhista, a Declaração do MERCOSUL tratou sobre a proteção dos trabalhadores às condições de segurança e saúde do trabalho, com a possibilidade de acompanhamento do cumprimento das regras nos Estados-partes.

Sobre a seguridade social, o MERCOSUL, por meio da Declaração, garantiu o direito à seguridade social em condições de amparo mínimo social, diante da contingência e dos riscos sociais, enfermidades, velhice, invalidez e morte.⁶¹

Com isso, percebe-se que, no plano do MERCOSUL, há uma tentativa, desde a década de 1990, de instituir um padrão trabalhista mínimo a ser seguido por todos os Estados-partes do bloco, com a finalidade de serem respeitados os patamares mínimos trabalhistas ligados a não-discriminação no trabalho e emprego, eliminação do trabalho infantil, eliminação do trabalho escravo e forçado, o direito à livre sindicalização e à negociação coletiva sindical.

61 CRUZ, Cláudia Ferreira. Os direitos fundamentais dos trabalhadores e flexibilização na Declaração Sociolaboral do MERCOSUL: um estudo comparado. *Revista da ABET*, v. 1, n. 1, p. 20-40, 2001. p. 29.

De acordo com Roberto di Sena Júnior, as NFTs consistem em vários aspectos da relação capital-trabalho, tais como: jornada de trabalho, proteção à saúde do trabalhador, segurança no ambiente trabalhista, remuneração etc.⁶²

Assim, avaliando-se a relação de tais temas na OIT, podem-se dividir as NFTs em quatro categorias:

- a. Liberdade de associação e negociação coletiva (Convenções OIT n. 87 e 98);
- b. Eliminação do trabalho forçado e escravo (Convenções OIT n. 29 e 105);
- c. Eliminação da discriminação em relação ao emprego e à ocupação (Convenções n. 100 e 111), e
- d. Abolição do trabalho infantil (Convenções OIT n. 138 e 182).

Com essas observações, as quatro categorias de NFTs foram previstas na Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, representando um núcleo normativo e principiológico duro para os padrões trabalhistas no bloco.

Contemporaneamente, em 1998, a OIT aprovou a Declaração sobre os princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho, a qual reconheceu como direitos humanos fundamentais as garantias trabalhistas relacionadas com a liberdade de associação, o direito à negociação coletiva, eliminação do trabalho escravo ou forçado, a efetiva abolição do trabalho infantil. Com isso, deu-se força à humanização do comércio internacional, o que corroborou ainda mais a sistema da Declaração do MERCOSUL.

Uma das preocupações dos países desenvolvidos é ausência de implementação dos padrões trabalhistas mínimos no comércio internacional, tendo em vista que sofrem com a concorrência desleal de produtos feitos em países que desrespeitam as NFTs, incluindo-se a ideia de *dumping social* e os Acordos de Preferências Tarifárias (APT's). É o que se verá a seguir.

5. O DUMPING SOCIAL E O REGIME DE PREFERÊNCIAS TARIFÁRIAS NO MERCOSUL: DESENVOLVIMENTO E APLICAÇÃO PARA UMA INTEGRAÇÃO MAIS JUSTA

Um dos temas relacionados com o Sistema Geral de Preferências (SGP) em âmbito internacional e no

62 SENA JÚNIOR, Roberto di. *Comércio internacional e globalização: a cláusula social na OMC*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 34.

MERCOSUL é a proposta da cláusula social em relações comerciais em integração regional, a qual já vem sendo questionado desde a década de 1970, mas ainda sem uma eficácia institucional no direito internacional econômico.⁶³

Até mesmo a União Europeia, na década de 1990, pensou, por meio da sua Comissão do SGP, em uma proposta para o estabelecimento de referências às Normas Fundamentais Trabalhistas.⁶⁴

Nesse sentido, uma das preocupações teóricas mais significativas sobre a cláusula social e a relação com o SGP, em integração econômica regional, inclusive no MERCOSUL é o *dumping* social.

O *dumping* social consiste na prática relacionada com a exportação de mercadorias de determinado país, usufruindo-se da arquitetura normativa trabalhista amena ou mal aplicada, o que causaria a diminuição de custos do exportador, artificialmente mais baixos do que os concorrentes produtores em países com padrões legais trabalhistas mais elevados.⁶⁵

Com isso, o *dumping* social representa uma vantagem injusta no comércio internacional, e uma agressão aos direitos fundamentais trabalhistas em detrimento da desoneração de custos produtivos.

Tal definição, não obstante as suas virtudes, sofre de duas inconsistências. Primeiramente, segue o entendimento mais aceito de que salários mais baixos e níveis inferiores de emprego são equivalentes à concorrência injusta do *dumping* social. A partir de tal concepção, em segundo lugar, estariam incluídas as exportações dos países em vias de desenvolvimento.

Outra abordagem teórica parece estar voltada, implicitamente, aos padrões dos países desenvolvidos (com altos níveis salariais), sendo que a adoção do *dumping* social seria uma prerrogativa, uma arbitrariedade nor-

mativa de alguns ordenamentos jurídicos.⁶⁶

Paralelamente, existem outros conceitos voltados a tendências globais na proteção social e gastos sociais.

Jens Alber e Guy Standing entendem que o *dumping* social representa situação na qual as normas legais trabalhistas de determinado país são reduzidas em relação ao que seria em função de situações da pressão externa de todo ou parte do sistema econômico global.⁶⁷

Posteriormente, os mesmos autores especificaram que a diminuição da carga legal nos custos trabalhistas pode acontecer em função de práticas políticas adotadas por um Estado. Com isso, assumir-se-ia a forma de erosão dos atuais níveis de proteção social, ou o desenvolvimento da regulação social que se refere a situações em que as normas jurídicas trabalhistas que não fazem avançar um ritmo proporcional ao crescimento econômica, devido às pressões da concorrência externa.⁶⁸

Essa última definição apresenta o *dumping* social como um conjunto de políticas e práticas específicas, ainda que não se identifiquem atores socioeconômicos que o pratiquem.

Esclarece-se também as consequências negativas de *dumping*, quais sejam, as reduções de padrões sociais no país, buscando-se a melhoria de posição competitiva das empresas.⁶⁹

Concomitantemente, no entanto, a ideia de desenvolvimento reprimido de políticas do *dumping* trabalhista é problemática, porque é difícil a realização de manutenção de um determinado nível das normas sociais como uma estratégia de *dumping* consciente.

Finalmente, a definição implementada pelos autores parece estar relacionada com um nível de desenvolvimento, o que acaba não refletindo a questão do bem-estar e da extensão do emprego de acordo com grupos salariais⁷⁰

63 ALSTON, Philip. Linking trade and human rights. In: DELBRÜCK, Jost et al. (Ed.). *German Yearbook of International Law*. Berlin: Dunker & Humblot, 1980. p. 1841.

64 MASSI, Juliana Machado; VILLATORE, Marco Antônio César. Nova análise sobre a crise econômica mundial: a prática do *dumping* social como alternativa de sobrevivência comercial e a necessidade de enlace do Direito do Trabalho no comércio internacional. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFU, 21., 2012, Uberlândia. *Anais...* Florianópolis: FUNJAB, 2012. v. 1. p. 6269-6289.

65 ALBER, Jens; STANDING, Guy. Social Dumping, Catch-up or Convergence? Europe in a Comparative Global Context. *Journal of European Social Policy*, v. 10, n. 2, p. 99-119, 2000. p. 100.

66 SINN, Gerlind; SINN, Hans-Werner. *Jumpstart: the Economic Unification of Germany*. Cambridge, MA: MIT Press, 1993. p. 12.

67 ALBER, Jens; STANDING, Guy. Social Dumping, Catch-up or Convergence? Europe in a Comparative Global Context. *Journal of European Social Policy*, v. 10, n. 2, p. 99-119, 2000. p. 100.

68 CAPUCIO, Camilla. A OMC e o regionalismo do século XXI: estratégia de imposição de modelos normativos? *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 336-348, 2014.

69 BERNACIAK, Magdalena. *Social dumping: political catchphrase or threat to labour standards*. Brussels: Etui, 2012. p. 76.

70 MOSLEY, Hugh. The 'Social Dumping' Threat of European Integration: a critique. In: UNGER, Brigitte; WAARDEN, Franz van. *Convergence or Diversity? Internationalization and Economic*

Tal como o conceito anterior de Alber e Standing, Sinn define o *dumping* social como uma prática de políticas estatais voltadas para a manutenção do subdesenvolvimento, no sentido de se criar uma vantagem de custo competitivo para as suas indústrias, ou seja, de manutenção de um Estado de Bem-Estar menos abrangente.⁷¹

A visão de Estado de Bem-Estar Social, em tese, é mais ampla do que o mencionado anteriormente, assim como as práticas de *dumping*. Portanto, tal concepção pode implicar na negligência de legislação social, na inobservância das normas de saúde e segurança ou na manutenção do *status quo* social, em um país pobre como uma medida política consciente, tal como deveria acontecer no MERCOSUL.

Ademais, conforme assevera Hans-Werner Sinn, o *dumping* social também pode ser visto como elemento de política governamental, indústria e empresas, sendo os mesmos beneficiários passivos daquelas políticas.⁷²

Ao contrário do que se pode pensar, o foco em países menos desenvolvidos não pode ser considerado como absoluto, porque também existem políticas de *dumping* em países desenvolvidos, e também em blocos econômicos como a União Europeia.

Philippe Pochet enumera quatro elementos formadores do *dumping* social:⁷³

- a. A realocação da produção;
- b. A fragmentação do ambiente nacional de regulação como resultado da mobilidade do fator trabalho;
- c. As reformas estatais voltadas para o aumento da flexibilidade do mercado de trabalho;
- d. As pressões políticas de empresas transnacionais para uma melhor flexibilização das condições de emprego.

Na visão de Hugh Mosley, também se sustenta que o *dumping* social envolve:⁷⁴

- a. O deslocamento de produtores de países de altos salários por seus competidores para países com baixos salários e de baixo padrão;
- b. As realocações de empresas;
- c. Os baixos salários dos Estados e das políticas anti-sindicais.

Os dois posicionamentos teóricos apontam para várias estratégias que podem representar o *dumping* social e identificar agentes responsáveis pelo menos, mas não podem ser considerados como elementos abrangentes para todas as situações.

Além disso, as definições falham na determinação do processo de criação do comportamento de *dumping*.

Uma relevante contribuição para a visão teórica do objeto em estudo é a debatida por Vaughan-Whitehead que tentou estabelecer comparações entre o *dumping* comercial e o *dumping* social.⁷⁵ O objetivo comum seria a projeção de determinado ganho de maior parcela de mercado em razão de preços baixos, beneficiando atores econômicos.

O autor define o *dumping* social como:

Qualquer prática perseguida por determinada empresa que deliberadamente viola ou contorna a legislação no domínio social, tirando proveitos das diferentes práticas e/ou legislação no domínio social, com a finalidade de obter uma vantagem econômica, nomeadamente em termos de competitiva, sendo que o Estado também teria um papel determinante nesse processo.⁷⁶

Essa definição pode ser complementada por um conjunto de elementos adicionais que auxiliam na determinação do grau de intenção de um agente econômico em violar ou evitar normas sociais.

Policy Response. Avebury: Aldershot, 1995. p. 186; ESPING-ANDERSEN, Gøsta. *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge: Polity Press and Princeton; Princeton University Press, 1990. p. 72; HUBER, Evelyne; STEPHENS, John D. *Development and Crisis of the Welfare State: Parties and Policies in Global Markets*. Chicago: University of Chicago Press, 2001. p. 61.

71 ALBER, Jens; STANDING, Guy. Social dumping, catch-up or convergence? Europe in a comparative global context. *Journal of European Social Policy*, v. 10, n. 2, p. 99-119, 2000. p. 107; SINN, Gerlinde; SINN, Hans-Werner. *Jumpstart: the Economic Unification of Germany*. Cambridge, MA: MIT Press, 1993. p. 103.

72 SINN, Hans-Werner. Social dumping in the transformation process? *NBER Working Paper*, n. 8364, 2003. p. 4.

73 POCHEP, Philippe. Dumping social: un concept operationnel? *Nota Bene*, v. 56, p. 1-4, 1990. p. 1.

74 MOSLEY, Hugh. The 'social dumping' threat of european integration: a critique. In: UNGER, Brigitte; WAARDEN, Franz van. *Convergence or diversity?* Internationalization and economic policy response. Avebury: Aldershot, 1995. p. 182.

75 VAUGHAN-WHITEHEAD, Daniel. *EU Enlargement versus Social Europe?* The Uncertain Future of the European Social Model. Cheltenham: Edward Elgar, 2003. p. 24.

76 VAUGHAN-WHITEHEAD, Daniel. *EU Enlargement versus Social Europe?* The Uncertain Future of the European Social Model. Cheltenham: Edward Elgar, 2003. p. 325. No original: "any practice pursued by an enterprise that deliberately violates or circumvents legislation in the social field or takes advantage of differentials in practice and/or legislation in the social field in order to gain an economic advantage, notably in terms of competitiveness, the state also playing a determinant role in this process".

Resumidamente, os estudos científicos voltados para a tarefa da conceituação de *dumping* social revelam uma série de problemas.

Já foi a época das visões jurídicas confundirem baixos níveis de salários e níveis inferiores de emprego com o *dumping* social e a concorrência economia desleal no plano internacional. No entanto, mesmo com a evolução das definições, ainda continuam sendo incompletas e de difícil identificação prática.⁷⁷

Primeiramente, para a determinação do *dumping* social, ainda são utilizadas as comparações com padrões sociais de países com altos salários, tentando atribuir-lhes o padrão universal.

Tal padrão pode ser relevante na identificação da mobilidade de mão de obra (e também de serviços em geral), vale dizer, em situações nas quais os trabalhadores migrantes ou prestadores de serviços estrangeiros se locomovem para ambientes regulatórios jurídicos com salários elevados.⁷⁸

No entanto, tal critério fica mais difícil de ser aceito em casos da determinação do comércio internacional e dos fluxos de capital.

Em segundo lugar, os autores, em geral, procuram fazer referências de causalidade difíceis de serem constatadas empiricamente. É o caso da alegada relação de causalidade entre a prática de *dumping* social e a estagnação das normas jurídicas de determinado país ou no MERCOSUL.⁷⁹

Em terceiro lugar, está o caso dos estudos científicos que se concentram na análise do *dumping* social em relação a determinado grupo de atores (Estados e empresas, por exemplo), mas sem especificar completamente os agentes envolvidos na prática de *dumping*.⁸⁰

77 KAUFMANN, Christine. *Globalisation and labour rights: the conflict between core labour rights and international economic law*. Oxford: Portland, Hart Publishing, 2007. p. 31.

78 LEE, Eddy. Globalization and labour standards: a review of issues. *International Labour Review*, v. 136, n. 2, p. 173-189, 1997. p. 175.

79 MASSI, Juliana Machado; VILLATORE, Marco Antônio César. O *dumping* social e a total possibilidade de tutela das minorias na atividade empresarial. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UNICURITIBA, 22., 2013, Curitiba. *Anais...* Florianópolis: FUNJAB, 2013. v. 1. p. 80-105.

80 MASSI, Juliana Machado; VILLATORE, Marco Antônio César. Nova análise sobre a crise econômica mundial: a prática do *dumping* social como alternativa de sobrevivência comercial e a necessidade de enlace do Direito do Trabalho no comércio internacional. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/

Uma quarta justificativa reside nas consequências dos fluxos internacionais de capitais, para os quais são, muitas vezes, ignoradas as influências do *dumping* relacionado com a migração de trabalho e de prestação de serviços interfronteiriços, tal como acontece no MERCOSUL no caso da circulação da mão de obra boliviana e paraguaia para o Brasil.⁸¹

O combate à prática do *dumping* social pode ser reforçado na sua verificação antes da concessão de regimes de preferências tarifárias, tal como acaba sendo feito na constatação de desrespeito aos direitos trabalhistas, trabalho escravo e forçado.

A natureza de proteção a padrões trabalhistas e a criação de eficiência nos direitos humanos trabalhistas podem se tornar mais eficazes com a conexão com os regimes de preferências tarifárias, como acontece no MERCOSUL e em outros blocos econômicos.

Do ponto de vista de integração econômica regional, o Mercado Comum do Sul, atualmente, é descrito como uma união aduaneira, constituído entre Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai, Uruguai, Venezuela; e, como tal, os Estados-partes adotam, regra geral, o mesmo regime de tributação sobre a importação de bens originados de países extrablocos (não-membros), denominada de Tarifa Externa Comum (TEC), assim como as preferências tarifárias nas transações intrablocos, entre Estados-partes.⁸²

As preferências tarifárias são resultados de opções político-econômicas exaradas por acordos internacionais, com a finalidade de redução da tributação sobre comércio exterior entre países. Em geral, são arranjos estabelecidos entre determinados grupos de países ou bilateralmente, para todas as mercadorias ou parte delas, gradativamente ou para determinado patamar fixo de tributação.

Na visão de Christine Kaufmann, os regimes de preferências tarifárias, tal como o SGP, representam fer-

UFU, 21., 2012, Uberlândia. *Anais...* Florianópolis: FUNJAB, 2012. v. 1. p. 6269-6289.

81 VILLATORE, Marco Antônio César; FRAHM, Carina. Desafios e propostas da proteção internacional do trabalhador: o *dumping* social e como regulá-lo sem impedir o acesso ao mercado. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DE DIREITO DA AMÉRICA DO SUL, 12., 2006, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis, 2006.

82 Para uma melhor visualização do processo de preferências tarifárias no MERCOSUL, vide CASELLA, Paulo Borba. *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL*: após o término do período de transição. São Paulo: LTr, 1996.

ramentas relevantes para a promoção de padrões trabalhistas fundamentais, ou as NFTs aqui mencionadas, principalmente em razão dos benefícios adicionais concedidos até 2001.⁸³

Os recentes regimes de preferências tarifárias preveem também a retirada de quaisquer benefícios tributários, inclusive quando identificado alguma forma de trabalho escravo ou forçado.⁸⁴

No ano de 2002, um novo regime jurídico do SGP foi implementado, referindo-se às Normas Fundamentais Trabalhistas previstas na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, da OIT, mas sem a necessidade de se comprovar a ratificação das convenções internacionais.

O país candidato aos benefícios deve fazer prova tão-somente da existência de leis e regulamentos que substancialmente incorporem o conteúdo das oito convenções fundamentais, bem como o das medidas adotadas para sua implementação. De posse desses dados, a comissão responsável levará em conta informações obtidas com organizações competentes, a exemplo da OIT e, após consultar o Comitê do SGP, decidirá se concede ou não os incentivos especiais. Assim sendo, pode-se dizer que, ao referir-se explicitamente às convenções da OIT, o novo SGP reforçou o caráter universal dos direitos fundamentais dos trabalhadores, além de incrementar seu poder de coerção ao estender o cancelamento dos benefícios aos casos constatados de violações graves e sistemáticas a direitos como liberdade de associação, negociação coletiva e proibição do trabalho infantil, bem como ao princípio da não-discriminação, mantida a possibilidade de cancelamento para os casos de trabalho forçado, inclusive quando realizado em prisões.⁸⁵

Exemplificativamente, desde 1992, a União Europeia estabelece que os acordos concluídos com terceiros países devem incorporar regras que definem os direitos humanos como um elemento básico, de acordo com as oito convenções fundamentais da OIT, tal como se vem tentando implementar no MERCOSUL.

No processo de negociação do regime jurídico de direito econômico do MERCOSUL, os temas comerciais

representavam as grandes controvérsias, sendo que os mais relevantes foram: a definição de regras de origem, a eliminação de barreiras não-tarifárias, o regime de defesa da concorrência e as medidas de salvaguarda.⁸⁶

O regime de origem representa um meio de relacionar as preferências tarifárias ou tributárias, o que foi feito de forma linear e automática, para o comércio intra-MERCOSUL, passando a ser implementado após a assinatura do Tratado de Assunção, no âmbito do Sub-grupo de Trabalho nº 01, o qual incluía regime próprio de preferência.⁸⁷

Em um primeiro momento, as divergências tarifárias foram concentradas em três grupos: o de bens de capital, e produtos de informática e telecomunicações; as Listas de Exceção Nacional e as Listas de Regime de Adequação, constituídos por produtos para os quais se decidiu pela concessão de um período maior de adequação às novas condições de concorrência na região.⁸⁸

Após mais de 20 anos de integração regional no MERCOSUL, o grupo de bens de capital e de telecomunicações permaneceu sem uma TEC, com divergências em torno do processo de integração e do desvio do comércio com a importação de produtos brasileiros dos setores mencionados.

O MERCOSUL foi instituído pelo Tratado de Assunção, tendo como objetivo final a feição de um mercado comum entre os Estados-partes Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai; não obstante, atualmente, a Venezuela já figure como um membro do bloco econômico.⁸⁹

86 VAZ, Alcides Costa. *Cooperação, integração e processo negociador: a construção do MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Ibri, 2002. p. 123.

87 SENA JÚNIOR, Roberto di. *Comércio internacional & globalização: a cláusula social na OMC*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 57.

88 SENA JÚNIOR, Roberto di. *Comércio internacional & globalização: a cláusula social na OMC*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 59.

89 Em 29 de junho de 2012, na cidade de Mendoza, Argentina; o MERCOSUL decidiu pela aplicação da suspensão do Paraguai como Estado-parte do MERCOSUL nos termos do art. 5º do Protocolo de Ushuaia sobre compromisso democrático; chancelado pelos presidentes da Argentina, do Brasil e do Uruguai. O Protocolo de Ushuaia prevê a existência de instituições democráticas como condição essencial para o desenvolvimento do processo de integração, envolvendo, assim, um Compromisso Democrático como elemento essencial à continuidade do processo de integração regional. A suspensão estabeleceu uma limitação da participação do Paraguai nos órgãos MERCOSUListas, assim como a perda de direito de voto e de veto. Ademais, em 24 de junho de 2012, exarouse a Declaração dos Estados-partes do MERCOSUL e Estados Associados sobre a ruptura da ordem democrática no Paraguai. Está prevista para cessar a suspensão com o reestabelecimento da ordem democrática no Paraguai, nos termos do art. 7º do Protocolo de

83 KAUFMANN, Christine. *Globalisation and labour rights: the conflict between core labour rights and international economic law*. Oxford: Portland, Hart Publishing, 2007. p. 197.

84 TREBILCOCK, Michael J. Trade policy and labour standards: objectives, instruments, and institutions. *University of Toronto Law and Economics Research Paper*, n. 02-01, p. 01-28, 2001.

85 SILVA, Eveline de Andrade Oliveira e. *A cláusula social no direito internacional contemporâneo*. Brasília: UniCeub, 2013. p. 68.

Ademais, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela; são Estados associados; sendo que o bloco econômico viveu uma fase de transição de 1991 até 1994, continuando a passagem pela consolidação da união aduaneira que ainda continua imperfeita, tendo em vista a limitação da Tarifa Externa Comum (TEC).⁹⁰

Efetivamente, o MERCOSUL tem como uma das suas características principais a intergovernabilidade. Portanto, compreende entidade de Direito Internacional, fundando-se o princípio do *pacta sunt servanda*, que pode ser considerado como um dos valores fundamentais do Direito Internacional clássico e também do contemporâneo.⁹¹

Em tais circunstâncias, os Estados nacionais têm a capacidade de se obrigarem por meio de tratados internacionais que devem ser cumpridos pelas partes vinculadas, tal como forçado pela Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados e pelo art. 8º, incisos “a” e “b” do Tratado de Assunção de 1991, este último que instituiu o bloco.⁹²

Ushuaia; mas sem afetar a continuidade dos projetos do Fundo de Convergência Estrutural do MERCOSUL (Focem) para o Paraguai. 90 Em 29 de junho de 2012, os presidentes da Argentina, Brasil e Uruguai decidiram incorporar a Venezuela ao MERCOSUL, nos termos do Protocolo de Adesão da República Bolivariana da Venezuela, assinado na cidade de Caracas, em 04 de julho de 2006; estabelecendo, claramente, o respeito aos princípios da gradualidade, flexibilidade e equilíbrio, reconhecimento de assimetrias e do tratamento diferenciado. Por meio dessa decisão aceita pelo MERCOSUL, curiosamente após a suspensão do Paraguai como Estado-parte, convocou-se uma reunião especial com a finalidade da admissão oficial da República Bolivariana do MERCOSUL para o dia 31 de julho de 2012, na cidade do Rio de Janeiro, Brasil. Desde então, no MERCOSUL, fala-se em processo de crescimento e inclusão social a ser protagonizado na região, aprofundando a estabilidade econômica e social em um ambiente de plena vigência no continente sul-americano.

91 ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *MERCOSUL e União Europeia: estrutura jurídico-institucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 83.

92 *In verbis*: “Artigo 8: Os Estados Partes se comprometem a preservar os compromissos assumidos até a data de celebração do presente Tratado, inclusive os Acordos firmados no âmbito da Associação Latino-Americana de Integração, e a coordenar suas posições nas negociações comerciais externas que empreendam durante o período de transição. Para tanto:

a. Evitarão afetar os interesses dos Estados Partes nas negociações comerciais que realizem entre si até 31 de dezembro de 1994;

b. Evitarão afetar os interesses dos demais Estados Partes ou os objetivos do Mercado Comum nos acordos que celebrarem com outros países membros da Associação Latino-Americana de Integração durante o período e transição;

c. Realizarão consultas entre si sempre que negociarem esquemas amplos de desgravação tarifária, tendentes à formação

Além disso, elementar é o princípio da reciprocidade de direitos e das obrigações entre os Estados-partes estabelecidos no art. 2º do Tratado de Assunção.⁹³

Sabe-se que, no caso do MERCOSUL, o processo de integração regional é um instrumento para promover o desenvolvimento integral dos Estados-partes e da região da América do Sul, enfrentando a pobreza e a exclusão social, que se baseia na complementação, na solidariedade e na cooperação entre os seus povos e Estados.⁹⁴

O Tratado de Assunção interliga os destinos da integração MERCOSULista com os meios que permitirão alcançar os seus objetivos.⁹⁵

De tal sorte que, o terceiro parágrafo do mencionado tratado estabelece que os Estados-Partes afirmam que a integração “mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis, a preservação do meio ambiente, melhoramento das interconexões físicas, a coordenação de políticas macroeconômicas, da complementação dos diferentes setores da economia, com base nos princípios da gradualidade, flexibilidade e equilíbrio”.⁹⁶

Nesse sentido, é possível imaginar que a distribuição equânime da riqueza é considerada orientação a ser seguida pelos signatários no desempenho dos objetivos integracionistas, de acordo com a primeira parte do separado parágrafo.

Categoricamente, foram anunciados os três princípios fundamentais para reger o MERCOSUL: a gradualidade, a flexibilidade e o equilíbrio. Além desses, o art. 2º do TA/1991 trata de um quarto princípio: o da re-

de zonas de livre comércio com os demais países membros da Associação Latino-Americana de Integração;

d. Estenderão automaticamente aos demais Estados Partes qualquer vantagem, favor, franquia, imunidade ou privilégio que concedam a um produto originário de ou destinado a terceiros países não membros da Associação Latino-Americana de Integração.”

93 *In verbis*: “Artigo 2º - O Mercado Comum estará fundado na reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados Partes.”

94 ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *MERCOSUL e União Europeia: estrutura jurídico-institucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 33.

95 CASELLA, Paulo Borba. *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL*: após o término do período de transição. São Paulo: LTr, 1996. p. 59.

96 “Entendendo que esse objetivo deve ser alcançado mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis, a preservação do meio ambiente, o melhoramento das interconexões físicas, a coordenação de políticas macroeconômicas e a complementação dos diferentes setores da economia, com base nos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio;”

ciprocidade, prevendo que “o Mercado Comum estará fundado na reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados-Partes”.

Os primeiros princípios jurídicos estabelecidos poderiam fazer o intérprete entender que o mercado comum seria estabelecido por meio de evolução de etapas contínuas, em crescente escala e até mesmo de maneira flexível.⁹⁷

No caso do MERCOSUL, um dos requisitos para a utilização das preferências tarifárias é a configuração de mercadoria originada de um dos Estados-partes, a depender do atendimento dos critérios estabelecidos no Regime de Origem do bloco. Aliás, tal raciocínio também se aplica para as preferências na União Europeia.⁹⁸

Esse regime de origem fora definido no Acordo de Complementação Econômica nº 18 (ACE nº 18), no 44º Protocolo Adicional, assinado pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai no âmbito da Associação Latino-americana de Integração (Aladi), instituído pelo Tratado de Montevidéu em 1980, o qual foi incorporado como norma do MERCOSUL por meio da Decisão CMC (Conselho Mercado Comum) nº 01, de 2004.

Assim, para que determinada mercadoria seja considerada originária de um Estado-parte do MERCOSUL, de acordo com as Regras de Origem do bloco, não é necessário que seja produzida integralmente em um dos Estados-partes, com insumos obrigatórios da sub-região. O regime de origem estabelece critérios para que determinada mercadoria seja produzida com materiais não-originários dos Estados-Partes.

Em outras palavras, é possível ser originários “produtos em cuja elaboração forem utilizados materiais não-originários dos Estados-partes, quando resultantes de um processo de transformação que lhes confira uma nova individualidade, caracterizada pelo fato de estarem classificadas em uma posição tarifária diferenciada dos mencionados materiais, conforme estabelecido pelo art. 3º, alínea c, do Anexo I (Regime de Origem) do ACE nº 18. Tal critério é denominado salto tarifário.

Além do “salto tarifário”, outro critério previsto no regime de origem do MERCOSUL é que o produ-

to possua um valor agregado mínimo no Estado-parte, o que é denominado de Índice de Conteúdo Regional, sendo um critério subsidiário ao anterior.

Fora previsto no art. 3º, alínea d do ACE nº 18, o qual prevê que, em casos nos quais o requisito estabelecido na alínea “c” (“salto tarifário”) não possa ser cumprido porque o processo de transformação operado não implica mudanças de posição tarifária, seria suficiente que o valor CIF (*cost, insurance and freight*), porto de destino; ou CIF porto marítimo dos insumos de terceiros países não exceda 50% (cinquenta por cento) do valor FOB (*free on board*) das mercadorias relacionadas.⁹⁹

Destarte, o Regime de Origem do MERCOSUL previu, como padrão, o Índice de Conteúdo Regional mínimo de 60% do valor FOB da mercadoria.

No Paraguai, o Índice de Conteúdo Regional mínimo é de 40%, conforme art. 1º da Decisão CMC/MERCOSUL nº 29, de 2003; alterado pela Decisão CMC/MERCOSUL nº 16, de 2007; art. 3º.

Algumas mercadorias, em razão das cadeias globais de produção, passam por transformação em mais de um Estado-parte do MERCOSUL, ou são compostos por partes e peças originárias de outros Estados-partes.

Em tais situações, o regime de origem determina que, para o cálculo do Índice de Conteúdo Regional, deve-se levar em consideração todos os insumos originários agregados à mercadoria nos Estados-partes. Tal instrumento fora denominado de “Acumulação total de origem Intra-MERCOSUL”, estando previsto no art. 7º do Regime de Origem do MERCOSUL, 44º Protocolo Adicional ao ACE nº 18.¹⁰⁰

Aliás, é imperioso mencionar que algumas mercadorias estão sujeitas a requisitos específicos de origem, tal como estabelecidos no Anexo I do 44º Protocolo Adicional ao ACE nº 18.

99 *In verbis*: “d) Até 31 de dezembro de 1994, os produtos que resultem de operações de ensamblagem e montagem realizadas no território de um país signatário utilizando materiais originários de outro ou outros países signatários e de terceiros países, quando o valor CIF porto de destino ou CIF porto marítimo dos materiais originários de terceiros países não exceder de 50% o valor FOB de exportação dos referidos produtos;”

100 *In verbis*: “ARTIGO SÉTIMO.- Para fins do cumprimento dos requisitos de origem, os materiais e outros insumos, originários do território de qualquer dos países signatários, incorporados por um país signatário na elaboração de determinado produto, serão considerados originários do território deste último.”

97 ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *MERCOSUL e União Europeia: estrutura jurídico-institucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 34.

98 VAUGHAN-WHITEHEAD, Daniel. *EU Enlargement versus Social Europe? The Uncertain Future of the European Social Model*. Cheltenham: Edward Elgar, 2003. p. 22.

Também existem outras previsões de regimes de origem em acordos bilaterais, como aquele estabelecido entre Argentina e Brasil, para o comércio de veículos, *ex vi* do 38º Protocolo Adicional ao ACE nº 14, cujo âmbito material de aplicação é a política automotiva entre Argentina e Brasil.

Outro exemplo que pode ser dado são os acordos bilaterais, chamados acordos +1, feitos entre o MERCOSUL e terceiros países, como o ACE nº 55, firmado com o México, com previsão de regras específicas para o comércio de produtos do setor automotivo, e o ACE nº 35 celebrado com o Chile.

No ano de 2009, o Brasil ratificou o Acordo de Comércio Preferencial entre o MERCOSUL e a Índia, decreto federal nº 6.864, de 29 de maio de 2009; com a finalidade de auferir vantagens das preferências tarifárias previstas no tratado, conforme regime de origem lá estabelecido.

Ademais, deve-se ressaltar que ainda existem vários critérios de qualificação de bens como originários de determinada região, tal como acontece no Brasil por meio de certificação de entidades autorizadas pela Secretaria de Comércio Exterior do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (Secex/Mdic), arroladas na Circular Secex/Mdic nº 29, de 2009.

De fato, a evolução gradual da integração do MERCOSUL passa também pela questão social e a promoção de padrões trabalhistas fundamentais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS: A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO NAS NFTs NA INTEGRAÇÃO REGIONAL MERCOSULISTA

A defesa da adoção de Normas Fundamentais Trabalhistas, inclusive em processos de regionalismo em blocos econômicos como o MERCOSUL, vem apontando que o sistema multilateral do comércio e a base ética liberal precisam ser corrigidos para uma necessária concepção humanista.

O Direito Internacional Econômico da integração regional deveria, com isso, ser estruturado na adoção das NFTs em função de cinco razões fundamentais:

- O respeito aos direitos humanos trabalhistas;
- O incremento de produtividade e maior desen-

volvimento socioeconômico, com externalidades positivas para a melhor regulamentação do trabalho;

- A diminuição do impacto que normas trabalhistas com qualidade inferior poderiam ter para o bem-estar da população;
- O favorecimento da distribuição internacional da renda;
- O fortalecimento da concorrência com a adoção de uma *rule of law* que impediria o indesejável *dumping* social.

As NFTs refletem os direitos humanos, sendo um patamar de imperativo categórico na sociedade internacional, incluindo princípios éticos nas relações empregatícias internacionais, com benefícios gerais.

Os regimes de preferências tarifárias, como o SGP e o SGPC, refletem regimes políticos e jurídicos de ativismo a favor do acesso preferencial às importações originadas de países em desenvolvimento, quando respeitadas algumas exigências de ordem social, tais como a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL.

No MERCOSUL, a recepção do padrão SGPC para o comércio intrabloco e a utilização do sistema SGP na exportação extrabloco consistiu em programa de encorajamento na adoção de padrões trabalhistas fundamentais pelos países em desenvolvimento, principalmente, porque se exige a obediência de determinadas convenções da OIT e a Declaração Sociolaboral.

A adoção dos regimes de preferências tarifárias do SGP e do SGPC e a adoção da Declaração Sociolaboral representam relevantes mecanismos para a promoção das NFTs e da possibilidade de humanizar o comércio internacional, incentivando o comércio socialmente justo e do desenvolvimento socioeconômico internacional por meio do respeito humanitário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARONSON, S.; ZIMMERMAN, J. Fair trade? How Oxfam presented a systematic approach to poverty, development, human rights and trade. *Human Rights Quarterly*, v. 28, n. 4, 2006.

ALBER, Jens; STANDING, Guy. Social Dumping, Catch-up or Convergence? Europe in a Comparative

- Global Context. *Journal of European Social Policy*, v. 10, n. 2, p. 99-119, 2000.
- ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *MERCOSUL e União Europeia: estrutura jurídico-institucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.
- ALMEIDA, Paulo Roberto de. Brazilian trade policy in historical perspective: constant features, erratic behavior. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 1, p. 11-26, 2013.
- ALSTON, Philip. Linking trade and human rights. In: DELBRÜCK, Jost et al. (Ed.). *German Yearbook of International Law*. Berlin: Dunker & Humblot, 1980. p. 1841.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Is trade governance changing? *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 370-382, 2015.
- BADIN, Michelle Raton Sanchez. *A regulação de “novos temas” de comércio celebrados por U.E., USA, China e Índia*. São Paulo: IPEA, 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1773.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016.
- BERNACIAK, Magdalena. *Social dumping: political catchphrase or threat to labour standards*. Brussels: Etui, 2012.
- CAPUCIO, Camilla. A OMC e o regionalismo do século XXI: estratégia de imposição de modelos normativos? *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 336-348, 2014.
- CARVALHO, Marina Amaral Egydio de. *Medidas de defesa comercial e regras de origem: panorama de regulação de acordos regionais de comércio celebrados por União Europeia, Estados Unidos, China e Índia*. São Paulo: IPEA, 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1811.pdf>. Acesso em: 05 maio 2016.
- CASELLA, Paulo Borba. *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL: após o término do período de transição*. São Paulo: LTr, 1996.
- CHARNOVITZ, Steve. La influencia de las normas internacionales del trabajo en el sistema del comercio mundial: resumen histórico. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 107, n. 1, p. 69-93, 1988.
- CRUZ, Claudia Ferreira. Os direitos fundamentais dos trabalhadores e flexibilização na Declaração Sociolaboral do MERCOSUL: um estudo comparado. *Revista da ABET*, v. 1, n. 1, p. 20-40, 2001.
- DAIBERT, Letícia de Souza; PERES, Ana Luisa Soares. Governança global e a Organização Mundial do Comércio: desafios impostos pelo novo mandato de desenvolvimento. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 217-238, 2014.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. *La Dimensión Social del Mercosur*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2004.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. *MERCOSUR y Derecho Laboral*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996.
- ESPING-ANDERSEN, Gøsta. *The three worlds of welfare capitalism*. Cambridge: Polity Press and Princeton; Princeton University Press, 1990.
- FALCÃO, David. Derechos humanos en la realidade actual: la globalización y el multiculturalismo. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 402-411.
- FIGUEIREDO, Celso Henrique Cadete de. A promoção de accountability na Organização Mundial do Comércio: uma análise vertical e horizontal. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 279-309, 2014.
- FRAHM, Carina; VILLATORE, Marco Antônio César. *Dumping social e o direito do trabalho*. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman (Org.). *Globalização e o Comércio Internacional no Direito da Integração*. São Paulo: Lex, 2005. p. 285-323.
- FRENCH, John D. A busca de padrões de direitos trabalhistas no comércio internacional. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 10, n. 27, p. 251-268, 1996.
- GREENFIELD, G. Core labor standards in the WTO: reducing labor to a global community. *Working USA*, v. 5, n. 1, 2001.
- HALL, Peter A.; SOSKICE, David. *Varieties of capitalism: the institutional foundations of comparative advantage*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- HOWSE, R.; MUTUA, M. *Protecting human rights in a global economy: challenges for the World Trade Organization*, 2000. Disponível em: <<http://www.ichrdd.ca/english/commdoc/publications/globalization/wto-RightsGlob.html>>. Acesso em: 15 jun. 2016.
- HUBER, Evelyne; STEPHENS, John D. *Development and crisis of the Welfare State: parties and policies in global markets*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

- INTERNATIONAL LABOR ORGANISATION. *Core labour standards handbook*. Manilla: ILO publishing, 2006. Disponível em: <<http://www.adb.org/Documents/Handbooks/Core-Labor-Standards/default.asp>>. Acesso em: 10 maio 2016.
- JACKSON, John Howard. The role of international law in trade. *Georgetown Journal of International Trade*, v. 36, n. 3, p. 663-665, 2005.
- KAUFMANN, Christine. *Globalisation and labour rights: the conflict between core labour rights and international economic law*. Oxford: Portland, Hart Publishing, 2007.
- LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- LEE, Eddy. Globalization and labour standards: a review of issues. *International Labour Review*, v. 136, n. 2, p. 173-189, 1997.
- MASSI, Juliana Machado; VILLATORE, Marco Antônio César. Nova análise sobre a crise econômica mundial: a prática do dumping social como alternativa de sobrevivência comercial e a necessidade de enlace do Direito do Trabalho no comércio internacional. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFU, 21., 2012, Uberlândia. *Anais...* Florianópolis: FUNJAB, 2012. v. 1. p. 6269-6289.
- MASSI, Juliana Machado; VILLATORE, Marco Antônio César. O *dumping* social e a total possibilidade de tutela das minorias na atividade empresarial. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UNICURITIBA, 22., 2013, Curitiba. *Anais...* Florianópolis: FUNJAB, 2013. v. 1. p. 80-105.
- MORO JUNIOR, Antonio Aparecido. O trabalho decente no contexto de elevação dos direitos sociais à condição de direitos fundamentais. *Revista de Direito Internacional*, v. 8, n. 2, p. 71-93, jul./dez. 2011.
- MOSLEY, Hugh. The 'social dumping' threat of european integration: a critique. In: UNGER, Brigitte; WAARDEN, Franz van. *Convergence or diversity? Internationalization and economic policy response*. Avebury: Aldershot, 1995. p. 182-199.
- OLIVEIRA, Ivan Thiago Machado. A ordem econômico-comercial internacional: uma análise da evolução do sistema multilateral de comércio e da participação da diplomacia econômica brasileira no cenário mundial. *Contexto econômico*, v. 29, 2007.
- OLIVEIRA, Ivan Thiago Machado. Os acordos preferenciais de comércio global no século XXI. In: OLIVEIRA, Ivan Thiago Machado; SANCHEZ-BADIN, Michelle Ratton (Ed.). *Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI*. Brasília: Ipea, 2013. p. 12.
- POCHET, Philippe. Dumping social: un concept operationnel? *Nota Bene*, v. 56, p. 1-4, 1990.
- SANCHEZ, Michelle Raton. *Claims for a new social and legal structure in the World Trade Organization and the Brazilian experience*. Workshop of young scholars from the global south (WYSGS), 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1483378>. Acesso em: 12 maio 2016.
- SANCHEZ-BADIN, Michelle Raton; TASQUETTO, Lucas da Silva. Os acordos de comércio para além das preferências: uma análise da regulamentação sobre os "novos temas". *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 1, p. 105-126, 2013.
- SENA JÚNIOR, Roberto di. *Comércio internacional & globalização: a cláusula social na OMC*. Curitiba: Juruá, 2006.
- SERVAIS, Jean-Michel. La cláusula social en los tratados de comercio: ¿pretensión ilusoria o instrumento de progreso social? *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 108, n. 3, p. 289-300, 1989.
- SILVA, Aline Rocha da. O redimensionamento da OMC no trato dos acordos comerciais regionais. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 396-402, 2014.
- SILVA, Eveline de Andrade Oliveira e. *A cláusula social no direito internacional contemporâneo*. Brasília: UniCEUB, 2013.
- SINN, Gerlinde; SINN, Hans-Werner. *Jumpstart: the economic unification of Germany*. Cambridge, MA: MIT Press, 1993.
- SINN, Hans-Werner. Social Dumping in the Transformation Process? *NBER Working Paper*, n. 8364, 2003.
- SUBEDI, Surya P. *International economic law*. London: University of London Press, 2005.
- THEMAAT, Pieter VerLoren van. *The changing structure of international economic law*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1981.
- THORSTENSEN, Vera. *A multiplicação dos acordos preferenciais de comércio e o isolamento do Brasil*. Instituto de Estu-

- dos para o Desenvolvimento Industrial (IEDI), 2013. Disponível em: <<http://retaguarda.iedi.org.br/midias/artigos/51d18e9168afa9d0.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2016.
- THORSTENSEN, Vera et al. *Acordos preferenciais de comércio: da multiplicação de novas regras aos mega-acordos comerciais*, 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16371/Regras-APCs%20e%20Megas-23.05.14.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 maio 2016.
- THORSTENSEN, Vera; FERRAZ, Lucas. O isolamento do Brasil em relação aos acordos e mega-acordos comerciais. *Boletim de Economia e Política Internacional*, n. 16, p. 5-17, 2014.
- TREBILCOCK, Michael J. Trade policy and labour standards: objectives, instruments, and institutions. *University of Toronto Law and Economics Research Paper*, n. 2, p. 01-28, 2001.
- TRIGGS, Gillian. *International law: contemporary principles and practices*. Sydney: Lexis Nexis Butterworths, 2006.
- VAUGHAN-WHITEHEAD, Daniel. *EU Enlargement versus Social Europe? The Uncertain Future of the European Social Model*. Cheltenham: Edward Elgar, 2003.
- VAZ, Alcides Costa. *Cooperação, integração e processo negociador: a construção do MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Ibri, 2002.
- VILLATORE, Marco Antônio César. Direito do Trabalho no MERCOSUL e nas constituições dos estados partes. *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, v. 5, p. 49 - 66, 2004.
- VILLATORE, Marco Antônio César; FRAHM, Carina. Desafios e propostas da Proteção Internacional do Trabalhador: o *dumping* social e como regulá-lo sem impedir o acesso ao mercado. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DE DIREITO DA AMÉRICA DO SUL, 12., 2006, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis, 2006.
- VILLATORE, Marco Antônio César; FRAHM, Carina. *Dumping Social e o Direito do Trabalho*. In: VIDOTTI, Tércio José; GIORDANI, Francisco Alberto da Mota Peixoto. (Org.). *Direito Coletivo do Trabalho em uma Sociedade Pós-Industrial*. São Paulo: LTr, 2003. p. 149-181.
- VILLATORE, Marco Antônio César; GOMES, Eduardo Biacchi. Aspectos sociais e econômicos da livre circulação de trabalhadores e o *dumping* social. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL DO TRABALHO, 2007, Porto Alegre. *Anais...* Curitiba: Juruá, 2007. p. 151-164.
- WILKINSON, R. Labour and trade related regulation: beyond the trade-labour standards debate? *British Journal of Politics and international relations*, v. 1, n. 2, p. 165-191, 1999.
- WOLF, Martin. What the world needs from the multilateral trade system. In: SAMPSON, Gary (ed.) *The role of the World Trade Organization in global governance*. Tokyo: United Nations University Press, 2001. p. 183-208.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Trade and labour standards: subject of intense debate*, 2007. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min99_e/english/about_e/18lab_e.htm>. Acesso em: 04 maio 2016.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Acordo TRIMS: flexibilização ou não? Política de conteúdo local, processo produtivo básico (PPB) e os desafios para a indústria brasileira e a integração latino-americana

TRIMS Agreement: flexibilization or not? Local content policy, basic production process (PPB) and the challenges for the Brazilian industry and the Latin-American integration

Natália Figueiredo

Acordo TRIMS: flexibilização ou não? Política de conteúdo local, processo produtivo básico (PPB) e os desafios para a indústria brasileira e a integração latino-americana*

TRIMS Agreement: flexibilization or not? Local content policy, basic production process (PPB) and the challenges for the Brazilian industry and the Latin-American integration

Natália Figueiredo**

RESUMO

As políticas de conteúdo local do governo brasileiro têm sido questionadas no âmbito da OMC. Paralelamente, o Brasil, no âmbito de negociações, tradicionalmente defende uma flexibilização de regras, em particular, do Acordo TRIMS, para que esse tipo de medida seja permitido. Argumenta-se que elas são fundamentais para a promoção de estratégias de desenvolvimento. O artigo discutirá até que ponto há uma convergência entre o discurso brasileiro em instâncias internacionais e os efeitos de determinadas políticas de conteúdo local adotadas pelo Brasil. Mais especificamente, se analisarão dois casos relativos à política de processo produtivo básico (PPB) que o governo federal utiliza para promover o desenvolvimento da Amazônia. A despeito dos objetivos pretendidos pelo PPB, é possível encontrar exemplos de programas que parecem ter tido como resultado muito mais privilegiar certos atores econômicos do que propiciar o desenvolvimento da Amazônia. As medidas de conteúdo local adotadas pelo Brasil devem, antes de tudo, balizar-se pelos objetivos constitucionais de promoção do desenvolvimento equilibrado do país e de redução de disparidades regionais. Nesse sentido, e considerando as limitações impostas pelas regras da OMC, o artigo chama atenção para a oportunidade de se implementar medidas de conteúdo local inseridas no contexto de um projeto de desenvolvimento regional, em especial, de maior integração de países da América Latina. Se atreladas a um objetivo de desenvolvimento regional e implementadas dentro de parâmetros adequados, medidas de conteúdo local não só atenderiam aos ditames da Constituição Federal brasileira, mas também estariam menos sujeitas a questionamentos no âmbito da OMC.

Palavras-chave: OMC. Acordo TRIMS. Política de conteúdo local. Processo produtivo básico (PPB).

* Recebido em 23/03/2016
Aprovado em 19/06/2016

** Advogada em Direito do Comércio Internacional e Direito Antitruste. Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo e doutoranda em Direito do Comércio Internacional pela Universidade de Maastricht.

ABSTRACT

The local content policies of the Brazilian government have been challenged before the WTO. At the same time, Brazil has traditionally defended in the context of negotiations that rules, in particular, those relating to the TRIMS Agreements, should become more flexible. It is argued that these measures are fundamental to the promotion of development strategies. This paper will discuss to which extent there is a convergence between the Brazilian discourse in the International arena and the effects of certain local content policies adopted by Brazil. More specifically, two cases relating to the basic production process (PPB) policy used by the federal government to promote the development of the Amazonian region will be analyzed. Despite the objectives intended by the PPB policy, it is possible to find certain programs that seem to have privileged certain economic players rather than enabled the development of Amazonia. Local content measures adopted by Brazil must, above all, be supported by the constitutional objectives relating to the promotion of a balanced development and reduction of regional disparities. To this effect, and considering the limits imposed by WTO rules, this paper calls the attention to the opportunity of implementing local content measures that are inserted in the context of a project for regional development, especially one involving stronger integration of Latin-American countries. If they are linked to an objective of regional development and are implemented within adequate parameters, local content measures would not only abide by the rules of the Federal Constitution, but would also be less exposed to challenges in the WTO.

Keywords: WTO. TRIMS Agreement. Local content policy. Basic production process (PPB).

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o assunto que tem sido objeto de grande discussão nas instâncias nacionais e internacionais são as políticas brasileiras de conteúdo local. União Europeia e Japão questionam, no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) as políticas relativas ao Inovar-Auto, diversos programas de incentivo aos setores de informática e tecnologia, incluindo-se aí a política de processo produtivo básico (PPB), e progra-

mas de incentivo à exportação.¹

Tradicionalmente, políticas de conteúdo local são defendidas por países em desenvolvimento sob o argumento de serem fundamentais para suas estratégias de promoção de desenvolvimento econômico e social. O Brasil, nesse sentido, tem sido grande defensor das políticas de conteúdo local nos fóruns internacionais, pugnando pela flexibilização de regras da OMC, mais especificamente o Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (Acordo TRIMS), que proíbe expressamente medidas dessa natureza.

Embora o Acordo TRIMS não seja o único acordo da OMC a restringir medidas de conteúdo local, para fins deste artigo, apenas ele será discutido, dada a proposta formal brasileira pela sua flexibilização.² Outros acordos, no entanto, também são relevantes para a disciplina de medidas de conteúdo local, como é o caso do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASCM), do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS) e do Acordo sobre Compras Governamentais.

Esse contexto de questionamento internacional de políticas públicas brasileiras permite um momento de reflexão interna sobre quais são os benefícios dessas políticas e o que elas têm agregado do ponto de vista econômico e social para o país. Em um momento em que o Brasil deve defender vigorosamente determinadas políticas de conteúdo local no âmbito internacional, a ideia é avaliar de que forma elas estão sendo desenhadas e implementadas internamente. O objetivo é verificar se há um descompasso entre o discurso desenvolvimentista brasileiro atribuído a essas políticas e o que elas representam para a economia do país.

Dada a variedade de políticas de conteúdo local existentes no Brasil, o artigo se limitará à política de PPB da Zona Franca de Manaus (ZFM), a qual permite

1 WORLD TRADE ORGANIZATION. *Pedido de estabelecimento de painel pelo Japão, Brasil: Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, WT/DS497/1. Geneva: WTO, 2015. WORLD TRADE ORGANIZATION. *Pedido de estabelecimento de painel pela União Europeia, Brasil: Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, WT/DS472/5. Geneva: WTO, 2014.

2 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The Mandated Review of the TRIMS Agreement: Paragraph 12(b) of the Doha Ministerial Declaration: Implementation-related issues and concerns (tíre 40): communication from Brazil and India*. Council for Trade in Goods and Committee on Trade-Related Investment Measures. G/C/W/428. Geneva: WTO, 2002.

uma discussão, ainda que restrita, sobre seus possíveis impactos no desenvolvimento do país, tendo em vista estar intimamente ligada ao tema do desenvolvimento regional da Amazônia Ocidental e do adensamento das cadeias produtivas nacionais. É importante ressaltar que a política do PPB é apenas uma pequena parte da política brasileira de conteúdo local. Qualquer conclusão, ainda que preliminar, sobre seus efeitos econômicos e sociais e seu aspecto normativo, não permite qualquer extensão sobre outras medidas.

Essa política será discutida à luz das regras do Acordo TRIMS e dos objetivos de desenvolvimento estipulados pela própria Constituição Federal brasileira. Ao final, serão investigadas alternativas para que essas políticas continuem a ser adotadas por países em desenvolvimento, ainda que o texto do Acordo TRIMS não se modifique. Nessa linha, será explorada a opção de que regras de conteúdo local sejam estabelecidas num contexto de uma política de desenvolvimento regional. Especial ênfase será dada à integração de países da América Latina, sobretudo aqueles que fazem fronteira com o norte do Brasil e que teriam mais facilidade de integração com a ZFM.

2. O ACORDO TRIMS E SEUS IMPACTOS SOBRE POLÍTICAS DE CONTEÚDO LOCAL

O Acordo TRIMS visa a coibir medidas de investimentos que possam restringir ou distorcer o comércio de bens. Nasceu em um contexto no qual houve um substancial aumento do volume dos recursos investidos em países em desenvolvimento e, como consequência, aumentou-se a pressão dos países desenvolvidos para regular as condições desses investimentos.³

Durante as negociações do Acordo, houve uma intensa divergência entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos no que se refere ao seu escopo.⁴

3 NASSER, Rabih Ali. *A OMC e os Países em Desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

4 Mesmo atualmente, há desentendimento entre países na negociação de novas regras de investimentos, incluindo políticas de conteúdo local. As discussões no âmbito do Grupo de Trabalho em comércio e investimento da OMC revelam que há forte oposição, especialmente por parte de países em desenvolvimento como Índia, China, Indonésia e Brasil, a negociações formais com relação a um quadro regulatório multilateral para investimentos. A maior parte dos países desenvolvidos insiste em uma maior liberalização dos países que recebem os investimentos, ao passo que os países em

Enquanto os primeiros argumentavam que as obrigações a serem implementadas limitariam os instrumentos de política industrial e econômica que poderiam utilizar em prol do desenvolvimento, os segundos, sob o lema da liberalização, defendiam que as obrigações então negociadas eram importantes para impedir distorções ao comércio.⁵

Ao final da Rodada do Uruguai, os países em desenvolvimento tiveram a percepção de que o Acordo tinha extrapolado o escopo originalmente negociado na Declaração de Punta Del Leste, segundo a qual as negociações deveriam evoluir para o estabelecimento de obrigações que fossem necessárias para impedir efeitos adversos sob o comércio. A ideia dos países em desenvolvimento era implementar regras que demandassem uma análise prévia dos efeitos das medidas de investimentos sobre o comércio ("*effects-based approach*"). No entanto, o texto final do Acordo parece ter imposto uma proibição *per se* sobre essas medidas de investimentos, sob a presunção de que elas são, *a priori*, distorcivas ao comércio.⁶

Nos termos do artigo 2.1 do TRIMS, nenhum membro aplicará qualquer medida de investimento relacionada ao comércio que seja incompatível com o Artigo III (tratamento nacional) ou XI (eliminação das restrições quantitativas) do GATT. O Acordo traz ainda uma lista ilustrativa de medidas que, de imediato, são consideradas incompatíveis com a obrigação de tratamento nacional e de eliminação das restrições quantitativas.⁷ É

desenvolvimento argumentam que eles precisam preservar políticas nacionais, tais como requisitos de conteúdo local, para atingir seus objetivos de desenvolvimento. DE MAN, Philip; WOUTERS, Jan. *Improving the Framework of Negotiations on International Investment Agreements*. 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2274811>> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2274811>.

5 WADE, Robert Hunter. What strategies are viable for developing countries today? The World Trade Organization and the shrinking of 'development space'. *Review of international political economy*, v. 10, n. 4, p. 621-644, 2003.

6 MASHAYEKHI, Mina. *Trade-related investment measures*. In: *UNCTAD Positive Agenda and Future Trade Negotiations*. Geneva: UNCTAD, 2000. BALASUBRAMANYAM, Vudayagiri. Host country FDI policies and development objectives. In: *UNCTAD: The development dimension of FDI: policy and rule-making perspectives*. Geneva: UNCTAD, 2003. p. 79.

7 As proibições da lista ilustrativa podem ser classificadas em (i) exigência de aquisição pelo investidor de produtos locais na produção (conteúdo local); (ii) limitação das importações a um percentual das exportações; (iii) restrições ao acesso de divisas estrangeiras e a importações; e (iv) imposição de metas ou compromissos de exportação (performance requirements). CELLI JUNIOR, Umberto. Os Acordos de Serviços (GATS) e de Investimentos (TRIMS) na OMC:

no contexto da lista ilustrativa que é possível encontrar proibição expressa a políticas de conteúdo local.

Embora o conceito de política de conteúdo local seja amplo, podendo existir sobre formas variadas, o presente trabalho tratará especificamente daquelas medidas que:

Exijam a compra ou o uso, por uma empresa, de produtos de origem nacional ou de qualquer fonte doméstica, quer especificado em termos de produtos específicos, quer em termos de uma proporção do volume ou valor de sua produção local.

As quais são expressamente proibidas nos termos do artigo 1(a) da lista ilustrativa do Acordo TRIMS.

Em outras palavras, o que este artigo buscará tratar são aquelas medidas que condicionam o recebimento de uma vantagem à aquisição, por determinada empresa, de insumos de origem doméstica para uso em sua produção. Essa vantagem geralmente está atrelada a benefícios fiscais como se demonstrará mais adiante no caso dos processos produtivos básicos (PPBs).

Vale ressaltar que o Acordo TRIMS comporta algumas exceções que serão tratadas mais a frente, quando forem discutidas formas de aproveitamento de espaços deixados por esse acordo, os quais – defende-se aqui – podem servir para implementação de estratégias de desenvolvimento regional no âmbito da América Latina.

3. OS OBJETIVOS DESENVOLVIMENTISTAS DAS POLÍTICAS DE CONTEÚDO LOCAL E O DISCURSO BRASILEIRO PELA FLEXIBILIZAÇÃO DO ACORDO TRIMS

Conforme mencionado, diversos países em desenvolvimento argumentam que as políticas de conteúdo local são importante instrumento de fomento ao desenvolvimento.⁸ Com efeito, essas políticas foram muito utilizadas por diversos países como parte de suas políticas de substituição de importações e também de estímulos às exportações. Japão e Coreia do Sul fizeram

espaço para políticas de desenvolvimento. *Cadernos PROLAM/USP*, São Paulo, v. 1, p. 03-20, 2007.

8 CELLI JUNIOR, Umberto. Os Acordos de Serviços (GATS) e de Investimentos (TRIMS) na OMC: espaço para políticas de desenvolvimento. *Cadernos PROLAM/USP*, São Paulo, v. 1, p. 03-20, 2007.

uso constante dessas medidas como política industrial. Canadá (automóveis), Austrália (automóveis e tabaco) e a maioria dos países europeus (automóveis e eletrônicos) fizeram uso desse mecanismo para incentivar sua economia.⁹ Na América Latina também é possível encontrar diversos exemplos, a começar pelo setor automobilístico.

Com efeito, estudos teóricos e empíricos têm demonstrado que, sob as condições adequadas, políticas de conteúdo local podem atingir os objetivos desejados em termos de política social e econômica, quais sejam, criação de emprego, promoção de transferência de tecnologia, melhoria de desequilíbrios comerciais, dentre outros. Dessa forma, regras de conteúdo local podem efetivamente funcionar como catalisadores do desenvolvimento local, ao darem às empresas oportunidades para entrarem no mercado de produção de bens complexos, gerando externalidades positivas que podem aumentar a capacidade da indústria a níveis que não seriam atingidos por meios alternativos.¹⁰

Especialmente em uma economia caracterizada pelas cadeias globais de valor (CGV), o papel das regras de conteúdo local deve ser colocado em perspectiva. Pode-se questionar se políticas com enfoque puramente nas CGV permitem que os governos nacionais beneficiem produtores domésticos e promovam o desenvolvimento nacional. Deve-se ter em mente que um fator importante para o desenvolvimento de um país no contexto das CGV está no conceito de “*economic upgrading*”, processo por meio do qual os atores econômicos – empresas e trabalhadores – acendem na cadeia de valor, saindo do processo de atividades de montagem que utiliza mão de obra barata e não especializada, e dirigindo-se para formas mais avançadas de produção.¹¹

Contudo, quando há um descompasso entre inovação e produção, e a tecnologia é concentrada em países

9 VELOSO, Francisco. *Local Content Requirements and Industrial Development Economic Analysis and Cost Modeling of the Automotive Supply Chain*. 2001. Tese (Doutorado) - Massachusetts Institute of Technology, 2001.

10 VELOSO, Francisco. *Local Content Requirements and Industrial Development Economic Analysis and Cost Modeling of the Automotive Supply Chain*. 2001. Tese (Doutorado) - Massachusetts Institute of Technology, 2001. KUMAR, Nagesh. *Performance Requirements as Tools of Development Policy: Lessons from Experiences of Developed and Developing Countries for the WTO Agenda on Trade and Investment*. London: Zed Press, Putting Development First, 2005.

11 GEREFFI, Gary. Global Value Chain Perspective on Industrial Policy and Development in Emerging Markets. *A. Duke J. Comp. & Int'l L.*, v. 24, p. 433, 2013.

desenvolvidos, políticas de conteúdo local podem ser vistas como uma alternativa para (i) estimular países desenvolvidos a compartilhar inovação e seus resultados econômicos com países em desenvolvimento; e (ii) contribuir para que os países em desenvolvimento abandonem as CGV com menor valor agregado, as quais ganham menos, remuneram menos os trabalhadores e estão mais vulneráveis a ciclos econômicos.

Além disso, num cenário de CGV, empresas de pequeno e médio porte e pequenos agricultores têm menos chances de se integrar à economia caso não haja um incentivo governamental. Dessa maneira, políticas de conteúdo local podem preencher esta lacuna a fim de promover o desenvolvimento nacional e atingir resultados mais justos.

Neste contexto, criticam-se as disposições do Acordo TRIMS por limitarem o “*policy space*” dos países, entendido como o espaço que os países têm para implementar políticas públicas para o desenvolvimento nacional.¹² Em especial, é grande a preocupação dos países em desenvolvimento, que ainda não atingiram o estágio adequado de desenvolvimento econômico, social e humano, e demandam uma maior intervenção estatal na economia. A crítica ao Acordo TRIMS, portanto, está diretamente ligada à defesa do direito ao desenvolvimento dos países emergentes.¹³

Assim, o Brasil, em conjunto com outros países em desenvolvimento, vem defendendo há anos a necessidade de flexibilização das regras do Acordo TRIMS para poder adotar medidas de investimentos relacionadas ao comércio com o fim de estimular o seu desenvolvimento. A título ilustrativo, em 2002, o Brasil apresentou juntamente com a Índia proposta de flexibilização do Acordo.¹⁴ A principal preocupação desses países reside no fato de o Acordo TRIMS desconsiderar os desequilíbrios existentes entre países desenvolvidos e países em

desenvolvimento.

Embora o Acordo TRIMS tenha (i) conferido aos países em desenvolvimento a prerrogativa de deixar de aplicar temporariamente as obrigações do TRIMS nos casos relacionados a problemas na balança de pagamentos e diante da necessidade de proteção de indústrias emergentes e (ii) previsto um período de transição para países em desenvolvimento eliminar suas medidas de investimentos proibidas pelo acordo, essas medidas são consideradas insuficientes.¹⁵

Nos termos do documento apresentado por Brasil e Índia:

The absence of effective and operative clauses aiming at addressing the special needs of developing countries has made the TRIMs Agreement one example of reverse special and differential treatment. While developed countries had decades to choose when, how and in which economic sectors to apply such measures, developing countries had their right to choose simply revoked. Besides, the provisions of Article 4, as they are confined to the exceptions permitted in Article XVIII of GATT 1994, in the Understanding on the Balance-of-Payments Provisions of GATT 1994, and in the Declaration on Trade Measures Taken for Balance-of-Payments Purposes adopted on 28 November 1979, are clearly insufficient in providing the necessary flexibility to make use of investment measures in the context of development policies. Furthermore, these exceptions are indicative that the GATT recognizes that quantitative restrictions allow developing countries to conserve their foreign currency assets for purchases of imports needed for development.¹⁶

Diante disso, Brasil e Índia propuseram que o Acordo deveria ser alterado para incorporar obrigações específicas que garantam aos países em desenvolvimento a flexibilidade necessária para adoção de políticas de desenvolvimento. A solução aventada por estes países pre-

12 WADE, Robert Hunter. What strategies are viable for developing countries today? The World Trade Organization and the shrinking of ‘development space’. *Review of international political economy*, v. 10, n. 4, p. 621-644, 2003.

13 Para uma análise detalhada do direito ao desenvolvimento no contexto do Direito Econômico Internacional, vide: BUNN, Isabella D. *The right to development and international economic law: legal and moral dimensions*. Londres: Bloomsbury Publishing, 2012.

14 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The Mandated Review of the TRIMs Agreement: Paragraph 12(b) of the Doha Ministerial Declaration: Implementation-related issues and concerns (tíret 40): communication from Brazil and India*. Council for Trade in Goods and Committee on Trade-Related Investment Measures. G/C/W/428. Geneva: WTO, 2002.

15 A correta aplicação dos mecanismos de tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento é importante para a redução de assimetrias entre os países membros da OMC e promove o desenvolvimento. No entanto, outras medidas são necessárias para que a OMC atue como um verdadeiro organismo de governança econômica global com vistas ao desenvolvimento econômico e social. Nesse sentido: DAIBERT, Letícia de Souza; PERES, Ana Luísa Soares. Governança global e a Organização Mundial do Comércio: desafios impostos pelo novo mandato de desenvolvimento. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2014, p. 217-238.

16 WORLD TRADE ORGANIZATION. *The Mandated Review of the TRIMs Agreement: Paragraph 12(b) of the Doha Ministerial Declaration: Implementation-related issues and concerns (tíret 40): communication from Brazil and India*. Council for Trade in Goods and Committee on Trade-Related Investment Measures. G/C/W/428. Geneva: WTO, 2002.

vê a extensão das hipóteses dentro das quais os países em desenvolvimento podem desviar temporariamente das regras do Acordo TRIMS. Dentre essas hipóteses, prevê-se que países em desenvolvimento deveriam poder utilizar medidas de investimentos relacionadas ao comércio para: (i) promover a indústria nacional nos setores de alto valor agregado ou tecnologia intensiva; (ii) estimular a transferência ou desenvolvimento local de tecnologia; (iii) promover a concorrência interna e / ou práticas comerciais restritivas corretas; (iv) promover compras de regiões desfavorecidas, a fim de reduzir as disparidades regionais nos seus territórios; (v) estimular a métodos ou produtos ecologicamente corretos e contribuir para o desenvolvimento sustentável; (vi) aumentar a capacidade de exportação nos casos em que os déficits estruturais no balanço causem ou ameacem causar uma grande redução das importações; e (vii) promover as pequenas e médias empresas na medida em que elas contribuam para geração de empregos.

O discurso de flexibilização do Acordo TRIMS, portanto, está intrinsecamente fundamentado na necessidade de promoção de políticas de desenvolvimento, dentro das quais as políticas de conteúdo local ocupam espaço de destaque, e na garantia ao direito ao desenvolvimento.

4. POSSÍVEL DESCOMPASSO ENTRE O DISCURSO DESENVOLVIMENTISTA NO CENÁRIO INTERNACIONAL E OS EFEITOS DAS POLÍTICAS DE CONTEÚDO LOCAL NA PRÁTICA: ALGUMAS CRÍTICAS

Muito embora o discurso de flexibilização do Acordo TRIMS esteja atrelado à necessidade de maior espaço para implementação de políticas voltadas a estratégias de desenvolvimento, dentro das quais estão as políticas de conteúdo local, questiona-se se as políticas de conteúdo local adotadas pelo Brasil estão, de fato, promovendo o desenvolvimento nacional.

Conforme dito anteriormente, as políticas de conteúdo local no Brasil assumem diferentes formas e afetam diferentes setores, automobilístico, eletroeletrônico, petróleo e gás, dentre outros. Dada a amplitude e a abrangência dessas políticas, este artigo não tem como propósito chegar a uma resposta com relação a este questionamento, pois isto envolveria um trabalho desproporcional ao escopo de um artigo. No entanto, o

presente trabalho tem sim como um de seus objetivos chamar atenção para um possível descompasso entre o discurso desenvolvimentista que o Brasil atribui às políticas de conteúdo local no cenário internacional, de um lado, e como ele tem efetivamente implementado essas políticas no âmbito nacional e qual tem sido os seus efeitos, de outro.

Dentro dessa linha, interessante citar os apontamentos de Silva, que estudou a fundo o fomento estatal dos arranjos produtivos locais (APL),¹⁷ os quais poderiam ser aplicados a políticas de conteúdo local. Segundo o autor, a ênfase que as entidades públicas dão ao tema:

Nem de longe é acompanhada da efetividade da ação estatal ou, ao menos, da possibilidade de conhecimento e acesso dos dados que reffitam tal ação. Os APLs estão nas pautas dos poderes públicos, mas não resultam necessariamente em ações concretas duradouras nem tampouco são acompanhadas de uma mínima estrutura institucional estabilizada capaz de fornecer memória à ação pública [...] Resultado disso, é que não foi possível realizar uma análise mais robusta da eficácia das políticas de fomento a APLs [...].¹⁸

Com isso, tem-se uma primeira crítica que aponta para uma possível falta de institucionalização da política pública que permita uma avaliação precisa de seus efeitos. Em outras palavras, cria-se a política, mas não se cria uma estrutura organizada para coleta de dados e avaliação dos seus efeitos sobre o mercado e sobre o desenvolvimento do país. Consequentemente, regras são criadas e permanecem às cegas sem qualquer avaliação dos benefícios ou malefícios que estão causando ao país.

Soma-se a essa crítica de cunho institucional outra relacionada à coordenação das políticas públicas pelo Poder Público. Pode haver situações nas quais uma política de conteúdo local estabelecida para promover o desenvolvimento de determinada região ou indústria

17 SILVA, Danilo Tavares da. *Política industrial e desenvolvimento regional: o fomento estatal dos arranjos produtivos locais*. 2010. 165 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Financeiro, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Segundo o autor, o conceito de APL é amplo e abarca situações variadas de aglomeração produtiva dotadas de algum vínculo de cooperação e coordenação que são apoiadas por diversas instâncias governamentais.

18 SILVA, Danilo Tavares da. *Política industrial e desenvolvimento regional: o fomento estatal dos arranjos produtivos locais*. 2010. 165 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Financeiro, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 15.

coexista com outras políticas públicas que conflitam com ou acabam por neutralizar essa primeira política.

Por fim, e o mais grave dos cenários, são os casos nos quais políticas de conteúdo local são estabelecidas sob o mote de desenvolvimento, porém, seus efeitos são claramente negativos à economia e tem por finalidade a proteção de determinada empresa ou indústria (viés protecionista) em detrimento da coletividade. A esse respeito, citam-se os PPBs que possuem determinadas regras de conteúdo local, as quais visam à criação de reserva de mercado para determinadas empresas. Com relação a esse ponto, cabe mencionar o pronunciamento da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), ligada ao Ministério da Fazenda, no sentido de que

[...] o estabelecimento de condicionantes, sobretudo de reserva de mercado a produtores de insumos nacionais, não é exclusividade ou novidade na fixação de PPB's. Nos últimos anos, esta condicionante tem sido utilizada sob o argumento de garantir o desenvolvimento da indústria nacional mesmo em casos em que há um único fabricante no país.¹⁹

Esses três aspectos críticos: aspecto institucional, aspecto de coordenação de políticas públicas e aspecto relativo a potencial viés protecionista serão avaliados nos dois casos de PPB que o este trabalho propõe analisar.

5. QUESTÕES CONSTITUCIONAIS ENVOLVENDO MEDIDAS DE CONTEÚDO LOCAL: NECESSIDADE DE PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL E REDUÇÃO DE DESIGUALDADES SOCIAIS E REGIONAIS

Quando uma política de conteúdo local não está orientada para a promoção do desenvolvimento ou, ainda, não gera efeitos positivos sobre ou contribui para o desenvolvimento, ela encontra problemas no ordenamento jurídico nacional, eis que a Constituição Federal confere a missão “ao Estado brasileiro que entrelaça a busca pela superação da condição do subdesenvolvimento com a redução das desigualdades regionais”.²⁰

19 BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. *Nota Técnica n. 47/2005 referente ao PPB de resina PET (Proposta n. 025/05)*. Brasília: SEAE, 2005. p. 2.

20 SILVA, Danilo Tavares da. *Política industrial e desenvolvimento regional: o fomento estatal dos arranjos produtivos locais*. 2010. 165 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Financeiro, Universidade de São Paulo, São Paulo,

Com efeito, dispõe o art. 3º da Constituição Federal que:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - **garantir o desenvolvimento nacional**; III - erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais e regionais**; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (grifo nosso).

Outros dispositivos buscam dar concretude a esses dispositivos, como é o caso, por exemplo, do art. 25, §3º,²¹ e art. 43²².

Tem-se, portanto, um reconhecimento da situação do subdesenvolvimento como um dado fático, o qual se busca superar por meio de ações que promovam o desenvolvimento nacional e reduzam as desigualdades sociais e regionais.²³

A base da superação do subdesenvolvimento nacional e das desigualdades regionais reside no princípio da solidariedade, o qual visa à homogeneidade social. De acordo com Bercovici, este princípio “exige o estabelecimento do equilíbrio econômico socialmente adequado e justo entre as várias regiões”, buscando garantir um “*mínimo existencial*” à existência digna do ser humano.²⁴

Nesse sentido, a atuação do Estado sobre a economia como agente normativo e regulamentador, nos termos do art. 174 da Constituição Federal, também deverá pautar-se pelo alcance dos objetivos elencados no art. 3º, sob pena de violação dos dispositivos constitucionais. No mesmo sentido, o parágrafo 3º do art. 174 determina que “a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do **desenvolvimento nacional equilibrado**, o qual incorporará e compatibilizará os **planos nacionais e regionais de desenvolvimento**” (grifo nosso).

Note-se, que muito embora o art. 3º defina objetivos, fins e ações futuras, o que caracteriza uma Cons-

2010. p. 52.

21 Art. 25, §3º. Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

22 Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

23 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 242-243.

24 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 242-243.

tuição dirigente, fato é que todas essas normas têm caráter vinculante. Nas palavras de Bercovici:

possuem juridicidade, caráter vinculativo e são uma imposição constitucional aos órgãos públicos. Os instrumentos fornecidos pela própria ordem jurídica, consagrados na Constituição, visando a constituição da justiça social não podem ser, sob hipótese alguma, desprezados.²⁵

Trata-se da ideia de vinculação negativa dos poderes públicos: “todos os atos que contrariem os princípios constitucionais fundamentais, formal e materialmente, são inconstitucionais”.²⁶

Portanto, uma política de conteúdo local que não tenha por objetivo garantir o desenvolvimento nacional e reduzir as desigualdades sociais e regionais infringirá a Constituição, devendo ser eliminada ou readequada.

6. POLÍTICA DE CONTEÚDO LOCAL NO BRASIL: ESTUDO DE CASOS ESPECÍFICOS RELACIONADOS AO PROCESSO PRODUTIVO BÁSICO (PPB)

Dentre as razões pela qual este artigo resolveu tratar dos PPBs reside no fato de esta política estar ligada diretamente ao tema do desenvolvimento regional, além de contemplar exemplos bastante emblemáticos sobre regras de conteúdo local e possíveis distorções delas decorrentes. Ademais, considerando-se as regras gerais do Acordo TRIMS, trata-se de um exemplo de ação que poderia, em tese, ser considerada como violadoras dos dispositivos deste Acordo.

A política industrial do PPB está intimamente ligada à ZFM. Deve-se lembrar que a ZFM foi criada na década de 60 (Decreto-Lei nº. 288/67) com o objetivo de tirar a região da estagnação econômica que vivia desde a crise da borracha. A “Operação Amazônia”, como foi chamada à época do militarismo, tinha o lema “integrar para não entregar”, o qual compatibilizava um discurso nacionalista com um propósito desenvolvimentista da região.²⁷

25 BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de In- formação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 142, abr./jun. 1999. p. 43.

26 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 300.

27 BRIANEZI, Thais. *O deslocamento do discurso sobre a Zona Franca de Manaus: do progresso à modernização tecnológica*. 2013. Tese. (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Ciência Ambien-

Assim, nos termos do art. 1º do Decreto-Lei nº. 288/67, a ZFM foi

Estabelecida com a finalidade de criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento, em face dos fatores locais e da grande distância, a que se encontram os centros consumidores de seus produtos.

A política do PPB foi inserida especificamente em 1991²⁸ em um contexto de abertura comercial do país e estruturação das cadeias em um cenário globalizado. Na mesma época, a exportação foi institucionalizada como um objetivo da política da ZFM e foram adotadas ações para ampliação da competitividade tecnológica das indústrias de Manaus.²⁹

Visava-se, assim, o maior adensamento das cadeias produtivas. Por meio do estabelecimento de um “conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto”³⁰, buscava-se, em tese, obrigar as empresas a realizar atividades mais significativas no Brasil (mais especificamente, na ZFM), que não envolvessem simples montagem, e que efetivamente pudessem contribuir para o desenvolvimento econômico, social e tecnológico da região e do país. O recebimento de benefícios fiscais³¹ pelas empresas instaladas na ZFM está direta-

tal da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Veja também: SERÁFICO, José; SERÁFICO, Marcelo. A Zona Franca de Manaus e o Capitalismo no Brasil. *Estudos Avançados*, Brasília, v. 19, n. 54, ago. 2005. p.101.

28 Em 1991, por meio da Lei nº. 8.387, o Decreto-Lei nº 288/1967, foi alterado de modo a vincular os benefícios fiscais auferidos pelas empresas lá estabelecidas ao cumprimento das regras do PPB: “Art. 1º O § 1º do art. 3º, os arts. 7º com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.435, de 16 de dezembro de 1975, e 9º do Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, passam a vigorar com a seguinte redação: [...] Art. 7º Os produtos industrializados na Zona Franca de Manaus, [...], quando dela saírem para qualquer ponto do Território Nacional, estarão sujeitos à exigibilidade do Imposto sobre Importação [...], calculado o tributo mediante coeficiente de redução de sua alíquota ad valorem, na conformidade do § 1º deste artigo, desde que atendam nível de industrialização local compatível com processo produtivo básico para produtos compreendidos na mesma posição e subposição da Tarifa Aduaneira do Brasil (TAB).”

29 TEIXEIRA, Louisiana Cavalcanti. *A Zona Franca de Manaus: evolução e resultados*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2013.

30 Art. 7º, §8º, “b”, do Decreto-Lei nº 288/67, com redação dada pela Lei nº. 8.387/91.

31 A política tributária vigente na Zona Franca de Manaus inclui, dentre outros, os seguintes benefícios: (i) redução de até 88% do Imposto de Importação (I.I.) sobre os insumos destinados à industrialização; (ii) isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (I.P.I.); (iii) redução de 75% do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica, inclusive adicionais de empreendimentos classificados como

mente vinculado ao cumprimento dessas etapas.

Objetivava-se, ainda, desenvolver a economia de produtos locais por meio da definição de PPBs nos qual fossem determinadas participações em valor agregado local e quantidades mínimas de utilização de insumos regionais. Esse é o caso do PPB para produtos de higiene pessoal, perfumaria e cosméticos.³²

Os PPBs abrangem uma série de ramos da indústria de transformação, incluindo bens de distintos níveis tecnológicos, tais como: cartas de jogar, relógios, óculos, bicicletas, automóveis, jipes, cosméticos, brinquedos, produtos de plástico e isopor, bolas e raquetes para tênis de mesa, enfeites de natal, carrinhos de bebê, tampas de alumínio, fitas adesivas, repelente elétrico, produtos metalúrgicos, papel higiênico, tintas, biodiesel, vinagre, aparelhos de ginástica, instrumentos musicais, condicionadores de ar, dentre outro. Os PPBs, todavia, concentram-se nos setores bens de informática, material elétrico, máquinas e equipamentos.³³

Em 2013, o Tribunal de Contas da União (TCU) divulgou parecer no qual examinava “os instrumentos postos à disposição dos gestores da Lei de Informática para avaliação dessa política pública”.³⁴ Dentre os instrumentos estavam o PPB e a possibilidade de destinar recursos tributáveis para gastos com pesquisa e desenvolvimento (P&D).

Com relação à análise dos PPBs, o TCU chegou a

conclusões que estão em linha com a crítica institucional apontada no item 4 acima relativa à falta de uma gestão organizada da informação para avaliação dos impactos da política pública. De fato, dentre as falhas identificadas pelo TCU estão (i) a fiscalização deficiente das obrigações assumidas pelas empresas beneficiárias e (ii) ausência de análise dos efeitos econômicos resultantes da política industrial.³⁵

Com relação ao primeiro ponto, foram identificados cinco problemas pelo TCU:

i) ausência de método para a análise dos relatórios recebidos; ii) intempestividade na análise, [...]; iii) intempestividade em suspender e/ou cancelar os benefícios de empresas omissas em apresentar os RDAs [relatórios demonstrativos anuais]; iv) renúncia fiscal indevida, ao permitir que firmas em situação irregular continuem a usufruir do benefício e, eventualmente, obtenham benefícios em novos projetos; e v) risco de decadência tributária em relação às importâncias aplicadas a menor nas atividades de P&D.³⁶

Com relação ao segundo ponto (i.e. aspecto de coordenação de políticas públicas), o relatório do TCU conclui que

A atual sistemática adotada pelo MCTI e pelo MDIC ainda é fortemente calcada na experiência dos servidores envolvidos nas fiscalizações e na aprovação dos PPBs, não sendo sistemática e estruturada a análise dos mercados envolvidos e o monitoramento das medidas adotadas que deveriam, no entender da equipe, ser as principais atividades dos gestores. (grifo nosso).³⁷

Por fim, e fazendo-se novamente referência ao item 4, e, mais especificamente à crítica relativa ao potencial viés protecionista da medida, é preocupante que alguns PPBs tenham sido desenhados de forma a estabelecer uma reserva de mercado. Em casos específicos, nota-se que regras de conteúdo local foram inseridas em PPBs

prioritários para o desenvolvimento regional, calculados com base no Lucro da Exploração até 2013; (iv) isenção da contribuição para o PIS/PASEP e da Cofins nas operações internas na Zona Franca de Manaus; restituição parcial ou total, variando de 55% a 100% – dependendo do projeto – do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS).

32 Vide Portaria Interministerial MDIC/MCT n.º 842, de 27 de dezembro de 2007. Note-se, todavia, que são poucas as empresas que se utilizam de recursos naturais amazônicos como matéria-prima. No caso do PPB dos cosméticos, ele não gerou os resultados esperados, já que não atraiu investimentos expressivos para a região. BRIANEZI, Thaís. *O deslocamento do discurso sobre a Zona Franca de Manaus: do progresso à modernização tecnológica*. 2013. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Ambiental da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

33 ARAÚJO JUNIOR, José Tavares de. PPB como instrumento de política industrial: uma avaliação preliminar. *RBCE*, n. 119, abr./jun. 2014. p. 37.

34 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Parecer TC 013.747/2013-4 referente à auditoria sobre o funcionamento da Lei de Informática*. 2013. Disponível em: <www.creativante.com.br/download/TCUincentivosinformatica.doc>.

35 A falta de controle sobre a implantação de projetos de PPB e, ainda, sobre os seus efeitos sobre a região já havia sido detectada em meados da década de 90 por Lyra, Pinheiro e Sarmiento. Vide: LYRA, Flávio Tavares; PINHEIRO, Vinicius; SARMENTO, Viviane. *Os incentivos fiscais à indústria da Zona Franca de Manaus: uma avaliação (relatório final)*. Brasília: IPEA, 1995.

36 ARAÚJO JUNIOR, José Tavares de. PPB como instrumento de política industrial: uma avaliação preliminar. *RBCE*, n. 119, abr./jun. 2014. p. 37.

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. *MS 11.862/DF (2006/0106365-2)*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 22 de abril de 2009. p. 47. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6029445/mandado-de-seguranca-ms-11863-df-2006-0106365-2/relatorio-e-voto-12157822>>.

com o objetivo de proteger determinada indústria, ainda que esta seja caracterizada por um monopólio ou oligopólio.³⁸

Na seção seguinte, busca-se ilustrar dois PPBs emblemáticos nos quais regras de conteúdo local foram criadas ou alteradas num cenário em que a indústria produtora do insumo em questão era formada por uma ou duas empresas (monopólio ou duopólio).

Sem pretender expressar qualquer juízo de valor definitivo a respeito dos efeitos destes PPBs sobre a economia, este artigo, na realidade, visa chamar a atenção para algumas configurações que podem ser problemáticas.

6.1. PPBs: estudo de casos

6.1.1. Filme BOPP

Em junho 2013, por meio da Portaria Interministerial MDIC/MCTI n.º 214/2013 estabeleceu-se o PPB para o produto filme biaxialmente orientado de polipropileno (“filme de BOPP”), o qual é utilizado em uma variedade de embalagens flexíveis para a indústria alimentícia, de higiene pessoal, fita adesiva, dentre outras. O principal insumo deste produto é a resina de polipropileno (“resina de PP”).

De acordo com a Nota Técnica n.º 138/2013 da Secretaria de Desenvolvimento da Produção – SDP/MDIC, que embasou a aprovação deste PPB, o seu objetivo primordial era “estabelecer condições para preservar a igualdade de comercialização fora da Zona Franca de Manaus, possibilitando o equilíbrio da competitividade das empresas em todo o território nacional”.³⁹

A proposição do PPB ocorreu no contexto de implantação de uma nova unidade de filme de BOPP na ZFM. À época, a capacidade instalada para produção de filme de BOPP (225 Kton) no Brasil já excedia em cerca de 70% a demanda brasileira por este produto

38 Nesse sentido é o pronunciamento da SEAE na Nota Técnica n.º 47/2005 referente ao PPB de resina PET. BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. *Nota Técnica n.º 47/2005 referente ao PPB de resina PET (Proposta n.º 025/05)*. Brasília: SEAE, 2005.

39 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior Secretaria do Desenvolvimento da Produção. *Processo SDP/MDIC n.º 52001.000402/2013-21 relativo ao estabelecimento de PPB para filme de BOPP*. Brasília: SDP, 2013. p.88.

(133Kton).⁴⁰ Em razão da superprodução, foi sugerido inicialmente que o PPB fosse atrelado à exportação integral da produção da ZFM, de modo a impedir que o produto fosse vendido para o mercado brasileiro, prejudicando os fabricantes fora da ZFM⁴¹ que não gozavam dos mesmo benefícios fiscais.

Ao longo do processo, a ideia de vincular o PPB ao potencial exportador das empresas foi abandonada⁴² e substituída pela obrigação de aquisição de conteúdo local. Com isso, dentre as obrigações do PPB, ficou estabelecido que 50% da produção de filme BOPP realizada na ZFM deveria, obrigatoriamente, utilizar resina de PP produzida nacionalmente (dentro ou fora da ZFM) ao passo que os outros 50% poderia utilizar o insumo importado (art. 1º, inciso I, e parágrafos 1º e 3º).

Não restou claro, a partir da análise do processo, como a obrigação de conteúdo local poderia contribuir para o equilíbrio das atividades produtivas de filme de BOPP dentro e fora da ZFM. Além disso, uma série de fatores indicados por participantes do processo indicavam que a regra de conteúdo local, no caso específico, poderia gerar efeitos deletérios ao mercado como um todo. Dentre eles, pode-se citar:

- a. Monopólio na produção do insumo: no Brasil, havia um único fabricante de resina de PP no Brasil;
- b. Concorrência com o filme de BOPP importado estimulada por políticas nacionais: o Brasil exportava resina de PP brasileira a países circunvizinhos com benefícios fiscais e, posteriormente, importava filme de BOPP desses países a preços em condições fiscais privilegiadas (e.g. isenção de tributos via Mercosul ou via Acordo de Complementação Econômica - ACE)⁴³

40 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior Secretaria do Desenvolvimento da Produção. *Processo SDP/MDIC n.º 52001.000402/2013-21 relativo ao estabelecimento de PPB para filme de BOPP*. Brasília: SDP, 2013. p. 2.

41 Foi ressaltado que as atividades dos fabricantes de filme BOPP fora da ZFM geravam 1200 empregos e arrecadavam R\$ 300 milhões em tributos. BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior Secretaria do Desenvolvimento da Produção. *Processo SDP/MDIC n.º 52001.000402/2013-21 relativo ao estabelecimento de PPB para filme de BOPP*. Brasília: SDP, 2013. p. 3.

42 Da análise dos autos, não é possível inferir as razões pelas quais ela foi abandonada.

43 Os ACEs são acordos preferenciais de comércio que tem por objetivo a maior integração dos países da América Latina no contexto da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI). Nos termos do artigo 11 do Tratado de Montevideu, que institui a ALADI, “os ajustes de complementação econômica têm por finalidade, entre outras promover o máximo aproveitamento dos fatores da produção, estimular a complementação econômica, assegurar condições equitativas de concorrência, facilitar o acesso dos produtos ao mercado internacional e impulsionar o desenvolvimento equilibrado

Além disso, estavam em curso outras ações governamentais (direitos antidumping e investigação de subsídios) que impunham barreiras à importação de resina de PP,⁴⁴ afetando substancialmente o preço do principal insumo de filme de BOPP no Brasil.

Diante disso, têm-se uma série de fatores a ser ponderada no momento de definição da política de PPB, os quais estão ilustrados abaixo:

Figura1 - Fatores envolvendo o PPB de filme BOPP



Especificamente no caso, parece problemática a implantação de uma regra de conteúdo local quando o produtor nacional de resina de PP é monopolista e há barreiras (e.g. direitos antidumping) à entrada deste insumo, o que, em tese, poderia facilitar o exercício abusivo de poder de mercado por parte deste produtor. A teoria antitruste ensina que, em um mercado altamente concentrado, com altas barreiras à entrada e baixa rivalidade das importações, são altas a probabilidade de exercício abusivo de poder de mercado.⁴⁵ Um fornece-

e harmônico dos países-membros”. Citam-se os seguintes ACEs aplicáveis a resina de PP: ACE 36 (Bolívia), ACE 35 (Chile), ACE 59 (Equador, Bolívia e Venezuela), ACE 18 (Mercosul), ACE 58 (Peru).
 44 Mais especificamente, faz-se menção aos direitos antidumping que estavam em vigor, desde dezembro de 2010, às importações brasileiras de resina de PP originárias dos EUA (NCM 3902.10.20 e NCM 3902.30.00) (Resolução CAMEX n.º. 86/2010); à investigação antidumping aberta em 2012 para investigar a prática de dumping nas importações brasileiras de resina de PP originárias da África do Sul, Coreia do Sul e Índia, a qual resultou na aplicação de direitos provisórios (Resolução CAMEX n.º. 2/2014) e definitivos em 2014 (Resolução CAMEX n.º. 75/2014); à investigação de subsídios acionáveis nas exportações de resina de polipropileno originárias da África do Sul e Índia para o Brasil (Circular SECEX n.º 16/2013), iniciada em 2013 e encerrada a pedido da peticionária, por meio da Circular SECEX n.º. 56/2014. Em 2012, as importações originárias dos EUA, África do Sul, Coreia do Sul e Índia representavam mais de 50% do total das importações brasileiras de filme de PP, do que se infere que as medidas em curso, de fato, tinham um impacto no fornecimento do insumo para o país.

45 BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. *Guia para a Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal*. 2001. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/notas_imprensa/2000-1/guia-para-analise

dor monopolista de insumo se sentirá completamente à vontade para impor aumentos de preço em um cenário em que não haja concorrência de importações e as empresas locais sejam obrigadas a adquirir seu produto.

Por fim, a própria existência de excesso de oferta nacional de filme de BOPP e de políticas que estimulam as importações de filme de BOPP parece por em cheque a eficácia de um PPB para este produto no Brasil.

6.1.2. Pré-forma de resina PET

Em 2006, um PPB específico para a produção de pré-forma de resina PET foi estabelecido por meio da Portaria Interministerial MDIC/MCT n.º 15/2006. A pré-forma de resina PET é o principal insumo utilizado na fabricação de embalagens PET, comumente utilizadas em embalagens de bebidas e alimentos.

Dentre as etapas de produção, o PPB estipulava que:

O fabricante de pré-forma de resina PET instalado na Zona Franca de Manaus - ZFM deverá observar a utilização de, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) do total das aquisições de resina PET, em peso, proveniente da produção nacional. (art. 1.º, § 2.º).

O estabelecimento da obrigatoriedade de aquisição de resina PET nacional pelos fabricantes localizados na ZFM gerou muitas controvérsias. Antes da edição definitiva da norma, a SEAE emitiu um parecer no qual se manifestava no sentido de que esta obrigação criava uma reserva de mercado.

Com efeito, afirmou a SEAE que o mercado de resina PET era altamente concentrado, já que havia apenas dois fabricantes nacionais, e as importações eram o único remédio efetivo contra o abuso de poder de mercado. Nesse sentido, previu três grandes efeitos nocivos no mercado: (i) exercício de poder de mercado da empresa dominante no mercado de resina PET (aumento de preços, redução de quantidades ou diminuição do ritmo de inovações tecnológicas); (ii) aumento de preços de pré-formas, uma vez que seria restrito o acesso, por parte dos pré-formeiros da ZFM, a opções mais baratas de importação do insumo; e (iii) saídas das empresas de pré-forma da ZFM.⁴⁶

de-atos-de-concentracao-economica-horizontal-2000>.

46 BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. *Nota Técnica n. 47/2005 referente ao PPB de resina PET (Proposta n. 025/05)*. Brasília: SEAE, 2005. A edição da Portaria

Em 2015, o PPB para pré-forma de resina PET foi novamente alterado por meio da Portaria Interministerial MDIC/MCTI nº. 187/2015. A produção de resina PET foi colocada como uma etapa do PPB. Porém, como não há produtores de resina PET dentro da ZFM, estabeleceu-se que seria permitida sua “terceirização” nas demais regiões do País. Ademais, estipulou-se que os fabricantes de pré-forma instalada na ZFM deveriam adquirir 90% (e não mais 50%) de seu consumo de resina PET nacional.

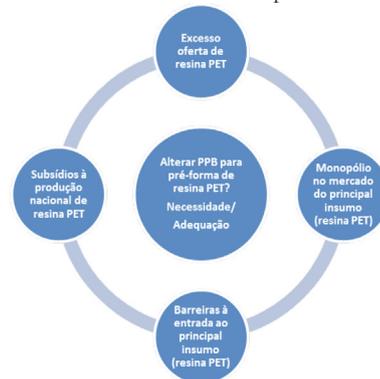
A Portaria Interministerial MDIC/MCTI nº. 187/2015 também suprimiu obrigação existente na Portaria Interministerial MDIC/MCTI nº 15/2006 que permitia certo balizamento dos preços cobrados pelos fabricantes nacionais de resina PET com o preço dos importados,⁴⁷ o que, em tese, reduziu ainda mais a pressão competitiva sobre a resina PET nacional.

Toda essa alteração do PPB de pré-forma para inclusão de obrigação de aquisição de resina PET nacional ocorreu, assim como no caso de filme de BOPP, em um contexto de mercado caracterizado por (i) altíssima concentração no mercado do principal insumo (resina PET);⁴⁸ (ii) existência de subsídios fiscais à indústria de resina PET⁴⁹; (iii) ações tendentes a barrar as impor-

tações de resina PET no Brasil,⁵⁰ e (iv), mais recentemente, superprodução de resina PET com a entrada em operação da Petroquímica Suape, ligada ao Grupo Petrobrás.⁵¹

tações de resina PET no Brasil,⁵⁰ e (iv), mais recentemente, superprodução de resina PET com a entrada em operação da Petroquímica Suape, ligada ao Grupo Petrobrás.⁵¹

Figura 2 - Fatores envolvendo o PPB de pré-formas de resina PET



Mais uma vez, o cenário sob o qual se desenha a política de conteúdo local é discutível. O percentual de conteúdo local foi aumentado justamente no momento em que houve superprodução da resina PET nacional, buscando-se, com a regra, a garantia de uma demanda mínima para a produção nacional deste insumo. Ademais, quase que concomitantemente foram acirradas as medidas tendentes a fechar o mercado brasileiro às importações desse insumo. Verifica-se aqui também uma situação onde, em tese, se propicia o exercício abusivo de poder de mercado pelo produtor de insumo, colocando em cheque eventuais benefícios da política industrial bem como seus objetivos desenvolvimentistas.

6.2. Política de PPB: uma análise sob a ótica do Acordo TRIMS e da Constituição Federal

6.2.1. PPB vs TRIMS

A depender do seu desenho, regras relacionadas a PPBs podem ir de encontro aos dispositivos do TRIMS e da própria Constituição Federal.

PRODEPE, instituído pela Lei n. 11.675/1999

50 A resina PET está sujeita ao licenciamento não automático de importação, regime administrativo que, em tese, burocratiza mais o processo de importação do produto.

51 O único produtor nacional de resina PET no Brasil era a M&G. No entanto, em 2014, começou a operar a Petroquímica Suape. Ambas as empresas produzirão, no total, cerca de 1 milhão de toneladas de resina PET, ao passo que a demanda brasileira é de apenas 500 mil. Cf. BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Secretaria do Desenvolvimento da Produção. *Processo n. 52001.001092/2-14-42 relativo à alteração da Portaria Interministerial MDIC/MCTI n. 15/2006*. Brasília: SDP, 2014.

e, mais especificamente, da regra de obrigatoriedade de aquisição de conteúdo local foi questionada perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Afora questões ligadas à motivação do ato administrativo, a então Relatora do caso, Ministra Eliana Calmon, entendeu que o PPB refletia uma prática de proteção estatal de criação de reserva de mercado, o que iria de encontro à legislação concorrencial pátria, cujo objetivo é coibir abuso de posição dominante. Note-se, todavia, que seu voto foi vencido e a maioria dos Ministros do STJ decidiram que a Portaria era legal, pois a institucionalização do índice de nacionalização da aquisição da resina PET estaria em linha com o princípio da tutela da indústria nacional e visava atender ao desenvolvimento sustentável e equilibrado do país. Ademais, os Ministros entenderam que não caberia ao Judiciário avaliar os critérios de adoção de determinada política econômica. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. *MS 11.862/DF (2006/0106365-2)*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 22 de abril de 2009. p. 47. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6029445/mandado-de-seguranca-ms-11863-df-2006-0106365-2/relatorio-e-voto-12157822>>.

47 A Portaria Interministerial MDIC/MCTI n. 187/2015 suprimiu o § 3º do art. 1º da Portaria Interministerial MDIC/MCTI, a qual estabelecia que, nas vendas na ZFM, “cada fabricante nacional de resina PET virgem deverá praticar, como referência de preço, o preço CIF, à vista, sem impostos, colocado em Manaus, que terá como limite máximo, o preço ex works médio ponderado, à vista, sem tributos, praticado em suas vendas realizadas no mercado interno nacional de resina PET virgem, excluído o do Pólo Industrial de Manaus”.

48 Até 2014, o único produtor de resina PET nacional era a M&G. Neste mesmo ano, entrou em operação a Petroquímica Suape (PQS).

49 Trata-se do Programa de Desenvolvimento de Pernambuco –

Nos termos do art. 2.1 do TRIMS, qualquer medida de investimento relacionada ao comércio que seja incompatível com as obrigações de tratamento nacional (art. III) e de eliminação das restrições quantitativas (art. XI) dispostos no GATT são proibidas.

Rememore-se que o princípio do tratamento nacional estabelece, em linhas gerais, que “os Membros não estão autorizados a conferir tratamento menos benéfico para os produtos importados somente com base em sua origem”.⁵² Por sua vez, de acordo com a regra de eliminação de restrições quantitativas, a menos que exceções do GATT se apliquem, os Membros não estão permitidos a banir as importações e exportações de bens ou sujeitá-las a quotas.

A jurisprudência do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC tem interpretado de forma bastante ampla a definição de medida de investimentos. Com efeito, no caso *Indonésia - Autos*, o Painel⁵³ considerou que as medidas de investimentos não estavam limitadas a medidas relativas a investimentos estrangeiros. Para o Painel, o Acordo TRIMS estava preocupado com exigências de conteúdo local cujo cumprimento é incentivado por meio da concessão de uma vantagem.⁵⁴ Além

disso, considerou que as medidas eram de investimentos porque elas tinham objetivos de investimentos, características de investimentos e eram voltadas para incentivar o desenvolvimento de capacidade de produção local para veículos motores, partes e componentes na Indonésia.⁵⁵

Diante dessa definição ampla de medida de investimento, é possível que se argumente que o PPB, pelo simples fato de conferir benefícios fiscais para a produção local, seria uma medida de investimento. Além disso, seria possível alegar que ele é incompatível ao Acordo TRIMS por priorizar produtos domésticos em detrimento de produtos importados. Com efeito, é exatamente esse tipo de argumentação que está sendo levada a cabo pela União Europeia (UE) contra o Brasil no contencioso *Brazil — Certain Measures Concerning Taxation and Charges*. De acordo com a UE,

PPBs aim at maximising domestic added value through “intensification” of the productive chain, while also increasingly requiring that components incorporated into the final product be, in all or in part, also produced in Brazil (including in accordance with their respective PPBs).⁵⁶

A discussão torna-se mais complexa para o Brasil quando o PPB, para além de prever etapas de produção na ZFM, estabelece para a empresa uma obrigação de aquisição de componentes ou insumos domésticos produzidos fora da ZFM. Isso porque a lista ilustrativa do TRIMS claramente proíbe medidas que condicionem uma vantagem à

compra ou o uso, por uma empresa, de produtos de origem nacional ou de qualquer fonte doméstica,

52 ARAÚJO, Leandro Rocha. O caso “Energia Renovável” na OMC: um precedente sobre os limites para a adoção de políticas públicas. In: BENJAMIN, Daniela Arruda (Coord.). *O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC: uma perspectiva brasileira*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2013. p. 459.

53 Para fins deste artigo, utiliza-se o termo “painel” como tradução livre do termo “panel” em inglês, conforme mencionado na versão em inglês do Entendimento relativo às Normas e Procedimentos sobre Soluções de Controvérsias. Note-se, todavia, que a versão oficial em português utiliza o termo “grupo especial”.

54 “We note that the use of the broad term ‘investment measures’ indicates that the TRIMS Agreement is not limited to measures taken specifically in regard to foreign investment. [N]othing in the TRIMS Agreement suggests that the nationality of the ownership of enterprises subject to a particular measure is an element in deciding whether that measure is covered by the Agreement. We therefore find without textual support in the TRIMS Agreement the argument that since the TRIMS Agreement is basically designed to govern and provide a level playing field for foreign investment, measures relating to internal taxes or subsidies cannot be construed to be a trade-related investment measure. We recall in this context that internal tax advantages or subsidies are only one of many types of advantages which may be tied to a local content requirement which is a principal focus of the TRIMS Agreement. The TRIMS Agreement is not concerned with subsidies and internal taxes as such but rather with local content requirements, compliance with which may be encouraged through providing any type of advantage. Nor, in any case, do we see why an internal measure would necessarily not govern the treatment of foreign investment” WORLD TRADE ORGANIZATION. *Relatório do Painel*, Indonésia: Certain Measures Affecting the Automobile Industry, WT/DS54/R. Geneva: WTO, 1998.

55 “On the basis of our reading of these measures applied by Indonesia under the 1993 and the 1996 car programmes, which have investment objectives and investment features and which refer to investment programmes, we find that these measures are aimed at encouraging the development of a local manufacturing capability for finished motor vehicles and parts and components in Indonesia. Inherent to this objective is that these measures necessarily have a significant impact on investment in these sectors. For this reason, we consider that these measures fall within any reasonable interpretation of the term ‘investment measures’. We do not intend to provide an overall definition of what constitutes an investment measure. We emphasize that our characterization of the measures as ‘investment measures’ is based on an examination of the manner in which the measures at issue in this case relate to investment. There may be other measures which qualify as investment measures within the meaning of the TRIMS Agreement because they relate to investment in a different manner” WORLD TRADE ORGANIZATION. *Relatório do Painel*, Indonésia: Certain Measures Affecting the Automobile Industry, WT/DS54/R. Geneva: WTO, 1998.

56 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Pedido de estabelecimento de painel pela União Europeia, Brasil: Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, WT/DS472/5. nov. 2014.

quer especificado em termos de produtos específicos, quer em termos de uma proporção do volume ou valor de sua produção local.

Nesse caso, importante atentar para a brecha legal indicada no caso *Canada – Renewable Energy*. Ao analisar se a exceção prevista no art. III:8(a) aplicável para compras governamentais também valia para o TRIMS, o Painel entendeu que uma vez que o Acordo TRIMS fazia referência ao artigo III do GATT, também incluía o art. III:8.⁵⁷ Com isso, reconheceu-se

importante espaço para a formulação de políticas públicas eventualmente discriminatórias executadas por meio de compras governamentais, desde que os requisitos do art. III:8(a) do GATT 1994 fossem observados.⁵⁸

O Órgão de Apelação (OA), por sua vez, reconheceu que as exceções do GATT aplicam-se ao Acordo TRIMS:

[...] There is little, if any, indication that the provisions of the TRIMs Agreement were intended to override rights recognized in the GATT, such as the right provided in Article III:8(a). On the contrary, several provisions of the TRIMs Agreement – particularly the initial clause of Article 2.1, and Articles 3 and 4 – would seem to reflect reiterative attempts to safeguard rights recognized in the GATT, rather than override them.⁵⁹

Ao entender que os dispositivos do TRIMS não têm o propósito de suplantar as obrigações do GATT, mas sim de salvaguardar os direitos reconhecidos no âmbito deste Acordo, o OA confirmou uma brecha relevante para aplicação das exceções ao GATT para justificar medidas discriminatórias que violem o artigo III do GATT e, conseqüentemente, o TRIMS. A propósito, o art. 3º do TRIMS estabelece que “todas as exceções sob o GATT de 1994 serão aplicáveis, conforme apropriado, aos dispositivos deste Acordo”.

Por exceções, entende-se aqui não apenas as exceções gerais ao GATT (art. XX) relacionada à proteção

da moralidade pública, da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais, dentre outros, como também às exceções de segurança (art. XXI), de emergência econômica (art. XIX), de balança de pagamentos (arts. XII e XVIII:B), de proteção à indústria infante (art. XVIII), do sistema geral de preferências (“enabling clause”) e sobretudo - o que se quer explorar na próxima seção deste artigo – a exceção de integração regional (art. XXIV).

Dessa maneira, políticas de conteúdo local, e no caso específico estudado, o PPB, poderiam ser defensáveis, alegando-se uma das justificativas relativas às essas exceções.

6.2.2. PPB vs. Constituição Federal

Ademais, do ponto de vista do direito interno, mais especificamente, da Constituição Federal, políticas de conteúdo local, e mais especificamente, os PPBs devem observar as disposições constitucionais. Nesse sentido, devem ser orientadas pelo objetivo de promoção do desenvolvimento nacional⁶⁰ e/ou redução das desigualdades regionais, nos termos do art. 3º, c/c art. 170, VII, c/c art. 174, caput e §1º, da Constituição Federal.

Assim, antes de implementadas, deve ser feito um juízo de necessidade e adequação a fim de analisar se de fato estão contribuindo para a promoção de atividades relevantes para o país, capazes de irradiar efeitos benéficos à economia como um todo. Conforme bem apontado por Silva,

as políticas de incentivo devem atenção aos motivos que as determinam: se elas visam fazer frente a um fator conjuntural, devem restar vigentes apenas enquanto subsistentes as causas que as legitimam, sob pena de que outros setores ou atividades realmente demandantes de incentivos deixem de ser fomentadas.⁶¹

57 WORLD TRADE ORGANIZATION. *Relatório do Painel, Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector and Canada: Measures Relating to the Feed-in Tariff Program*, WT/DS412/R and WT/DS426/R. Geneva: WTO, 2012.

58 ARAÚJO, Leandro Rocha. O caso “Energia Renovável” na OMC: um precedente sobre os limites para a adoção de políticas públicas. In: BENJAMIN, Daniela Arruda (Coord.). *O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC: uma perspectiva brasileira*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2013. p. 467.

59 WORLD TRADE ORGANIZATION. *Relatórios do Órgão de Apelação, Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector and Canada: Measures Relating to the Feed-in Tariff Program*, WT/DS412/AB/R and WT/DS426/AB/R. Geneva: WTO, 2013.

60 O reconhecimento do direito ao desenvolvimento nacional “tem por consequência o dever do Estado em intervir na esfera privada, por meio de incentivo, fomento e condução do desenvolvimento, principalmente nas etapas de formulação e implementação de políticas públicas que tenham por finalidade a efetivação dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais”. NASCIMENTO, André Jansen do. *Contratações públicas no âmbito da OMC: a política legislativa brasileira à luz do direito ao desenvolvimento*. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 191-209. p. 198.

61 SILVA, Danilo Tavares da. *Política industrial e desenvolvimento regional: o fomento estatal dos arranjos produtivos locais*. 2010. 165 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Financeiro, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 62.

No caso das políticas de conteúdo local, é necessário avaliar, por exemplo, que tipo de indústria se está incentivando, qual a extensão da indústria sobre a economia do ponto de vista de geração e redistribuição de renda, geração de empregos, disseminação de tecnologia; a proporção dos efeitos do incentivo do ponto de vista econômico e social; qual a estrutura de mercado e a viabilidade do incentivo neste contexto, dentre outros fatores.

Conforme disposto no art. 6º da Portaria Interministerial MDIC/MCT nº. 170/2010, que regulamenta o processo do PPB, em análise prévia de um projeto de PPB, deverão ser observados os seguintes critérios básicos:

- Busca do equilíbrio inter-regional, evitando-se o deslocamento de indústrias de regiões tradicionais produtoras do bem em análise ou a simples transferência de plantas industriais da empresa pleiteante já instaladas no País;
- Agregação de valor nacional à produção, por meio da atração de investimentos, que efetivamente, gerem níveis crescentes de produtividade e de competitividade, incorporem tecnologias de produtos e de processos de produção compatíveis com o estado da arte e da técnica e contemplem a formação e capacitação de recursos humanos para o desenvolvimento científico e tecnológico;
- Contribuição para o atingimento das macro-metas contidas na Política de Desenvolvimento Produtivo - PDP e em futuras políticas governamentais que promovam o desenvolvimento científico e tecnológico; e
- Incremento de oferta de emprego na região envolvida.

Ao menos com relação aos PPBs mencionados acima (filme de BOPP e pré-forma de resina PET), esses fatores parecem não ter sido analisados com rigor. A decisão de adoção do PPB parece ter sido o resultado de barganha política somada à falta de informações técnicas para embasamento do processo. Tampouco foi realizado o monitoramento desses dados ao longo do PPB, isto é, após sua implantação. Esse tipo de postura põe em cheque a própria constitucionalidade dos PPBs, haja vista seu descolamento com relação aos objetivos de redução das desigualdades regionais e de promoção do desenvolvimento.

Ademais, em sendo a política de conteúdo local uma intervenção na livre iniciativa dos particulares, deve ser dotada de razoabilidade e proporcionalidade de maneira a não resultar em um efeito líquido negativo para a sociedade. Nesse ponto, é muito importante que sejam institucionalizados mecanismos para avaliação dos efeitos reais dessas políticas sobre o mercado a fim de avaliar se elas são eficazes e se devem ser mantidas. A título ilustrativo, medidas que privilegiem apenas a determinados agentes econômicos, tenham efeitos de concentração de renda, não promovam o desenvolvimento tecnológico e a competitividade da indústria nacional no longo prazo não devem ser estimuladas no contexto de um programa de conteúdo local.

Essas condicionantes à política industrial refletidas na Constituição Federal são fundamentais para a adequada justificação da medida também no cenário internacional. Uma vez demonstrada que determinada política tem objetivos e efeitos voltados para o desenvolvimento nacional e para redução de desigualdades regionais ou sociais de um país, é mais palatável sua defesa enquanto uma restrição justificada em não arbitrária ao comércio internacional.

Internamente, todavia, há uma grande crítica à política de incentivos fiscais na ZFM. A região depende profundamente da manutenção indefinida desses incentivos.⁶² Há, nessa linha, uma ideia de que a ZFM não

62 “A discussão recente em torno de estímulos fiscais a setores específicos tem sido um dos desafios ao funcionamento da ZFM e colocado o PIM [Polo Industrial de Manaus] em evidência por conta de perdas ante outras localidades brasileiras em termos de diferenciais tributários que lhe conferem ou conferiam vantagem. Frente a tais circunstâncias as lideranças políticas regionais buscam prorrogar sua vigência para uma quase perenização e, ao mesmo tempo, estender sua base territorial, na suposição de que mais tempo e mais espaço blindarão a ZFM contra os dramáticos desafios que os cenários novos trazem para sua atual lógica de funcionamento. A história desses 45 anos de existência da ZFM atesta, de forma veemente, que apenas a ampliação de sua base territorial e de sua vigência não são condições para sua continuidade exitosa. Nos dias presentes, mesmo estando previstos constitucionalmente, seus incentivos não gozam de plena efetividade, pois ficam a mercê de decretos, resoluções, portarias e outros instrumentos infraconstitucionais, com particular destaque para os encaminhamentos dos Processos Produtivos Básicos (PPBs) em âmbito ministerial. [...]. Ademais, uma série de outros entraves, particularmente logísticos e de burocracia institucional, bem como, a fragilização do ente que a gerencia – a SUFRAMA, que tem enfrentado uma miríade de dificuldades, incluindo o contingenciamento dos recursos gerados pela sua Taxa de Serviços Administrativos (TSA) – são outros tantos fatores a indicar que somente prorrogar e ampliar pouco aclarará o horizonte da ZFM”. MACHADO, José Alberto da Costa; SÁ, Mauro Thury de Vieira. *Pólo Industrial de Manaus: suas transformações e seus*

atingiu os objetivos de desenvolvimento regional originalmente previstos.⁶³ Muito embora Manaus tenha experimentado o desenvolvimento e diversificação de sua produção, os efeitos desse desenvolvimento parecem não ter ultrapassado a própria ZFM. Isso se dá sobretudo porque a produção da ZFM é voltada primordialmente para o mercado Centro-Sul,⁶⁴ não tendo desenvolvido vínculos socioeconômicos com a economia da região Amazônica ou o Norte do país como um todo.⁶⁵

De acordo com Bercovici:

Os investimentos trazidos pelos incentivos da ZFM concentraram-se nas redondezas de Manaus, não se propagaram pelo restante da Amazônia Ocidental, seja pela infraestrutura inadequada ou pelas dificuldades de acesso e comunicação. Desta maneira, a ZFM revelou-se muito mais uma política de desenvolvimento urbano de Manaus do que uma política de desenvolvimento regional para a Amazônia Ocidental: as indústrias da ZFM têm tantas vantagens fiscais que inviabilizaram o surgimento ou o bom desenvolvimento de outras indústrias na Amazônia. Além disso, a maior parte das indústrias instaladas na ZFM não tem qualquer ligação com a estrutura socioeconômica da região. Toda a sua produção é voltada para o Centro-Sul, sem criar efeitos de encadeamento com setores econômicos regionais.⁶⁶

No entanto, o sucesso de uma zona especial de desenvolvimento, como é o caso da ZFM, está intimamen-

êxitos na agregação de valor regional, no período 1996-2009. 2012. p.9. Disponível em: <http://www.centrocelsofurtado.org.br/congresso2012/arquivos/file/15_Polo_Industrial_de_Manus.pdf>.

63 Miranda indica impactos negativos oriundos do modelo da ZFM, quais sejam: i) impacto insatisfatório e alcance restrito para os trabalhadores; ii) benefício para os produtores e empresas sediadas no Exterior; iii) transferências de recursos de Estados e Municípios brasileiros para as empresas da ZFM; e iv) esvaziamento do Interior do Amazonas. A esse respeito o autor afirma que “a renúncia fiscal feita em favor das empresas sediadas na ZFM tem como contrapartida uma menor arrecadação pública, da qual decorre menor capacidade da administração pública do Estado do Amazonas e de seus municípios para atender às demandas sociais, principalmente quanto à educação e saúde [...]”. MIRANDA, Ricardo N. de. *Zona Franca de Manaus: desafios e vulnerabilidades*. Textos para Discussão do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal, n. 126. 2013. p. 22.

64 Miranda sugere que a atividade da ZFM seria focada na montagem de peças e componentes importados de empresas estrangeiras, ou seja, de baixo valor agregado. Uma vez montados, os produtos seriam enviados para São Paulo, onde se localizam os escritórios de design, comercialização, marketing e distribuição comercial. MIRANDA, Ricardo N. de. *Zona Franca de Manaus: desafios e vulnerabilidades*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal, 2013. p. 4-5

65 Nesse sentido, MIRANDA, Ricardo N. de. *Zona Franca de Manaus: desafios e vulnerabilidades*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal, 2013. p. 4-5

66 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 135.

te ligada ao fato de ela conseguir superar gargalos econômicos, de infraestrutura, etc. e se integrar à economia nacional, promovendo o desenvolvimento não apenas da região, mas do país como um todo, seja pelo aspecto da competitividade de sua indústria, seja pelo aspecto de disseminação tecnológica e desenvolvimento.⁶⁷ Dessa maneira, uma política industrial que não tenha por propósito e efeito o atingimento desses objetivos estarão na contramão da Constituição Federal. Promoção de políticas públicas de transformação das estruturas socioeconômicas deve ter como fim a promoção do desenvolvimento equilibrado, buscando-se o desenvolvimento nacional e a redução das disparidades regionais. Qualquer outro objetivo ou efeito poderá dar origem a um questionamento legítimo de sua constitucionalidade.

6.3. Política de PPB e proposição para maior integração da América Latina

Conforme mencionado acima, uma das exceções que poderiam ser alegadas para justificar políticas de conteúdo local é justamente a questão da integração regional. Dentre as exceções ao descumprimento das normas do GATT chanceladas pela OMC está a contida no art. XXIV do GATT 1994, relacionadas justamente à integração regional, ou seja, à existência de uniões aduaneiras ou áreas de livre comércio. Dessa maneira, esta pode ser uma justificativa para afastar a aplicação das normas do GATT e, conseqüentemente, do Acordo TRIMS às políticas de conteúdo local que sejam desenhadas no contexto de acordos de integração regional. Conforme dito acima, a depender de como é desenhada e implementada, a política de conteúdo local pode ser um instrumento importante para o desenvolvimento. Trazê-la para o contexto de uma política regional sul-americana é uma forma que os países dessa região têm de não abrir mão de seu direito ao desenvolvimento frente a determinadas restrições de tratados multilaterais, como é o caso dos acordos da OMC.

Dentro da visão liberal da OMC, acordos regionais são positivos para a integração econômica e para a liberalização do comércio ainda que envolvam apenas alguns membros.⁶⁸ Dessa maneira, atendidas determi-

67 FAROLE, Thomas et al. *Special economic zones: What have we learned?* World Bank, Poverty Reduction and Economic Management Network, 2011. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/INTPREMNET/Resources/EP64.pdf>>.

68 BOSSCHE, Peter Van Den; ZDOUC, Werner. *The Law and*

nadas condições, uniões aduaneiras e áreas de livre comércio podem ser justificativas de medidas que sejam inconsistentes com o GATT.

No caso de uniões aduaneiras, o GATT exige a satisfação de dois requisitos: (i) um interno, relacionado à eliminação de taxas e outras regras restritivas ao comércio com relação a substancialmente todo o comércio de produtos originados neste território; e (ii) outro externo, relativo à aplicação, pelos membros da união aduaneira, de substancialmente as mesmas taxas e outras regras restritivas ao comércio com relação a países não integrantes da união. No caso das áreas de livre comércio apenas o requisito (i) é necessário.

Além disso, o GATT também garante um tratamento diferenciado e mais benéfico às relações comerciais entre países contíguos ao estabelecer no art. XXIV.3(a) que o GATT não será interpretado de forma a impedir “vantagens concedidas por qualquer parte contratante a países adjacentes para facilitar o tráfego fronteiriço”.

Dessa maneira, o Brasil poderia tirar melhor proveito dessas exceções, reformulando suas políticas de conteúdo local e, mais especificamente, os PPBs na ZFM, para torná-los uma política industrial em prol da integração regional. Os acordos regionais estimulam e são estimulados pela cadeia global de valores. Dessa maneira, “em um mundo onde a produção é desterritorializada de forma crescente, bens e serviços dependem de uma cooperação estreita de agentes econômicos localizados em diferentes países.”⁶⁹ Tem-se, nesse sentido, uma oportunidade de se aumentar os fluxos comerciais entre o Brasil e os países latino-americanos, em especial, aqueles que teriam mais facilidade de acesso ao mercado da ZFM (e.g. Peru, Colômbia, Venezuela, Guianas, Suriname, Bolívia) na medida em que se vincule os PPBs à aquisição de insumos destes países.

Trata-se de um verdadeiro projeto de integração da Amazônia, de repensá-la como uma região transnacional e sul-americana,⁷⁰ que realiza uma política industrial

Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials. 3. ed. Cambridge University Press, 2013.

69 AMARAL JUNIOR, Alberto. Is Trade Governance Changing? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 370-382, 2015. p. 380. O autor ainda ressalta que a descentralização da governança do comércio global via acordos preferenciais de comércio e mega-acordos é uma tendência atual, embora a OMC se mantenha como guardiã maior das regras de liberalização comercial.

70 Vide, nesse sentido: BECKER, Bertha K. Geopolítica da Amazônia. *Estudos avançados*, v. 19, n. 53, p. 71-86, 2005.

integrada que visa a gerar retornos positivos para todos os países desse eixo. Trata-se de uma estratégia de fortalecimento comercial, econômico e social da América do Sul, de aproveitamento da biodiversidade e do potencial fluvial da região, e do estímulo à produção de produtos sul-americanos que possam concorrer no cenário internacional.

Também há uma oportunidade de reduzir a dependência da ZFM com relação ao Centro-Sul do Brasil por meio da diversificação dos mercados, o que pode, inclusive, levar à sua expansão. É necessário, todavia, identificar as áreas, onde a adoção desse tipo de política seja benéfica, não onere os setores produtivos e, de fato, promova vínculos que beneficiem a região do ponto de vista econômico e social.

Nesse contexto, é fundamental que esforços políticos sejam realizados para (i) identificar o melhor arranjo produtivo, identificando as regiões que melhor possam desempenhar cada operação da cadeia de valor, e também, (ii) para propiciar as condições mais adequadas seja do ponto de vista comercial, seja sob a perspectiva regulatória; e (iii) para estimular o desenvolvimento tecnológico e a competitividade da indústria.

Naturalmente, esse tipo de medida também exige que seja garantida uma estrutura de acesso que propicie a consolidação de cadeias produtivas regionais e do comércio intra-indústria. Trata-se de institucionalizar uma verdadeira estratégia regional de investimento ao contrário de uma estratégia focada apenas em preferências tarifárias. Isso implica projetos de integração física, por meio de infraestrutura de transportes, desenvolvimento e ampliação de mecanismos de financiamento, aumento dos mecanismos de facilitação do comércio, cooperação técnica nas áreas de capacitação empresarial e tecnológica, dentre outras.⁷¹

A região amazônica, no entanto, como um todo sofre com inúmeros gargalos em sua infraestrutura que oneram o escoamento de produtos da região. A título ilustrativo, a infraestrutura portuária e a rodoviária são precárias, faltam linhas de crédito para o transporte hidroviário.⁷² Há, ainda, questões relevantes que envol-

71 PEREIRA, Lia Valls. Os acordos Sul-Sul firmados pelo Mercosul: uma avaliação sob a ótica brasileira. In: VEIGA, Pedro da Motta (Coord.). *Comércio e Política Comercial no Brasil: desempenho, interesses e estratégias*. São Paulo: Singular, 2007.

72 Conforme conclusões do II Encontro da Indústria Naval no Amazonas, Manaus, 2015. Vide também ANTUNES, Antonio Cerqueira et al. *Infraestrutura na América do Sul: Situação atual*,

vem o fornecimento de energia, a infraestrutura de telecomunicações entre os países que estão localizados no eixo amazônico (i.e. Brasil, Peru, Equador e Colômbia) e, ainda, segurança.⁷³ Neste contexto, vale ressaltar que, dentre as diretrizes do Plano Nacional de Exportações (2015-2018), constam (i) o aprofundamento da integração comercial no Mercosul, o aperfeiçoamento dos instrumentos comuns de política comercial e a remoção de barreiras ao comércio; (ii) o fortalecimento das relações comerciais com parceiros prioritários, aproveitando-se, no caso de parceiros latino-americanos, o diálogo no âmbito das comissões de monitoramento do comércio e das comissões administradoras dos Acordos de Complementação Econômica (ACEs); e (iii) a conclusão e a ampliação das negociações do modelo brasileiro de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI), com foco inicial na América Latina, na África e no Oriente Médio. Também há projetos para aumento da acessibilidade da ZFM. Nesse contexto, Manaus foi incluída na segunda etapa do Programa de Investimen-

necessidades e complementaridades possíveis com o Brasil. Brasil: Naciones Unidas Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2007.

73 “Os centros de geração e distribuição dos sistemas elétricos dos países do Eixo estão muito longe da região amazônica, o que dificulta sua integração física. No caso brasileiro, os sistemas mais robustos de transmissão de energia elétrica se encontram na região sudeste e sul do país. O potencial hidroelétrico do rio Madeira, águas acima do Porto Velho, sua eventual interconexão com a região e com o resto do sistema elétrico brasileiro, surge como uma parte de solução a médio prazo. As cidades amazônicas dos quatro países amazônicos estão muito distantes entre si e são abastecidas por sistemas isolados de geração de eletricidade, com a única exceção de Pulcalpa. Normalmente o abastecimento é feito por pequenos grupos geradores. É possível, no futuro, resolver tal problema pelo aproveitamento de pequenas hidrelétricas, pela energia fotovoltaica, e da energia proveniente da utilização de biomassa e de biodiesel - esse último obtido pela mistura do diesel com óleo vegetal da região. Os sistemas atuais de telecomunicações utilizam satélites ou cabos submarinos internacionais via Caribe, mas os fluxos de telefonemas, bem como outros circuitos dedicados à transmissão de dados, não são suficientes. Os sistemas de fibra óptica não alcançam a região amazônica, onde se opera com sistemas de comunicação por satélite complementados por enlaces de microondas em áreas de transição da selva para outro ecossistema (caso de Porto Velho, oriente do Equador e sul da Colômbia, por exemplo). Visto como sistema de transporte multimodal, o Eixo necessitará construir ou melhorar acessos terrestres e contar com serviços de segurança nas rotas. Hoje as travessias das serras, dos rios e das zonas desabitadas são feitas com muitas incerteza de tráfego, aumentando o custo do transporte. Tal sistema de transporte multimodal que se deseja estabelecer no futuro conta com enormes dificuldades pelo número de obstáculos e pelas distâncias a vencer”. ANTÚNES, Antonio Cerqueira et al. *Infraestrutura na América do Sul: Situação atual, necessidades e complementaridades possíveis com o Brasil*. Brasil: Naciones Unidas Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2007.

to em Logística (PIL) para obter ajuda para alavancar a economia com benefício à ZFM. Na capital amazônica, um porto no Distrito Industrial será objeto de arrendamento por meio de licitação por outorga e oito Terminais de Uso Privado (TUPs) estão em processo de autorização pela Secretaria de Portos. O governo de Amazonas busca, ainda, em uma próxima etapa, incluir outras questões logísticas do Amazonas como a duplicação de rodovias e construção de portos.⁷⁴

Deve-se também mencionar a iniciativa para a Integração da Infraestrutura Regional da América do Sul (IIRSA), anunciada em setembro de 2000, durante a Primeira Reunião de Presidentes da América do Sul. A iniciativa tem por objetivo estimular o desenvolvimento dos países sul-americanos, por meio da superação dos entraves econômicos à integração econômica. Dessa maneira, a IIRSA identificou uma carteira de projetos de integração física em torno de corredores logísticos. Em 2011, a IIRSA foi absorvida pelo IIRSA pelo Conselho Sul-americano de Infraestrutura e Planejamento (Cosiplan), da União de Nações Sul-americanas (Unasul), o que deu um caráter mais institucional à iniciativa, que agora trabalha com projetos prioritários, definidos a partir do consenso entre os países.⁷⁵ Diante disso, é importante que o Brasil repense em estratégias que efetivamente promovam o aprofundamento da integração comercial seja com países do Mercosul, seja com outros países latino-americanos, em especial, aqueles com que faça fronteira.

A elaboração de PPBs que estabeleçam regras de conteúdo regional (em oposição a regras de conteúdo nacional apenas) seria uma solução interessante na medida em que fortaleceria a integração do país com parceiros latino-americanos ao mesmo tempo em que mitigaria (embora não eliminasse) riscos de questionamento da política no âmbito do Sistema Multilateral de Comércio.

Note que esse tipo de medida já foi adotado no PPB para pneumáticos para bicicletas, motocicletas e moto-

74 PORTAL DA AMAZÔNIA. *Zona Franca de Manaus é incluída na 2 etapa do Programa de Investimento em Logística*. Disponível em: <<http://portalamazonia.com/noticias-detalle/economia/zona-franca-de-manau-e-incluida-na-2a-etapa-do-programa-de-investimento-em-logistica/?cHash=8457337892d8828488bca4856f6f440b>>.

75 COSTA, Carlos Eduardo Lampert; GONZALEZ, Manuel José Forero. *Infraestrutura e integração regional: a experiência da IIRSA na América do Sul*. *Boletim de Economia e Política Internacional*, n. 18, set./dez. 2014. Os autores, após minucioso estudo, concluem pela insatisfatoriedade dos resultados promovidos pela iniciativa.

netas industrializados na ZFM. Dentre as etapas obrigatórias do PPB está a fabricação de borracha natural e borracha sintética, a qual, no entanto, poderá ser terceirizada em outras regiões do País e também nos demais Países membros do Mercosul, atendendo às Regras de Origem previstas no Decreto nº. 2.874/1998.⁷⁶

Esse tipo de sistemática poderia ser utilizada para incentivar o comércio com outros países fronteiriços que participem ou não do Mercosul.

Naturalmente, como ressaltado, esse tipo de proposição depende de uma série de estudos adicionais que analisem desde a viabilidade política até a econômica do projeto. No entanto, trata-se de um ponto a se pensar sobretudo no contexto do debate de maior integração dos países latino-americanos.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se verificou, o Brasil defende a flexibilização das regras do Acordo TRIMS para que medidas de investimentos, incluindo regras de conteúdo local, sejam permitidas no âmbito da OMC. A principal justificativa é que essas regras são de fundamental importância para o processo de desenvolvimento sobretudo dos países emergentes.

No entanto, ao se analisar a política brasileira de conteúdo local, mais especificamente, casos atrelados à política de PPBs da ZFM, constata-se que há certo descompasso entre o discurso desenvolvimentista do Brasil nos fóruns internacionais e a política interna (ao menos no caso dos dois PPBs analisados). Com efeito, critica-se a ausência, por parte do governo brasileiro, de uma política pública bem planejada e racional, que efetivamente garanta bases sólidas para o desenvolvimento do país.

No caso específico dos PPBs, verifica-se a ausência de uma gestão organizada da informação para avaliação dos impactos da política pública. Institui-se a política, mas não se monitora os seus resultados. Ademais, foram mencionados alguns exemplos de PPBs (i.e. filme de BOPP e pré-forma de resina PET) nos quais se observa uma descoordenação de políticas públicas e um eventual desvio de finalidade do mecanismo. Ao invés de se garantir o desenvolvimento, privilegiam-se deter-

minados agentes econômicos em detrimento da sociedade como um todo. Ademais, de modo geral, critica-se a própria política de incentivos fiscais da ZFM, que tem sido sujeita a sucessivas prorrogações. Em resumo, há uma percepção, por parte de certos autores, de que essa política não promoveu o desenvolvimento da Amazônia Ocidental, tendo beneficiado apenas Manaus em si. Os incentivos fiscais da ZFM impediram a consolidação de indústrias em outras localidades do Amazonas e a grande dependência da ZFM com relação aos mercados do Centro-Sul brasileiro não permitiu um maior encaideamento das áreas e setores com a estrutura socioeconômica em que se insere. Dessa forma, não se desenvolveu um mercado verdadeiramente regional e problemas socioeconômicos remanescem.

A Constituição Federal, no entanto, determina, nos termos do art. 3º, c/c art. 170, VII, c/c art. 174, caput e §1º, que o governo promova políticas públicas que visem ao desenvolvimento equilibrado do país e a redução de disparidades regionais. Trata-se de verdadeiro mandamento que estabelece uma vinculação negativa dos poderes públicos. Os atos que contrariem essas determinações deverão ou ser eliminados ou readequados.

Diante desse contexto e da necessidade de readequação da política de PPB, refletiu-se sobre quais seriam seus contornos de modo que pudesse cumprir os objetivos constitucionais ao mesmo tempo em que pudesse ser justificada internacionalmente no âmbito da OMC.

Ao estudar o TRIMS, concluiu-se, à luz de seus dispositivos e também da análise da jurisprudência da OMC, que as exceções que se aplicam ao GATT também devem se aplicar àquele Acordo. Nesse sentido, dentre outros contextos, seria possível adotar políticas de conteúdo local no âmbito de áreas de livre comércio, uniões aduaneiras e comércio transfronteiriço.

Diante desse cenário, propôs-se, dentre soluções para melhor readequação da política de PPB, que ela fosse inserida num plano de desenvolvimento e integração regionais. Sob esta perspectiva, em tese, sequer o Acordo TRIMS necessitaria ser modificado para que o Brasil se mantivesse em cumprimento a esse Acordo.⁷⁷ Especialmente no caso da ZFM, a ideia seria intensificar a integração com países latino-americanos, em especial, aqueles que tenham mais facilidade de acesso àquele

⁷⁷ Note-se, todavia, que, do ponto de vista dos países em desenvolvimento, a flexibilização do Acordo TRIMS continua a ser desejável.

área (e.g. Peru, Colômbia, Venezuela, Guianas, Suriname, Bolívia).

Sob este plano, buscar-se-ia maior integração regional, não apenas sob o aspecto de preferência tarifária, mas sobretudo por meio de projetos de integração física (i.e. infraestrutura de transportes), desenvolvimento e ampliação de mecanismos de financiamento, aumento dos mecanismos de facilitação do comércio, cooperação técnica nas áreas de capacitação empresarial e tecnológica, dentre outras. A ideia, portanto, seria promover políticas de conteúdo local que efetivamente contribuam para o desenvolvimento, promovendo vínculos que beneficiem países da América Latina do ponto de vista econômico e social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL JUNIOR, Alberto. Is Trade Governance Changing? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 370-382, 2015.
- ANTÚNES, Antonio Cerqueira et al. *Infraestrutura na América do Sul: Situação atual, necessidades e complementaridades possíveis com o Brasil*. Brasil: Naciones Unidas Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2007.
- ARAÚJO JUNIOR, José Tavares de. PPB como instrumento de política industrial: uma avaliação preliminar. *RBCE*, n. 119, abr./jun. 2014.
- ARAÚJO, Leandro Rocha. O caso “Energia Renovável” na OMC: um precedente sobre os limites para a adoção de políticas públicas. In: BENJAMIN, Daniela Arruda (Coord.). *O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC: uma perspectiva brasileira*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2013.
- BALASUBRAMANYAM, Vudayagiri. Host country FDI policies and development objectives. In: *UNCTAD: The development dimension of FDI: policy and rule-making perspectives*. Geneva: UNCTAD, 2003.
- BECKER, Bertha K. Geopolítica da Amazônia. *Estudos avançados*, v. 19, n. 53, p. 71-86, 2005.
- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 142, abr./jun. 1999.
- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BOSSCHE, Peter Van Den; ZDOUC, Werner. *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*. 3.ed. Cambridge University Press, 2013.
- BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. *Guia para a Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal*. 2001. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/notas_imprensa/2000-1/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-economica-horizontal-2000>.
- BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. *Nota Técnica n. 47/2005 referente ao PPB de resina PET (Proposta n. 025/05)*. Brasília: SEAE, 2005.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Secretaria do Desenvolvimento da Produção. *Processo n. 52001.001092/2-14-42 relativo à alteração da Portaria Interministerial MDIC/MCT n. 15/2006*. Brasília: SDP, 2014.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Secretaria do Desenvolvimento da Produção. *Processo SDP/MDIC n. 52001.000402/2013-21 relativo ao estabelecimento de PPB para filme de BOPP*. Brasília: SDP, 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. *MS 11.862/DF (2006/0106365-2)*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 22 de abril de 2009. p. 47. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6029445/mandado-de-seguranca-ms-11863-df-2006-0106365-2/relatorio-e-voto-12157822>>.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Parecer TC 013.747/2013-4 referente à auditoria sobre o funcionamento da Lei de Informática*. 2013. Disponível em: <www.creativante.com.br/download/TCUincentivosinformatica.doc>.
- BRIANEZI, Thaís. *O deslocamento do discurso sobre a Zona Franca de Manaus: do progresso à modernização tecnológica*. 2013. Tese. (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Ambiental da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- BUNN, Isabella D. *The right to development and international economic law: legal and moral dimensions*. Londres: Bloomsbury Publishing, 2012.

- CELLI JUNIOR, Umberto. Os Acordos de Serviços (GATS) e de Investimentos (TRIMS) na OMC: espaço para políticas de desenvolvimento. *Cadernos PROLAM/USP*, São Paulo, v. 1, p. 03-20, 2007.
- COSTA, Carlos Eduardo Lampert; GONZALEZ, Manuel José Forero. Infraestrutura e integração regional: a experiência da IIRSA na América do Sul. *Boletim de Economia e Política Internacional*, n. 18, set./dez. 2014.
- DAIBERT, Leticia de Souza; PERES, Ana Luísa Soares. Governança global e a Organização Mundial do Comércio: desafios impostos pelo novo mandato de desenvolvimento. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2014, p. 217-238.
- DE MAN, Philip; WOUTERS, Jan. *Improving the Framework of Negotiations on International Investment Agreements*. 2012. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2274811> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2274811>>.
- FAROLE, Thomas et al. *Special economic zones: What have we learned?* World Bank, Poverty Reduction and Economic Management Network, 2011. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/INT-PREMNET/Resources/EP64.pdf>>.
- GEREFFI, Gary. Global Value Chain Perspective on Industrial Policy and Development in Emerging Markets. *A. Duke J. Comp. & Int'l L.*, v. 24, p. 433, 2013.
- KUMAR, Nagesh. *Performance Requirements as Tools of Development Policy: Lessons from Experiences of Developed and Developing Countries for the WTO Agenda on Trade and Investment*. London: Zed Press, Putting Development First, 2005.
- LYRA, Flávio Tavares; PINHEIRO, Vinicius; SARMENTO, Viviane. *Os incentivos fiscais à indústria da Zona Franca de Manaus: uma avaliação (relatório final)*. Brasília: IPEA, 1995.
- MACHADO, José Alberto da Costa; SÁ, Mauro Thury de Vieira. *Pólo Industrial de Manaus: suas transformações e seus êxitos na agregação de valor regional, no período 1996-2009*. 2012. Disponível em: <http://www.centrocelsofurtado.org.br/congresso2012/arquivos/file/15_Polo_Industrial_de_Manus.pdf>.
- MASHAYEKHI, Mina. *Trade-related investment measures*. In: *UNCTAD Positive Agenda and Future Trade Negotiations*. Geneva: UNCTAD, 2000.
- MIRANDA, Ricardo N. de. *Zona Franca de Manaus: desafios e vulnerabilidades*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal, 2013.
- NASCIMENTO, André Jansen do. Contratações públicas no âmbito da OMC: a política legislativa brasileira à luz do direito ao desenvolvimento. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 191-209.
- NASSER, Rabih Ali. *A OMC e os Países em Desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *The Mandated Review of the TRIMs Agreement: Paragraph 12(b) of the Doha Ministerial Declaration: Implementation-related issues and concerns (tíret 40): communication from Brazil and India*. Council for Trade in Goods and Committee on Trade-Related Investment Measures. G/C/W/428. Geneva: WTO, 2002.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Pedido de estabelecimento de painel pelo Japão, Brasil: Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, WT/DS497/1. Geneva: WTO, 2015.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Pedido de estabelecimento de painel pela União Europeia, Brasil: Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, WT/DS472/5. Geneva: WTO, 2014.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Relatórios do Órgão de Apelação, Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector and Canada: Measures Relating to the Feed-in Tariff Program*, WT/DS412/AB/R and WT/DS426/AB/R. Geneva: WTO, 2013.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Relatório do Painel, Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector and Canada: Measures Relating to the Feed-in Tariff Program*, WT/DS412/R and WT/DS426/R. Geneva: WTO, 2012.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Relatório do Painel, Indonesia: Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, WT/DS54/R. Geneva: WTO, 1998.
- PEREIRA, Lia Valls. Os acordos Sul-Sul firmados pelo Mercosul: uma avaliação sob a ótica brasileira. In: VEIGA, Pedro da Motta (Coord.). *Comércio e Política Comercial no Brasil: desempenho, interesses e estratégias*. São Paulo: Singular, 2007.
- PORTAL DA AMAZÔNIA. *Zona Franca de Manaus é incluída na 2 etapa do Programa de Investimento em Logística*.

Disponível em: <<http://portalamazonia.com/noticias-detalle/economia/zona-franca-de-manaus-e-incluida-na-2a-etapa-do-programa-de-investimento-em-logistica/?cHash=8457337892d8828488bca4856f6f440b>>.

SERÁFICO, José; SERÁFICO, Marcelo. A Zona Franca de Manaus e o Capitalismo no Brasil. *Estudos Avançados*, Brasília, v. 19, n. 54, ago. 2005.

SILVA, Danilo Tavares da. *Política industrial e desenvolvimento regional: o fomento estatal dos arranjos produtivos locais*. 2010. 165 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Financeiro, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

TEIXEIRA, Louisiana Cavalcanti. *A Zona Franca de Manaus: evolução e resultados*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2013.

VELOSO, Francisco. *Local Content Requirements and Industrial Development Economic Analysis and Cost Modeling of the Automotive Supply Chain*. 2001. Tese. (Doutorado). Massachusetts Institute of Technology, 2001.

WADE, Robert Hunter. What strategies are viable for developing countries today? The World Trade Organization and the shrinking of 'development space'. *Review of international political economy*, v. 10, n. 4, p. 621-644, 2003.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Estudios de caso de rechazos
en frontera de exportaciones
alimentarias latinoamericanas
por motivos relacionados
con medidas técnicas no
arancelarias**

**Case studies of Latin American
food related export refusals
for reasons related to technical
non-tariff measures**

Sofía Boza

Juan Rozas

Rodolfo Rivers

Estudios de caso de rechazos en frontera de exportaciones alimentarias latinoamericanas por motivos relacionados con medidas técnicas no arancelarias*

Case studies of Latin American food related export refusals for reasons related to technical non-tariff measures

Sofía Boza**

Juan Rozas***

Rodolfo Rivers****

ABSTRACT

This paper aims to analyze border refusals regarding Latin American exports due to non-compliance of technical requirements. For this, three case studies which aim to cover the regional diversity involved are presented: Chile, Costa Rica and the Dominican Republic. Food exports sent to the United States and the European Union from January 2002 to December 2013 were analyzed, focusing on rejections and the reasons why. In this regard, it is noted that the country with the most cases of rejection of exports is the Dominican Republic, the main reason being the presence of pesticides, failures in product manufacturing or because it was filthy or decomposed. For Costa Rica, the main reasons for rejection are the presence of pesticides, failures in manufacturing and the labeling not meeting the requirements of the target markets. Whereas in Chile, the main reasons are that the products were filthy or decomposed as well as there being failures in manufacturing. Considering the results obtained, it can be concluded that Costa Rica and the Dominican Republic have improvements to make mostly in their productive stages, while Chile must do so in its post productive stage. This research is a contribution to the study of the impact of the technical requirements in international trade, as well as to the emerging literature on export refusals.

Keywords: International trade. Agricultural products. Technical non-tariff measures. Refusals. Latin America.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto hacer un análisis de los rechazos en frontera de exportaciones latinoamericanas de alimentos por incumplimiento de requisitos técnicos. Para ello, se presentan tres estudios de caso con los que se trata de abarcar la diversidad regional: Chile, Costa Rica y República Dominicana. Para cada uno de ellos se analizaron las exportaciones

* Recibido em 23/03/2016
Aprovado em 12/06/2016

** Profesora asistente, Departamento de Economía Agraria, Facultad de Ciencias Agronómicas de la Universidad de Chile. Santa Rosa 11315, La Pintana. 8820808. Santiago, Chile. (sofiaboza@u.uchile.cl).

*** Núcleo de Estudios en Desarrollo Internacional, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile. Condell 249, Providencia. 7500753. Santiago, Chile. (jroz@u.uchile.cl).

**** Consultor, Oficina Regional para América Latina y el Caribe de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. Dag Hammarskjöld 3241, Vitacura. 7630412. (rrivers@gmail.com)

agroalimentarias enviadas a Estados Unidos y la Unión Europea desde enero del 2002 hasta diciembre de 2013, en base a los rechazos y los motivos. Al respecto, se observa que el país con más casos de rechazo de exportaciones es República Dominicana, siendo el principal motivo la presencia de pesticidas, fallas en la manufactura del producto o porque éste estaba sucio/descompuesto. Para Costa Rica, los principales motivos de rechazo son presencia de pesticidas, fallas de manufactura y etiquetado no acorde a lo exigido en los mercados de destino. Mientras que para Chile los principales motivos son que los productos estaban sucios/descompuestos o con fallas en la manufactura. Considerando los resultados obtenidos, se concluye que Costa Rica y República Dominicana tienen mejoras que realizar principalmente en su etapa productiva, mientras que Chile en su etapa post productiva. Esta investigación supone una contribución al estudio del impacto de los requisitos técnicos en el comercio internacional, así como a la incipiente literatura sobre rechazos de exportaciones, la cual ha tenido un escaso desarrollo para América Latina.

Palabras-clave: Comercio internacional. Productos agroalimentarios. Medidas sanitarias y fitosanitarias. Rechazos. América Latina.

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de “Seguridad Alimentaria” engloba no solamente el acceso y la disponibilidad por parte de la población de alimentos suficientes, sino que éstos sean inocuos, saludables y nutritivos. Respecto a la inocuidad, la Organización Mundial de la Salud (OMS) la relaciona con la no generación de enfermedades en los consumidores, asociadas éstas a bacterias, virus, parásitos o químicos tóxicos para el organismo. Según FAO la inocuidad es una dimensión indispensable dentro de la noción de “calidad alimentaria”, la cual debería estar garantizada, pero no es la única. La calidad comprendería además otras características de los alimentos, como por ejemplo sus cualidades organolépticas, nutricionales, funcionales o incluso las implicaciones sociales y/o ambientales de su producción. Es decir, todo aquello que genere una mayor utilidad al consumidor¹.

1 ORGANIZACIÓN PARA LA AGRICULTURA Y ALIMENTACIÓN. *Inocuidad y calidad de los alimentos en Europa*.

La mayoría de las características señaladas tienen en común que no pueden ser comprobadas directamente por el individuo al realizar la compra, e incluso ni siquiera al momento de consumir el producto. Éstas pertenecen a los categorizados como “atributos de creencia”², distintos de las experiencias sensoriales, emocionales y racionales que implica habitualmente el proceso de compra³. A pesar de lo anterior, las cualidades señaladas pueden tener una influencia muy significativa en la decisión de compra del consumidor, en la medida de su potencial para alterar su satisfacción. En este contexto, para evitar que la asimetría de información derive en fraudes o, por el contrario, en inhibir la adquisición de un producto que efectivamente cumple con características deseadas, se han generado mecanismos tanto públicos como privados con el fin de ofrecer información confiable que pueda guiar el proceso de compra. Inclusive, en el caso en el cual el alimento suponga un riesgo para la salud de los potenciales consumidores, dichos mecanismos evitarían su comercialización.

Lo mencionado se basa en el establecimiento de normas voluntarias u obligatorias, cuyo cumplimiento sea fiscalizado. Cuando nos referimos a la inocuidad de los alimentos, dichas normas suelen ser de carácter obligatorio, impuestas por el sector público. Sin embargo, cuando tienen que ver con otras dimensiones de la calidad alimentaria encuentran cabida aquellas de carácter voluntario, cuya definición puede emerger tanto del sector público como del sector privado. En el caso de los requisitos impuestos por el sector público, con el fin de propender a que éstos sean lo menos lesivos posible para el comercio internacional, los países miembros de la Organización Mundial de Comercio establecieron el marco normativo multilateral al cual deben atender. Lo anterior, quedó reflejado en el Acuerdo sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC), ambos resultados de la Ronda de Negociaciones de Uruguay.

aspectos relacionados con la calidad, el equilibrio nutricional, la importancia de los terrenos agrícolas y el patrimonio cultural (“terroirs”). In: CONFERENCIA REGIONAL DE LA FAO PARA EUROPA. 24., 2004. 2004.

2 DARBY, Michael R.; KARNI, Edi. Free Competition and the Optimal Amount of Fraud. *Journal of Law and Economics*, v. 16, n. 1, p. 67-88. 1973.

3 BASHAR, Abu; AHMAD, Irshad; WASI, Mohammad. A Study of Influence of Demographic Factors on Consumer Impulse Buying Behavior. *Journal of Management Research*, v. 13, n. 3, p. 145-154, 2013.

Las fallas en el cumplimiento de estos requisitos técnicos pueden motivar el rechazo en frontera de los cargamentos, representando una pérdida tanto de los ingresos esperados por las ventas como del costo del transporte. Asimismo, puede implicar perjuicios a la imagen del país del cual proceden los productos, generando desconfianza para cargamentos a futuro e incluso, en casos particularmente graves, el cierre temporal de las fronteras. Así mismo, da lugar a preguntarse si existen problemas en los productos que se están destinando a mercados externos, si éstos no se replicarán de igual manera, o incluso con más gravedad, para aquellos que se comercializan en el mercado local.

América Latina no está en absoluto al margen de las situaciones mencionadas, dado que como fue señalado, es exportador neto de productos agroalimentarios a países con altos estándares de calidad e inocuidad. En este sentido, de acuerdo a datos del Banco Mundial las exportaciones agrícolas representan más del 20% del valor total de las exportaciones regionales, con una balanza ampliamente positiva. Los principales destinos de dichas exportaciones son Estados Unidos y la Unión Europea. Estos mercados han experimentado un incremento de los requisitos de calidad e inocuidad en los alimentos importados⁴, por lo que es de suponer que las inspecciones que se realizan en sus fronteras son especialmente exigentes.

En Estados Unidos si bien más de una docena de agencias federales comparten jurisdicción en materia de inocuidad de los alimentos, la Food and Drug Administration (FDA) supervisa la inspección de casi la totalidad de las importaciones, pero debido a sus recursos limitados sólo revisa en frontera el 1% de los cargamentos, dando prioridad a aquellos posiblemente más riesgosos⁵. El rol de la FDA es garantizar que los alimentos en mal estado, no aptos para el consumo humano o que contengan un mal etiquetado no lleguen al comprador, mediante el rechazo del producto.

4 BOZA, Sofía; FERNÁNDEZ, Felipe. World Trade Organization members' participation in mechanisms under the Sanitary and Phytosanitary Agreement. *International Journal of Trade and Global Markets*. En prensa.

5 ARTECONA, Raquel; FLORES, Fernando. *Observatorio del control aduanero a las importaciones de Estados Unidos: Estándares Técnicos*. Washington DC: CEPAL, 2009; GAO. *Food Safety: Federal Efforts to Ensure the Safety of Imported Foods are Inconsistent and Unreliable*. Report to the Chairman, Permanent Subcommittee on Investigations. Washington DC.: U.S. Senate. 1998; ELDER, David. *Ensuring the safety of imported products: consumer updates*. 2013.

Para el caso europeo, en el ámbito de la protección sanitaria, actúan los siguientes cuatro órganos: Dirección General de la Salud y Protección de los Consumidores (DG SANCO), Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA), Comité Permanente de la Cadena Alimentaria y de Sanidad Animal y la Oficina Alimentaria y Veterinaria (OAV)⁶. En este contexto, un instrumento clave de coordinación es el Sistema de Alerta Rápida Para Alimentos y Piensos (RASFF), el cual permite compartir información entre las autoridades de control sanitario mencionadas.

Considerando el contexto presentado, este artículo tiene como objetivo abordar el análisis de los rechazos en frontera de las exportaciones regionales por el no cumplimiento de requisitos técnicos, sanitarios y fitosanitarios. Para ello, se estudiaron tres casos, con los cuales se trata de recoger la diversidad regional: Chile (América del Sur), Costa Rica (América Central) y República Dominicana (El Caribe). En cada caso se analizaron las exportaciones alimentarias enviadas a Estados Unidos y la Unión Europea entre 2002 y 2013, registrando los rechazos de dichas exportaciones y los motivos de los mismos. Los datos necesarios para lo anterior fueron obtenidos del Food and Drug Administration (FDA) para el caso de Estados Unidos y del Sistema de Alerta Rápida para Alimentos y Piensos (RASFF) para la Unión Europea.

2. ESTUDIOS DE CASO SOBRE RECHAZOS DE EXPORTACIONES ALIMENTARIAS

2.1. Chile

a) Rechazos en la frontera de Estados Unidos

Entre 2002 y 2013, la FDA registró 607 bloqueos a productos chilenos en la frontera de Estados Unidos, con 635 reportes⁷ cuyos motivos se especifican en la tabla a continuación.

6 BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Guía para la exportación de productos agrícolas y alimentos a la Unión Europea*. 2010.

7 Si bien son 607 los rechazos en las fronteras de Estados Unidos, algunos de los productos implicados tenían más de un motivo para ser rechazados, es por ello que se registró un mayor número de reportes.

Tabla 1 - Registros de rechazos en EEUU según motivo (2002-2013)

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Total
Pesticida	8	7	11	5	5	9	3	2	2	12	11	19	94
Bacteria	8	6	7	3	7	1	1	1	12	19	11	17	93
Sucio/ descompuesto	13	12	19	10	10	12	11	44	7	48	4	6	196
Fallas manufactura	2	21	19	9	7	12	9	2	0	2	48	5	136
Venoso	2	2	1	2	2	2	0	3	1	3	5	3	26
Sin permiso FCE	1	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3
Droga veterinaria	0	0	0	0	1	0	0	4	1	6	0	3	15
Etiquetado	2	6	14	3	6	5	7	15	3	2	3	6	72
Total violaciones	36	55	72	32	38	41	31	71	26	92	82	59	635

Fuente: Elaboración propia en base a datos de la FDA (2014)

Como se observa, en los 12 años estudiados la principal causa de rechazo de cargamentos⁸ es por malas condiciones higiénicas (descomposición principalmente, visible o identificable por malos olores). La segunda causa es por fallas de manufactura relacionadas también a aspectos sanitarios, es decir, productos rechazados por haberse demostrado su manufactura o empaque en condiciones poco higiénicas pero no relacionadas a descomposición natural de los alimentos, sino por contaminación derivada de malas prácticas. Es necesario destacar la cantidad de productos rechazados sólo por no cumplir con las normas de etiquetado, pues estos son productos *a priori* en buenas condiciones, pero acompañados de una etiqueta sin el nombre del fabricante, con una denominación correspondiente a otro alimento o no estaban en inglés.

En la tabla 2 se presenta el número de rechazos de los cargamentos por tipo y por año. Los envíos con más rechazos son los pescados (entre ellos jurel, salmón, pez espada y anchoveta), siendo las causas principales el encontrarse en estado de descomposición, o por ser considerados venenosos por índices de mercurio que superaban la norma. El segundo lugar en número de rechazos corresponde a frutas frescas, siendo el principal motivo del bloqueo, la presencia de pesticidas no permitidos. Por otra parte, los frutos secos y crustáceos y mariscos, tienen mayor número de rechazos por descomposición y los jugos de fruta y otros productos industriales procesados (como pastas, golosinas, chocolates y refrescos) no eran acompañados de una etiqueta adecuada.

8 Entendiendo cargamento conforme a la definición realizada por el Departamento de Agricultura de Estados Unidos como un lote único de un determinado producto alimenticio ofrecido por un transportista determinado en un determinado lugar y tiempo (BUZBY; UNNEVEHR; ROBERTS, 2008).

Tabla 2 - Registros de rechazos por producto y por año en EEUU (2002-2013)

	Pescados	Mariscos	Verduras	Frutas	Frutos secos	Hongos	Espécias	Jugos	Lácteos	Otros indus.
2002	15	5	1	5	6	2	0	3	1	0
2003	19	8	3	9	6	1	0	1	3	1
2004	27	10	2	13	8	0	0	0	1	5
2005	9	6	2	5	4	0	0	1	0	2
2006	24	1	1	7	1	0	0	0	0	1
2007	17	1	2	9	1	0	0	0	4	2
2008	7	2	3	2	7	0	0	2	0	6
2009	16	3	7	37	0	0	1	0	0	7
2010	8	8	1	3	4	0	0	0	0	2
2011	23	20	1	13	34	0	0	0	0	0
2012	65	1	0	12	2	0	0	0	0	0
2013	24	5	2	17	5	0	0	1	0	1
Total	254	70	25	132	78	3	1	8	9	27

Fuente: Elaboración propia en base a datos de la FDA (2014)

Finalmente, considerando el total de productos rechazados, se observa un incremento drástico el año 2011 pero con una caída en el 2013, a pesar del aumento de exportaciones silvoagropecuarias a Estados Unidos en dicho año.

b) Rechazos en la frontera de la Unión Europea

Existen 217 registros de cargamentos sometidos a notificaciones. De estos, 90 son medidas de información, 33 de alerta y 94 de rechazo de productos⁹ (tabla 3). Las causas específicas por año, se presentan en la tabla 4.

Tabla 3 - Cantidad de notificaciones de la UE por tipo y por año (2002 - 2013)

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Total
Información	5	3	8	10	6	12	5	10	13	10	3	5	90
Alerta	1	1	1	5	3	8	1	1	4	6	1	1	33
Rechazo	0	0	0	0	0	0	2	20	7	42	18	5	94
Total	6	4	9	15	9	20	8	31	24	58	22	11	217

Fuente: Elaboración propia en base a información del RASFF (2014)

Tabla 4 - Registros de notificaciones en la Unión Europea por motivo (2002 - 2013)

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Total
Pesticida	0	0	0	2	1	7	2	2	4	0	1	0	19
Bacteria y virus	5	2	9	4	2	4	1	1	3	20	2	0	53
Sucio/ descompuesto	0	0	0	0	0	3	1	15	5	16	10	3	53

9 Las notificaciones de alerta se realizan en el caso de que estén a la venta alimentos o piensos que presenten un grave riesgo y deban emprenderse acciones de forma rápida. Las notificaciones de información se usan en la misma situación, pero cuando los otros miembros no deben adoptar medidas de forma rápida porque el producto no se encuentra en el mercado o el riesgo no se considera grave. El rechazo en frontera afecta a las remesas de alimentos y piensos que se han examinado y rechazado en las fronteras exteriores de la UE al detectarse un riesgo sanitario.

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Total
Fallas manufactura	0	0	0	2	1	3	3	7	7	10	6	2	41
Venoso	0	1	0	5	5	2	1	5	5	10	3	5	42
Sin permiso	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Droga veterinaria	1	1	0	2	0	0	0	0	0	2	0	0	6
Etiquetado	0	0	0	0	0	1	0	1	0	0	0	1	3
Total violaciones	6	4	9	15	9	20	8	31	24	58	22	11	217

Fuente: Elaboración propia en base a información del RASFF (2014)

Nuevamente, la principal causa de notificación de productos alimentarios chilenos, corresponde a productos descompuestos o sucios. La misma cantidad de notificaciones corresponde a presencia de bacterias y virus, principalmente *Salmonella*, y *E. coli*. Además, un número importante de productos fueron notificados por considerarse venenosos (principalmente productos del mar con elevados niveles de mercurio, y crustáceos y mariscos con presencia de metales pesados). Toma asimismo importancia las etapas posteriores a la extracción y/o producción, ya que por ejemplo muchos productos del mar fueron notificados por ruptura de la cadena de frío en el transporte.

La tabla 5 muestra la cantidad de cargamentos notificados desde enero del 2002 hasta diciembre del 2013 según productos. La lista está encabezada por los productos del mar y seguida por las frutas frescas, cuyo motivo de rechazo es principalmente presencia de pesticidas o fungicidas. Dentro del ítem “otros industriales”, se encuentra la harina de pescado, golosinas, vinos y productos de panadería principalmente.

Tabla 5 - Registro de notificaciones por producto y por año en la UE (2002-2013)

	Pescados	Carne y aves	Marisco	Verduras	Frutas frescas	Frutos secos	Hongos	Espicias	Lácteos	Otros indus.
2002	0	4	2	0	0	0	0	0	0	0
2003	0	0	3	0	0	0	0	0	0	1
2004	0	0	9	0	0	0	0	0	0	0
2005	3	0	5	0	3	3	0	0	0	1
2006	2	0	4	0	2	0	0	0	0	1
2007	4	0	3	0	6	5	0	0	0	2
2008	1	1	1	0	2	1	1	1	0	0
2009	13	0	5	0	6	4	0	0	1	2
2010	10	1	2	0	7	3	0	0	0	1
2011	18	0	10	1	2	5	0	0	0	22
2012	3	0	11	0	2	3	0	0	0	3
2013	3	2	5	0	1	0	0	0	0	0
Total	57	8	60	1	31	24	1	1	1	33

Fuente: Elaboración propia en base a información del RASFF (2014)

Finalmente, el mayor número de notificaciones ocurrió el 2011, pero con tendencias al alza en el número de notificaciones desde el 2003, año en que comenzó a regir el acuerdo comercial entre Chile y la UE.

2.2. Costa Rica

a) Rechazos en la frontera de Estados Unidos

Se registraron 419 reportes de violaciones de requisitos técnicos de productos costarricenses en las fronteras de Estados Unidos entre enero del 2002 y diciembre del 2013, para 392 cargamentos de productos rechazados. La cantidad de rechazos por causa específica se presenta en la tabla 6. Como se observa, la principal causa de rechazos de productos es por presencia de pesticidas, principalmente en frutas frescas, verduras y tubérculos, mientras que la segunda causa es haberse comprobado fallas sanitarias en la manufacturación de los productos. La tercera causa en importancia es por fallas en etiquetado, seguida por el estado de descomposición del producto.

Tabla 6 - Registros de rechazos en Estados Unidos por motivo (2002 - 2013)

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Total
Pesticida	8	28	4	9	9	6	0	0	1	11	44	19	139
Bacteria	2	2	4	2	4	0	0	2	3	9	1	1	30
Sucio/descompuesto	6	8	8	2	3	4	4	6	2	3	5	1	52
Fallas manufactura	6	7	26	22	17	3	9	3	1	2	10	5	111
Venoso	2	3	1	2	1	6	0	1	0	0	1	1	18
Sin permiso FCE	0	0	2	0	1	0	0	0	0	0	0	0	3
Droga veterinaria	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Etiquetado	5	1	17	1	9	5	6	4	0	1	8	9	66
Total violaciones	29	49	62	38	44	24	19	16	7	26	69	36	419

Fuente: Elaboración propia en base a datos de la FDA (2014)

En la tabla 7, se especifica la naturaleza de los productos rechazados. Estos son principalmente pescados, verduras y tubérculos. Si bien el ítem “otros industriales” tiene un mayor número de rechazos, está compuesto por una amplia gama de productos, entre ellos golosinas, artículos de pan y pastelería y salsas de origen vegetal y cárnico.

Tabla 7 - Registros de rechazos por naturaleza del producto y por año (2002-2013)

	Pescados	Mariscos	Hort. y tuberc.	Frutas	Legum. y cereal	Espicias	Jugos	Lácteos	Otros indus.
2002	8	1	2	7	0	8	0	0	1
2003	10	1	8	4	1	19	0	1	4
2004	9	1	6	5	2	7	0	10	19
2005	6	2	3	6	0	0	0	2	18
2006	9	0	8	2	0	0	0	1	17
2007	10	0	3	4	0	0	3	0	2
2008	4	0	0	0	0	0	0	0	10
2009	3	0	0	2	1	1	1	0	4
2010	1	0	2	1	0	3	0	0	0
2011	1	0	6	4	1	13	0	0	1
2012	15	0	21	11	2	7	2	0	11
2013	1	0	8	3	7	5	0	0	10
Total	77	5	67	49	14	63	6	14	97

Fuente: Elaboración propia en base a datos de la FDA (2014)

En cuanto al total de cargamentos rechazados, si bien se observó una tendencia a su disminución hasta el 2010, tuvo lugar un fuerte aumento el año 2012.

b) Rechazos en la frontera de la Unión Europea

Entre 2002 y 2013 la UE emitió 30 reportes contra productos agrícolas costarricenses, de estos 6 son correspondientes a rechazos en frontera (tabla 8).

Tabla 8 - Cantidad de notificaciones de la UE por tipo y por año (2002-2013)

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Total
Información	0	0	0	1	0	3	1	0	2	1	0	5	13
Alerta	0	0	0	3	2	2	1	0	0	0	1	2	11
Rechazo	0	0	0	0	0	0	1	3	2	0	0	0	6
Total	0	0	0	4	2	5	3	3	4	1	1	7	30

Fuente: Elaboración propia en base a información del RASFF (2014)

Las notificaciones específicas por año se presentan en la tabla 9.

Tabla 9 - Registros de notificaciones en UE según motivos (2002 - 2013)

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Total
Pesticida	0	0	0	0	0	3	2	1	1	1	0	6	14
Bacteria	0	0	0	0	2	1	0	0	0	0	0	1	4
Sucio/descompuesto	0	0	0	0	0	0	1	1	2	0	0	0	4
Fallas manufactura	0	0	0	2	0	1	0	1	1	0	1	0	6
Venoso	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Sin permiso	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Droga veterinaria	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Etiquetado	0	0	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0	2
Total violaciones	0	0	0	6	2	5	3	3	4	1	1	7	30

Fuente: Elaboración propia en base a información del RASFF (2014)

Se observa que la principal causa de notificaciones de la Unión Europea para productos de Costa Rica es por la presencia de pesticidas seguido por manufactura en malas condiciones higiénicas o ruptura de la cadena de frío en el transporte. No hubo en ese periodo, notificaciones por incumplimiento a las normas de etiquetado, ni presencia de drogas veterinarias en los productos de origen animal. La naturaleza de los productos notificados se muestra en la tabla 10, siendo las frutas frescas los productos con un mayor número de acciones emitidas.

Tabla 10 - Registros de notificaciones por producto y por año

	Pescados	Frutas frescas	Tubérculos	Café	Comida dietética
2002	0	0	0	0	0
2003	0	0	0	0	0
2004	0	0	0	0	0
2005	3	0	0	0	1
2006	2	0	0	0	0
2007	1	4	0	0	0
2008	0	2	0	1	0
2009	1	0	2	0	0
2010	1	3	0	0	0
2011	0	1	0	0	0
2012	0	0	0	0	1
2013	0	7	0	0	0
Total	8	17	2	1	2

Fuente: Elaboración propia en base a información del RASFF (2014)

En cuanto a la cantidad de cargamentos notificados por año, se observa que el mayor número se registró el año 2013 con 7 notificaciones, seguido por 5 notificaciones ocurridas el 2007.

2.3. República Dominicana

a) Rechazos en la frontera de Estados Unidos

Desde enero de 2002 hasta diciembre de 2013, 3.355 cargamentos dominicanos fueron rechazados en las fronteras de Estados Unidos, presentando algunos de estos más de un motivo de rechazo, con 3.364 registros que son detallados en la tabla a continuación.

Tabla 11 - Registros de rechazos en Estados Unidos por motivo (2002 - 2013)

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Total
Pesticida	161	292	392	330	742	494	47	29	39	34	31	127	2718
Bacteria	0	0	1	0	0	0	0	5	12	14	7	15	54
Sucio/descompuesto	5	12	50	12	7	5	18	2	4	6	10	46	177
Fallas manufactura	5	2	22	32	11	10	11	9	7	13	23	65	210
Venoso	1	0	0	1	1	1	3	5	6	0	3	0	21

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Total
Sin permiso FCE	0	0	0	1	1	1	2	0	0	5	0	4	14
Droga veterinaria	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Etiquetado	11	14	26	6	22	13	6	3	15	10	17	27	170
Total violaciones	183	320	491	382	784	524	87	53	83	82	91	284	3364

Fuente: Elaboración propia en base a datos de la FDA (2014)

El principal motivo de rechazo de productos dominicanos es por presencia de pesticidas y luego por fallas comprobables en la manufactura del producto, siendo manipulado o envasado en condiciones higiénicas que no cumplieran con las normas requeridas para ingresar al mercado estadounidense.

Por otra parte, los productos más rechazados son verduras, frutas utilizadas como hortalizas, tubérculos, frutas frescas y luego leguminosas y cereales (tabla 12).

Tabla 12 - Cantidad de rechazos por producto y año en Estados Unidos (2002-2013)

	Pescados	Mariscos	Hort. y tuberc.	Frutas	Legum. y cereal	Espicias	Jugos	Lácteos	Otros indus.
2002	0	1	129	22	17	3	1	1	8
2003	0	4	192	68	39	0	0	1	11
2004	2	0	306	91	93	5	2	56	9
2005	0	0	243	20	79	1	1	35	3
2006	0	0	382	204	199	3	1	5	4
2007	0	0	298	130	74	0	7	2	12
2008	0	1	39	8	13	0	11	0	15
2009	0	0	24	9	3	1	3	0	12
2010	0	0	49	8	3	0	7	0	16
2011	0	0	46	4	2	2	1	5	16
2012	0	1	22	9	4	1	4	10	20
2013	0	1	82	49	24	0	3	34	29
Total	2	8	1812	622	550	16	41	149	155

Fuente: Elaboración propia en base a datos de la FDA (2014)

Agrupando por año, se observa que el mayor número de productos rechazados ocurrió el año 2006, para descender abruptamente luego del 2007 por mejora en las prácticas productivas, de inspección de los productos a exportar o por salida del mercado de los productores y/o exportadores a los que se les rechazaba un gran número de mercancías.

b) Rechazos en la frontera de la Unión Europea

Al respecto, desde enero de 2002 hasta diciembre de 2013, existen 104 notificaciones de acciones tomadas en contra de productos agropecuarios dominicanos en el mercado europeo. De estas, 28 son notificaciones de información, 1 es de alerta y 75 son de rechazo de productos en frontera (tabla 13).

Tabla 13 - Cantidad de notificaciones de la UE por tipo y por año (2002 - 2013)

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Total
Información	0	0	0	2	4	4	2	0	2	6	7	1	28
Alerta	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	1
Rechazo	0	0	0	0	0	0	1	0	12	15	27	20	75
Total	0	0	0	2	4	4	4	0	14	21	34	21	104

Fuente: Elaboración propia en base a información del RASFF (2014)

Las razones de las notificaciones emitidas son principalmente por presencia de pesticidas (100 notificaciones); sin embargo, en el periodo también existen 3 notificaciones acusando productos descompuestos o sucios y 1 fallas sanitarias en la manufactura o transporte. No existe otro tipo de notificación en el periodo (tabla 14).

Tabla 14 - Registros de notificaciones en la Unión Europea (2002 - 2013)

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Total
Pesticida	0	0	0	1	4	4	4	0	14	20	32	21	100
Bacteria y virus	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Sucio/descompuesto	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	2	0	3
Fallas manufactura	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Venenosos	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Sin permiso	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Droga veterinaria	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Etiquetado	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Total violaciones	0	0	0	2	4	4	4	0	14	21	34	21	104

Fuente: Elaboración propia en base a información del RASFF (2014)

Analizando la tipología de los productos notificados (tabla 15), se observa que las verduras, se encuentran en primer lugar, seguidas de las leguminosas y posteriormente de las frutas frescas. Por su parte, el año 2012 es el que tuvo mayor número de notificaciones.

Tabla 15 - Cantidad de notificaciones por producto y año en la UE (2002-2013)

	Verduras	Frutas frescas	Frutos secos	Legumbres	Tubérculos	Chocolate
2002	0	0	0	0	0	0
2003	0	0	0	0	0	0
2004	0	0	0	0	0	0
2005	0	1	1	0	0	0
2006	1	0	0	3	0	0
2007	2	1	0	1	0	0
2008	1	1	0	2	0	0
2009	0	0	0	0	0	0
2010	12	0	0	2	0	0
2011	10	3	0	3	5	0
2012	17	8	0	8	0	1
2013	14	1	0	6	0	0
Total	57	15	1	25	5	1

Fuente: Elaboración propia en base a información del RASFF (2014)

3. CONSIDERACIONES FINALES

Los resultados de rechazos de exportaciones en frontera encontrados en este estudio sugieren, entre otras cosas, el nivel de conocimiento o de información que maneja la industria privada respecto de los requerimientos de sus clientes en el extranjero y de la legislación internacional que rige el comercio de alimentos a nivel global; la capacidad de supervisión y de gestión que tienen los países para verificar la producción de alimentos, en este caso en particular sobre los que se exportan; cifras y datos concretos para priorizar acciones, tomar decisiones sobre qué aspectos reforzar y sobre qué materias fortalecer. Mientras más información de este tipo se tenga o se pueda acceder, de mayor calidad van a ser las decisiones que se tomen para mejorar la situación.

En América Latina y el Caribe, donde muchos de sus países son exportadores netos de alimentos, el fortalecimiento de los sistemas de control es de vital importancia, no tan solo para evitar que productos puedan ocasionar daños a la salud pública, animal y vegetal, sino como un medio para fomentar el comercio internacional de alimentos. Existen numerosos registros en los principales mercados notificando el rechazo de envíos por fallas evitables. Considerando los casos estudiados, Costa Rica y República Dominicana tienen problemas principalmente en su etapa productiva, mientras que Chile en su etapa post productiva. Al respecto, si los países en estudio enfrentan importantes desafíos comunes para superar obstáculos que les impiden garantizar hoy el nivel de inocuidad de los alimentos exportados, siendo estos más rigurosos, cabe preguntarse cómo es el nivel de inocuidad de los consumidos en el mercado interno.

Lamentablemente, una de las limitaciones del presente estudio es que no fue posible con la información disponible determinar la cantidad exacta de alimentos rechazados y por ende los valores relacionados a pérdidas por rechazos en frontera, pues sólo se contó con notificaciones de rechazo correspondientes a cada incumplimiento, sin especificar otras unidades. Además se desconocen los formatos de venta de los productos rechazados, dato importante al buscar valorizar, pues algunos formatos adquieren precios significativamente superiores a otros. De hecho, el Departamento de Agricultura de Estados Unidos reconoce que la información entregada por la FDA es incompleta. Aun así, estos datos

podrían ser estimados bajo cálculos indirectos basados en suposiciones de capacidad de contenedores rechazados y valores de mercado de las mercancías notificadas. Lo que sí está claro es que muchos rechazos en frontera de productos agroalimentarios serían evitados con un uso adecuado de pesticidas respetando los períodos de carencia, invirtiendo en mecanismos de transporte que aseguren cadena de frío ininterrumpida, acompañando los productos de etiquetas acorde a lo demandado por el importador e informándose de los productos anexos permitidos en los distintos mercados, como conservantes, abrillantadores o algún otro aditivo.

Considerando lo anterior, los gobiernos de la región deben visualizar la inocuidad alimentaria como un tema trascendental, comprometiendo mayores recursos en primera instancia para acercar la realidad de cada uno de estos países a los estándares esperados de países desarrollados, mejorando los sistemas de control de alimentos y más aún, la legislación y los procesos de inspección desde una perspectiva de análisis de riesgo, para reducir gastos en salud pública derivados de Enfermedades de Transmisión por Alimentos y recursos destinados a mitigaciones por presencia de nuevas plagas y contaminantes, así como la imposibilidad de ingresar los cargamentos rechazados en los mercados internacionales de destino. Este es el marco, a partir del cual se deberían ampliar y mejorar las capacidades humanas, institucionales y de infraestructura necesarias para responder con más eficacia y rapidez a los nuevos riesgos e innovaciones del sector alimentario; consolidándose la confianza de los consumidores, tanto de los mercados nacionales como externos de toda la región.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ARTECONA, Raquel; FLORES, Fernando. *Observatorio del control aduanero a las importaciones de Estados Unidos: estándares técnicos*. Washington DC: CEPAL, 2009.
- BASHAR, Abu; AHMAD, Irshad; WASI, Mohammad. A Study of Influence of Demographic Factors on Consumer Impulse Buying Behavior. *Journal of Management Research*, v. 13, n. 3, p. 145-154, 2013
- BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Guía para la exportación de productos agrícolas y alimentos a la Unión Europea*. 2010. Notas Técnicas.

BOZA, Sofía; FERNÁNDEZ, Felipe. *World Trade Organization members' participation in mechanisms under the Sanitary and Phytosanitary Agreement. International Journal of Trade and Global Markets*. En prensa.

BUZBY, Jean; UNNEVEHR, Laurian; ROBERTS, Dona. Food Safety and Imports: An Analysis of FDA Food-Related Import Refusal Reports. *Economic Information Bulletin* 58626, n 39, p. 49. 2008.

DARBY, Michael R.; KARNI, Edi. Free Competition and the Optimal Amount of Fraud. *Journal of Law and Economics*, v. 16, n. 1, p. 67-88. 1973.

ELDER, David. *Ensuring the safety of imported products: consumer updates*. 2013.

ORGANIZACIÓN PARA LA AGRICULTURA Y ALIMENTACIÓN. Inocuidad y calidad de los alimentos en Europa: aspectos relacionados con la calidad, el equilibrio nutricional, la importancia de los terrenos agrícolas y el patrimonio cultural (“terroirs”). In: CONFERENCIA REGIONAL DE LA FAO PARA EUROPA, 24., 2004. 2004.

GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. *Food safety: Federal Efforts to Ensure the Safety of Imported Foods are Inconsistent and Unreliable*. Report to the Chairman, Permanent Subcommittee on Investigations. Washington DC.: U.S. Senate, 1998.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

América do Sul em face dos tratados bilaterais de investimento: rumo ao retorno do Estado na solução de controvérsias?

South America and Bilateral Investment Treaties: Towards a Return of the State in the Dispute Settlement System?

Magdalena Bas

América do Sul em face dos tratados bilaterais de investimento: rumo ao retorno do Estado na solução de controvérsias?*

South America and Bilateral Investment Treaties: Towards a Return of the State in the Dispute Settlement System?

Magdalena Bas**

RESUMO

Este trabalho, parte integrante de uma pesquisa financiada pela Comissão Setorial de Pesquisa Científica (*Universidad de la República*, Uruguai), busca contribuir para o debate sobre os mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado baseados, especialmente, nos tratados bilaterais de investimento (TBIs) e o Centro Internacional de Solução de Controvérsias Relativas a Investimento (ICSID) (sistema TBIs-ICSID) (1965). O artigo tem por escopo: 1) sistematizar os TBIs em vigor em Estados sul-americanos, salvo exceções, conforme os mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado; 2) examinar as posições estatais sobre a matéria mediante a construção de uma tipologia de Estados, enquadrada na teoria dos regimes internacionais. Metodologicamente opta-se por uma abordagem jurídico-descritiva com o intuito de abranger as três dimensões do Direito: normas, fatos e valores. Toma-se como universo de estudo os 275 TBIs em vigor até 2015, salvo as exceções da Bolívia, Equador, Venezuela e Brasil para os quais estão incluídos tanto os acordos em vigor quanto os concluídos e/ou celebrados. Complementa-se com uma análise da doutrina e jurisprudência, e entrevistas a informantes qualificados dos âmbitos acadêmico, social e governamental. Como principal resultado, destaca-se que a arbitragem *ad hoc* no ICSID é o principal mecanismo previsto no universo de acordos estudados e que existem três tipos de Estados sul-americanos conforme sua posição a respeito do sistema TBIs-ICSID: os membros (Argentina, Colômbia, Chile, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname e Uruguai), os externos (Brasil) e os dissidentes (Bolívia, Equador e Venezuela).

Palavras-chave: Tratados bilaterais de investimento. Solução de controvérsias. América do Sul.

* Recebido em 23/03/2016
Aprovado em 07/06/2016

** Professora e pesquisadora em Direito Internacional Público da *Universidad de la República*, Uruguai. Professora de Direito do Comércio Internacional da *Universidad de Montevideo*, Uruguai. Membro da Rede Latino-Americana de Direito Econômico Internacional e da Rede Internacional de Juristas para a Integração Americana. E-mail: magdalenabas@gmail.com

ABSTRACT

This paper, that is part of a research funded by the Sectorial Commission of Scientific Research (*Universidad de la República*, Uruguay), seeks to contribute to the debate around investor-State dispute settlement (ISDS), based specially on the bilateral investment treaties (BITs) and the Washing-

ton Convention (1965) that establishes the International Centre for Settlement on Investment Disputes (ICSID) (BITs-ICSID system). The specific objectives of this paper are: 1) to systematize the bilateral investment treaties in force in South American States, with some exceptions, by ISDS mechanisms; 2) to examine the States position around BITs-ICSID system, by the construction of a typology of States within the international regimes theory. Methodologically, it is employed a legal-descriptive approach, in order to cover the three dimensions of Law: norms, facts and values. The universe of study is composed by 275 BITs that are in force in 2015 in South America, with the exceptions of the Bolivian, Ecuadorian, Venezuelan and Brazilian case which include the treaties that are in force, terminated and/or signed. The research is complemented with an analysis of doctrine and jurisprudence, and interviews to academic, social and governmental specialists. Among the preliminary results, it could be remarked that the ICSID *ad hoc* arbitration is the principal mechanism included in the agreements studied, and there are three types of South American States regarding their position around BITs-ICSID system: the members (Argentina, Colombia, Chile, Guyana, Paraguay, Peru, Suriname and Uruguay), the outsiders (Brazil) and the dissidents (Bolivia, Ecuador and Venezuela).

Keywords: Bilateral investment treaties. Dispute settlement. South America.

1. INTRODUÇÃO

Para regular suas relações externas, os Estados criaram um sistema jurídico de coordenação, o Direito Internacional Público, que contribui para a preservação de sua soberania, atributo jurídico que os Estados se reconhecem reciprocamente e de forma excludente de qualquer outro tipo de organização. Nos últimos anos, a comunidade internacional tem sido testemunha da fragmentação desse sistema jurídico em diferentes regimes autocontidos (*self-contained regimes*), produto da diversificação do elenco de matérias suscetíveis de serem reguladas internacionalmente¹ e da prerrogativa dos Estados

de ser parte ou não de tratados internacionais².

Estes são espaços de regulação especiais que contam com regras, valores, princípios e inclusive fontes jurídicas próprias³, os quais não necessariamente são compartilhados com o Direito Internacional Geral ou outros regimes autocontidos. Na esteira dos teóricos das relações internacionais que introduziram o conceito de regimes internacionais no referido âmbito de estudo, os princípios, normas e regras estabelecem ações, proibições e obrigações, formando o arcabouço dentro do qual acontece a interação entre atores e condiciona-se a tomada de decisões, individuais e conjuntas, conforme a conduta esperada dos outros membros⁴.

É o caso do Direito Internacional dos Investimentos, baseado principalmente nos tratados bilaterais de investimento e na Convenção de Washington que cria o Centro Internacional de Solução de Controvérsias relativas a Investimento (ICSID) (sistema TBIs-ICSID). Dentro de suas particularidades, entre outras características, destacam-se: a arbitragem *ad hoc* para a solução de controvérsias entre investidores estrangeiros e Estados cujos laudos são inapeláveis; a ausência, em alto número de casos, do requisito de esgotamento da jurisdição doméstica como condição prévia para o início da arbitragem internacional; a incorporação de cláusulas de ultratividade que prorrogam a vigência de parte do articulado dos tratados ainda depois de seu término.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo geral contribuir para o debate sobre os mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado no Direito Internacional atual. Com esse escopo, o artigo estrutura-se em duas partes. Em primeiro lugar, proceder-se-á a apresentar os resultados de uma sistematiza-

ports/2006/spanish/chp12.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2006/>. Acesso em: 28 fev. 2016

2 NASSER, Salem Hikmat. Direito Global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 98–126, 2015. p. 114.

3 LIMA, Gabriela Garcia Batista. Conceitos de relações internacionais e teoria do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização: governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 215–228, 2014.

4 KRASNER, Stephen. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. In: KRASNER, Stephen (Ed.). *International regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983. p. 2. RUGGIE, John. International Responses to Technology: Concepts and Trends. *International Organization*, Cambridge, v. 3, n. 29, p. 557–583, 1975. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2706342>. Acesso em: 12 out. 2015.

1 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 58^a período de sesiones, p. 192-202, Nova Iorque. Disponível em: <http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/re-

ção dos tratados bilaterais de investimento em vigor em Estados sul-americanos, salvo as exceções da Bolívia, Equador, Venezuela e Brasil para os quais estão incluídos tanto os acordos em vigor quanto os concluídos e/ou celebrados, segundo os mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado.

Em segundo lugar, proceder-se-á ao exame das posições estatais que têm se manifestado na América do Sul. Para esse último ponto, propõe-se uma tipologia de Estados, enquadrada na Teoria dos Regimes Internacionais, baseada na posição destes relativamente ao sistema TBIs-ICSID: os membros (Argentina, Chile, Colômbia, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname e Uruguai), os externos (Brasil) e os dissidentes (Bolívia, Equador, Venezuela).

Finalmente, o artigo encerra com uma série de conclusões em relação as duas áreas sob análise e com algumas reflexões sobre as perspectivas de futuro.

2. SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS INVESTIDOR-ESTADO NOS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO DA AMÉRICA DO SUL

Fundamentados na doutrina Calvo, na reunião anual da Junta de Governadores do Banco Mundial em setembro de 1964 em Tóquio, uma série de Estados latino-americanos (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela⁵), juntamente ao Iraque e Filipinas, votaram contra o esboço preliminar da Convenção de Washington. O texto final foi aprovado em 1965 e entrou em vigor em 1966. Esse fato é conhecido como “*Tokyo no*”⁶, situação que, nos anos posteriores, se reverte.

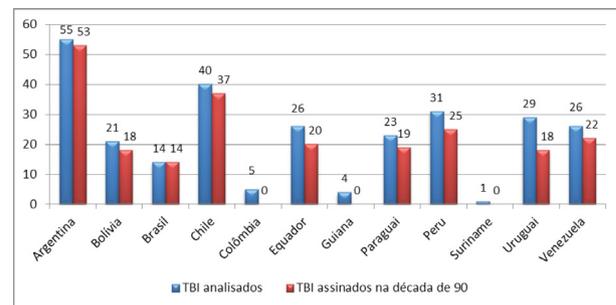
Nesse sentido, a década de noventa representa o momento de auge de assinatura e ratificação de TBIs e

5 BOEGLIN, Nicolás. *Ecuador y el CIADI: nuevo pulso con posibles repercusiones*. 2012. Disponível em: <<http://alainet.org/active/58693>>. Acesso em: 23 jan. 2015

6 FACH, Katia. *Latin America and ICSID: David versus Goliath?* p. 2. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1708325>>. Acesso em: 14 dez. 2014.; SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 2-3; BOEGLIN, Nicolás. *Ecuador y el CIADI: nuevo pulso con posibles repercusiones*. 2012. Disponível em: <<http://alainet.org/active/58693>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

adesão à Convenção de Washington⁷ na América do Sul. Geraram um clima favorável a isso as reformas estruturais do consenso de Washington promovidas pelas organizações econômicas internacionais, que impulsionaram medidas de desregulação do mercado, privatização de serviços públicos e liberalização de barreiras ao investimento estrangeiro direto, bem como o fracasso de propostas multilaterais de proteção de investimentos⁸. Em relação aos 275 acordos examinados, pouco mais de 80% foram assinados na década de 90 (ver gráfico 1).

Gráfico 1 – TBIs na América do Sul assinados na década de 90



Fonte: Elaboração própria com base nos acordos

Os TBI assinados seguem os padrões gerais, contendo disposições que regulam diversas áreas que podem agrupar-se em: 1) Normas gerais de tratamento do investimento: alcance e definição de investimento, tratamento nacional, cláusula da nação mais favorecida, tratamento justo e equitativo. 2) Proteção aos investimentos: garantias e compensações por expropriação, garantias de livre repasse de fundos e transferência de capitais e rendimentos ao exterior, proibição ou limites aos requisitos de desempenho. 3) Exceções, modificações e término do tratado. 4) Solução de controvérsias: mecanismos de solução de controvérsias Estado-Estado e investidor-Estado⁹.

7 São parte a Argentina, Chile, Colômbia, Guiana, Paraguai, Peru e Uruguai. Bolívia, Equador e Venezuela denunciaram-no.

8 FERNANDEZ, José. Controvérsias entre Estados e investidores transnacionais: reflexões sobre o acúmulo de casos contra a República Argentina. *Revista Tempo do mundo*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 45-87, abr. 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/rtm/140903_rtmv5_n1_port_cap2.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2014; BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2010. p. 18; COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*. Tese (Doutorado) – Docência Livre em Direito Internacional, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 127.

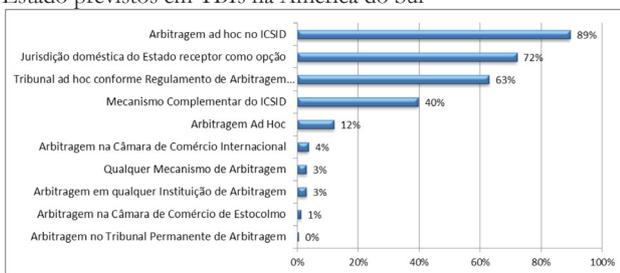
9 CARRAU, Natalia; VALDOMIR, Sebastián. *La incidencia de los Tratados de Protección de Inversiones en el Mercosur*. Montevideo: CEFIR,

Nos tratados sob análise, os mecanismos de solução de controvérsias mais frequentes são a arbitragem *ad hoc* no ICSID (89%), seguido pela jurisdição doméstica do Estado receptor como opção (71%), tribunal *ad hoc* conforme Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL (63%), mecanismo complementar do ICSID (39%) e arbitragem *ad hoc* (12%) (ver gráfico 2).

Cabe salientar que o ICSID não é um tribunal internacional permanente, mas uma organização internacional do Grupo Banco Mundial, que conta com uma lista de árbitros e que, para cada caso concreto, é integrado um tribunal com eleição de um árbitro por cada uma das partes e outro pelo Centro. Para que o ICSID entenda em uma controvérsia investidor-Estado, é mister que esta seja de natureza jurídica, tenha relação direta com um investimento entre um Estado parte e um nacional de outro Estado parte, e ter assinado uma cláusula de prorrogação de jurisdição por escrito (artigo 25 da Convenção de Washington). Portanto, “foram os TBI os instrumentos idôneos para que este consentimento ficasse manifesto, sendo que a maioria deles inclui a arbitragem junto ao ICSID como mecanismos para a resolução de disputas.”¹⁰

Ainda, como se depreende do gráfico 3, unicamente 12% dos TBIs sob análise estabelecem o requisito de esgotamento prévio dos recursos internos para o acesso à arbitragem internacional, reforçando a especialidade do sistema dentro do Direito Internacional Público.

Gráfico 2 – Mecanismos de solução de controvérsia investidor-Estado previstos em TBIs na América do Sul



Fonte: Elaboração própria com base nos acordos

GIZ, Somos Mercosur, 2012. p. 49; SALACUSE, Jeswald. *The Law of Investment Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 127-128.

¹⁰ COSTANTE, Liliana. Soberanía nacional vs. CIADI: ¿Estados o mercados? *Revista de Derecho Público*, Buenos Aires, v. 1, n. 2, p. 59-105, set. 2012. Disponível em: <http://www.infojus.gov.ar/pdf_revistas/DERECHO_PUBLICO_A1_N2.pdf>. Acesso em: 16 maio 2013. p. 77.

Ainda, como se depreende do gráfico 3, unicamente 12% dos TBIs sob análise estabelecem o requisito de esgotamento prévio dos recursos internos para o acesso à arbitragem internacional, como propõe a doutrina Calvo (1868)¹¹, reforçando a especialidade do sistema dentro do Direito Internacional Público.

Essa doutrina, elaborada em 1868 pelo jurista argentino Carlos Calvo e acolhida em várias constituições latino-americanas, fundamenta-se nos princípios de igualdade soberana, não intervenção e tratamento igualitário entre nacionais e estrangeiros. Os Estados, como soberanos, têm direito a determinar livremente suas políticas internas e externas, sem ingerência estrangeira e, dado que os estrangeiros têm iguais direitos que os nacionais, eles devem esgotar todos os recursos da jurisdição doméstica sem pedir a proteção e/ou intervenção diplomática do Estado de sua nacionalidade¹².

Ainda que previsto, pode-se elidir pelo jogo da cláusula da nação mais favorecida. Por esta via, o investidor tem acesso ao melhor tratamento que o Estado outorgue em outro acordo, nesse caso, passagem direta à jurisdição arbitral internacional¹³. A jurisprudência, pela primeira vez, o acolhe no caso Maffezini (ICSID caso número ARB/97/7)¹⁴.

Nesse caso, o demandante submete a controvérsia com base no tratado de proteção de investimentos entre a Argentina e a Espanha cujo artigo X item 3 estabele-

¹¹ HERZ, Mariana. Régimen argentino de promoción y protección de inversiones en los albores del nuevo milenio: de los tratados bilaterales, Mercosur mediante, al Alca y la OMC. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Madrid, n. 7, dez. 2003. Disponível em: <[http://www.reei.org/index.php/revista/num7/archivos/M.Herz\(reei7\).pdf](http://www.reei.org/index.php/revista/num7/archivos/M.Herz(reei7).pdf)>. Acesso em: 16 maio 2013. p. 13; FERNANDEZ, José. Controvérsias entre Estados e investidores transnacionais: reflexões sobre o acúmulo de casos contra a República Argentina. *Revista Tempo do mundo*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 45-87, abr. 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/rtm/140903_rtmv5_n1_port_cap2.pdf> Acesso em: 12 nov. 2014.

¹² TAMBURINI, Francesco. Historia y Destino de la Doctrina Calvo: ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo? *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Valapaiso, n. 24, p. 81–101, 2002. Disponível em: <<http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/363/343>>. Acesso em: 23 jan. 2015. p. 82.

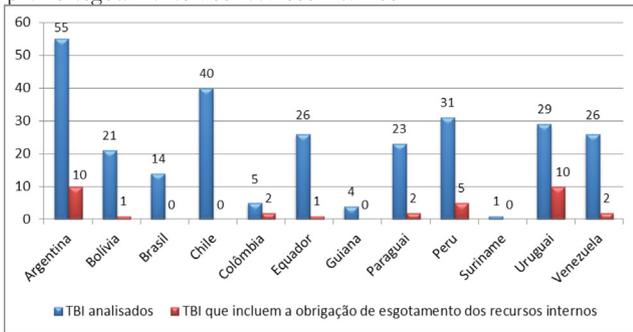
¹³ BANIFATEMI, Yas. The emerging jurisprudence on the Most-Favored-Nation Treatment in investment arbitration. In: BJORKLUND, Andrea et al. (Ed.). *Investment Treaty Law*. Current Issues III – Remedies in International Investment Law: Emerging Jurisprudence of International Investment Law. Londres: BIICL, 2009. p. 241-273.

¹⁴ MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do Direito Internacional dos Investimentos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 10–18, 2014. p. 17-18.

ce que acionar a arbitragem internacional é possível: a) quando no prazo de dezoito meses não há sentença na jurisdição doméstica; b) quando há decisão, mas a controvérsia subsiste; ou, c) por acordo das partes. Em função da cláusula da nação mais favorecida, o demandante solicita a aplicação das disposições mais favoráveis do tratado entre a Espanha e o Chile. Esse último estabelece que, depois de tentar alcançar uma solução amigável no prazo de seis meses, a jurisdição doméstica é uma opção para o investidor, juntamente à jurisdição arbitral internacional (artigo 10).

Ao lado oposto, encontra-se o caso Plama Consortium contra Bulgária (ICSID caso número ARB/03/24), no qual o tribunal arbitral entende que a cláusula da nação mais favorecida é aplicável unicamente às questões de fundo relativas aos mecanismos de solução de controvérsias e não às processuais.

Gráfico 3 – TBIs na América do Sul que incluem a obrigação de prévio esgotamento dos recursos internos



Fonte: Elaboração própria com base no texto dos TBIs

No primeiro decênio do século XXI, o grande número de demandas contra Estados da região, notadamente aquelas com fulcro em nova legislação doméstica relativa a setores econômicos sensíveis como petróleo, gás e mineração, energia elétrica, águas e saneamento; bem como as exorbitantes indenizações reclamadas; o questionamento à imparcialidade dos árbitros nos mecanismos tradicionais de solução de controvérsia investidor-Estado e a inexistência de prova de relação direta entre investimento estrangeiro direto e TBIs¹⁵ geraram rupturas na quase monolítica posição do continente durante o decênio anterior. Os diferentes caminhos encetados pelos Estados serão analisados no seguinte ponto.

15 BAKER, Paul. *Who Enters Into Bilateral Investment Treaties and Do They Have an Impact on Foreign Direct Investment?* Disponível em: <https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=SAEe2012_Job_Market&paper_id=49>. Acesso em: 23 jan. 2015.

3. AS TRÊS POSIÇÕES NA AMÉRICA DO SUL

3.1. Aspectos preliminares

Para o estudo da situação atual dos Estados sul-americanos, este trabalho parte da construção de uma tipologia de Estados segundo sua posição com referência ao sistema TBIs-ICSID. Este pode ser analisado como um regime internacional ao conformar uma área específica do sistema internacional em cujo âmbito são gerados acordos formais e informais entre diferentes atores que os compõem. Nesse sentido, na esteira de Krasner, trata-se de um “conjunto implícito ou explícito de princípios, normas, regras e procedimentos de tomada de decisão, sobre os quais as expectativas dos distintos atores convergem em uma área determinada das relações internacionais¹⁶.”

Atualmente, em função dos princípios de igualdade soberana, não intervenção e livre determinação dos povos consagrados na Carta das Nações Unidas e na Declaração 2625, a entrada, permanência ou saída de um regime internacional é uma decisão de cada Estado. Portanto, a percepção de reciprocidade de interesses ou relação ganhar-ganhar será um aspecto crucial na tomada de decisões. De fato, é viável a saída de um regime quando os Estados entendem que os custos de permanecer nele são maiores que as alternativas externas. Todavia, a saída do regime é uma opção sempre presente, além das alternativas externas ou custos internos¹⁷.

Esse regime internacional tem como princípio fundamental a promoção e a proteção de investimentos, princípio do qual emanam normas gerais que regulam o comportamento dos atores (Estados e investidores), como a prorrogação de jurisdição em favor da arbitragem internacional prevista nos TBI, sempre que o investidor veja vulnerados seus direitos. Ainda, uma série de regras, com regulação heterogênea, derivam da anterior norma, são elas: 1) estabelecimento de um período de esfriamento, isto é, um período em que e as partes

16 KRASNER, Stephen. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. In: KRASNER, Stephen (Ed.). *International regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983. p. 2.

17 KEOHANE, Robert. *Después de la hegemonía: Cooperación y discordia en la política económica mundial*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1988. p. 137; KEOHANE, Robert. The demand for international regimes. *International Organization*, Cambridge, n. 36, p. 325-355, 1982. p. 331.

no conflito tentam resolver suas controvérsias de forma amigável¹⁸; 2) esgotamento dos recursos internos como uma opção, não como obrigação; 3) não apelação dos laudos; 4) cláusulas de ultratividade, em função das quais as disposições do tratado mantêm sua vigência durante um período determinado subsequente a seu término¹⁹; 5) cláusula da nação mais favorecida aplicável a qualquer dos anteriores, como regra reconhecida em parte da jurisprudência do ICSID. Enfim, o anteriormente exposto leva a que os Estados emissores de investimento estrangeiro direto vejam garantidos os investimentos de suas empresas nacionais e a que os Estados receptores contem com instrumentos que ofereçam certeza jurídica ao investidor estrangeiro.

Considerando-se o exposto acima, propõe-se uma tipologia de Estados baseada na posição destes relativamente ao sistema TBIs-ICSID: os membros, os externos e os dissidentes, a qual, a seguir, é aplicada aos Estados sul-americanos.

3.2. Os membros

No primeiro tipo de Estados, agrupam-se a Argentina, Chile, Colômbia, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname e Uruguai. São aqueles que seguem a tendência favorável à assinatura e entrada em vigor de TBIs e subscrição da Convenção de Washington. Até 31 de janeiro de 2015, a Argentina tem 55 TBIs em vigor; Chile, 40; Colômbia, 5; Guiana, 4; Paraguai, 23; Peru, 31; Suriname, 1, e Uruguai, 29.

O caso mais relevante é a Argentina visto que se trata do Estado sul-americano com maior número de TBIs em vigor²⁰. Dos 55 acordos, celebrados entre 1990 e 2000, 53 correspondem à presidência de Menem (1989 – 1999). Sua assinatura foi motivada pelo processo privatizador dos serviços públicos; da crença ideológica nas vantagens de uma maior abertura da economia; da tendência internacional à assinatura de TBIs, e da necessidade de contar com instrumentos jurídicos que outorgassem maior segurança jurídica aos investidores

estrangeiros²¹. É por conta desse último ponto que 82% dos TBIs em vigor não exigem o prévio esgotamento dos recursos internos.

No entanto, são principalmente as empresas concessionárias de serviços públicos privatizados as que ajuízam ação contra o Estado ao se verem afetadas pelas medidas tomadas a partir de dezembro de 2001 para paliar a crise econômica e social²². Destaca-se a Lei de Emergência Pública e Reforma do Regime Cambiário (Lei 25561) que deixa sem efeito as cláusulas de ajuste em dólares ou outras moedas estrangeiras e as cláusulas sustentadas em parâmetros internacionais, e “pesifica” taxas e preços incluídos em contratos públicos, substituindo os valores expressos em dólares por valores em pesos argentinos²³. No concernente às controvérsias dirimidas no ICSID, ao final do ano de 2015, a Argentina acumula 53 demandas, 37 ligadas à crise de 2001²⁴.

Contudo, em 2003 se produz uma mudança estrutural, uma de cujas premissas é o abandono da política de negociação e ratificação de TBIs²⁵. Segundo Carlos Bianco²⁶, Secretário de Relações Econômicas Internacionais da Chancelaria Argentina, durante o período 2003 – 2015, a mudança de modelo parte de uma posição ideológica sustentada no desenvolvimento industrial e a inclusão social. A despeito de o governo de Fernández de Kirchner (2007 – 2011; 2011 – 2015) ter

21 BELTRAMINO, Ricardo. *Promoción de inversiones en los acuerdos de inversiones firmados por Argentina*. Buenos Aires: Área de Relaciones Internacionales, FLACSO Argentina, 2010. Disponível em: <http://rrii.flacso.org.ar/wp-content/uploads/2010/06/FLA_Doc49.pdf>. Acesso em: 24 maio 2014.

22 Exemplo: Azurix Corp. (ICSID número ARB/01/12); CMS Gas Transmission Company (ICSID número ARB/01/8); Compañía de Aguas del Aconquija SA & Vivendi Universal AS, Continental Casualty Company (ICSID número ARB/97/3); Daimler Financial Services AG (ICSID número ARB/03/9), Gas Natural SDG AS (ICSID número ARB/03/9); National Grid PLC (Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL); Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA e InterAguas Servicios Integrales del Agua AS (ICSID número ARB/03/17), e Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA & Vivendi AS (ICSID número ARB/03/17).

23 FERNANDEZ, José. Controvérsias entre Estados e investidores transnacionais: reflexões sobre o acúmulo de casos contra a República Argentina. *Revista Tempo do mundo*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 45-87, abr. 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/rtm/140903_rtmv5_n1_port_cap2.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2014.

24 As demandas estão focadas nas cláusulas de tratamento justo e equitativo, tratamento menos favorável e expropriação indireta.

25 Unicamente modifica-se o acordo com o Panamá em 2004 e entra em vigor o acordo com o Senegal em 2010 com a ratificação desse país.

26 Entrevistado em Buenos Aires, 22 de outubro de 2014.

18 Habitualmente o período se estende de três a seis meses a partir da instauração da controvérsia.

19 Conforme o tratado, esse período pode ser de cinco, dez, quinze ou vinte anos.

20 Este trabalho analisa as características da Argentina até 2015 inclusive, dado o recente início do Governo do Presidente Mauricio Macri, em 10 de dezembro de 2015.

sido muito crítico dos resultados dos TBIs e ter discutido a possibilidade de denúncia, não se avançou nessa direção. Assim, renovaram-se automaticamente os TBIs em vigor e a Argentina conservou seu *status* de membro do ICSID.

Seguindo a teoria dos regimes internacionais, a Argentina permanece dentro do regime, porém, com certas restrições. Não obstante, na Câmara de Deputados existem projetos que propõem o abandono do regime, quer seja por denúncia da Convenção de Washington e dos TBIs, quer seja por declaração de nulidade absoluta por transgredir normas constitucionais ou implicar renúncia de soberania²⁷.

3.3. Os externos

O segundo tipo de Estados inclui aqueles que entendem que os benefícios recebidos depois de incorporação ao regime não são maiores nem iguais aos recebidos antes de sua incorporação e escolhem permanecer fora. Por conseguinte, não assinam, aderem e/ou ratificam a Convenção de Washington nem os TBIs. O Brasil constituiu o único exemplo na América do Sul.

Na década de noventa, seguindo os postulados do consenso de Washington, começa a prática de celebração de TBIs, sendo assinados quatorze entre 1994 e 1999; seis destes acordos chegam ao Congresso Brasileiro. Desde o início, houve oposição parlamentar a sua aprovação até que, em março de 2002, no último ano do governo de Fernando Henrique Cardoso (1995 – 2002), cria-se um Grupo de Trabalho Interministerial que determina que os referidos acordos deverão ser retirados do Congresso²⁸.

Os motivos centrais da retirada são, nomeadamente, que os TBIs implicam: comprometer o Estado durante longos períodos; privilegiar mais o investidor estrangeiro que o nacional; possíveis problemas de constitucionalidade, por exemplo, com relação à solução de con-

trovêrsias em instâncias internacionais de arbitragem, e riscos na balança de pagamentos, haja vista a livre transferência de capitais²⁹.

No entanto, a posição de repúdio à regulação da proteção de investimentos recentemente tem sido questionada pela crescente emissão de investimento estrangeiro direto por parte de empresas brasileiras³⁰. Nesse contexto, sob a direção da Secretaria do Comércio Exterior do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio, elabora-se o modelo de tratado de investimentos, o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos, como instrumento para oferecer apoio aos investimentos brasileiros no exterior.

O novo modelo de tratado bilateral não tem referências aos mecanismos de solução de controvérsia investidor-Estado, e propõe apenas um mecanismo de prevenção de controvérsias Estado-Estado. São seus alicerces: 1) a existência de Pontos Focais Nacionais ou Ombudsmen em cada Estado, para a prevenção de disputas e facilitação de sua resolução; 2) a conformação de um Comitê Conjunto incumbido de avaliar a controvérsia mediante consultas e negociações entre as partes, como requisito prévio para o início de uma arbitragem internacional Estado-Estado³¹. Destarte, os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos resolvem parte dos problemas tradicionalmente concernentes aos TBIs, isto é, mitigam os riscos e as eventuais controvérsias e eliminam as cláusulas draconianas que oferecem maiores vantagens aos investidores estrangeiros frente aos nacionais³².

Seis acordos foram assinados ao encerramento do ano de 2015, com os seguintes Estados: Moçambique

29 AZEVEDO, Déborah Bithiah de. *Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados do Brasil, 2001. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/102080.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2014.

30 MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do Direito Internacional dos Investimentos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 64-77, 2014. p. 66; HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luis Alexandre Carta. Racionalidade econômica e os acordos bilaterais de investimento. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 3, p. 64-77, 2015.

31 Os acordos assinados com o México e Colômbia regulam em texto exposto a possibilidade de submeter a controvérsia a um Tribunal arbitral *ad hoc* (artigos 19 e 22).

32 ACTIS, Esteban. Brasil frente al orden internacional liberal (2011 - 2013). Los límites de la posición reformista a la luz del régimen internacional de inversiones. *Mural Internacional*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 22-34, 2015. p. 29.

27 Os projetos são apresentados entre 2006 e 2012 por deputados do Movimento Projeto Sul, Partido Socialista, Soberania Popular, Emancipação e Justiça, Concertação Entrerriana, Sim pela Unidade Popular, GEN, ARI (*Movimiento Proyecto Sur, Partido Socialista, Soberanía Popular, Emancipación y Justicia, Concertación Entrerriana, Sí por la Unidad Popular*, GEN, ARI em espanhol).

28 ACTIS, Esteban. Brasil y la promoción de Tratados Bilaterales de Inversión: El fin de la disyuntiva. *Latin American Journal of International Affairs*, Santiago, v. 6, n. 1, p. 18-33, 2014. Disponível em: <<http://www.lajia.net/volumenes/LAJIA%20vol6%20n1%20Art02.pdf?attredirects=0&d=1>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

(30 de março de 2015); Angola (1º de abril de 2015); México (26 de maio de 2015); Malawi (25 de junho de 2015); Colômbia (9 de outubro de 2015); Chile (23 de novembro de 2015). Encontram-se em etapa de negociação os acordos com Argélia, Marrocos, Nigéria, Peru, África do Sul e Tunísia³³.

3.4. Os dissidentes

Bolívia³⁴, Equador³⁵ e Venezuela³⁶ são os primeiros Estados na América do Sul a denunciar a Convenção de Washington em 1º de maio de 2007, 2 de julho de 2009 e 24 de janeiro de 2012, respectivamente³⁷, e começando o processo de não renovação ou denúncia dos TBIs em vigor no caso da Bolívia³⁸ e do Equador. Este processo pode enquadrar-se no abandono de um regime internacional, o sistema TBIs-ICSID, no entendimento de que os custos de permanecer nele são maiores que as alternativas externas.

O Equador apresenta mudanças institucionais que merecem uma análise especial. O processo de abandono do regime internacional tem início em 2008 com a denúncia de nove TBIs com base nos quais não se tinham registrado investimentos recíprocos, isto é, Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Paraguai, República Dominicana, Romênia e Uruguai³⁹. Com a Constituição de 2008 em vigor, unicamente alcança a

última etapa do processo de denúncia o TBI Equador-Finlândia⁴⁰. Contudo, na maioria dos tratados existem cláusulas de ultratividade que determinam que suas disposições se mantenham em vigor por mais cinco, dez ou quinze anos, para aqueles investimentos realizados com antecedência à notificação de término.

Em 2013 é criada a Comissão para a Auditoria Integral Cidadã dos Tratados de Proteção Recíproca de Investimentos e do Sistema de Arbitragem Internacional em Matéria de Investimentos⁴¹, com o intuito de analisar os TBIs e outros instrumentos internacionais relativos a investimentos que obriguem o Estado, as normas de arbitragem internacional e as demandas contra o Equador.

O especialista em Direito Internacional Público e membro da Comissão para a Auditoria Integral Cidadã, Javier Echaide⁴², explica que os motivos do Equador para tomar esta postura são: 1) a incompatibilidade com disposições da Constituição de 2008, principalmente com relação ao estabelecimento de uma jurisdição distinta da doméstica (artigo 422); 2) a necessidade de avançar com relação à proteção dos direitos da natureza com consagração constitucional (artigo 71 a 74); 3) aspectos conjunturais, tais como as demandas da Occidental Petroleum Corporation e a Occidental Exploration and Production Company (ICSID caso número ARB/06/11) e da Chevron Corporation e Texaco Petroleum Company (Corte Permanente de Arbitragem caso número 2007-2); e 4) as afetações indiretas dos casos que se dirimem em jurisdições diferentes, como a problemática do meio ambiente no Lago Agrio vinculada ao caso Chevron.

No que tange às demandas, conforme as declarações de Osvaldo Guglielmino, ex-procurador do Estado da Argentina e membro da Comissão para a Auditoria Integral Cidadã, ao jornal equatoriano *El Telégrafo* datadas de 7 de agosto de 2014, o Equador recebeu de-

33 DIETRICH, Martin. *The Brazil-Mozambique and Brazil-Angola Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CIFAs): A Descriptive Overview*, 2015. Disponível em: <<https://www.iisd.org/itn/2015/05/21/the-brazil-mozambique-and-brazil-angola-cooperation-and-investment-facilitation-agreements-cifas-a-descriptive-overview/>>. Acesso: 10 jun. 2015.

34 A Bolívia é o Estado que mais avançou: 8 dos acordos não são renovados, e em maio de 2013 o país denuncia de forma conjunta os 21 restantes. Por uma análise mais profunda ver:

35 Ao início do processo de denúncia, o Equador tem 26 TBIs em vigor.

36 A Venezuela conta com 27 TBIs, incluindo o acordo com Países Baixos, denunciado.

37 As denúncias são efetivas seis meses após sua notificação (artigo 71 do Convenção de Washington).

38 ORELLANA, Aldo. *Bolivia denuncia sus tratados bilaterales de inversión e intenta poner fin al poder de las corporaciones para demandar al país en Tribunales Internacionales*. 2014. Disponível em: <<http://justinvestment.org/wp-content/uploads/2014/07/Bolivia-denuncia-sus-Tratados-Bilaterales-de-Inversi%C3%B3n-e-intenta-poner-fin-al-poder-de-las-corporaciones-para-demandar-al-pa%C3%ADs-en-Tribunales-Internacionales1.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

39 GUERRA, Gustavo. Las disposiciones legales que desarrollan los preceptos constitucionales sobre la inversión privada extranjera en el Ecuador. *Foro: Revista de Derecho*, Quito, n. 17, p. 31-62, set. 2012. p. 43.

40 O processo atual é: 1) Ofício da Presidência encaminhado à Corte Constitucional solicitando pronunciamento sobre a denúncia; 2) Sentença da Corte Constitucional; 3) Ofício da Presidência à Assembleia Nacional solicitando a denúncia; 4) Relatório da Comissão especializada permanente de soberania, integração, relações internacionais e segurança integral da Assembleia Nacional; 5) Resolução da Plenária da Assembleia Nacional; 6) Notificação escrita encaminhada à contraparte.

41 *Comisión para la Auditoria Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones* em espanhol.

42 Entrevistado em Buenos Aires, em 16 de outubro de 2014.

mandas reclamando uma quantia total de cerca de 19,5 bilhões de dólares, mas foi condenado a pagar apenas 2,5. Ainda, a título de honorários advocatícios pagaram-se 118 milhões de dólares, e 12 milhões por conta de gastos dos tribunais arbitrais⁴³.

Nesse contexto, desde 2009 o Equador impulsiona a criação de uma instituição regional de solução de controvérsias em matéria de investimentos, o Centro de Solução de Controvérsias em Matéria de Investimentos da UNASUL. Embora este foro implique realizar uma prorrogação de jurisdição em seu favor, ela está contemplada dentro da Constituição equatoriana (2008) ao excetar-se da regra:

Os tratados e instrumentos internacionais que estabeleçam a solução de controvérsias entre Estados e cidadãos na América Latina por instâncias arbitrais regionais ou por órgãos jurisdicionais de designação dos países signatários. (artigo 422)⁴⁴.

Também, no texto resultante da reunião de agosto de 2013, relativa ao Acordo constitutivo do Centro de Solução de Controvérsias em Matéria de Investimentos da UNASUL a que tivemos acesso, o artigo 10 estabelece a faculdade do Estado de exigir o esgotamento prévio da jurisdição doméstica para submeter uma controvérsia investidor-Estado a conciliação ou arbitragem. A faculdade deve ser exercida no momento de outorgar a prorrogação de jurisdição em favor do Centro, contida em um tratado, contrato, declaração específica ou outros atos jurídicos (artigo 5)⁴⁵. Embora não seja isto um regresso total à doutrina Calvo, percebe-se um claro respeito à soberania estatal ao outorgar ao Estado tal possibilidade de eleição.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, tentamos contribuir para o conhecimento dos modelos de solução de controvérsias

investidor-Estado previstos nos TBIs vigentes nos Estados sul-americanos, ressalvadas as exceções da Bolívia e do Equador que iniciaram processos de término dos acordos em vigor, e do Brasil, que não ratificou nenhum dos TBIs assinados e começou a celebrar um novo modelo de acordo bilateral, os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos.

Como primeiro objetivo de pesquisa, colocou-se a sistematização dos TBIs vigentes nos Estados sul-americanos e sua categorização conforme os sistemas de solução de controvérsias investidor-Estado propostos. Em relação aos TBIs analisados, o mecanismo de solução de controvérsias mais frequente é a arbitragem *ad hoc* no ICSID, seguido da jurisdição doméstica do Estado receptor como opção, e dos tribunais *ad hoc* segundo o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, dispensando o requisito de esgotamento dos recursos internos nos 88% dos casos. Quanto aos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos, a solução de controvérsias investidor-Estado não está prevista na articulação, debruçando-se, exclusivamente, sobre os meios alternativos de resolução de conflitos e das controvérsias Estado-Estado.

Como segundo objetivo de pesquisa, colocou-se o exame das posições dos Estados sul-americanos a respeito do sistema TBIs-ICSID. Nesse sentido, construiu-se uma tipologia de Estados conforme sua posição a respeito do sistema, dividindo-os em três tipos: os membros (Argentina, Chile, Colômbia, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname e Uruguai), os externos (Brasil) e os disidentes (Bolívia, Equador e Venezuela).

O pertencimento a cada tipo deve-se, basicamente, a dois fatores. Em primeiro lugar, encontram-se os aspectos conjunturais, especialmente a experiência nos mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado, particularmente o ICSID, isto é, número de demandas registradas contra o Estado e o montante indenizatório reclamado por demanda. Nesse ponto marcam-se claras diferenças entre Estados como o Equador, com baixo número de demandas que reclamam quantias milionárias, e a Argentina, que acumula o maior número de demandas na América do Sul e no mundo, porém, de baixos montantes em nível individual.

Em segundo lugar, os Estados sob análise também seguem variáveis vinculadas a seu Direito interno na hora de decidir pertencer ou não ao regime. Destaca-se o caso do Equador e da Venezuela, cujas constituições estabe-

43 CAITISA arroja sus primeras observaciones a los TBI. Disponível em: <<http://www.telegrafo.com.ec/politica/item/caitisa-arroja-sus-primeras-observaciones-a-los-tbi.html>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

44 O artigo 151 da Constituição venezuelana (1999) contém uma disposição semelhante que restringe tais controvérsias à jurisdição doméstica, a qual é ampliada pela Lei de investimentos estrangeiros (2014) aos mecanismos de solução de controvérsias previstos no âmbito dos processos de integração da América Latina e o Caribe. A Constituição boliviana (2009) também prevê que todo investimento estrangeiro estará submetido à jurisdição doméstica.

45 Esses instrumentos podem ser: tratados bilaterais de investimento, capítulos dedicados a investimentos em acordos multilaterais ou tratados de livre comércio, leis internas de investimento, contratos entre investidores e Estados, dentre outros.

lecem como obrigatória a jurisdição doméstica para as controvérsias investidor-Estado, com exceção, nos dois últimos casos, dos mecanismos previstos em processos de integração latino-americanos e caribenhos. No caso do Brasil, historicamente entendeu que as normas do sistema TBIs-ICSID ferem disposições constitucionais.

A ausência de uma voz comum na região tem levado a que as políticas individuais, apesar de aparentemente sólidas em nível nacional, colidem no contexto regional. O projeto equatoriano de criação de um Centro de Solução de Controvérsias em Matéria de Investimentos da UNASUL⁴⁶ é um passo para neutralizar a fragmentação de estratégias em nível regional e procurar a construção de um sistema legal de solução de controvérsias investidor-Estado como regime internacional próprio, alicerçado em lógicas regionais. Ainda, a iniciativa venezuelana a respeito do Observatório do Sul sobre Investimentos e Transnacionais⁴⁷, no futuro, pode ajudar a construir uma posição regional e a capitalizar experiências individuais.

No entanto, seria desejável que este processo de construção de um sistema legal regional interpelasse os Estados sul-americanos a discutirem publicamente sobre outros aspectos vinculados aos TBIs, tais como a cláusula da nação mais favorecida, as cláusulas de ultratividade, o tratamento justo e equitativo, o conceito de expropriação indireta, o esgotamento prévio dos recursos internos, e o próprio conceito de investimento, dentre outros. Desta forma, contar-se-ia com bases sólidas para a negociação de futuros acordos ou a renegociação daqueles vigentes contemplando os interesses da região, notadamente o modelo de desenvolvimento no qual se deseja apostar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACTIS, Esteban. Brasil frente al orden internacional liberal (2011 - 2013). Los límites de la posición reformista a la luz del régimen internacional de inversiones. *Mutual Internacional*, Rio do Janeiro, v. 6, n. 1, p. 22-34, 2015.

46 Depois de quatro anos, o Grupo de Trabalho de Especialistas de Alto Nível concluiu a elaboração do texto do acordo em novembro de 2014, mas continua o debate no nível político.

47 O texto na íntegra da declaração da II Conferência Ministerial de Estados Afetados por Interesses Transnacionais, que cria o Observatório do Sul, está disponível em: <http://rci.net/globalizacion/2014/fg1896.htm>.

ACTIS, Esteban. Brasil y la promoción de Tratados Bilaterales de Inversión: El fin de la disyuntiva. *Latin American Journal of International Affairs*, Santiago, v. 6, n. 1, p. 18-33, 2014. Disponível em: <<http://www.lajia.net/volumenes/LAJIA%20vol6%20n1%20Art02.pdf?attredirects=0&d=1>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

AZEVEDO, Déborah Bithiah de. *Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados do Brasil, 2001. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/102080.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2014.

BAKER, Paul. *Who Enters Into Bilateral Investment Treaties and Do They Have an Impact on Foreign Direct Investment?* Disponível em: <https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=SAEe2012_Job_Market&paper_id=49>. Acesso em: 23 jan. 2015.

BANIFATEMI, Yas. The emerging jurisprudence on the Most-Favored-Nation Treatment in investment arbitration. In: BJORKLUND, Andrea et al. (Ed.). *Investment Treaty Law. Current Issues III – Remedies in International Investment Law: Emerging Jurisprudence of International Investment Law*. Londres: BIICL, 2009. p. 241-273.

BELTRAMINO, Ricardo. *Promoción de inversiones en los acuerdos de inversiones firmados por Argentina*. Buenos Aires: Área de Relaciones Internacionales, FLACSO Argentina. 2010. Disponível em: <http://rrii.flacso.org.ar/wp-content/uploads/2010/06/FLA_Doc49.pdf>. Acesso em: 24 maio 2014.

BOEGLIN, Nicolás. *Ecuador y el CIADI: nuevo pulso con posibles repercusiones*. 2012. Disponível em: <<http://alainet.org/active/58693>>. Acesso: 23 jan. 2015

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2010.

CARRAU, Natalia; VALDOMIR, Sebastián. *La incidencia de los Tratados de Protección de Inversiones en el Mercosur*. Montevideo: CEFIR, GIZ, Somos Mercosur, 2012.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*. 2008. Tese (Doutorado) – Docência Livre em Direito Internacional, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

- COSTANTE, Liliana. Soberanía nacional vs. CIA-DI: ¿Estados o mercados? *Revista de Derecho Público*, Buenos Aires, v. 1, n. 2, p. 59-105, set. 2012. Disponível em: <http://www.infojus.gov.ar/_pdf_revistas/DERECHO_PUBLICO_A1_N2.pdf>. Acesso em: 16 maio 2013.
- DIETRICH, Martin. *The Brazil–Mozambique and Brazil–Angola Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CIFAs): A Descriptive Overview*, 2015. Disponível em: <<https://www.iisd.org/itn/2015/05/21/the-brazil-mozambique-and-brazil-angola-cooperation-and-investment-facilitation-agreements-cifas-a-descriptive-overview/>>. Acesso em: 10 jun. 2015.
- FACH, Katia. *Latin America and ICSID: David versus Goliath?* Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1708325>>. Acesso em: 14 dez. 2014.
- FERNANDEZ, José. Controvérsias entre Estados e investidores transnacionais: reflexões sobre o acúmulo de casos contra a República Argentina. *Revista Tempo do mundo*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 45-87, abr. 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/rtm/140903_rtmv5_n1_port_cap2.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2014.
- GUERRA, Gustavo. Las disposiciones legales que desarrollan los preceptos constitucionales sobre la inversión privada extranjera en el Ecuador. *Foro: Revista de Derecho*, Quito, n. 17, p. 31-62, set. 2012.
- HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Racionalidade econômica e os acordos bilaterais de investimento. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 3, p. 64-77, 2015.
- HERZ, Mariana. Régimen argentino de promoción y protección de inversiones en los albores del nuevo milenio: de los tratados bilaterales, Mercosur mediante, al Alca y la OMC. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Madrid, n. 7, dez. 2003. Disponível em: <[http://www.reei.org/index.php/revista/num7/archivos/M.Herz\(reei7\).pdf](http://www.reei.org/index.php/revista/num7/archivos/M.Herz(reei7).pdf)>. Acesso em: 16 maio 2013.
- KEOHANE, Robert. *Después de la hegemonía. Cooperación y discordia en la política económica mundial*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1988.
- KEOHANE, Robert. The demand for international regimes. *International Organization*, Cambridge, n. 36, p. 325-355, 1982.
- KRASNER, Stephen. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. In: KRASNER, Stephen (Ed.). *International regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983.
- LIMA, Gabriela Garcia Batista. Conceitos de relações internacionais e teoria do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização: governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 215-228, 2014.
- MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do Direito Internacional dos Investimentos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 64-77, 2014.
- MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do Direito Internacional dos Investimentos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 10-18, 2014.
- NASSER, Salem Hikmat. Direito Global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 98-126, 2015.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 58ª período de sesiones*, p. 192-202, Nova Iorque. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2006/>>. Acesso em: 28 fev. 2016.
- ORELLANA, Aldo. *Bolivia denuncia sus tratados bilaterales de inversión e intenta poner fin al poder de las corporaciones para demandar al país en Tribunales Internacionales*. 2014. Disponível em: <<http://justinvestment.org/wp-content/uploads/2014/07/Bolivia-denuncia-sus-Tratados-Bilaterales-de-Inversi%C3%B3n-e-intenta-poner-fin-al-poder-de-las-corporaciones-para-demandar-al-pa%C3%ADs-en-Tribunales-Internacionales1.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2014.
- RUGGIE, John. International Responses to Technology: Concepts and Trends. *International Organization*, Cambridge, v. 3, n. 29, p. 557-583, 1975. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2706342>>. Acesso em: 12 out. 2015.
- SALACUSE, Jeswald. *The Law of Investment Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

TAMBURINI, Francesco. *Historia y Destino de la Doc-*

trina Calvo: ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo? *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Valparaíso, n. 24, p. 81–101, 2002. Disponível em: <<http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/363/343>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

APÊNDICE A – CASOS ARBITRAIS CONSULTADOS

Estado (demandado)	Inversor (requerente)	Foro arbitral	Número
Argentina	Azurix Corp.	ICSID	ARB/01/12
Argentina	CMS Gas Transmission Company	ICSID	ARB/01/8
Argentina	Compañía de Aguas del Aconquija SA & Vivendi Universal SA	ICSID	ARB/97/3
Argentina	Continental Casualty Company	ICSID	ARB/03/9
Argentina	Daimler Financial Services AG	ICSID	ARB/05/1
Argentina	Gas Natural SDG SA	ICSID	ARB/03/10
Argentina	National Grid PLC	Arbitragem <i>ad hoc</i> (Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL)	-
Argentina	Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA e InterAguas Servicios Integrales del Agua SA	ICSID	ARB/03/17
Argentina	Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA & Vivendi SA	ICSID	ARB/03/19
Bulgária	Plama Consortium	ICSID	ARB/03/24
Equador	Chevron Corporation & Texaco Petroleum Company	TPA	2007-2
Equador	Occidental Petroleum Corporation & Occidental Exploration and Production Company	ICSID	ARB/06/11
Espanha	Agustín Maffezini	ICSID	ARB/97/7

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Futuro de los sistemas nacionales de ciencia tecnología e innovación en la agenda económica de américa latina: definiendo cambios regulatorios o protegiendo inversiones

Future of national systems of science technology and innovation in the ongoing economic agenda: leveraging regulatory shift or protecting investments

Rodrigo Corredor

Futuro de los sistemas nacionales de ciencia tecnología e innovación en la agenda económica de américa latina: definiendo cambios regulatorios o protegiendo inversiones*

Future of national systems of science technology and innovation in the ongoing economic agenda: leveraging regulatory shift or protecting investments

Rodrigo Corredor**

RESUMEN

A lo largo de la última década los caminos para lograr el crecimiento económico en Latinoamérica han mostrado una convergencia hacia la inversión en CT&I lo cual se ha visto reflejado en el fortalecimiento de las estructuras administrativas de las instituciones nacionales encargadas de tales temas. Sin embargo, lograr los cambios estructurales que alienten la competitividad y la participación del sector empresarial local en el escenario de la economía del conocimiento y preponderancia de cadenas globales de valor, parece seguir siendo un desafío que los países de la región han asumido con mas voluntad y medios que visión y creatividad. En efecto, los enfoques y estructuras casi idénticas que exhiben varios países de la región en esta materia, denotan que la finalidad por impulsar políticas públicas en materia de CT&I ha sido interpretada más como el mandato de emular experiencias exitosas de países industrializados, sin tomar en consideración los rasgos específicos que deben caracterizan estos programas. Desde esta perspectiva la reflexión se plantea en torno a la idea de seguir la línea de crecimiento que ha conducido a las economías actuales por la ruta del crecimiento en detrimento de factores sociales y ambientales. ¿es esto una fatalidad para los países emergentes?; o por el contrario, ¿tienen éstos la obligación de plantear una nueva lógica que privilegie el aprovechamiento sostenible de sus abundantes recursos así como la fragilidad de los ecosistemas donde éstos se encuentran ubicados?. Ambos interrogantes conducen a una respuesta: la región está llamada a liderar una interpretación renovada de las normas del sistema multilateral del comercio, y un punto de partida puede ser la relectura de los planteamientos sobre los alcances de la actividad inventiva y sus vínculos con el sector industrial y estatal, de manera que los recursos públicos destinados a I+D se enfoquen hacia la solución, control o mitigación de los efectos devastadores heredados de la etapa de capitalismo avanzado.

Palabras clave: Políticas de ciencia y tecnología. Crecimiento económico. Incentivos. Inversión extranjera directa.

* Recibido em 23/03/2016
Aprovado em 09/05/2016

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Propiedad Intelectual de la misma universidad y Especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de los Andes. Master en Derecho Económico Internacional de la Universidad de Berna (Suiza). Investigador del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Correspondencia: Departamento de Derecho Económico Universidad Externado de Colombia, Carrera 3 Este No. 9-96, primer piso, Bogotá, Colombia. E-mail: rodrigo.corredor@uexternado.edu.co

ABSTRACT

Over the last decade the paths to achieve economic growth in Latin America have shown a convergence in upgrading science, technology and innovation (ST&I). This fact is reflected in the strengthening of the administrative structures of national systems along the region. However, the almost identical structures of these programs in the region show that the purpose of promoting S&T as a public policy has been interpreted often, as a mandate to emulate successful experiences of industrialized countries without taking into account the country-specific nature that should characterize these programs. Is this a fatality for developing countries? Or conversely, do they have an obligation to foster a new logic that favours the sustainable use of its abundant resources of the ecosystems where they are located?. Both questions leads to one single answer: the region is called to lead a renewed interpretation of the rules of the multilateral trading system, namely those related to the creative industries and its links with industrial sectors, in a way such that resources for R+D can also be directed towards the solution, control or mitigation of the devastating effects inherited from the advanced capitalism period.

KeyWords: Science and technology policy. Economic growth. Incentives. Foreign direct investment.

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la última década los caminos para lograr el crecimiento económico en Latinoamérica muestran una convergencia hacia la inversión en Ciencia Tecnología e Innovación (CT&I) lo cual se ha visto reflejado en el fortalecimiento de las estructuras administrativas de las instituciones nacionales encargadas de tales temas. Sin embargo, lograr los cambios estructurales que alienen la competitividad y la participación del sector empresarial local en el escenario de la economía del conocimiento y preponderancia de Cadenas Globales de Valor (CGV), parece seguir siendo un desafío que los países de la región han asumido con mas voluntad y medios que visión y creatividad.

En efecto, los enfoques y estructuras casi idénticas que exhiben varios países de la región en esta materia, denotan que la finalidad por impulsar políticas públicas

en materia de CT&I ha sido interpretada más como el mandato de emular experiencias exitosas de países industrializados, sin tomar en consideración los rasgos específicos que deberían caracterizar estos programas en la región.

Esta fenomenología de los Sistemas Nacionales de Ciencia Tecnología e Innovación (SNCT&I) en Latinoamérica adquiere matices interesantes, en momentos en los que el crecimiento de la región parece detenerse ante la desaceleración de la economía mundial y éstos países tendrán que concentrar sus esfuerzos en mitigar los efectos de la inevitable contracción de los ingresos derivados de las actividades extractivas con base en las cuales han planteado la financiación de tales sistemas. El panorama descrito nos sugiere que los problemas a solventar estarán relacionados con la sostenibilidad financiera, académica y/o científica de los programas de investigación, con lo cual se corre el riesgo no sólo de continuar estancados en los rankings globales de innovación, sino además de haber

Puntuales – la promoción de clústeres de innovación y las deducciones tributarias a actividades de CT&I. En la tercera parte, se aborda la potencialidad o eventualidad de que los temas relacionados con la promoción a la CT&I caigan dentro de la esfera de lo que se denomina el “interés público” en el marco de controversias Estado-Inversionista. Por último, se proponen soluciones de cara al panorama de contracción de las rentas provenientes de industrias extractivas haciendo énfasis en la necesidad de que las políticas de innovación recuperen una interpretación compatible con el desarrollo económico que requieren los países en vías de desarrollo y de la cual existe el riesgo de alejarse en el panorama actual de prevalencia de acuerdos de promoción y protección de inversiones que desdibujan los consensos sobre los cuales se ha edificado el sistema multilateral de comercio.

2. NARRATIVA DE LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE INNOVACIÓN

Aunque existen mediciones periódicas de los indicadores de CTI&I en la región,¹ muy poco se habla de

1 RED DE INDICADORES DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA IBEROAMERICANA E INTERAMERICANA. *Red de indicadores de ciencia y tecnología iberoamericana e interamericana*. 2014. Available in:

la composición de las rentas que sustentan estas actividades. Sin embargo, la reconocida importancia que las economías de la región han dado en los últimos años a sus sectores extractivos (hidrocarburos, minerales y en algunos casos agricultura intensiva) y la situación de fuerte dependencia de las rentas generadas por éstos sectores, ha generado serios procesos de reflexión al interior de los Gobiernos nacionales sobre la necesidad del fortalecimiento de la CT&I como motor del desarrollo económico y en esa medida influenciaron el aumento de las partidas presupuestarias destinadas a actividades relacionadas con la CT&I.²

En efecto, durante la reciente bonanza económica experimentada en la región,³ el aumento de las ganancias en el sector extractivo se vio reflejada en una tendencia generalizada hacia la búsqueda de participaciones más importantes de las rentas generadas por la explotación de sus recursos naturales con el fin de soportar sobre dicha base nuevos sectores de la economía.⁴ La creación

de herramientas fiscales y el recurso a entornos contractuales vinculados a la transferencia de tecnología, como incentivos para la inversión, también hace parte del conjunto de herramientas que, por la vía de las recomendaciones de organismos multilaterales y regionales, se han venido replicando en varios países de América latina, casi siempre enmarcadas o presentadas dentro de esquemas de fortalecimiento a los SNCT&I.⁵

Desde el punto de vista de la arquitectura institucional, estos sistemas han sido concebidos dentro de la idea de provocar una inserción en la economía del conocimiento⁶ y lograr un salto cualitativo que permita emular el éxito de las económicas asiáticas en la década de los noventa,⁷ con la diferencia sustancial de que

regalías que no sean asignados a los departamentos y municipios, se creará un Fondo Nacional de Regalías, cuyos recursos se destinarán a las entidades territoriales en los términos que señale la ley. Estos fondos se aplicarán a la promoción de la minería, a la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales”. Subrayado fuera de texto.

5 Un reciente documento del Banco Mundial pone de presente esta tendencia al afirmar: “[...] las prioridades de las políticas económicas en la región han evolucionado respondiendo a los cambios globales a medida que estos cambios han exacerbado ciertas dificultades de larga data en la región, como su dependencia de las materias primas minerales y agrícolas y sus tasas de ahorro comparativamente bajas. Por lo tanto, es probable que en la región se intensifique el debate sobre las prioridades de las políticas públicas en el contexto de un nuevo panorama global y que tenga como punto central la agenda del crecimiento.”

6 Por ejemplo: Chile cuenta hoy con una Estrategia Nacional de Innovación para la Competitividad que propone “[...] avanzar decididamente al desarrollo por la senda de la Economía del Conocimiento, combinando para ello las ventajas del modelo exportador de recursos naturales, donde el país tiene ventajas importantes y ha logrado ya grandes avances, con las habilidades creadas por un esfuerzo creciente en la generación de capital humano y conocimiento que, aplicados al proceso productivo, permitan desarrollar sectores más sofisticados y de alta competitividad a nivel global”, página 29, documento del consejo nacional de innovación para la competitividad cna.gov.co. de acuerdo con BANCO DE DESARROLLO DE AMÉRICA LATINA. *Regulación de la inversión extranjera en América Latina*. Regulaciones y opciones para reformas al clima de inversión. 2014. (Serie Políticas Públicas y Transformación Productiva N°14) Colombia, por su parte “ha concedido exenciones al impuesto a la renta de 10, 15 y 30 años, respectivamente, para las inversiones en silvicultura, generación de energía eléctrica (biomasa, solar, eólica) y para la construcción. Asimismo, el Gobierno colombiano prepara una ley para autorizar la inversión privada y la extranjera en instituciones públicas y privadas de educación superior.” p. 30.

7 De acuerdo con CEPAL Mientras la contribución de estas economías al crecimiento del PIB mundial se duplicó con creces entre los períodos 1990-1995 y 2005-2012, aumentando del 19% al 41%, la contribución de América Latina se mantuvo estable, pasando del 8% al 9%. El notable desempeño de Asia se relaciona

<<http://www.riicyt.org>>. Adelanta mediciones con base en Indicadores de Ciencia y Tecnología definidas para Ibero y Latinoamérica.

2 En Colombia la Ley 1286 de 2009 y de manera específica el Acto Legislativo 5 de 2011 (julio 18) artículo 2. señala que los recursos de inversión del Sistema General de Regalías se destinarán al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; al desarrollo de inversiones físicas en educación e inversiones en materia de ciencia, tecnología e innovación y, en general, al aumento de la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población. Una redacción similar tiene la Ley peruana 28303 de 2004, la cual en su artículo 26 dispone: “El Plan Nacional de CTel es el instrumento de propuesta y ejecución de la política nacional de CTel, forma parte de las políticas de Estado y responde a una visión geoestratégica del corto, mediano y largo plazo. Tiene como base para su elaboración el establecimiento de líneas estratégicas, la fijación de prioridades y el diseño y la articulación e implementación de programas nacionales, regionales y especiales propuestos por los sectores y entidades que conforman el SINACYT”. En México, De acuerdo al artículo 11 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología El patrimonio del CONACYT se integrará con: I. Los bienes muebles e inmuebles que le asigne el Ejecutivo Federal, y los que adquiera por cualquier título legal, y II. Con las transferencias, los subsidios, participaciones, donaciones y legados que reciba y, en general, con los ingresos que obtenga, por consultas, peritajes, regalías, recuperaciones, derechos propiedad intelectual o cualquier otro servicio o concepto propio de su objeto.

3 La evolución positiva del PBI propició un aumento de los recursos económicos destinados a I+D. La inversión en I+D para ALC en 2012 superó los 54 mil millones de dólares (medidos en PPC), duplicando los valores con los que inició la serie en 2003. [http://www.riicyt.org/files/Estado%20de%20la%20Ciencia%202014/Estado_de_la_ciencia_en_imagenes\(1\).pdf](http://www.riicyt.org/files/Estado%20de%20la%20Ciencia%202014/Estado_de_la_ciencia_en_imagenes(1).pdf)

4 En Colombia, la propia redacción del Artículo 361 Constitucional - que sirve de fundamento a la financiación de las actividades de CT&I - refleja la fuerte dependencia hacia las actividades del sector extractivo cuando señala: “Con los ingresos provenientes de las

muchos factores, que hoy en día distorsionan el cumplimiento de tales fines, no existían o simplemente comenzaban a esbozarse en el panorama económico regional asiático de aquella época,⁸ por lo cual no fueron un obstáculo impediendo, como si parecen serlo hoy la excesiva oferta de productos tecnológicos situados muy lejos de la frontera tecnológica en la cual los países logran niveles aceptables de absorción de la tecnología a la que tienen acceso o la preponderancia del sector servicios en la economía global.⁹

En este sentido, el tímido retorno a una narrativa de corte intervencionista – implícita en el discurso que hoy acompaña la promoción de SNCT&I en la región – puede de cierta manera ser interpretado como una forma propiciar la conformación de sectores producción de medios de producción para resolver lo que Fajnzylber calificó en su momento como «industrialización trunca» y que a su vez sirvió de base a la útil distinción entre «proteccionismo para el aprendizaje», que caracterizó a los procesos industrializadores más exitosos del Asia Oriental, y el «proteccionismo frívolo», que en América Latina signó a la industrialización tardía.¹⁰

directamente con la irrupción de China, país que se ha convertido en la segunda economía mundial y el principal exportador mundial de bienes y está próximo a ser una potencia tecnológica. Su tasa de crecimiento, del 10% anual durante más de tres décadas, no tiene parangón histórico y menos aún en el caso de una nación tan poblada.”

8 En este sentido Arocena, R; Sutz, destacan como “El modelo de industrialización fue muy distinto en Asia Oriental y América Latina. Si bien ambos tuvieron en común la importancia del rol desempeñado por el Estado, las diferencias en el desempeño de ese rol fueron realmente muy grandes. Así por ejemplo no se conoció en nuestro continente nada parecido al relacionamiento entre Estado y tecnología en Japón. Allí, antes de la liberalización de fines de los ’60, no se decidía ninguna compra de tecnología, “joint venture” o acuerdo de patentes sin aprobación del MITI, que procuraba activamente mejorar los términos y cada convenio, y no permitía incorporar tecnología extranjera si no estimaba que la industria nacional involucrada estaba madura para aprovecharla”

9 A diferencia de Asia, donde el desarrollo tecnológico estuvo ligado al fortalecimiento del mercado interno, en momentos en los que la oferta de productos tecnológicos – poco avanzados – era relativamente baja a nivel mundial y no consideraba a tales países como mercados objetivo; América Latina, afronta no sólo la sobreoferta de productos tecnológicos sino que por efecto de la liberalización de los servicios, buena parte del capital humano que podría dedicar su esfuerzo y capacidades a labores científicas, encuentra más atractivo asumir posiciones de tipo gerencial dentro de empresas multinacionales. Esta situación hace aún más difícil que las políticas públicas de ST&I encuentren el espacio para lograr adaptar el proceso endógeno de innovación a la demanda interna.

10 AROCENA, R; SUTZ, J. *Desigualdad: tecnología e innovación en el desarrollo latinoamericano Iberoamericana*. Nueva época, 2001. p. 36

Desde esta perspectiva, es posible afirmar que el objetivo principal de esta nueva generación de políticas de ST&I es lograr profundizar la capacidad endógena para la innovación, lo cual aparece como una tarea pendiente en el contexto latinoamericano. Sin embargo es necesario precisar que en el contexto actual, la señalada dependencia de la rentabilidad del sector extractivo en temas asociados con la financiación de los SNCT&I, plantea nuevos problemas como los señalados por Mazzucato quien advierte como este tipo de actividades – de innovación – se caracterizan por ser de alto riesgo y tener tasas de retorno de mediano o largo plazo, por lo cual una ruptura en los flujos de capital que sostienen la investigación pueden resultar poco favorables para la sostenibilidad de los proyectos y por ende de fragilizar la gestión de todo el sistema en su conjunto.¹¹

2.1. Cambios y continuidad entorno al concepto de innovación

Pero más allá de las probables fallas que puedan presentarse en el diseño de políticas públicas en materia de CT&I, el contexto actual exige abordar la innovación como concepto eminentemente económico, superando las visiones en las que se encuentran inmersas las instituciones políticas y sociales que directamente inciden en la preservación de un imaginario colectivo que subvalora a la tecnología y por ende dificulta el progreso tecnológico.¹²

Igualmente resulta fundamental reconocer como el cambio en las relaciones industriales introducido entre

11 MAZZUCATO, M. *The entrepreneurial state: debunking public vs. private sector myths*. Londres: Anthem, 2013. p. 182

12 En el mismo sentido AROCENA, R; SUTZ, J. *Desigualdad: tecnología e innovación en el desarrollo latinoamericano Iberoamericana*. Nueva época, 2001. complementan: “Esto último hunde sus raíces en el pasado lejano, pues constituye una herencia de la colonización ibérica, que impuso pautas culturales muy distintas a las trasplantadas a las zonas de colonización anglosajona. La España que conquistó América fue la que se arruinó a sí misma, cultural y técnicamente, destruyendo la agricultura morisca, expulsando a los judíos, sometiendo la sociedad a la Inquisición. Su impronta entre nosotros se manifestó en las universidades monásticas que perduraron bastante más allá de la independencia, en el desprecio al trabajo manual, en el parentesco entre las escuelas de oficios y los establecimientos correccionales. La cultura oficial asignó un lugar marginal y – salvo en el caso de la biomedicina y la investigación agropecuaria – más bien decorativo a la ciencia, pese a esfuerzos y logros relevantes, y prácticamente dejó afuera a la tecnología. Causa y consecuencia de tal fenómeno, el “matrimonio entre la ciencia y las artes útiles”, que caracteriza a la Segunda Revolución Industrial, en estas tierras apenas si se consumió.”

otras por la incursión de las nuevas tecnologías, el desarrollo de los medios de comunicación y la desmaterialización progresiva de los intercambios comerciales viene propiciado cambios profundos en lo que entendemos por innovación y los mecanismos legales para estimularla.¹³ Un ejemplo de ello es la concesión de derechos exclusivos que como en el caso de las patentes, en los albores de la revolución industrial, fueron empleadas como medio para proteger a los inventores del riesgo de que sus creaciones divulgadas en el marco de las exposiciones universales fueran objeto de copia por otros empresarios.

En efecto, aunque en la actualidad, la existencia del riesgo a “*ser copiado*” persiste como un rezago de la interpretación rigurosa de las instituciones de protección de DPI’s, las discusiones sobre el enfoque económico de las políticas de innovación permiten apreciar un giro hacia la necesidad de facilitar la emulación y de integrar los aparatos productivos de los países en desarrollo a la actividad inventiva de las Empresas Multi Nacionales (EMNs) líderes en innovación. De esta manera, podemos hablar de un cambio en el enfoque respecto a la actividad creativa que sobrepasa la necesidad de la protección de la invención y que parece enfocarse más hacia el estímulo continuo de sinergias benéficas (entornos colaborativos) los cuales son percibidos como escenarios ideales para el desarrollo sostenible de la actividad innovadora.¹⁴ El marco en el que se plantea esta nueva

relación obviamente está influenciado por el desarrollo del derecho económico internacional y de manera más reciente por la preponderancia que ha logrado la Inversión Extranjera Directa (IED) como medio de movilización y optimización de los factores de producción.

2.2. La innovación: un concepto para armar

Dentro de las críticas más recurrentes a las economías de la región está la de su incapacidad para generar innovación y de vincularla al desempeño sostenible de la economía, es decir, de integrar la agenda de investigación y desarrollo con los esfuerzos desplegados en el plano industrial a través de otras políticas públicas tales como educación, la salud, la seguridad, la protección del medio ambiente o el desarrollo de proyectos de infraestructura etc. De acuerdo con Gervais, podría afirmarse que esta situación es, de cierto modo, el resultado de la aplicación de teorías que llevaron a estos países a implementar trasplantes normativos en materia de protección de DPIs bajo supuestos que hoy se presentan como erróneos o por lo menos imprecisos. El mencionado autor señala:

If one looks at the rhetoric embedded in the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), one finds at least a mention of technology transfer to the developing world. The TRIPS Agreement was seen as the poster child for the so-called Development Theory, according to which developing economies should import the normative, judicial and administrative infrastructure of more industrialized nations to achieve a similar level of economic development. According to that theory, copying the infrastructure should lead to increased foreign investment, availability of capital and economic growth. One might naturally question those foundational assumptions.¹⁵

Ahora bien, algo similar parece estar sucediendo con el concepto de innovación, el cual ha terminado por ser incluido como elemento central en las estrategias de transformación productiva de buena parte de los países latinoamericanos. Dentro de esta comprensión, dichas políticas incluyen como elemento catalizador a la promoción de la Inversión Extranjera (IED), atribuyéndole la capacidad de lograr niveles mejorados de interacción entre las firmas extranjeras y los actores internos, los

13 Esta realidad se refleja en la discusión actual de la Política Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación 2015-2025 en la cual se deja en claro que “El diseño de la política de CTI a partir del concepto de SNI va más allá del enfoque lineal tradicionalmente utilizado en los países de América Latina, en el que la innovación empresarial se considera como la última etapa de un proceso ordenado, que inicia con la investigación básica, pasa a la investigación aplicada y luego al desarrollo tecnológico que es incorporado en la producción (BM 2008; BID 2014). La principal influencia del concepto de SNI en el diseño de la política pública consiste en la adopción de un enfoque más amplio que el tradicional de fallas de mercado, LIZUKA; Soete. *Catching up in the twenty first century: globalization, knowledge and capacities in latin america: a case for natural resource based activities*. [Amsterdã]: Unu_Merit Working Paper Series, 2011. Este enfoque determina que no son solo las fallas de mercado las que ameritan intervenciones gubernamentales, sino que la naturaleza de interacción de la CTI y la variedad de sus instituciones hacen que las fallas de Estado y las fallas sistémicas sean otros factores determinantes del diseño de la política.”

14 Para autores como MOWERY, D.; SIMCOE, T. *The Internet*. In: STEIL, B.; VICTOR, David G.; NELSON, R. *Technological innovation and economic performance*. Princeton: Princeton University Press, 2002. “national IPR systems and national economies and innovation systems “co-evolve” in a complex, path dependent, and interactive fashion.”

15 GERVAIS, Daniel. Current issues in international intellectual property norm-making. In: DREXL, J. et al. (Ed.) *En bilateral trade agreements and intellectual property: 3 for better or worse?* MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law 20. Berlín: Springer-Verlag, 2014. p. 5.

cuales, estimulados por la deslocalización de la producción, deberían normalmente terminar por participar armónicamente dentro del ciclo productivo.¹⁶

Pero la realidad es diferente. En efecto, la mayor parte de lo que los países latinoamericanos contabilizaron durante el reciente periodo de bonanza económica como innovación, corresponde verdaderamente al despliegue de un tipo de IED enfocada exclusivamente a la deslocalización de actividades relacionadas con la manufactura o ensamble de ciertos productos tecnológicos hacia países con menores costos de producción.¹⁷ Para revertir esta tendencia, en la actualidad muchos países parecen estar apartándose de este tipo actividades que prevén niveles controlados de transferencia de tecnología, vía gestión de DPI's – y confiando una mayor importancia al valor agregado que los sectores manufactureros pueden aportar a los productos de sus canastas exportadoras a través de la incorporación de la CT&I para de esta manera comenzar a reducir las brechas tecnológicas.

Desde el punto de vista del diseño de políticas de desarrollo productivo, es claro que las decisiones respecto de la naturaleza de las inversiones que se requieren para insertarse en la economía del conocimiento no pueden quedar exclusivamente en manos de los inversionistas privados/extranjeros, puesto que estos se enfocaran en innovaciones que busquen mejorar su propia eficiencia, esto es, en la optimización de los factores de producción bajo la premisa esencial de “producir más con menos”.

Es aquí donde radica el contrasentido del contexto en el que se dan actualmente las políticas de innovación en Latinoamérica, pues por un lado, éstas se enfocan en

promover el acceso ampliado a los recursos naturales al tiempo que atribuyen a dichas inversiones un efecto positivo en materia de innovación. En este sentido, resulta pertinente el argumento avanzado por Mezue y otros en el sentido de que:

“Economists have long wondered why nations endowed with oil (such as Iran, Iraq, Mexico, Nigeria, and Venezuela) or precious metals (such as Mongolia, Peru, and Russia) generate billions upon billions in revenues and profits yet manage to create few jobs and little national economic growth. The answer is that investments in resource industries in developing nations lead to efficiency innovations, designed to produce more with less. From the day these rigs and refineries go into operation, the objective of their managers is to increase productivity by reducing employment. This is the logic of efficiency innovation, and its outcome is net job loss, not gain”.¹⁸

Es claro que esta visión así como la tendencia a privilegiar el uso de rentas públicas para el financiamiento de la SNCT&I está ligada a una comprensión coyuntural de concepto de innovación, la cual se refleja en el uso efectista que se hace del mismo dentro del discurso político actual. Esta situación pone de presente problemas más complejos relacionados con la vinculación tardía del concepto de innovación a políticas de desarrollo productivo, así como con las dificultades para integrar los efectos sociales de otros temas transversales tales como la gestión de los Derechos de Propiedad Industrial (DPI's) o el derecho de la competencia, lo que refleja en últimas un aislamiento de la actividad innovadora de las discusiones que son pertinentes para los sectores manufactureros.

3. PANORAMA DE LOS ESTÍMULOS A LA INNOVACIÓN

En Latinoamérica, la manera como se formula la innovación como objetivo dentro de políticas públicas está influenciada principalmente por la comprensión de los efectos sociales que se reconocen a ciertas categorías de DPI's. De allí, la insistencia en el fomento de los vínculos entre la academia y la empresa así como de la intención de sopesar la efectividad de tales sinergias

16 Esta Visión se refleja en varios documentos orientadores publicados por organismos multilaterales, tales el Banco Mundial, en el cual se afirma: “El aumento de los flujos financieros entre los países, sobre todo de la IED, podría ser impulsado por empresas que buscan capitalizar a partir de las mejoras de eficiencia facilitadas por la fragmentación de las etapas de producción en diferentes países. Por lo tanto, la creciente participación del Sur en los flujos financieros globales podría ser un motor potencial de crecimiento económico. Dichos flujos pueden no solo aliviar las restricciones financieras en las economías receptoras sino también ser un vehículo de difusión tecnológica y de conocimientos. De hecho, los responsables de las políticas del Sur, incluyendo a ALC, ven el atractivo de la IED y las corporaciones multinacionales como una prioridad de las políticas.”

17 Por su parte UNCTAD pone en claro como en las etapas tempranas del desarrollo tecnológico, las empresas no requieren como tal la implementación de departamentos de I&D, y por lo tanto la IED de la que son receptoras se enfoca hacia actividades de bajo valor agregado que solo inciden en la reducción de los costos de la empresa que deslocaliza su producción.

18 MEZUE et al. *The power of market creation: how innovation can spur development, foreign affairs*, Enero de 2015. Available in: <m.foreignaffairs.com/articles/142495/bryan-c-mezue-clayton-m-christensen-and-derek-van-bever/the-power-of-market-creation>.

usando indicadores (como el número de patentes solicitadas/concedidas) y de atribuir a tales mediciones la potencialidad de facilitar las decisiones a los inversionistas foráneos, que como se ha dicho, son percibidos como factores determinantes del proceso innovador.

Dos herramientas son claramente distinguibles: los denominados clústeres innovadores y los estímulos tributarios a las actividades de CT&I. Los dos hacen parte de estrategias que toman como punto de partida la existencia de sectores dinámicos que pueden mejorar su desempeño mediante el apalancamiento de actividades I&D, haciendo posible inducir niveles adicionales de transformación productiva.

En el caso de los clústeres, las empresas que los conforman se benefician al poder actuar más productivamente en el abastecimiento de insumos, y lograr un acceso directo a la información y a la tecnología. En este sentido es posible distinguir tres elementos de éxito de cualquier política clúster: la asociatividad y presencia de redes, la tecnología de innovación y el capital humano, las cuales deben conjugarse de manera armoniosa con el fin de elevar la productividad del sector seleccionado.¹⁹ El resultado esperado de este tipo de políticas es la consolidación de núcleos productivos altamente institucionalizados y con capacidad de coordinar el desempeño industrial con miras a posicionar productos y/o servicios tanto en el mercado interno como a nivel internacional.

Por su parte Rodrick, D. identifica tres áreas para la consolidación de una política eficiente de clústeres, la primera esta relacionada con la mejora de la productividad de los factores: capital humano y físico.²⁰ La segunda, más del resorte de las instituciones públicas encargadas, que consiste en procurar una mejora del entorno de negocios a través de unos indicadores macroeconómicos estables y la implementación de regulación pertinente. Por último, es necesario que quienes están asociados procuren resolver las fallas del mercado que se vayan detectando para de esta manera conservar las condiciones que hacen atractivo el clúster a empresas del sector privado o que tienen la potencialidad de atraer nuevas sinergias y oportunidades de transferencia de tecnología.

En cuanto a las deducciones tributarias por inversión en CT&I, para el caso colombiano, el documento Conpes 3834 las define como aquellos gastos que se descuentan de los ingresos y que afectan la utilidad, generando un menor impuesto a pagar por parte del contribuyente. De esta forma, al fomentar las actividades de I+D+i, las deducciones se convierten en un instrumento de financiamiento público indirecto que apoya la competitividad empresarial. Un punto importante a resaltar en relación con este tipo de instrumentos es su disponibilidad tanto para empresarios locales como a empresas extranjeras que deseen aprovechar oportunidades de inversión o que busquen provocar la integración de productores locales en su cadena de valor.

La necesidad de este tipo de instrumentos suele estar justificada en fallas de mercado que a su vez están influenciadas, como ya se mencionó, por la errónea concepción del efecto social de las patentes como medio de protección de las actividad inventiva desplegada por actores privados. En efecto, el carácter de bien público no excluible que se reconoce al conocimiento, dificulta la apropiación absoluta de los beneficios que se generan de una invención y por consiguiente sirve de causa eficiente a una segunda falla de mercado que consiste en la incertidumbre que se genera en torno a la protección y al riesgo inherente de la actividad innovadora.

Aunque las deducciones tributarias parecen acertar como mecanismo para mitigar los costos sociales que surgen de la exacerbada tendencia a la privatización del conocimiento que ha caracterizado el reciente periodo de la globalización, a su implementación se le reconocen un alcances limitados. El documento Conpes citado reconoce cuatro áreas problemáticas:

“i) los niveles de inversión privada en el financiamiento de I+D son bajos; ii) los porcentajes de deducción efectivos pueden llegar a ser insuficientes para compensar los riesgos asociados a las inversiones en I+D+i; iii) los usuarios del instrumento se concentran en grandes empresas y en pocos sectores, dejando por fuera a las pequeñas y medianas empresas que no declaran renta líquida, así como a sectores productivos que realizan I+D+i en menor escala; y iv) el cupo global de deducción ha sido subutilizado.”²¹

Esta evaluación pone de presente un aspecto relevante, cual es el hecho de que hasta el momento la

19 FEDESARROLLO. *20 años de políticas de competitividad en Colombia*. Bogotá. 2013.

20 RODRIK, D. *One economics: many récpes*. Princeton: Princeton University Press, N. J, 2007.

21 Departamento Nacional de Planeación. Documento Conpes 3834, Lineamientos de Política para Estimular la Inversión Privada en Ciencia, Tecnología e Innovación e Tráves de Deducciones Tributarias, Bogotá: 2015, p. 15.

utilización del instrumento ha estado concentrado en las “grandes empresas”, dentro de las cuales debemos incluir las actividades EMNs que se benefician de las deducciones tributarias registrando como proyectos de I+D+i, sus actividades de transferencia de tecnología. Por esta razón, es importante afinar los mecanismos de medición tanto de la cantidad como de la calidad de innovación que se puede dar en contexto de la IED,²² Autores como Lizuka y Soete afirman que las patentes solo muestran el nivel de conocimiento codificado lo cual es insuficiente para establecer la ocurrencia de interacciones positivas que estimulen el flujo de conocimiento relevante para el desarrollo de ciertos sectores. La creación de conocimiento requiere ciertamente de Sistemas Nacionales de CT&I pero dentro del concepto que ellos denominan «Knowledge Creation Systems».²³

El análisis precedente, pone en evidencia cómo la presión por incorporar la noción de innovación dentro de las políticas públicas está conduciendo a las administraciones nacionales a escenarios más propios innovación basada en la eficiencia, con el agravante de que los estímulos públicos a la I+D se han ido a fortalecer estructuras de mercado para agentes que no las requieren.

4. LA INNOVACIÓN COMO PARTE DEL ‘INTERÉS PÚBLICO’ EN EL MARCO DE CONTROVERSIAS ESTADO-INVERSIONISTA

El panorama esbozado hasta el momento, plantea una situación en la cual el Estado debe asumir un rol activo en materia de políticas de CT&I, asegurando que el marco regulatorio y las medidas de estímulo a la innovación no resulten discriminatorias frente a la actividad de los inversionistas extranjeros.²⁴ En este contexto, la

22 Estimular la protección y observancia de los DPIs no equivale necesariamente a estimular los SNCT&I. Las cifras que reflejan aumentos en el número de patentes solicitadas y/o concedidas no implican necesariamente que se estén generando ciclos virtuosos entre el sector manufacturero local y los inversionistas foráneos, más aún cuando la mayoría de tales inversiones extranjeras consisten en actividades de tipo extractivo con bajos niveles de transferencia de tecnología.

23 LIZUKA; Soete. *Catching up in the twenty first century: globalization, knowledge and capacities in latin america: a case for natural resource based activities*. [Amsterdã]: Unu_Merit Working Paper Series, 2011.

24 De acuerdo con el Banco Mundial “Los países en ALC ya han adoptado algunas políticas industriales, como la promoción de la inversión y el comercio que tiene como objetivo ciertos tipos de empresas e industrias y no otras. Una ampliación de este debate podría

definición de marcos regulatorios que apoyen, dentro del mercado interno, la integración progresiva a CGV, o la configuración de entornos colaborativos intensivos en transferencia de tecnología, podrían beneficiarse de la implementación de esquemas menos ortodoxos en cuanto a la gestión de DPIs, pero que a su vez resulten compatibles con la tendencia global a impulsar estándares de protección y observancia más rigurosos como los que actualmente parecen estar negociándose en los llamados acuerdos megaregionales.²⁵

Dentro de las soluciones que acompañan el desarrollo de estrategias de mercado basadas en la innovación está el recurso al subsidio de actividades exportadoras o a la I+D. En el primer caso, la reglas del comercio internacional restringen fuertemente el uso de subsidios a las exportaciones razón por la cual las políticas públicas parecen dar prevalencia al apoyo a la I+D, bien sea integrando la CT&I a sectores con cierto grado de desarrollo, como en el caso de los clústeres; o bien, con énfasis en la promoción de la innovación enfocada hacia la solución, de los problemas básicos que aquejan a millones de habitantes en los países en desarrollo. Esta última perspectiva resulta interesante en la medida en que reconoce la existencia de un mercado que demanda activamente soluciones técnicas, el cual puede ser servido por la vía de estímulos públicos a emprendedores locales, todo dentro de una visión de la innovación más adaptada al contexto social y económico que exhibe la región después de la bonanza de los commodities.

Sin embargo, las estrategias de este tipo requieren de un cierto margen de planificación estatal que permita no sólo programar los incentivos sino, estructurar el mercado con miras a la satisfacción de las necesidades relevantes en diversas áreas prioritarias. Es aquí donde surge la potencialidad de que los temas relacionados con la CT&I caigan dentro del ámbito de los temas de interés público que pueden verse afectados en el marco de controversias Estado-Inversionista.²⁶

abarcar los incentivos basados en políticas, entre ellos las políticas tributarias y de gasto, teniendo presente la ayuda a los mercados para internalizar las grandes externalidades positivas asociadas con la investigación y el desarrollo (I+D) y la adopción y adaptación a nuevas tecnologías.”

25 Haciendo referencia a los dos grandes acuerdos actualmente en negociación Trans-Pacific Partnership (TPP) y Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) Calverley señala: “While tariff reduction on goods was the main focus of trade deals in the 20th century, the new generation of pacts address “behind the border” obstacles such as restrictions or biased procurement policies, arcane investment rules and weak intellectual property protection.”

26 Aunque puede aparecer a primera vista como una hipótesis

Como es bien sabido las grandes corporaciones multinacionales persisten en su empeño por explotar todas las definiciones posibles de expropiación como una manera de exigir compensaciones ante los eventuales cambios regulatorios propuestos/planeados por los Gobiernos. En el caso de las políticas públicas de CT&I existe un riesgo de que al vincular las actividades de I+D a la protección de la salud, la biodiversidad o la generación de energías renovables, mediante el uso de subsidios tanto al sector público como a las empresas locales que buscan participar dentro el mercado a través de pequeñas innovaciones incrementales, se de pie a reclamaciones por parte de las grandes corporaciones que, en ciertos casos, cuentan inclusive con el poder de determinar estándares globales en relación con estos nuevos ámbitos de la tecnología.²⁷

Por lo tanto, la tarea pendiente tanto de los encargados de las políticas de transformación productiva como de los responsables de los sistemas de CT&I es la de afinar instrumentos que permitan precaver y/o reaccionar ante los conflictos que puedan surgir en el contexto de los acuerdos de inversión. Para ello es necesario partir de la claridad de que la recomposición del capital que efectúan las grandes corporaciones se hace con fines de maximizar sus utilidades, dejando de lado otros factores tales como la promoción de la innovación o la transferencia de nuevas tecnologías de punta hacia los países receptores (pues éstos desde el principio han sido reconocidos como escenarios para la reducción de costos mediante la externalización de algunas etapas de la cadena de valor). En estas condiciones, resulta fundamental garantizar el que las autoridades encargadas puedan profundizar en los efectos distributivos inherentes a

aislada o poco probable, las disputas sobre patentes y propiedad intelectual son reconocidas como materia arbitrable. en todos los países de América latina, con excepción de México, BANCO DE DESENVOLVIMENTO DA AMÉRICA LATINA. *Regulación de la inversión extranjera en América Latina*. Regulaciones y opciones para reformas al clima de inversión. 2014. (Serie Políticas Públicas y Transformación Productiva N°14). p. 71.

27 En este contexto es pertinente el comentario de GHIDINI, G. *Innovation: competition and consumer welfare in intellectual property law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2010. p. 214, respecto de la importancia de la gestión de DIP's para la innovación incremental. Al respecto anota: "The incremental nature of innovation carries with itself the need for innovators to have free access to the fruit of third parties' efforts in order to preserve the creative process. But when proprietary rights come into play (specially in countries like the United States, where patentability tend to extend even to 'research tools'), inventors need to negotiate several licenses to get feu vert to their innovation: hence if transaction costs happen to be too high the very same innovative process could come to a halt"

las políticas de ST&I,²⁸ permitiendo situar las decisiones gubernamentales en esta materia más allá del estímulo de sectores productivos para adentrarse en la solución de problemas sociales puntuales. En últimas, se trata de que la promoción a la ST&I como función inherente al Estado pueda, llegado el caso, erigirse como argumento claro frente a las eventuales pretensiones excesivas por parte de empresas multinacionales.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Sin lugar a dudas existe un contrasentido en buscar apalancar el desarrollo científico a partir de las rentas del sector extractivo, las cuales por su carácter volátil, pueden dejar en mala situación la financiación de actividades que requieren capital de alto riesgo y largo plazo como son las vinculadas a la I+D+i. El actual desaceleramiento de la economía china y los signos de recuperación de la economía Americana después de la crisis financiera de 2008, han vuelto a ubicar a los países latinoamericanos en una situación de reducción de rentas con base en las cuales se diseñaron sus políticas de CT&I.

Desde esta perspectiva, es fundamental que, aún en medio de la crisis, los países logren la vinculación de los sistemas de innovación a sectores económicos más estables. Una posibilidad para lograrlo, es el recurso a la creación de un mercado de soluciones técnicas y de desarrollo de tecnologías enfocadas a la solución de los problemas que afectan a la de manera directa a la población de los países en desarrollo. Por esta vía, no sólo se configura un mercado interno – que demanda soluciones – sino que también se asegura la eficiencia social del gasto en materia de CTI (muy cuestionable cuando sólo se busca establecer vínculos con EMN's a través de producción científica de alto rango). Finalmente, asumir tal postura podría lograr la atracción de IED estimulada por la expansión de un mercado local con espacios para la colaboración científica.

En este sentido es necesario que las administraciones nacionales asuman la fatalidad de los ciclos económicos con creatividad, reconociendo que la brecha tecnológica de nuestros países nos ubica en nichos de

28 BOZEMAN, Barry; SLADE, Catherine; HIRSCH, Paul. *Inequity in the distribution of science and technology outcomes: a conceptual model*. Berlín: Springer Science+Business Media, 2011.

mercado diferentes, lo cual no implica necesariamente que sean mercados poco atractivos o de bajo nivel técnico; por el contrario, su potencial representa la esperanza no sólo para la estabilidad de los SNCT&I sino también de los destinatarios de las soluciones técnicas que de allí puedan emanar.

Una posibilidad de futuro para los programas de CT&I después de la crisis de los *commodities* dependerá de la capacidad para crear nuevos mercados, y aprovechar los recursos existentes y las capacidades creadas para configurar entornos favorables a emprendedores más que a inversionistas inmersos en los patrones clásicos de la inversión que mejora la productividad pero destruye el empleo o a aquella inversión que promueve economías de enclave y además solo busca protegerse de los cambios regulatorios por la vía del arbitramento internacional de inversiones.

El camino está claro, los cambios a realizar son profundos y requieren el compromiso y la transparencia quienes deben liderarlos, de lo contrario en lugar de una promoción de la inversión orientada hacia la innovación lo que tendremos será un área fecunda para el litigio en el plano del arbitramento internacional de inversiones.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AROCENA, R; SUTZ, J. *Desigualdad: tecnología e innovación en el desarrollo latinoamericano Iberoamericana*. Nueva época, 2001.

BOZEMAN, Barry; SLADE, Catherine; HIRSCH, Paul. *Inequity in the distribution of science and technology outcomes: a conceptual model*. Berlín: Springer Science+Business Media, 2011.

BANCO DE DESENVOLVIMENTO DA AMÉRICA LATINA. *Regulación de la inversión extranjera en América Latina: regulaciones y opciones para reformas al clima*

de inversión. 2014. (Serie Políticas Públicas y Transformación Productiva N°14)

FEDESARROLLO. *20 años de políticas de competitividad en Colombia*. Bogotá. 2013.

GERVAIS, Daniel. Current issues in international intellectual property norm-making. In: DREXL, J. et al. (Ed.) *En bilateral trade agreements and intellectual property: 3 for better or worse?*, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law 20. Berlín: Springer-Verlag, 2014.

GHIDINI, G. *Innovation: competition and consumer welfare in intellectual property law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.

LIZUKA; Soete. *Catching up in the twenty first century: globalization, knowledge and capacities in latin america: a case for natural resource based activities*. [Amsterdã]: Unu_Merit Working Paper Series, 2011.

MAZZUCATO, M. *The entrepreneurial state: debunking public vs. private sector myths*. Londres: Anthem, 2013.

MEZUE et al. *The power of market creation: how innovation can spur development, foreign affairs*, Enero de 2015. Available in: <m.foreignaffairs.com/articles/142495/bryan-c-mezue-clayton-m-christensen-and-derek-van-bever/the-power-of-market-creation>.

MOWERY, D.; SIMCOE, T. The Internet. In: STEIL, B.; VICTOR, David G.; NELSON, R. *Technological innovation and economic performance*. Princeton: Princeton University, 2002.

RED DE INDICADORES DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA IBEROAMERICANA E INTERAMERICANA. *Red de indicadores de ciencia y tecnología iberoamericana e interamericana*. 2014. Available in: <<http://www.riicyt.org>>.

RODRIG, D. *One economics: many récipes*. Princeton: Princeton University, 2007.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**El papel de las instituciones
de control financiero sobre
los derechos humanos en el
contexto latinoamericano**

**The role of financial control
institutions on human rights in
latin-american context**

Jose Miguel Camacho Castro

El papel de las instituciones de control financiero sobre los derechos humanos en el contexto latinoamericano*

The role of financial control institutions on human rights in latin-american context

Jose Miguel Camacho Castro**

RESUMEN

El asunto de los derechos humanos ha sido objeto de los más variados estudios y de las más variadas perspectivas analíticas. Sin embargo, el comportamiento de estos derechos frente a la fortaleza o debilidad de la regulación financiera es un tema que permanece inexplorado. De allí que sea preciso caracterizar el impacto de la regulación financiera internacional en la garantía efectiva de los derechos humanos en el contexto latinoamericano. Esta investigación, llevada a cabo bajo un paradigma interpretativo, conduce a mostrar que la debilidad regulatoria crea dificultades para lograr la garantía de los derechos humanos. Estas dificultades se evidencian en la vinculación entre la financiarización económica débilmente regulada y la proliferación de sofisticadas formas de corrupción privada y criminalidad financiera que, a la postre, permiten la financiación de actividades que, como el conflicto armado colombiano, tienen todo que ver con la vulneración de derechos fundamentales en Latinoamérica.

Palabras-clave: Abusos tributarios. Derechos Humanos. Instituciones financieras. mercados financieros. Regulación.

ABSTRACT

The issue of Human Rights has come under the most varied studies and the most diverse analytical perspectives. However, the behavior of these rights comparing to the strength or weakness of the financial regulation is an issue that remains unexplored. It is necessary to describe the impact of international financial regulation in the effective guarantee of human rights in the Latin American context. This research, conducted under an interpretive paradigm, leads to show that weak regulatory processes makes it difficult to achieve the guarantee of Human Rights. These difficulties are evident in the link between economic financialization weakly regulated and proliferation of sophisticated methods of private corruption and financial crime that, ultimately, funding activities as the Colombian armed conflict, an example of powerful source of violation of fundamental rights in Latin American.

Keywords: Financial institutions. Financial markets. Human Rights. Regulation. Tax abuse.

* Recibido em 30/03/2016
Aprovado em 04/06/2016

** Abogado, Magíster (C) en Derecho con énfasis en teoría del Derecho. Profesor Investigador en la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia. *E-mail:* camachocasjose@miugca.edu.co.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las tendencias económicas más significativas, iniciada desde principios del siglo XX, es la financierización económica. El nuevo milenio ha acentuado esta tendencia, a través de la profundización de la globalización y los procesos de interdependencia económica, social, política y cultural. Este panorama económico tiene su mayor expresión en la tendencia altamente especulativa de los procesos financieros, que deviene en el reemplazo del modelo industrial decimonónico¹ y está acompañado, de forma paralela, por un paulatino proceso de desregulación financiera.

Lo anterior genera inmensos retos de política económica para los Estados que, por los procesos ya descritos, pierden protagonismo en lo que a la capacidad de determinar la vida de millones de personas se refiere. Hoy por hoy es el sector privado, más que el público, el que se encuentra en capacidad de influir más significativamente en los asuntos que preocupan a la humanidad. Más el reto no se limita a las esferas de política y gestión económica. También en el campo de lo jurídico aparecen retos que deben ser descubiertos y abordados a profundidad, pues los nuevos esquemas económicos implican también nuevos riesgos y nuevas potencialidades para la garantía de los derechos humanos en el mundo.

Estos riesgos hacen que sea necesario leer los derechos humanos en clave multidisciplinar y, en especial, a tono con los nuevos panoramas que en materia financiera se avecinan, contando con las múltiples dificultades que el nuevo milenio ha traído en estos campos. Casi no es necesario recordar que la primera gran crisis del siglo XXI aún no ha sido superada, pues a diario se rastrean los efectos de la misma. Las turbulencias financieras en Europa, Estados Unidos y ahora, los BRICS, abren un nuevo panorama de incertidumbre que no dejará intactos los derechos humanos. Por esto es importante fijar la atención en el comportamiento de los derechos humanos frente a los procesos financieros.

Si se mira de cerca, es posible observar que este objeto de estudio constituye el punto exacto en el que el mundo financiero se toca con el mundo jurídico, por lo cual los procesos de regulación financiera serán esenciales para entender las nuevas dinámicas mundiales en

materia de derechos humanos, sobre todo si se cuenta con el inmenso poder y alcance que las instituciones financieras han alcanzado por cuenta de los fenómenos mencionados con anterioridad. ¿Una regulación débil, laxa o permisiva en materia financiera tiene algún efecto en la garantía de los derechos humanos? ¿Fortalecer el control financiero tiene algún efecto sobre la garantía de los derechos humanos? ¿Es posible rastrear mecanismos de influencia en el sentido mundo financiero-mundo jurídico? ¿Es posible hacerlo a la inversa?

La exploración del comportamiento de los derechos humanos frente a la regulación financiera se emprenderá aquí bajo la hipótesis de que el gradual proceso de desregulación y la recurrente debilidad institucional en estos campos crean dificultades para lograr la garantía de los derechos humanos, particularmente en el contexto latinoamericano. Para mostrar que esta hipótesis proporciona una explicación adecuada de la relación entre derechos humanos y control financiero se revisará, (§1) el concepto de regulación como una forma de atención de la complejidad, es decir, como una forma de hacer cognitiva y prácticamente tratables problemas cognitiva y prácticamente intratables; (§2) se revisarán los procesos financieros actuales como procesos marcados por una alta complejidad, partiendo (§2.1) del inmenso volumen de operaciones de los mercados financieros actuales, (§2.2) la amplia ‘especulativización’ de los mercados y (§2.3) la proliferación de mecanismos de criminalidad financiera cada vez más sofisticados, intratables e impactantes sobre los derechos humanos; todo lo anterior servirá para, por último, (§3) revisar, valorar y proponer la ampliación del papel de las instituciones de control financiero en la garantía de los derechos humanos en el contexto latinoamericano.

2. LA REGULACIÓN COMO ATENCIÓN DE LA COMPLEJIDAD

Desde hace algún tiempo se ha reconocido que la clásica racionalidad económica, si bien es un modelo útil para explicar múltiples aspectos del funcionamiento del sistema económico, es claramente insuficiente. Poco a poco ha ganado fuerza la posición según la cual los individuos — e incluso, las instituciones — carecen de la información y la capacidad cognitiva suficiente para la toma de decisiones racionales. Esto ha dado paso a es-

1 MITCHELL, Lawrence E. *The speculation economy: how finance triumphed over industry*. San Francisco: Berrett-Koehler Publishers, Inc., 2008.

tudios sobre los sesgos cognitivos individuales, sobre el papel del azar en la vida económica y sobre la necesidad de formas de paternalismo que permitan mejorar la calidad de las decisiones individuales y colectivas no solo en el ámbito económico, sino también en otros ámbitos.

El seminal artículo de Kahneman y Tversky, dejó claro el poder de las heurísticas y los sesgos en la toma de decisiones. Estas circunstancias de la decisión “son, en general, bastante útiles, pero a veces conducen a errores serios y sistemáticos”². Por otra parte, Nassim Nicholas Taleb³ ha sostenido que la racionalidad inductiva se ve segada en mucha de su capacidad predictiva por cuenta de fenómenos incontrolables, propios del azar; la inducción tiene ese ‘raro’ pero bastante común ‘cisne negro’. Estas dificultades cognitivas han dado pie a la justificación de formas de paternalismo jurídico que ayuden a su superación. Cass R. Sunstein sostiene que estas formas de paternalismo son inevitables, además de necesarias, para la conducción de las decisiones públicas y para el mejoramiento de las decisiones individuales.

La suposición de que las elecciones individuales deben respetarse muchas veces se basa en la afirmación de que las personas hacen excelentes elecciones o por lo menos sus selecciones son mucho mejores de lo que posiblemente lo serían las de terceros. Sin embargo, existe muy poco apoyo empírico para respaldar esta afirmación, por lo menos si se ofrece en esta forma general⁴.

Lo anterior nos informa de que existen situaciones que son cognitivamente intratables, aunque no necesariamente sean complejas. También nos informa que la regulación jurídica e institucional — que abarca instituciones tanto públicas como privadas — ayudan, las más de las veces, a superar esta intratabilidad. Cass Sunstein ha sido quien ha defendido de forma más evidente esta postura. Con todo también ha advertido de las dificultades y retos que asumen las posiciones pro regulación. Nuestro autor trata, por ejemplo, el principio de precaución, un principio que exige la toma de medidas regulatorias ante riesgos e incertidumbres. Su aplicación se realiza en materias tan disímiles como la protección ambiental o la lucha contra el terrorismo. La primera

advertencia que Sunstein hace frente a la aplicación de este principio es que puede ser paralizador, pues el mero acto de regular genera nuevos riesgos e incertidumbres que deben ser considerados dentro de la estructura de costos de la regulación. “... la regulación a veces viola el principio de precaución, porque da lugar a *riesgos sustitutos*, en la forma de peligros que se materializan o aumentan como resultado de la regulación”⁵.

Con todo, la intratabilidad cognitiva no es el único problema de algunas situaciones, en especial de las situaciones de riesgo e incertidumbre. De hecho, existe un problema aún mayor cuando a estas últimas dos variables se le agrega la complejidad. Ante situaciones especialmente complejas, salta a la vista una especie de intratabilidad práctica: problemas y retos de difícil gestión que sólo son tratables a través de elaborados planes que distribuyan tareas y establezcan reglas claras y mecanismos de control que permitan el cumplimiento de esas reglas. Advirtiendo la posible similitud entre estos planes y el derecho, Scott Shapiro señala que ante actividades de poca complejidad, con pocas necesidades de coordinación y de bajo impacto, es posible utilizar mecanismos de planificación como la improvisación o la deliberación, pero que ante actividades masivas, que implican el aumento exponencial de la complejidad, es preciso hacer uso de la regulación, la asignación jerárquica de competencias, la construcción de redes de planificación, entre otros.

Para lidiar con instancias de agencia compartida masiva, resulta imperativo dividir la tarea horizontalmente, desarrollar una nutrida red de planes y erigir estructuras de planificación sofisticadas, de modo que los participantes puedan atravesar un terreno desconocido y exigente y otras personas puedan controlar su progreso⁶.

Shapiro describe la planificación social a través del derecho como un hecho inevitable. Demuestra, por ejemplo, que la razón por la cual planificamos no es superar el estado de naturaleza, donde los hombres son de mal carácter, violentos e irracionales por naturaleza, sino que incluso en un reino de ángeles la planificación es necesaria para coordinar las masivas y cada vez más complejas formas de interacción social. En pocas palabras, la complejidad es el fundamento de la regulación. “Es difícil imaginar estos grupos [masivos] actuando en conjunto en tales contextos complejos y controvertidos,

2 KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. El juicio bajo: heurísticas y sesgos. In: KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos (Eds.). *Pensar rápido, pensar despacio*. Madrid: Random House Mondadori, 2012. p. 649–673. p. 650.

3 TALEB, Nassim Nicholas. *El Cisne Negro: el impacto de lo altamente improbable*. Barcelona: Paidós Ibérica S.A., 2008.

4 SUNSTEIN, Cass R. *Leyes de miedo: más allá del principio de precaución*. Madrid: Katz Editores, 2009. p. 247.

5 SUNSTEIN, Cass R. *Leyes de miedo: más allá del principio de precaución*. Madrid: Katz Editores, 2009. p. 50.

6 SHAPIRO, Scott J. *Legalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 188.

sin una nutrida red de planes sociales que regulen sus comportamientos”⁷.

Shapiro lo explica, *in extenso*, así:

si el fin principal del derecho fuera solucionar el problema del mal carácter, sería de esperar que el derecho fuese considerado innecesario cuando todos tienen buen carácter [un reino de ángeles, en términos de Rousseau]... [Sin embargo]... las instituciones jurídicas pueden ser altamente deseables incluso aunque todos en la comunidad estén dispuestos a observar las normas existentes... Además, la complejidad y la arbitrariedad de muchas actividades compartidas de gran escala imposibilitaban que los miembros del grupo hicieran lo que tenían buenas razones éticas para hacer. Incluso conociendo qué problemas morales debían rectificar, no podrían determinar cómo coordinar su comportamiento para solucionarlos. En otras palabras, su excelente carácter no redujo su necesidad de tener derecho”⁸.

A modo de conclusión parcial, es posible afirmar que en la medida en que ciertas actividades humanas, sean del tipo que sean, se tornen cada vez más complejas, estarán justificadas de forma automática formas más sofisticadas de regulación que permitan hacer frente a dicha complejidad. Los pasos atrás o la inacción institucional no son una opción razonable.

3. LA COMPLEJIDAD FINANCIERA CONTEMPORÁNEA

Uno de los campos en los que mayor complejidad se puede observar es el del mundo financiero actual. Es un hecho cierto que la economía mundial se ha transformado de tal modo que el sector financiero de la economía ha adquirido un lugar predominante en el juego de poder a nivel mundial. La literatura económica llama a este proceso *financiarización*, que consiste en el “aumento de la importancia del capital financiero que se traduce en el creciente protagonismo económico y político de los agentes que lo representan y, por tanto, en el incremento de su capacidad para imponer sus intereses”⁹. El proceso de *financiarización* no es nuevo en absoluto.

Desde la Edad Media pueden rastrearse interesantes ejemplos en los cuales el poder financiero ha superado el poder de los demás jugadores económicos y de las instituciones políticas^{10, 11}.

Este proceso de financiarización, asociado a niveles crecientes de complejidad¹², está asociado a por lo menos tres factores que pueden tener puntos de contacto importantes con los derechos humanos. Primero, el inmenso volumen de las operaciones económicas que se concentran en el sector financiero de la economía mundial; segundo, la amplia *especulativización* de dichas operaciones, visible por la proliferación de instrumentos financieros atípicos, complejos y desregulados; y tercero, por la continua aparición, paralela a los dos procesos anteriores, de sofisticados mecanismos de criminalidad financiera.

4. EL VOLUMEN DE LA FINANCIARIZACIÓN

Debe empezarse por establecer una pequeña y simple distinción en el uso de la palabra volumen. Se prefiere aquí la palabra volumen en lugar de la palabra valor, ya que la existencia de millones de operaciones financieras no necesariamente agrega valor útil a los bienes producidos por la economía, sino que genera mero volumen de transacciones. De allí que pueda argumentarse en contra de la clásica reivindicación de los instrumentos derivados como mecanismos que aportan liquidez: en efecto, esto no es necesariamente cierto, pues la celebración de cientos de contratos sobre un mismo bien no significa la existencia de nuevos inversores o de nuevas fuentes de riqueza, sino que significa el permanente reciclaje de valor creado tiempo atrás.

Se puede aquí aprovechar el ejemplo del mercado Over the Counter [OTC] de derivados financieros. Este mercado tiene un volumen de operaciones que alcanza los 710 trillones de dólares, según cifras del Bank of International Settlements¹³. Esto contrasta profunda-

7 SHAPIRO, Scott J. *Legalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 223.

8 SHAPIRO, Scott J. *Legalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 222.

9 MEDIALDEA GARCÍA, Bibiana; SANABRIA MARTÍN, Antonio. La financiarización de la economía mundial: hacia una caracterización. *Revista de Economía Mundial*, v. 33, p. 195–227, 2013. p. 198.

10 MITCHELL, Lawrence E. *The speculation economy: how finance triumphed over industry*. San Francisco: Berrett-Koehler Publishers, Inc., 2008.

11 FERGUSON, Niall. *El triunfo del dinero: cómo las finanzas mueven el mundo*. Barcelona: Random House Mondadori S.A., 2013.

12 RUSSI, Luigi. *Hungry Capital: the Financialization of Food*. Alresford: Zero Books, 2013.

13 BANK OF INTERNATIONAL SETTLEMENTS. *Statistical*

mente con los apenas 75 trillones de dólares a los que asciende el PIB a nivel mundial. En pocas palabras, solo una parte de los mercados financieros mundiales supera diez veces el volumen de operaciones productivas en el mundo entero. Todos los productos y servicios creados por el mundo entero en un año son una pequeña proporción de los negocios financieros del mundo. Si a esto se suma la tremenda complejidad de los derivados, el panorama se hace preocupante. “Si tuvieras un doctorado en matemáticas, no podrías entenderlos lo suficientemente bien para saber cuál es bueno para ti y cuál no lo es”¹⁴. Esto lleva no solo a que las decisiones acertadas en este aspecto sean prácticamente imposibles, sino a una abierta ignorancia sobre el funcionamiento del sistema por parte de los propios jugadores¹⁵.

Los riesgos relacionados a este volumen inmenso de transacciones complejas, cognitivamente intratables, han sido ‘descubiertos’ después de la crisis financiera de 2008. Uno de los puntos centrales de estos riesgos está en que la mayor parte de la financiarización se llevó a cabo en mercados no regulados [Over the Counter] y que por ende no contaban con mecanismos de disuasión que evitaran fraudes o manipulaciones indebidas.

Pero, además, ahora sabemos que los peligros se estaban incrementando de manera formidable desde los años 90 debido a la introducción de una batería de innovaciones financieras — los famosos *derivados* —, cuyo objetivo era diversificar los riesgos de las inversiones en acciones, hipotecas, precios de materias primas y un sinnúmero de transacciones. El principal problema consistía en que los nuevos títulos se manejaban dentro de un vasto y nuevo mercado bancario sobre el cual había muy escasa supervisión: algunos autores lo definen como un sistema bancario ‘alternativo’ y otros lo califican de manera menos positiva como un sistema financiero ‘en la sombra’ (*shadow banking*)¹⁶.

El solo hecho de un mercado de 10 veces el PIB da una idea de su magnitud y complejidad. Por ponerlo en términos de Scott Shapiro, nos encontramos ante una actividad que además de implicar participación masiva de personas, implica participación masiva de recursos. Dicha participación masiva, por demás riesgosa, genera

la necesidad de amplias redes de planificación, de una cuidadosa distribución de tareas, de claridad en las jerarquías y de estrictos mecanismos de control que aseguren el cumplimiento de las normas y planes. La opción de la no-regulación, desde la óptica de Shapiro, no es una opción razonable.

5. LA ‘ESPECULATIVIZACIÓN’ DE LOS MERCADOS

El solo volumen de los mercados financieros actuales no significa inmediatamente que se trate de pura especulación. Es probable que algunas porciones de tales instrumentos sirvan, en efecto, a sus fines. A los mercados financieros se les han asignado tradicionalmente una serie de funciones que tienen que ver, en términos generales, con el estímulo y la estabilidad de la economía. Una de tales funciones es la que se conoce como ‘intermediación del crédito’¹⁷. La intermediación del crédito no es sino permitir que los capitales que a unos (ahorradores o inversionistas) les sobran, se transfieran a otros (prestatarios) a quienes les hace falta.

La intermediación del crédito está pensada para potenciar las posibilidades del presente a través de las expectativas del futuro: es hacer hoy lo que podría tardarse bastante tiempo en llevarse a cabo. Bajo este entendido, un crédito empresarial habrá de ir destinado a la investigación, innovación o perfeccionamiento de los procesos productivos. Sin embargo, múltiples decisiones institucionales (desregulación financiera, políticas de flexibilización del crédito, por ejemplo) han creado un contexto en el cual la intermediación del crédito se ha visto completamente distorsionada. Los flujos de recursos de capital de los ahorradores a los prestatarios ya no es un diáfano ejercicio de colaboración económica: es un complejo entramado de relaciones contractuales, por lo general abstrusas.

En efecto, la intermediación del crédito ya no se destina de forma primordial a la investigación y el desarrollo de nuevos métodos de producción que aporten a la eficiencia económica y a la maximización de los recursos escasos, sino que se destina a realizar negocios de corto plazo que produzcan beneficios bursátiles rápidos y sumamente cuantiosos. Estas diferencias entre

Release. Basel, 2015. Available from: <http://www.bis.org/publ/otc_hy1504.pdf>.

14 FERGUSON, Charles. *Inside Job*. New York: Cert 12A, 2010. Documentario.

15 LEWIS, Michael. *Flash Boys: la revolución de Wall Street contra quienes manipulan el mercado*. Bogotá D.C.: Deusto, 2014.

16 MARICHAL, Carlos. *Nueva historia de las grandes crisis financieras: una perspectiva global, 1873-2008*. Bogotá D.C.: Random House Mondadori, 2010.

17 PÉREZ SALAZAR, Mauricio. El origen del pánico de 2008: la crisis del mercado de crédito hipotecario en Estados Unidos. *Revista de Economía Institucional*, v. 10, n. 19, p. 19–54, 2008. p. 24.

uno y otro negocio son fundamentales para contar con elementos contextuales suficientes de cara a la conceptualización de la especulación financiera. Así, “la especulación financiera involucra actividad económica que no intenta crear valor duradero, sino generar beneficios a corto plazo”¹⁸.

Existen tres actividades financieras que deben ser tenidas en cuenta y claramente diferenciadas: el arbitraje, la cobertura y, por último y objeto de nuestro interés, la especulación. El arbitraje busca sacar partido de las diferencias de los precios en mercados distintos a través de transacciones paralelas. Se trata de aprovechar las diferencias de precio e incluso las diferencias horarias entre, por ejemplo, el mercado norteamericano y el mercado británico¹⁹. En la cobertura se pretenden reducir los riesgos asociados a los cambios de precios o de otras variables del mercado.

En la especulación se toma una posición en el mercado. “Apuestan a que el precio del activo subirá o bajará”²⁰. Son muchas las formas a través de las cuales se puede apostar a que el precio de un activo subirá o bajará. La forma tradicional de hacerlo es comprar el activo, esperar a que el precio suba y luego venderlo a un precio mayor. Es decir, comprar el activo en T1 por P1 y luego venderlo en T2 por P1+n donde T es el tiempo y P el precio.

Sin embargo, esa es una forma demasiado simplista de ver la especulación: “En lugar de dedicarse a invertir en actividades productivas, creando riqueza efectiva y empleo, muchos inversores descubrieron que se puede obtener mucha ganancia comprando y vendiendo y volviendo a comprar y a vender. Es decir, especulando”²¹. Decir que la especulación financiera es comprar y vender es estar muy lejos de entender el fenómeno. En primera instancia, hacerse con la propiedad del activo implica un gran riesgo, pues si el activo cae de precio, automáticamente se generarán pérdidas para el inversor. En segundo lugar, implica un desembolso excesivamente cuantioso al inicio de la operación, lo cual no

será visto como una decisión eficiente para un inversor cualificado.

La especulación es, por tanto, mucho más que comprar barato y vender caro. Si bien es cierto que los episodios históricos más comunes han sido justamente eso (tulipamania holandesa, la fiebre del oro americana), es aún más cierto que las más profundas crisis (crac de 1929, crisis de las hipotecas subprime) se han producido porque se ha contado con instrumentos mucho más complejos para llevar a cabo la especulación.

¿Qué es entonces la especulación financiera? El primer ejercicio de definición que puede emprenderse es a la inversa: decir qué no es la especulación financiera. En ese sentido, la especulación no es cobertura. Esto significa que el objetivo de la especulación no es, bajo ninguna circunstancia, la disminución de riesgos. Este hecho será de importancia capital, pues ciertos mecanismos de innovación financiera como los derivados, altamente especulativos, han sido entendidos por ciertos sectores de la ortodoxia económica como mecanismos de diversificación financiera y, por ende, como instrumentos de gestión del riesgo.

Un segundo intento por hallar una definición puede hacerse desde una visión estructural. De entrada se trata de un ejercicio analítico complejo, pues hasta ahora no se ha realizado ningún estudio que permita identificar la naturaleza de la especulación financiera. Los estudios que se han realizado al respecto tienen que ver con varios asuntos que, aunque están estrechamente relacionados con la especulación financiera, son fenómenos distintos. Se trata del tema de las burbujas financieras, ligadas en ocasiones a los ciclos económicos. Si bien especulación y burbujas van de la mano, no son lo mismo, siendo preciso diferenciarlas.

Dejando claro que se pretende aquí una visión estructural de la especulación financiera sin recurrir a fenómenos similares, pero ontológicamente diferenciados, puede afirmarse que los elementos de la especulación financiera son:

- Visión de corto plazo
- Poco o nulo contacto del mundo de las finanzas con el mundo de la economía real.
- Utilización masiva del apalancamiento
- Poquísima o nula aversión al riesgo
- Bajos criterios epistémicos para el juicio de las

18 LEWITT, Michael E. *La muerte del capital: los cambios que necesita nuestro sistema financiero para hacer frente a la inestabilidad y la avaricia*. Madrid: La Esfera de los Libros, 2011. p. 27.

19 HULL, John C. *Introducción a los mercados de futuros y opciones*. México D.F.: Pearson Educación de México S.A. de C.V., 2009.

20 HULL, John C. *Introducción a los mercados de futuros y opciones*. México D.F.: Pearson Educación de México S.A. de C.V., 2009. p. 13.

21 TORRES LÓPEZ, Juan. *La crisis financiera Guía para entenderla y explicarla*. Madrid: ATTAC España, 2009.

consecuencias de las operaciones financieras.

- Utilización de instrumentos jurídicos no regulados y altamente complejos.
- Existen, además, dos elementos que son fundamentales en la configuración del fenómeno de la especulación financiera, pero que no hacen parte de su estructura, sino que sirven de contexto, de caldo de cultivo, sin el cual la especulación pierde toda fuerza.
- Ampliación de los medios de pago. (Puede provenir de decisiones externas a los sistemas financieros -bajas tasas de interés o flexibilización cuantitativa- o de mecanismos internos -nuevos instrumentos financieros de alta liquidez-)²².
- Relajación de controles jurídicos y morales tanto internos como externos.
- Este entramado llamado especulación financiera, sobre el cual no es posible profundizar más aquí, se materializa de forma perfecta en los derivados financieros. Los derivados cumplen con todas las características mencionadas aquí. Incluso es posible afirmar que la complejidad de los derivados, su proclividad al apalancamiento, su visión de corto plazo, implican un vicio de la causa contractual, si el fenómeno se observa desde la teoría general de los contratos²³.

6. LA CRIMINALIDAD FINANCIERA

Todos los procesos hasta ahora descritos han sido acompañados de forma paralela por el aumento y la mayor profundidad de actividades criminales en el seno del sistema financiero. Una razón intuitiva explica esto: es mucho más sencillo encontrar una aguja en un ovillo de hilo que en un pajar. En el contexto de un mercado que supera 10 veces los movimientos industriales, comerciales y de servicios del mundo — un pajar inmenso — es mucho más fácil encubrir actividades delictivas relacionadas, por ejemplo, con el lavado de activos y

la evasión fiscal. Y si, como hemos dicho hasta ahora, buena parte de ese inmenso pajar no crea valor alguno para la economía real, cabe preguntarse si se justifica conservarlo sabiendo que millones de agujas — delitos financieros — pueden encubrirse allí y causar mucho daño a todo aquel que se apoye en él.

Hay un parte de intranquilidad: los recurrentes y más recientes escándalos financieros — criminales las más de las veces — no son más que la punta de un iceberg descomunal; no son más que las pocas aguas que se dejan atrapar en el intratable pajar de los mercados financieros contemporáneos. De los muchos crímenes financieros que es posible cometer, se cree aquí que son dos los más impactantes en materia de derechos humanos: los relacionados con la evasión fiscal y los relacionados con el lavado de activos. La criminalidad financiera es el punto exacto en el que el sistema financiero mundial se toca con los derechos humanos y los altera y pone en riesgo a profundidad.

6.1. La evasión fiscal

En un interesante estudio publicado por *International Bar Association*, se muestran los efectos de los ‘abusos tributarios’ sobre los países pobres y emergentes. El primer paso que propone este informe es la eliminación de los conceptos de evasión y elusión (*evasion and avoidance*). La idea es que “la distinción entre elusión y evasión es irrelevante en muchos países en desarrollo, porque la autoridad tributaria local tiene escasos recursos o porque no tiene el soporte político interno necesario para hacer frente a estos fenómenos”²⁴. En reemplazo de estos dos conceptos se propone el de ‘abusos tributarios’ (*tax abuses*), que resulta más aprehensivo de las realidades económicas e institucionales de los países que sufren con mayor intensidad el problema de los flujos ilícitos de capitales.

La afectación por cuenta de estos fenómenos no se refleja únicamente en la pérdida de aportes tributarios directos por parte de las compañías, sino que se refleja en la huida de capitales que ya no serán reinvertidos en el país de origen. Por ejemplo, si los beneficios que una compañía logra ocultar son de diez millones de dó-

22 KINDLEBERGER, Charles Poor; ALIBER, Robert Z. *Manías, pánicos y crisis: historia de las crisis financieras*. Barcelona: Editorial Planeta S.A., 2012. p. 84.

23 CAMACHO CASTRO, Jose Miguel. Un mundo riesgoso: sobre contratos derivados y crisis económicas. *Inciso*, v.15, p.103–116, 2013.

24 INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Tax abuses, Poverty and Human Rights*. London, 2013. p. 24. Available from: <<http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=4977CB3D-4988-4C9C-84C7-9050A5CB2311>>.

lares, no sólo se perderán dos millones de dólares en impuestos — suponiéndose una tasa del 20% — sino que se perderá la posibilidad de mantener ocho millones de dólares más dentro del país de origen — aunque faltaría restar los legítimos flujos por concepto de pago de dividendos —, que podrían ser reinvertidos en la ampliación de operaciones de las empresas y, por ende, en la generación de nuevos empleos o nuevas relaciones comerciales provechosas²⁵.

Esto genera tremendas dificultades para los Estados en lo que se refiere al cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos. Todos los derechos, sean civiles, políticos, sociales, económicos o culturales, generan costos. Obviamente, estos costos precisan de fuentes de financiación que los cubran. Esos recursos provienen, por supuesto, del cobro de impuestos. Si la recaudación de impuestos es débil, las posibilidades de los Estados se ven automáticamente mermadas. Esto es aún más cierto si se tiene en cuenta que, según cifras de *Global Financial Integrity*, más de 6.5 trillones de dólares fluyeron de forma ilícita desde los países en desarrollo entre el 2003 y el 2012²⁶. En promedio, el 3.9% del PIB de estas economías se pierde en estos flujos de capital. La situación es especialmente grave en los países en desarrollo del continente africano, donde ese promedio es del 5.5%²⁷.

Los sofisticados métodos para los abusos tributarios, las estructuras hiperdesarrolladas de gestión tributaria, entre otros, son mecanismos financieros que permiten el estancamiento en los ingresos del Estado, impidiendo desde el inicio del juego la posibilidad de que estos actúen de manera efectiva en la garantía de los derechos humanos. La gestión tributaria, por ejemplo, cuenta con tantas posibilidades y tantos matices, que su complejidad hace que los planeadores tributarios estén siempre un paso detrás de los gestores tributarios. Ante

tal complejidad y según lo dicho hasta ahora, el camino de la desregulación o de la desatención institucional, tanto a nivel internacional como nacional, no es una opción razonable.

6.2. El lavado de activos

Existe alguna literatura sobre este asunto^{28, 29}. Debe decirse en este punto, que el fenómeno del lavado de activos ha dado pie para acuñar un nuevo concepto dentro de la jerga financiera: demasiado grande para ir a la cárcel (*Too big to jail*). Este término puede atribuirse al periodista Matt Taibbi, quien en su procaz artículo *Gangster Bankers: Too Big to Jail*, mostró la creciente influencia de los grandes conglomerados financieros en decisiones públicas relacionadas incluso con asuntos penales en contra de estas instituciones³⁰. Múltiples instituciones financieras han sido investigadas y encontradas culpables por cargos relacionados con el lavado de activos y la financiación de terrorismo. Cada tanto se descubren operaciones financieras multinacionales que se dedican al reciclaje de estos recursos ilícitos.

Múltiples instituciones e investigadores han reconocido la magnitud y el alcance de este problema. El caso más reciente y complicado, el del Banco HSBC, que se dedicaba al blanqueo de capitales proveniente de los cárteles mexicanos de la droga, es paradigmático de esta nueva categoría de los demasiado grandes para ir a la cárcel. En el 2013, el Fiscal General de los Estados Unidos, por entonces, Eric Holder, decidió el archivo del proceso y como contraprestación HSBC canceló la multa más alta jamás pagada (unos 2 billones de dólares) por sus actividades. La dimensión del negocio no es suficientemente clara, pero se estima que anualmente el HSBC procesaba entre 4 y 6 billones dólares, lo cual muestra que la multa, pese a su monto descomunal, es irrisoria. Las razones del fiscal general para desestimar el caso tenían que ver con la estabilidad del sistema fi-

25 INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Tax abuses, Poverty and Human Rights*. London, 2013. Available from: <<http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=4977CB3D-4988-4C9C-84C7-9050A5CB2311>>.

26 GLOBAL FINANCIAL INTEGRITY. *Illicit Financial Flows from Developing Countries: 2003-2012* Washington, 2014. p. 30. Available from: <<http://www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2014/12/Illicit-Financial-Flows-from-Developing-Countries-2003-2012.pdf>>.

27 GLOBAL FINANCIAL INTEGRITY. *Illicit Financial Flows from Developing Countries: 2003-2012* Washington, 2014. p. 11. Available from: <<http://www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2014/12/Illicit-Financial-Flows-from-Developing-Countries-2003-2012.pdf>>.

28 CAMACHO CASTRO, Jose Miguel; GALLEGO ALFARO, Patricia Elena. El matrimonio siniestro: especulación financiera y lavado de dinero. *Inciso*, v. 14, p. 36–50, 2012.

29 CAMACHO CASTRO, Jose Miguel. Cerrar las compuertas financieras. In: PALACIO PALACIO, Jorge Iván; ESCRUCERÍA MAYOLO, Iván Humberto; RAMÍREZ ÁLVAREZ, Luis Alejandro (Eds.). *Diálogo Constitucional para la Paz*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario, 2014. p. 655–669.

30 TAIBBI, Matt. *Gangster Bankers: too Big to Jail How HSBC hooked up with drug traffickers and terrorists. And got away with it*. Rolling Stones. 2013. Available from: <<http://www.rollingstone.com/politics/news/gangster-bankers-too-big-to-jail-20130214>>.

nanciero, pues una serie de duras medidas contra este conglomerado podrían derivar en la pérdida de confianza en el mercado y, como consecuencia, en una recesión económica.

De nuevo son los países en desarrollo los que sufren las más graves dificultades. Países como México y Colombia, emergentes, pero con serias limitaciones presupuestales y de estabilidad institucional y política, han tenido que soportar los más duros golpes propinados por este tipo de actividades criminales de corte financiero que constituyen lucrativos negocios. En Colombia también son comunes los descubrimientos y posteriores escándalos en torno a respetadas empresas del sector financiero que se vinculan con este tipo de actividades. Tal es el caso de la primera firma comisionista del país, Interbolsa, que en una completa oscuridad corporativa, puso en riesgo la estabilidad financiera del país y se vio involucrada en presunta financiación de grupos armados al margen de la Ley.

En un informe de *Transparency International*, se deja ver que uno de los mayores problemas que tienen que afrontarse tanto en el lavado de activos como en la evasión fiscal tiene que ver con la calidad y cantidad de la información suministrada por las propias compañías. El informe muestra que de 121 compañías estudiadas, solo una, *Vodafone*, puntúa con más del 50% en todas las variables estudiadas para medir la transparencia³¹. Esto muestra que en buena medida los Estados, en incluso las instituciones internacionales, se encuentran con las manos atadas frente a estos fenómenos, pues la información relevante para controlarlos puede provenir únicamente de las propias empresas implicadas. ¿Qué hacer al respecto?

7. LOS DIQUES INSTITUCIONALES: LAS INSTITUCIONES DE CONTROL FINANCIERO COMO GARANTÍA DE DERECHOS HUMANOS

No es normal afirmar que las instituciones de control financiero se encuentren asociadas a la capacidad de un Estado de cumplir con sus obligaciones en materia

de derechos humanos. Se quiere proponer aquí que una forma de saber si un país ha avanzado o no en materia de derechos humanos, consiste en averiguar si la capacidad, formación, poder y estructura de sus instituciones de control financiero se han fortalecido o se han debilitado.

Esta idea no carece de sentido en la medida en que lo dicho hasta ahora nos muestra algo: los asuntos financieros están íntimamente relacionados con los derechos humanos. La evasión fiscal y el lavado de activos, por ejemplo, puede reducir la capacidad de acción de los Estados al privarlos de recursos suficientes para el cumplimiento de sus funciones y pueden a la vez, generar situaciones de violencia, inseguridad y conflicto armado que terminan por minar aún más las bases de la sostenibilidad fiscal y del respeto por los derechos humanos. En ocasiones los Estados son víctimas de ciertas actividades financieras.

Es posible afirmar, con Niall Ferguson³², que las revoluciones financieras preceden a todas las demás formas de revolución. Si esto es así, también las garantías en materia de transparencia financiera y el fortalecimiento del control financiero pueden preceder a las garantías y al fortalecimiento institucional en materia de derechos humanos. La construcción de instituciones eficientes en materia financiera redundaría en beneficio tanto de la estabilidad financiera como de los derechos básicos.

En el caso colombiano, por ejemplo, se mostró que las instituciones de control financiero, por su mal diseño y su enfoque no integral por su sesgo bancarizado, actuaron *a posteriori*—resaltando que esta actuación fue expedita—, hicieron caso omiso de cientos de advertencias *a priori*—remitidas por el Autorregulador del Mercado de Valores— y no aplicaron la regulación basada en el riesgo, de corte preventiva, creando el escenario propicio para la crisis bursátil de 2012, materializada en la caída de Interbolsa y en la subsiguiente inestabilidad del sistema financiero Colombiano³³. Estas mismas circunstancias impidieron el control de múltiples portafolios gestionados por el conglomerado empresarial y radicados en el extranjero, los cuales eran presuntamente utilizados para la consumación de ‘abusos tributarios’.

31 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Transparency in Corporate Reporting: assessing the World's largest Companies*. Washington, 2014. Available from: <http://files.transparency.org/content/download/1839/12366/file/2014_TransparencyInCorporateReporting_TRAC_EN.pdf>.

32 FERGUSON, Niall. *El triunfo del dinero: cómo las finanzas mueven el mundo*. Barcelona: Random House Mondadori S.A., 2013.

33 BLANCO BARÓN, Constanza. Órganos de vigilancia y la crisis bursátil de 2012 en Colombia. *Con-texto: Revista de Derecho y Economía*, v. 41, p. 115–141, 2014. p. 139.

Así mismo, no fue posible el adecuado control de presuntas actividades relacionadas con la financiación de grupos armados al margen de la ley, como las guerrillas, los paramilitares y las bandas criminales emergentes.

Es manifiesta la debilidad de las instituciones de control financiero en el manejo de conglomerados empresariales, lo cual agrava la situación. En Colombia, por ejemplo, resultó evidente que la capacidad de la Superintendencia Financiera para el acceso a la información, seguimiento y control de las actividades de conglomerados financieros como Interbolsa es casi nulas: "... realmente no se ve que la SFC [Superintendencia Financiera de Colombia] tenga competencias efectivas para efectuar vigilancia integral cuando se trata de *holdings* y grupos financieros, dirigidas a prevenir una crisis"³⁴. Esa falta de competencias y de herramientas no sólo deja desarmados a los Estados frente a la prevención de crisis financieras y bursátiles, sino que también desarma a las estructuras públicas de los instrumentos necesarios para hacer frente a la criminalidad financiera, especialmente a los 'abusos tributarios' y al lavado de activos.

Estas limitaciones en el campo del control financiero constituyen, por lo menos en el caso colombiano, el inicio de una bola de nieve cargada de consecuencias gravosas para la situación de los derechos humanos. De allí que el primer dique para la garantía de derechos humanos no sea otro que el dique proporcionado por fuertes instituciones de control financiero. No puede permitirse la situación de 'desigualdad de armas' descrita en el reporte de *International Bar Association*³⁵: si los actores privados recurren a sofisticados mecanismos de planeación tributaria, portafolios en el extranjero, entre otros, es preciso que tanto los Estados como la comunidad internacional procedan al fortalecimiento de instituciones de inteligencia financiera que permitan reducir el impacto de estas actividades privadas.

Por estas razones se considera que uno de los principales retos de los Estados y de la comunidad internacional es la implementación masiva y el fortalecimiento de

las Unidades de Inteligencia Financiera especializadas. Este fortalecimiento se lleva a cabo en múltiples frentes, desde la formación de profesionales idóneos en esta materia, pasando por generosas remuneraciones para estos cargos y llegando a mecanismos de cooperación interinstitucional y multilateral expeditos y efectivos. También deberá pensarse en mecanismos de limitación de la libertad de oficio en materia financiera, logrando que los profesionales en estas áreas no puedan saltar del sector público al privado y viceversa con la facilidad que se evidencia hoy por hoy en todo el mundo.

En esto la información juega un papel fundamental. Como se dijo más atrás, la información sobre estos asuntos no puede provenir sino de las propias empresas implicadas, lo cual genera problemas. Por tal razón es que se argumenta aquí que la principal institución de control financiero que debe desarrollarse y fortalecerse es una Unidad de Inteligencia Financiera, con la competencia de realizar investigaciones protegidas por reserva, por lo menos en sus primeras fases; con la competencia de solicitar información a todas las instituciones del Estado sobre una persona jurídica, si median los motivos suficientes; y con procesos ante autoridades judiciales especializadas en asuntos financieros que permitan procesos lo más expeditos posibles.

Un segundo paso lo constituye, sin hesitación, la conformación de jurisdicciones especializadas en estos asuntos, cuya pirámide jerárquica podría venir liderada por los tribunales constitucionales. Estas jurisdicciones especializadas tienen un inmenso papel que jugar en materia de control jurídico de las operaciones financieras que por su complejidad y poca transparencia puedan resultar en riesgos para los derechos humanos.

Por último, quiere sugerirse aquí que debe comenzarse con el estudio del principio de precaución en materia financiera, pues ante riesgos e incertidumbres de la magnitud de los generados por el accionar de los mercados financieros, deben adoptarse medidas precautelares que contribuyan a una mejor gestión de estos asuntos. Las intratabilidades cognitiva y práctica de los muchos problemas aquí abordados, ameritan pensar en principios que, como el de precaución, regulen, aclaren y limiten las competencias y el poder del sector económico más influyente del mundo contemporáneo: el financiero.

34 BLANCO BARÓN, Constanza. La regulación del mercado de valores en Colombia en el período 2007-2012 y el caso Interbolsa: un análisis del marco institucional. In: ANÁLISIS económico del derecho: nuevas vertientes y diferentes aplicaciones. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 189-248. p. 219.

35 INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Tax abuses, Poverty and Human Rights*. London, 2013. Available from: <<http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=4977CB3D-4988-4C9C-84C7-9050A5CB2311>>.

8. CONSIDERACIONES FINALES

La racionalidad económica ha sido matizada por los estudios sobre las heurísticas y los sesgos y por el reconocimiento del papel del azar en múltiples decisiones de índole económica. Esto lleva a que existan ciertos problemas que son intratables cognitivamente, por las propias limitaciones del aparato biológico humano. Cuando a estas dificultades se agrega la complejidad, surge una suerte de intratabilidad práctica, que impide el abordaje compartido de los problemas. Para atender la complejidad se ha justificado la utilización de la regulación. Bajo el modelo teórico de Scott Shapiro, la regulación aparece como una respuesta a la complejidad de la vida masiva, haciendo uso de jerarquías, redes de planificación y mecanismos de control.

Si en algún sector de la economía se manifiesta de forma inocultable la complejidad, ese sector es el financiero. Esa complejidad se hace visible con la sola revisión del volumen del negocio: 710 trillones de dólares anuales, es decir, 10 veces el PIB mundial. También la aquí llamada ‘especulativización’ de los mercados financieros aumenta esta complejidad. La visión de corto plazo, el poco contacto con la realidad económica, el apalancamiento masivo, la poca o nula aversión al riesgo, los bajos criterios epistémicos para juzgar consecuencias de operaciones financieras, la aparición de instrumentos desregulados y abstrusos, la flexibilización cuantitativa y la relajación financiera son factores clave del fenómeno especulativo.

De forma paralela e íntimamente relacionada, han proliferado mecanismos cada vez más sofisticados de criminalidad financiera que afectan o pueden afectar la garantía de los derechos humanos. Los abusos tributarios y el lavado de activos son dos fenómenos de naturaleza netamente financiera que propician las condiciones para frenar e incluso detener el de por sí precario avance que en materia de derechos humanos se presenta en los países en desarrollo.

Todo lo anterior lleva a pensar que la fortaleza o debilidad de las instituciones de control financiero puede ser un criterio que permita determinar si una nación ha avanzado o no en la garantía a los derechos humanos. Es necesario, en esa medida, promover el fortalecimiento de las competencias de estas instituciones. Como el acceso a la información es fundamental, se insiste en que Unidades de Inteligencia Financiera muy

bien estructuradas son fundamentales para restablecer el equilibrio de armas entre los privados que hacen de los abusos tributarios y del lavado de activos un negocio y el Estado. Así mismo, es fundamental promover la cooperación internacional a través del intercambio permanente de información y el apoyo técnico. No debe echarse en saco roto una posible limitación a la libertad de oficio en materia financiera que impida que una misma persona ocupe cargos públicos y privados relevantes en cortos períodos de tiempo. Todo lo anterior debe ser compaginado con la creación de una jurisdicción especializada en materia financiera, que permita diferenciar las funciones de investigación y juzgamiento en este campo y que aumente la calidad de las decisiones y por ende, del control financiero. Por último, el principio de precaución puede ser de utilidad a la hora de permitir que la regulación financiera cumpla con sus objetivos de estabilidad financiera y a la vez aporte a la consecución de un mundo, en palabras de Amartya Sen³⁶, menos injusto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANK OF INTERNATIONAL SETTLEMENTS. *Statistical Release*. Basel, 2015. Available from: <http://www.bis.org/publ/otc_hy1504.pdf>.

BLANCO BARÓN, Constanza. La regulación del mercado de valores en Colombia en el período 2007-2012 y el caso Interbolsa: un análisis del marco institucional. In: ANÁLISIS económico del derecho: nuevas vertientes y diferentes aplicaciones. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014. p.189–248.

BLANCO BARÓN, Constanza. Órganos de vigilancia y la crisis bursátil de 2012 en Colombia. *Con-texto: Revista de Derecho y Economía*, v. 41, p. 115–141, 2014.

CAMACHO CASTRO, Jose Miguel; GALLEGO ALFARO, Patricia Elena. El matrimonio siniestro: especulación financiera y lavado de dinero. *Inciso*, v. 14, p. 36–50, 2012.

CAMACHO CASTRO, Jose Miguel. Cerrar las compuertas financieras. In: PALACIO PALACIO, Jorge Iván; ESCRUCERÍA MAYOLO, Iván Humberto; RAMÍREZ ÁLVAREZ, Luis Alejandro (Eds.). *Diálogo*

36 SEN, Amartya Kumar. *La idea de la justicia*. Bogotá D.C.: Taurus, 2010.

- Constitucional para la Paz*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario, 2014. p. 655–669.
- CAMACHO CASTRO, Jose Miguel. Un mundo riesgoso: sobre contratos derivados y crisis económicas. *Inciso*, v.15, p. 103–116, 2013.
- FERGUSON, Charles. *Inside Job*. New York: Cert 12A, 2010. Documentário.
- FERGUSON, Niall. *El triunfo del dinero: cómo las finanzas mueven el mundo*. Barcelona: Random House Mondadori S.A., 2013.
- GLOBAL FINANCIAL INTEGRITY. *Illicit financial flows from developing countries: 2003-2012*. Washington, 2014. Available from: <<http://www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2014/12/Illicit-Financial-Flows-from-Developing-Countries-2003-2012.pdf>>.
- HULL, John C. *Introducción a los mercados de futuros y opciones*. México D.F.: Pearson Educación de México S.A. de C.V., 2009.
- INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Tax abuses, Poverty and Human Rights*. London, 2013. Available from: <<http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=4977CB3D-4988-4C9C-84C7-9050A5CB2311>>.
- KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. El juicio bajo: heurísticas y sesgos. In: KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos (Eds.). *Pensar rápido, pensar despacio*. Madrid: Random House Mondadori, 2012. p. 649–673.
- KINDLEBERGER, Charles Poor; ALIBER, Robert Z. *Manías, pánicos y cracs: historia de las crisis financieras*. Barcelona: Editorial Planeta S.A., 2012.
- LEWIS, Michael. *Flash Boys: la revolución de Wall Street contra quienes manipulan el mercado*. Bogotá D.C.: Deusto, 2014.
- LEWITT, Michael E. *La muerte del capital: los cambios que necesita nuestro sistema financiero para hacer frente a la inestabilidad y la avaricia*. Madrid: La Esfera de los Libros, 2011.
- MARICHAL, Carlos. *Nueva historia de las grandes crisis financieras: una perspectiva global, 1873-2008*. Bogotá D.C.: Random House Mondadori, 2010.
- MEDIALDEA GARCÍA, Bibiana; SANABRIA MARTÍN, Antonio. La financiarización de la economía mundial: hacia una caracterización. *Revista de Economía Mundial*, v. 33, p. 195–227, 2013.
- MITCHELL, Lawrence E. *The speculation economy: how finance triumphed over industry*. San Francisco: Berrett-Koehler Publishers, Inc., 2008.
- PÉREZ SALAZAR, Mauricio. El origen del pánico de 2008: la crisis del mercado de crédito hipotecario en Estados Unidos. *Revista de Economía Institucional*, v. 10, n. 19, p. 19–54, 2008.
- RUSSI, Luigi. *Hungry Capital: the financialization of food*. Alresford: Zero Books, 2013.
- SEN, Amartya Kumar. *La idea de la justicia*. Bogotá D.C.: Taurus, 2010.
- SHAPIRO, Scott J. *Legalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- SUNSTEIN, Cass R. *Leyes de miedo: más allá del principio de precaución*. Madrid: Katz Editores, 2009.
- TAIBBI, Matt. *Gangster Bankers: too big to jail how HSBC hooked up with drug traffickers and terrorists: and got away with it*. Rolling Stones. 2013. Available from: <<http://www.rollingstone.com/politics/news/gangster-bankers-too-big-to-jail-20130214>>.
- TALEB, Nassim Nicholas. *El Cisne Negro: el impacto de lo altamente improbable*. Barcelona: Paidós Ibérica S.A., 2008.
- TORRES LÓPEZ, Juan. *La crisis financiera: guía para entenderla y explicarla*. Madrid: ATTAC España, 2009.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Transparency in corporate reporting. assessing the World's largest Companies*. Washington, 2014. Available from: <http://files.transparency.org/content/download/1839/12366/file/2014_TransparencyInCorporateReporting_TRAC_EN.pdf>.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Convergencia regulatoria en la
alianza del pacífico: un capítulo
inconcluso**

**Regulatory Convergence in the
Pacific Alliance: an uncompleted
chapter**

Rodrigo Polanco Lazo

Convergencia regulatoria en la alianza del pacífico: un capítulo inconcluso*

Regulatory Convergence in the Pacific Alliance: an unconcluded chapter

Rodrigo Polanco Lazo**

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto describir las principales características del capítulo sobre “mejora regulatoria” recientemente acordado por los países miembros de la Alianza del Pacífico, con el objeto de promover diversos objetivos como el comercio internacional, la inversión extranjera, el crecimiento económico y el pleno empleo. La introducción de este nuevo capítulo en el protocolo adicional de la Alianza del Pacífico, se da en un contexto donde recientes acuerdos preferenciales de comercio han incluido disposiciones similares en secciones especialmente dedicados a esta materia. El presente trabajo plantea que la noción de mejora regulatoria, así como otros conceptos referidos a coherencia, cooperación, coordinación u armonización regulatoria, son parte del surgimiento de una disciplina más amplia de “convergencia regulatoria”, conforme a la cual ordenamientos jurídicos que parten de distintos puntos, tienden a confluir hacia similares soluciones regulatorias, ya sea desde un punto de vista sustantivo o procedimental.

Palabras-clave: Alianza del Pacífico. Mejora regulatoria. Convergencia regulatoria.

ABSTRACT

This article aims to describe the main features of the chapter on “regulatory improvement” recently agreed by the member countries of the Pacific Alliance, in order to promote various objectives such as international trade, foreign investment, economic growth and full employment. The introduction of this new chapter in the additional protocol of the Pacific Alliance, takes place in a context where recent preferential trade agreements have included similar provisions in sections especially dedicated to this subject. This paper argues that the notion of regulatory improvement and other concepts related to regulatory coherence, cooperation, coordination or harmonization, are part of the emergence of a broader discipline of “regulatory convergence”, according to which legal systems that are based on different points tend to converge towards similar regulatory solutions, either from a substantive or procedural view.

Keywords: Pacific Alliance. Regulatory improvement. Regulatory convergence.

* Recibido em 23/03/2016
Aprovado em 01/05/2016

** Rodrigo Polanco Lazo es Abogado y Magíster en Derecho Económico de la Universidad de Chile, LL.M. in International Legal Studies de la Universidad de Nueva York y Doctor en Derecho de la Universidad de Berna. Es Profesor Asistente del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y académico e investigador del World Trade Institute (WTI) de la Universidad de Berna E-mail. rodrigo.polanco@wti.org

1. INTRODUCCIÓN

Hoy en día, para determinar el grado de apertura de un mercado, no solo hay que analizar las medidas que el Estado adopta en la frontera aduanera, sino en miles de otras distintas medidas que los gobiernos adoptan “detrás de la frontera”. La creciente importancia de estas medidas no-arancelarias, se refleja en diversas disciplinas incluidas en los acuerdos comerciales preferenciales (ACP) que tienen por objeto minimizar el grado de divergencia regulatoria existente entre distintos países, como aquellas referidas a los obstáculos técnicos de comercio (OTC) y las medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF).

La presencia de un capítulo de mejora regulatoria en la Alianza del Pacífico, así como de capítulos sobre la coherencia y cooperación regulatoria presente en recientes acuerdos mega-regionales como el Acuerdo Integral de Economía y Comercio (CETA) y el Acuerdo de Asociación Trans-Pacífico (TPP), representa un avance mayor en este contexto, incorporando una nueva disciplina en los ACPs que con el tiempo pueden informar la evolución de las normas globales en la Organización Mundial del Comercio (OMC). En opinión del autor, la noción de mejora regulatoria, así como otros conceptos referidos a coherencia, cooperación, coordinación u armonización regulatoria, son parte del surgimiento de una disciplina más amplia de “convergencia regulatoria”, la que abarca el conjunto de herramientas para reducir incompatibilidades normativas “innecesarias” entre países ya sea desde un punto de vista sustantivo o procedimental. La distinta nomenclatura empleada (“coherencia”, “cooperación”, “mejora” y otras), tiene muchos elementos comunes que permitiría considerarlas como expresiones sinónimas, pero que en ciertos casos corresponden a distintos niveles de convergencia, implicando diferentes niveles de compromiso u obligación para los Estados signatarios.

Este artículo examinará los efectos de la incorporación de esta disciplina en la Alianza del Pacífico, en comparación con las diferentes vías seguidas en otros ACPs, tratando de responder a las siguientes preguntas: ¿Qué obligaciones asume un Estado que se compromete a disciplinas sobre convergencia regulatoria? ¿Por qué se incorpora esa disciplina en acuerdos internacionales? ¿Cuáles son las principales diferencias, tanto sustantivas como procesales, entre “mejora regulatoria” y otros tipos de convergencia regulatoria como “coherencia re-

gulatoria” y “cooperación regulatoria”?

Las preguntas anteriores se abordarán mediante la exploración de los orígenes de la convergencia regulatoria en un contexto internacional y su relación con la gobernanza del comercio internacional, concluyendo con un análisis respecto de los posibles efectos positivos y negativos de esta nueva disciplina.

2. CONVERGENCIA REGULATORIA

2.1. La noción de convergencia regulatoria

El proceso de internacionalización del derecho supone diversos niveles de interacción entre actores nacionales e internacionales. Por una parte, el derecho internacional se forma a partir de nuevas formas de las normas de creación, ejecución y control de los Estados. Por otra, su creación se produce a través desde la intensificación de las formas de relación entre actores transnacionales y subnacionales, tanto públicos como privados.¹ Para los efectos de este artículo, la relación entre Estados con el objeto de reducir las divergencias regulatorias existentes, con el fin de facilitar el comercio y la inversión entre actores privados o públicos, tanto a nivel transnacional como subnacional, es considerada como “convergencia regulatoria”. La razón detrás de la introducción de herramientas de convergencia regulatoria es que la diversidad regulatoria es costosa,² y las diferencias innecesarias en regulación son importantes barreras a los beneficios de apertura de los mercados, ya que imponen externalidades adicionales, costos de transacción, y perjuicios derivados de las imperfecciones de información.³ Diferentes regulaciones supuesta-

1 VARELLA, Marcelo D. Internacionalização do direito: superação do paradigma estatal e a insuficiência de estruturas de diálogos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 1-5, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.publicacoes.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/2203>>. Acesso em: 26 abr. 2016. p. 1.

2 HOEKMAN, Bernard. Fostering Transatlantic Regulatory Cooperation and Gradual Multilateralization. *Journal of International Economic Law*, v. 18, n. 3, p. 609-624, Sept. 2015.

3 CHIRICO, Filomena; LAROCHE, Pierre. Convergence and divergence, in Law and Economics and Comparative Law. In: LAROCHE, Pierre (Ed.); CSERNE, Péter (Ed.). *National legal systems and globalization: new role, continuing relevance*. Hague: T. M. C. Asser Press; Springer, 2013. p. 9-33. Available in: <http://www.springerlink.com/index/10.1007/978-90-6704-885-9_2>. Access: 28 Sept. 2015. p. 23-24.

mente crean duplicaciones en las formas de desarrollo, prueba y fabricación de productos, y se constituyen en obstáculos importantes para los negocios, sobre todo para las pequeñas empresas, para quienes estos costos fijos pueden ser un factor en la decisión de si debe o no exportar o invertir.⁴

Pero la mera existencia de la divergencia de regulación no es un problema en sí mismo. Tener diferentes regulaciones implica algunos costos, pero no significa necesariamente ineficiencia, ya que soluciones jurídicas alternativas desarrolladas por países podrían ser neutrales desde el punto de vista de la eficiencia,⁵ o explicarse por preferencias locales que están más en sintonía con la realidad de sus comunidades. Por otra parte, aunque la divergencia conlleva a costos, el fomentar formas más profundas de convergencia regulatoria como la armonización jurídica podría generar costos aún más altos.⁶ Además, debe considerarse la reducción de las diferencias de regulación pueden ser administrativa y políticamente más complicadas de solucionar que la liberalización del comercio tradicional.⁷

En este artículo, el análisis de la convergencia regulatoria se ha efectuado respecto de los ACPs revisados en este trabajo, muestra que de hecho los países han adoptado diferentes técnicas para lograr el objetivo de reducir las diferencias regulatorias innecesarias. Mientras que en algunos acuerdos se siguió el enfoque de la coherencia regulatoria entre los países (regulación similar, o proceso similar), otros acuerdos siguen una pista de cooperación regulatoria entre las partes (diferentes

reglas o procedimientos, pero con un resultado equivalente).

La existencia de diversas herramientas se puede explicar por el hecho que mientras los países que negocian un ACP tratan de converger en normas similares o equivalentes, se enfrentan a distintos problemas basados en sus diferentes niveles de desarrollo, sus diversos procedimientos para promulgar normas, sus diferentes valores y niveles de protección, lo que refleja que no siempre es fácil llegar a un acuerdo acerca de lo que las diferencias en la regulación son “necesarias” o no. Por lo tanto, en cada ACP podrían requerirse distintos mecanismos para reducir las divergencias de regulación. Variaciones también pueden encontrarse dentro de un tratado específico, pudiendo utilizarse varias herramientas de convergencia regulatoria en diferentes disciplinas e incluso sectores de un ACP.

Algunos autores han efectuado distinciones entre la coordinación regulatoria, la convergencia regulatoria y la armonización. Drezner define la coordinación regulatoria como “el ajuste codificado de normas nacionales con el fin de reconocer o dar cabida a los marcos normativos de otros países”.⁸ Siguiendo esta línea, Young concluye que la convergencia regulatoria significa que las regulaciones de los países se vuelven más similares sin ser necesariamente las mismas, lo que constituiría armonización. En ese contexto, la convergencia implica un cambio menos radical a las normas nacionales que la armonización, con menores costos de ajuste para las empresas y más espacio político para los reguladores nacionales.⁹

En este trabajo el autor toma un enfoque diferente, considerando convergencia regulatoria como un concepto que incluye todos los tipos de convergencia normativa, incluyendo la armonización, al ser todas estas formas de convergencia de un carácter incompleto por las razones que se explicarán a continuación. De esta manera, “coherencia regulatoria” y “cooperación regulatoria”, así como otros mecanismos para la mejora regulatoria, pertenecen al concepto general de “convergencia regulatoria”.

4 MALMSTRÖM, Cecilia. *Trade in the 21st century: the challenge of regulatory convergence*. Brussels, Mar. 2015. [Speech at the European Commission]. Available in: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153260.pdf>. Access: 22 June 2015. p. 2-3.

5 MATTEI, Ugo A.; ANTONIOLLI, Luisa; ROSSATO, Andrea. Comparative law and economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn (Ed.); GEEST, Gerrit de (Ed.). *Encyclopedia of law and economics*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2000. p. 505-538. Available in: <<http://encyclo.findlaw.com/0560book.pdf>>. Access: 28 Sept. 2015.

6 CHIRICO, Filomena; LAROUCHE, Pierre. Convergence and divergence, in Law and Economics and Comparative Law. In: LAROUCHE, Pierre (Ed.); CSERNE, Péter (Ed.). *National legal systems and globalization: new role, continuing relevance*. Hague: T. M. C. Asser Press; Springer, 2013. p. 9-33. Available in: <http://www.springerlink.com/index/10.1007/978-90-6704-885-9_2>. Access: 28 Sept. 2015. p. 23.

7 YOUNG, Alasdair R. Liberalizing trade, not exporting rules: the limits to regulatory co-ordination in the EU's “new generation” preferential trade agreements. *Journal of European Public Policy*, London, v. 22, n. 9, p. 1253-1275, 2015. p. 1257.

8 DREZNER, Daniel W. *All politics is global: explaining international regulatory regimes*. Princeton: Princeton University Press, 2007. p. 11.

9 YOUNG, Alasdair R. Liberalizing trade, not exporting rules: the limits to regulatory co-ordination in the EU's “new generation” preferential trade agreements. *Journal of European Public Policy*, London, v. 22, n. 9, p. 1253-1275, 2015. p. 1259.

En opinión del autor, la convergencia regulatoria puede incluir aspectos sustantivos, de procedimiento, o que se centran en el resultado de la regulación o sus características. En algunos acuerdos, la convergencia regulatoria se logra mediante la armonización sustantiva regulatoria (regulación similar, o “coherencia regulatoria sustantiva”). Otros acuerdos consideran la armonización de los procesos por los cuales se desarrollan, adoptan o aplican regulatoria (procedimientos similares, como en los casos de “coherencia regulatoria procesal” o “mejora regulatoria”). Sin embargo, existen otros ACPs que buscan lograr la convergencia regulatoria mediante el reconocimiento mutuo de las normas o en la mayor latitud en la aplicación de la legislación doméstica a los productores, comerciantes e inversionistas extranjeros (requisitos o resultados de las regulaciones se consideran equivalentes, como en los casos de “cooperación reglamentaria” o “coordinación regulatoria”. A su vez, es importante tener en cuenta que la convergencia regulatoria se puede lograr tanto por un proceso de arriba hacia abajo (“*top-down*”), a través de la armonización a nivel internacional, o por un proceso de abajo hacia arriba (“*bottom-up*”) a través de la emulación legal o la competencia regulatoria.¹⁰ Aunque todas estas distinciones no son siempre claras, ilustran los diferentes tipos de convergencia regulatoria que se encuentran en ACPs.

Haciendo caso omiso de su nombre o etiqueta, las principales características que hemos identificado de las diferentes herramientas utilizadas para minimizar la diferencia regulatoria son: (i) la racionalidad económica, por lo general, utilizando el mecanismo de Evaluaciones de Impacto Regulatorio (EIR); (ii) la transparencia y la participación de los interesados, por ejemplo a través de mecanismos de notificación y consulta; (iii) la coordinación gubernamental a través de una organización o procedimiento que compruebe la consistencia de las propuestas regulatorias con las políticas internas o internacionales; y (iv) un proceso de revisión pública de las regulaciones, de carácter expedito e imparcial.

De todos los distintos mecanismos destinados a reducir las divergencias normativas entre países, la técnica

de la coherencia regulatoria, parece conducir a formas más profundas de la convergencia regulatoria. Mumford considera que la coherencia regulatoria requiere una estrategia multidimensional que tiene los siguientes elementos interrelacionados:¹¹

- (i) La coherencia entre las regulaciones nacionales y las múltiples agencias reguladoras nacionales.
- (ii) La coherencia entre los objetivos de política nacional e internacional.
- (iii) La coherencia entre las normas y los organismos reguladores de dos o más economías.

2.2. La teoría de convergencia legal

La teoría de la convergencia legal supone que diferentes sistemas jurídicos pueden aplicar distintas soluciones a un problema desde diferentes puntos de partida, pero al final llegan a soluciones similares, un fenómeno que puede explicarse por el uso de la eficiencia económica y trasplantes legales.¹² En esencia, esta teoría supone las diferencias significativas entre los sistemas legales son con frecuencia sólo superficiales.¹³ Algunos incluso han sugerido que entre sociedades con similares consensos en materia cultural, política y social, a menudo hay una solución óptima para un problema legal y por lo tanto esos países podrían converger espontáneamente hacia la misma regla, incluso sin ningún tipo de interacciones entre ellos (“convergencia natural”).¹⁴ Sin un mínimo de nivel de convergencia, los diversos niveles del actual orden jurídico mundial, conducirían a la fragmentación absoluta de las normas y principios jurídicos, así como de los instrumentos y métodos legales, y a una inseguridad jurídica.¹⁵

11 MUMFORD, Peter. Regulatory coherence: blending trade and regulatory policy. *Policy Quarterly*, v. 10, n. 4, p. 3–9, Nov. 2014.

12 MATTEI, Ugo A.; ANTONIOLLI, Luisa; ROSSATO, Andrea. Comparative law and economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn (Ed.); GEEST, Gerrit de (Ed.). *Encyclopedia of law and economics*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2000. p. 505–538. Available in: <<http://encyclo.findlaw.com/0560book.pdf>>. Access: 28 Sept. 2015. p. 508.

13 CANUEL, Edward T. Comparing exculpatory clauses under Anglo-American law: testing total legal convergence. In: CORDERO-MOSS, Giuditta (Ed.). *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 80–103. p. 80.

14 MERRYMAN, John Henry. On the convergence (and divergence) of the civil law and the common law. *Stanford Journal of International Law*, v. 17, p. 357–388, 1981. p. 369.

15 LIERMAN, Steven. Law as a complex adaptive system: the im-

10 CHIRICO, Filomena; LAROUCHE, Pierre. Convergence and divergence, in Law and Economics and Comparative Law. In: LAROUCHE, Pierre (Ed.); CSERNE; Péter (Ed.). *National legal systems and globalization: new role, continuing relevance*. Hague: T. M. C. Asser Press; Springer, 2013. p. 9–33. Available in: <http://www.springerlink.com/index/10.1007/978-90-6704-885-9_2>. Access: 28 Sept. 2015. p. 27–31.

El análisis de la convergencia legal ha sido materia frecuente de estudio en derecho internacional privado, pero en general no ocupa un lugar destacado en las investigaciones de derecho internacional público,¹⁶ donde la idea de fragmentación ha sido ampliamente debatida.¹⁷ Sin embargo, encontramos regularmente que aun cuando un problema tenga una solución “natural” puede implementarse utilizando diferentes técnicas regulatorias. En esos casos, la convergencia funcional ocurre pero divergen las regulaciones formales.¹⁸

En la práctica, la convergencia regulatoria suele ser incompleta. Ello ocurre, en primer lugar, porque la convergencia de los sistemas jurídicos está intrínsecamente limitada por el marco legal y las normas sociales que los países han heredado del pasado, y suelen elegir las reglas que son más compatibles con ellas. En segundo lugar, ponerse de acuerdo sobre una regulación es sólo una parte del problema, ya que la forma específica de cómo ella se aplica puede generar divergencias. Así, aun cuando exista la misma regulación, puede existir un grado de divergencia en su aplicación, la que puede provenir de la evolución de la jurisprudencia de los tribunales.¹⁹

portance of convergence in a multi-layered legal order. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Maastricht, v. 21, n. 4, p. 611–629, 2014. p. 613.

16 BOELE-WOELKI, Katharina (Ed.) et al. *Convergence and divergence in private international law*: Liber Amicorum Kurt Siehr. Hague: Eleven International Publishing, 2010.

17 Véase entre otros: KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*: report of the study group of the International Law Commission. Geneva: International Law Commission, 2006. Available in: <<http://repositoriodcpd.net:8080/handle/123456789/676>>. Access: 25 Sept. 2015. SHANY, Yuval (Ed.); BROUDE, Tomer (Ed.). *Multi-sourced equivalent norms in international law*. Oxford: Bloomsbury Publishing, 2011. (Studies in International Law). NASSER, Salem Hikmat. Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 98-126, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/3707>>. Acesso em: 26 abr. 2016. ANDENAS, Mads (Ed.); BJORGE, Eirik (Ed.). *A Farewell to fragmentation: reassertion and convergence in international law*. New York: Cambridge University Press, 2015. (Studies on International Courts and Tribunals). ANDENAS, Mads. Reassertion and transformation: from fragmentation to convergence in international law. *Georgetown Journal of International Law*, v. 46, p. 685-734, 2015. PLATSAS, Antonios E. The idea of legal convergence and international economic law. *International Journal of Private Law*, v. 2, n. 4, p. 385–399, 2009.

18 CRETTEZ, Bertrand, DEFFAINS, Bruno; MUSY, Olivier. Legal convergence and endogenous preferences. *International Review of Law and Economics*, v. 39, p. 20–27, Aug. 2014. p. 21.

19 Utilizando el ejemplo del Common Law con respecto a los eximientes de responsabilidad penal en Estados Unidos y Reino Unido,

un problema tenga una solución “natural” puede o de la utilización de implementarse utilizando diferentes técnicas regulatorias de implementación. En esos casos, la convergencia funcional ocurre pero divergen las regulaciones formales.²⁰

En tercer lugar, la convergencia y la divergencia regulatoria no son procesos estáticos sino dinámicos, que involucran diversos actores,²¹ y los factores que las generan como las imperfecciones informativas, los efectos de red, o las preferencias locales, pueden variar en el tiempo, ya sea fomentando la convergencia o la divergencia. La velocidad de estos procesos es diferente en los distintos sectores, y depende de los cambios técnicos en el conocimiento a través del tiempo, la magnitud de los costos del cambio, y sobre la importancia del proceso desde un punto de vista cultural o social.²²

Este autor considera adecuado incluir la coherencia normativa, la cooperación regulatoria y otras técnicas para reducir las diferencias de regulación, bajo el paraguas de “convergencia regulatoria”, ya que todas estas técnicas comparten al menos dos características comunes de convergencia legal: En primer lugar, son parte de un proceso dinámico que debe adaptarse a los cambios en los determinantes de la inversión y el comercio, como los cambios en los costos de transporte y tecnologías de producción. En segundo lugar, la minimización de las diferencias en la regulación no es absoluta. Aunque en abstracto una regulación común es acordada por los miembros de un ACP, la igualdad de reglas puede significar algo diferente para cada país, en el marco de su respectivo ordenamiento jurídico o en la aplicación de la regulación en la práctica.

Cordero Moss ha señalado, de hecho, incluso dentro de una misma familia jurídica única hay diferencias significativas, ya que una misma regulación puede tener diferentes efectos jurídicos en ambos países e incluso en los diferentes Estados de Estados Unidos. CORDERO-MOSS, Giuditta (Ed.). *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 9.

20 CRETTEZ, Bertrand, DEFFAINS, Bruno; MUSY, Olivier. Legal convergence and endogenous preferences. *International Review of Law and Economics*, v. 39, p. 20–27, Aug. 2014. p. 21.

21 HOEKMAN, Bernard. Fostering Transatlantic Regulatory Cooperation and Gradual Multilateralization. *Journal of International Economic Law*, v. 18, n. 3, p. 609–624, Sept. 2015. p. 613.

22 CRETTEZ, Bertrand, DEFFAINS, Bruno; MUSY, Olivier. Legal convergence and endogenous preferences. *International Review of Law and Economics*, v. 39, p. 20–27, Aug. 2014. p. 26.

3. CONVERGENCIA REGULATORIA Y GOBERNANZA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Las distintas nociones que ahora englobamos en el concepto de convergencia regulatoria a nivel internacional, son relativamente recientes. Ellas tienden a ser utilizadas indistintamente y sin muchos intentos de aclarar las diferencias (si las hay), entre ellas. El concepto de “cooperación regulatoria” surgió a mediados de los 90 dentro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y en el trabajo de los países miembros del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC). Antes de 2010, las principales referencias a la noción de “coherencia regulatoria” se podían encontrar en el contexto de los debates sobre la subsidiariedad y la búsqueda de la eficacia reguladora a través de varios niveles de gobierno, sobre todo en los sistemas federales. No fue sino hasta 2010-11 que este término comenzó a ser utilizado en el contexto de las negociaciones de ACPs “mega-regionales”, en particular las relativas al TPP y CETA.²³

3.1. Cooperación regulatoria en la OCDE

Los miembros de la OCDE fueron los primeros países en considerar las acciones concertadas dirigidas a mejorar la calidad de sus sistemas de regulación, en particular mediante el uso del EIR.

En 1994, en uno de los primeros estudios sobre cooperación regulatoria, la OCDE afirmó que se requiere de marcos institucionales y de procedimiento en el que los gobiernos nacionales, los gobiernos sub-nacionales, y el público en general pueden trabajar juntos para construir sistemas más integrados para la elaboración de normas y su aplicación, sin perjuicio de las limitaciones de los valores democráticos, como la rendición de cuentas y la transparencia.²⁴

Para 1996, otro estudio de la OCDE llamó la atención sobre el hecho de que más de la mitad de los paí-

ses de la OCDE había adoptado programas de EIR que evalúan una proporción creciente de leyes y otras regulaciones que afectan a los ciudadanos. A partir de una muestra inicial de uno o dos países en 1980, la adopción de regulaciones sobre una base empírica a través del análisis del impacto de nuevas propuestas de regulación, se convirtió en una herramienta de reforma cada vez más común entre los países de la OCDE.²⁵

En 2009, la OCDE destacó la incorporación del proceso de EIRs, observando que pasó a ser un componente central de la estrategia de gestión reguladora de todos los Estados miembros y un procedimiento ampliamente utilizado para mejorar la calidad de la toma de decisiones de regulación y de informar a los reguladores acerca de cómo regular para alcanzar los objetivos de política pública que se persiguen.²⁶ En ese contexto, surgió el concepto de “Cooperación Regulatoria”, inicialmente un proceso interno para conseguir la alineación de las leyes y las agencias nacionales con un objetivo nacional de regulación, que tiene a las EIRs como una herramienta central de gestión regulatoria.²⁷

Las EIRs se han definido como un proceso de identificación sistemática y la evaluación de los efectos esperados de las propuestas de regulación, utilizando un método analítico coherente, como el análisis de costo y beneficio. El proceso de EIR es comparativo y esencialmente *ex ante*. Se basa en la determinación de los objetivos regulatorios subyacentes y la identificación de todas las intervenciones de políticas capaces de alcanzarlos. Todas las alternativas viables deben evaluarse, con el mismo método, para informar a los tomadores de decisiones acerca de la efectividad y eficiencia de las diferentes opciones y permitir que las mejores opciones sean elegidas de forma sistemática. El uso de EIRs promueve la información de los efectos de las regulaciones

23 MUMFORD, Peter. Regulatory coherence: blending trade and regulatory policy. *Policy Quarterly*, v. 10, n. 4, p. 3–9, Nov. 2014. p. 4.

24 JACOBS, Scott H. Regulatory co-operation for an interdependent world: issues for government. In: ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Regulatory co-operation for an interdependent world*. Paris: OECD Publishing, 1994. Available in: <<http://www.oecd-ilibrary.org/content/book/9789264062436-en>>. Access: 22 June 2015. (Public Management Studies). p. 15.

25 JACOBS, Scott H. An overview of regulatory impact analysis in OECD countries. In: ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries*. Paris: Organization for Economic Co-operation and Development, 1997. p. 13–30. p. 13.

26 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Regulatory impact analysis: a tool for policy coherence*. Paris: OECD Publishing, 2009. (OECD Reviews of Regulatory Reform). Available in: <http://www.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en>. Access: 22 June 2015. p. 12–13.

27 MUMFORD, Peter. Regulatory coherence: blending trade and regulatory policy. *Policy Quarterly*, v. 10, n. 4, p. 3–9, Nov. 2014. p. 4–5.

en el mercado y maximiza la racionalidad de las partes interesadas de los procesos de toma de decisiones por parte de los reguladores.²⁸

3.2. Lista de verificación APEC-OCDE

En el contexto de una iniciativa de cooperación conjunta sobre la reforma regulatoria con la OCDE, las economías que forman parte del Foro de Cooperación Económica de Asia Pacífico (APEC) desarrollaron un programa de trabajo sobre la reforma de regulaciones con un fuerte énfasis en la apertura y la competencia de mercado. En su conferencia ministerial de 2000, celebrada en Brunei Darussalam, los miembros de APEC llegaron a un acuerdo para establecer una lista de verificación sobre reforma regulatoria. Dicha lista de verificación es una herramienta voluntaria que los miembros pueden utilizar para evaluar sus respectivos esfuerzos de reforma regulatoria. Contiene temas clave que deben ser considerados durante el proceso de desarrollo e implementación de las regulaciones, contemplando un margen de flexibilidad en los métodos aplicados, al reconocer la diversidad de ambientes y valores económicos, sociales y políticos de las economías de APEC.²⁹

La lista de verificación consta de cuatro pilares: (i) las políticas regulatorias; (ii) la política de competencia; (iii) la política de liberalización de los mercados; y (iv) la reforma regulatoria. De acuerdo con este marco, las políticas regulatorias deben ser diseñadas con el fin de maximizar la eficiencia, la transparencia y la rendición de cuentas sobre la base de un enfoque integrado para el proceso de elaboración de normas. Las políticas de competencia deben promover el crecimiento y la eficiencia económica, eliminando o minimizando el impacto distorsionador de las leyes, reglamentos, prácticas y procedimientos administrativos.³⁰ Las políticas de li-

beralización del mercado tienen por objeto asegurar que un país pueda obtener los beneficios de la globalización y la competencia internacional al eliminar o reducir al mínimo los efectos distorsionadores de las regulaciones y prácticas aplicadas “detrás de la frontera”.³¹ Por último, las reformas regulatorias deben ser desarrolladas reflexionando sobre el grado de integración de las políticas de regulación, competencia y de apertura en los diversos niveles de gobierno, y en los mecanismos de rendición de cuentas y transparencia necesarias para asegurar su éxito.³²

Según esta lista de verificación, los EIRs por sí solos no pueden construir una política regulatoria. Los gobiernos deben centrarse en el logro de un sistema integrado, con la participación de todos los sectores actuando de manera coordinada y de apoyo mutuo, evitando el “aislamiento del regulador”. La experiencia demuestra que a menudo es difícil para los reguladores el reformarse a sí mismos, dado que mantienen una identificación más cercana con los objetivos de un régimen regulatorio que han elaborado. El proceso de reforma se complica aún más con las presiones de diferentes partes de la sociedad, los intereses personales y las trabas burocráticas. Para salvar estos problemas, la lista de verificación propone dos alternativas: (i) la creación de un órgano de coordinación central y (ii) el establecimiento de un mecanismo de coordinación. Detrás de esta propuesta subyace la idea que el control de la calidad y la coherencia de las normas mejoran cuando la responsabilidad es compartida entre los reguladores y una entidad central.³³

(Ed.). *The trans-pacific partnership: a quest for a twenty-first century trade agreement*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 171–186.

31 ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION (APEC); ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *APEC-OECD integrated checklist on regulatory reform: a policy instrument for regulatory quality, competition policy and market openness*, [2005] Available in: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/41992858.pdf>>. Access: 22 June 2015. p. 2–3.

32 BOLLYKY, Thomas. Regulatory coherence in the TPP talks. In: LIM, C. L. (Ed.); KAY, Deborah K. Elms (Ed.); LOW, Patrick (Ed.). *The trans-pacific partnership: a quest for a twenty-first century trade agreement*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 171–186. p. 174–175.

33 ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION (APEC); ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *APEC-OECD integrated checklist on regulatory reform: a policy instrument for regulatory quality, competition policy and market openness*, [2005] Available in: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/41992858.pdf>>. Access: 22 June 2015. p. 15.

28 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Introductory handbook for undertaking regulatory impact analysis (RIA)*. Paris, Oct. 2008. Available in: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44789472.pdf>>. Access: 24 June 2015. p. 8.

29 ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION (APEC); ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *APEC-OECD integrated checklist on regulatory reform: a policy instrument for regulatory quality, competition policy and market openness*, [2005] Available in: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/41992858.pdf>>. Access: 22 June 2015. p. 1.

30 BOLLYKY, Thomas. Regulatory coherence in the TPP talks. In: LIM, C. L. (Ed.); KAY, Deborah K. Elms (Ed.); LOW, Patrick

Los ciudadanos también pueden aportar con su opinión acerca de las regulaciones y su proceso de elaboración, lo que aumenta la previsibilidad de las prácticas regulatorias. Esto se puede lograr a través de la puesta en práctica de elevadas normas de transparencia. Un sistema de elaboración de normas y políticas que es conocido por los grupos de interés puede asegurar que ellos saben y entienden cómo las leyes y regulaciones les afectan, fomentando también su aplicación coherente.³⁴ La lista de verificación aborda la participación de los actores nacionales y extranjeros en la creación de regulaciones mediante procedimientos apropiados y publicitados de consulta pública. Dicho proceso no debe limitarse a las empresas ya establecidas, sino que debe estar abierto a todas las partes interesadas, incluidas otras empresas, sindicatos, y grupos de interés más amplios, como las organizaciones de consumidores o ambientales, así como diversos niveles de gobierno.³⁵

Finalmente, la lista de verificación sugiere como procedimiento para la evaluación de medidas regulatorias, su conformidad con compromisos internacionales, como obligaciones asumidas ante la OMC o compromisos en virtud de ACPs e instrumentos de inversión internacionales.³⁶

4. CONVERGENCIA REGULATORIA EN ACUERDOS COMERCIALES PREFERENCIALES

Además de la Alianza del Pacífico, procesos tangibles de convergencia regulatoria han sido escasos. Antes de analizar en detalle las innovaciones actuales adopta-

das y previstas en el marco de la Alianza del Pacífico, la siguiente sección ofrece una breve revisión de la evolución del proceso de introducción de esta nueva disciplina en distintos ACPs.

4.1. Anzcerta

En 1983, Australia y Nueva Zelanda estrecharon sus relaciones económicas mediante la firma del Acuerdo Comercial “Australia-New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreements” (ANZCERTA), tratado donde se establecieron agencias reguladoras comunes, para desarrollar normas alimentarias conjuntas, enfoques armonizados para la certificación de sistemas de gestión de la calidad, y el reconocimiento mutuo de calificaciones profesionales.³⁷ En ese sentido, el proceso de integración de ANZCERTA es más cercano al esquema seguido en la Unión Europea, especialmente en lo que respecta al establecimiento de un mercado laboral común.³⁸

Sin embargo, tanto Australia como Nueva Zelanda no han replicado esta forma de convergencia regulatoria y el nivel de compromiso asumido en ACPs con terceros países ha sido en general menos intenso.³⁹

4.2. ASEAN

La Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN), se ha planteado como objetivo el armonizar las normas nacionales de sus miembros a las normas internacionales, así como fomentar el desarrollo de acuerdos de reconocimiento mutuo sobre mecanismos de evaluación de conformidad y de servicios profesionales. Esto se ha efectuado a través del Comité Consultivo sobre Principalmente Normas y Calidad aplicando el Acuerdo Marco de la ASEAN sobre acuerdos de reconocimiento mutuo de 1998, bajo el lema de “una norma, una prueba, aceptada en todas partes”.⁴⁰

34 ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION (APEC); ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *APEC-OECD integrated checklist on regulatory reform: a policy instrument for regulatory quality, competition policy and market openness*, [2005] Available in: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/41992858.pdf>>. Access: 22 June 2015. p. 7.

35 ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION (APEC); ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *APEC-OECD integrated checklist on regulatory reform: a policy instrument for regulatory quality, competition policy and market openness*, [2005] Available in: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/41992858.pdf>>. Access: 22 June 2015. p. 17.

36 ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION (APEC); ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *APEC-OECD integrated checklist on regulatory reform: a policy instrument for regulatory quality, competition policy and market openness*, [2005] Available in: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/41992858.pdf>>. Access: 22 June 2015. p. 15.

37 STEGER, Debra P. Institutions for regulatory cooperation in ‘new generation’ economic and trade agreements. *Legal Issues of Economic Integration*, New York, v. 38, n. 4, p. 109–126, Nov./Dec. 2012. p. 114–115.

38 MATTOO, Aaditya; SAUVÉ, Pierre. Services. In: CHAUFFOUR, Jean-Pierre (Ed.); MAUR, Jean-Christophe (Ed.). *Preferential trade agreement policies for development: a handbook*. Washington: World Bank Publications, 2011. p. 235–274.

39 STEGER, Debra P. Institutions for regulatory cooperation in ‘new generation’ economic and trade agreements. *Legal Issues of Economic Integration*, New York, v. 38, n. 4, p. 109–126, Nov./Dec. 2012.

40 ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS

Recientemente, y encaminados hacia la creación del mercado común de ASEAN programada inicialmente para el 1 de Enero de 2016, sus miembros han reiterado su interés en una mayor convergencia regulatoria, a través de la armonización de las regulaciones y el fortalecimiento de la coordinación de políticas públicas,⁴¹ con la declarada intención de crear una integración legal propia de ASEAN, de acuerdo con la sensibilidad a las particularidades y peculiaridades de la región.⁴²

Sin embargo, poco se ha logrado hasta la fecha en el desarrollo de regulaciones o procedimientos regulatorios comunes en ASEAN, más allá de los esfuerzos de armonización con las prácticas internacionales, o acuerdos específicos de reconocimiento mutuo. Aunque ASEAN cuenta con un Secretariado basado en Yakarta, sus atribuciones son más bien logísticas y la “manera ASEAN” enfatiza los principios de soberanía nacional y no interferencia, lo que redundará en acuerdos informales y búsqueda de consensos, antes que acuerdos o marcos regulatorios vinculantes.⁴³

4.3. TLCAN

La experiencia del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en materia de convergencia regulatoria se ha caracterizado por una relativa ausencia de estructuras formales, lo que refleja la propensión de las partes para tratar cuestiones de reglamentación de manera vertical, específica de cada sector y no de manera horizontal, común a los tres países.⁴⁴ Después de la fallida iniciativa de la “Alianza para la Seguridad y la Prosperidad”, un proceso trilateral de negociaciones técnicas que tuvo como objetivo eliminar

(ASEAN). ASEAN Secretariat. *Standards and Conformance*. Jakarta, [2015]. Available in: <<http://www.asean.org/asean-economic-community/sectoral-bodies-under-the-purview-of-aem/standards-and-conformance/>>. Access: 23 June 2015.

41 PETTMAN, Simon. Standards harmonisation in ASEAN: progress, challenges and moving beyond 2015. *ERIA Discussion Paper Series*, Singapore, n. 30, p. 1-34, Nov. 2013. Available at: <<http://www.eria.org/ERIA-DP-2013-30.pdf>>. Access: 23 June 2015. p. 1-2.

42 THANH, Vo Tri. Reflections on the Role of WTO in a New Context. *ERIA Research Project Report*, Jakarta, v. 31, p. 96-107, Nov. 2013. Available in: <<http://www.eria.org/RPR-FY2012-31.pdf>>. Access: 14 Mar. 2016. p. 97.

43 BEDUSCHI, Niccolo. The new ASEAN community: the European way to integration? *Observer Research Foundation (ORF) Occasional Paper*, v. 87, p. 1-18, Feb. 2016. p. 12.

44 HART, Michael. *Trading up: the prospect of greater regulatory convergence in North America*. Mexico, D.F.: International Trade and Industry Unit, 2007. (Estudios y Perspectivas, 79). p. 34.

“la tiranía de las pequeñas diferencias”, por medio de la cooperación regulatoria sobre un amplio espectro de sectores, se establecieron consejos reguladores de cooperación de carácter bilateral entre Canadá-EE.UU.⁴⁵ y entre México-EE.UU.⁴⁶ con el mandato de identificar y recomendar oportunidades para mejorar la cooperación regulatoria, a través de diferentes mecanismos como el aumento de la transparencia, reducción de cargas y costos en sectores específicos y el reconocimiento mutuo de las prácticas regulatorias.⁴⁷

Aunque algunos comités y grupos de trabajo trilateral se establecieron bajo el TLCAN, su impacto con respecto a la convergencia regulatoria ha sido mínimo, debido a la falta de supervisión o la ausencia de facultades para la ejecución de su trabajo. Esos problemas se agravaron después del ataque terrorista septiembre de 2001, fecha desde la cual EE.UU. ha fortalecido significativamente sus controles de protección fronteriza.⁴⁸

4.4. MERCOSUR

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) adoptó una “política de normalización”, cuyo objetivo es identificar y eliminar los reglamentos técnicos que creen obstáculos al comercio, mediante procedimientos de evaluación de la conformidad nacional compatibles con una armonización regional.⁴⁹

Para ello, el MERCOSUR estableció un Comité de Normalización, con la misión de elaborar normas voluntarias, promoviendo la cooperación para facilitar su armonización, la conformidad de regulaciones con nor-

45 U.S.-CANADA regulatory cooperation council. Washington, 2011. Available in: <<http://www.trade.gov/rcc/>>. Access: 23 June 2015.

46 U.S.-MEXICO high level regulatory cooperation council. Washington, 2010. Available in: <<http://trade.gov/hlrc/>>. Access: 23 June 2015.

47 ANDERSON, Greg; SANDS, Christopher. Negotiating North America: the security and prosperity partnership. *White Paper*, Washington, p. 1-35, Summer 2007. Available in: <<http://www.channelingreality.com/NAU/HudsonNegotiatingNorthAmericaadvancedproof2.pdf>>. Access: 23 June 2015. p. 1-18.

48 STEGER, Debra P. Institutions for regulatory cooperation in ‘new generation’ economic and trade agreements. *Legal Issues of Economic Integration*, New York, v. 38, n. 4, p. 109-126, Nov./Dec. 2012. p. 112.

49 LESSER, Caroline. Do bilateral and regional approaches for reducing technical barriers to trade converge towards the multilateral trading system? *OECD Trade Policy Working Paper*, Paris, n. 58, p. 2-74, Oct. 2007. Available in: <<http://www.oecd-ilibrary.org/content/workingpaper/051058723767>>. Access: 23 June 2015. p. 28.

mas internacionales, la formación en materia de control de calidad, y el desarrollo del sistema de certificación y acuerdos de reconocimiento mutuo. Un grupo especial se estableció para trabajar en un reglamento técnico de armonización y el reconocimiento mutuo de los procedimientos de evaluación de conformidad.⁵⁰

Sin embargo, ese Comité no es parte de la estructura actual del MERCOSUR, ya que fue suprimido por el Protocolo de Ouro Preto. En 1999, MERCOSUR firmó un acuerdo con la Asociación Mercosur de Normalización (AMN),⁵¹ una asociación no gubernamental sin fines de lucro, compuesta por los Organismos Nacionales de Normalización de los países del MERCOSUR, que se convirtió en el órgano encargado de la gestión de la normalización técnica voluntaria en MERCOSUR.⁵²

MERCOSUR no tiene hoy una estructura permanente que efectivamente obligue a la armonización de las normas a nivel regional, aunque cierta armonización se ha logrado en temas como propiedad intelectual, derecho de la competencia y el comercio de servicios.⁵³ En ciertas áreas como la industria del automóvil, la integración regulatoria ha procedido a través de la adopción de normas voluntarias aprobadas por los países del MERCOSUR, pero fuertemente influenciado por los intereses del sector privado.⁵⁴

4.5. Corea del Sur-UE

El ACP entre Corea del Sur y la Unión Europea, que entró en vigor en julio de 2011, dio un importante paso

adelante con respecto a la convergencia regulatoria.

El tratado considera obligaciones de cooperación regulatoria entre las Partes a través del intercambio de información, así como la cooperación científica y técnica. Se establecen diálogos y comités para animar a los reguladores a evitar diferencias innecesarias entre las futuras normas, afirmando que ambas partes mantienen su derecho a reglamentar en pos del interés público, pero comprometiéndose con buenas prácticas de regulación como la transparencia, consultas públicas, y la adopción de normas internacionales, siempre que ello sea posible.⁵⁵

De hecho, la adopción de estándares internacionales ha sido importante en sectores específicos, como las industrias farmacéutica y automotriz. Por ejemplo, ambas partes han reconocido las normas del Foro Mundial para la Armonización de los Reglamentos sobre Vehículos en el marco de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE), acordando que deben abstenerse de introducir nuevos reglamentos técnicos nacionales que difieran de los Reglamentos CEPE y revisar los reglamentos técnicos que se diferencian de los CEPE, al menos cada tres años a partir de la entrada en vigor del acuerdo.⁵⁶

Asimismo, ambas partes también se han comprometido a tener en cuenta, las disposiciones, prácticas y directrices internacionales para los productos farmacéuticos o dispositivos médicos, incluidos los desarrollados por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la OCDE, la Conferencia Internacional⁷ sobre Armonización de los Requisitos Técnicos (CIART) y la Convención de Inspección Farmacéutica y el Esquema de Cooperación sobre la Inspección Farmacéutica.⁵⁷

Si bien las exportaciones de la UE de productos farmacéuticos a Corea del Sur han aumentado en un tercio desde la entrada en vigor del acuerdo, mientras que las exportaciones de automóviles de Corea del Sur a la UE han subido a un 90%,⁵⁸ los efectos a largo plazo de las

50 STEGER, Debra P. Institutions for regulatory cooperation in 'new generation' economic and trade agreements. *Legal Issues of Economic Integration*, New York, v. 38, n. 4, p. 109–126, Nov./Dec. 2012. p. 116–117.

51 ASSOCIAÇÃO MERCOSUL DE NORMALIZAÇÃO (AMN). *[O que é normalização e quais são seus objetivos?]*, [1991]. Disponível em: <<http://www.amn.org.br/Paginas/Paginas/2?url=Normalization>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

52 ASOCIACIÓN MERCOSUR DE NORMALIZACIÓN; MERCOSUR. *MERCOSUR/CMC/DEC. n 12/99*. Montevideo, 1999. Disponible: <http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Decisiones/ES/Dec_012_099_Conv-Coop_MCS_Asoc-MCS_Normalizaci%C3%B3n_Acta%202_99.PDF>. Acceso: 14 marzo 2016.

53 FALCÓN, Roberto. Armonización de normas en el Mercosur. *Revista de Negócios Internacionais*, Piracicaba, v. 3, n. 5, p. 42–47, nov. 2005. p. 45–46.

54 COSTA, Moises; JACOBY, Wade. Informal drivers of regional regulatory integration: the auto sector in Central Europe and Latin America. In: BRUSZT, Laszlo (Ed.); MCDERMOTT, Gerald A. (Ed.). *Leveling the playing field: transnational regulatory integration and development*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 183-204. p. 187.

55 MALMSTRÖM, Cecilia. *Trade in the 21st century: the challenge of regulatory convergence*. Brussels, Mar. 2015. [Speech at the European Commission]. Available in: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153260.pdf>. Access: 22 June 2015.

56 EU-South Korea FTA, Annex 2-C Motor Vehicle and Parts, Arts. 2 and 4.

57 EU-South Korea FTA, Annex 2-D Pharmaceutical Products And Medical Devices, Art. 5.

58 MALMSTRÖM, Cecilia. *Trade in the 21st century: the challenge of regulatory convergence*. Brussels, Mar. 2015. [Speech at the Eu-

referidas disposiciones deben ser vistos como acotados, ya que no hay signos que ambas partes vayan a adoptar procedimientos o normas regulatorias comunes más allá de la armonización con las prácticas internacionales.

4.6. CETA

El recientemente concluido Acuerdo Integral de Economía y Comercio (CETA) entre Canadá y la Unión Europea (UE), cuenta con un capítulo especialmente dedicado a la Cooperación Regulatoria (Capítulo 21), siendo la primera vez que ello ocurre en un ACP.

Este capítulo tiene por objeto promover las buenas prácticas de reglamentación y reducir las diferencias, a través de la facilitación de iniciativas conjuntas, las que incluyen la recopilación y análisis de datos, Evaluaciones de Impacto Regulatorio, la articulación de diálogos de alto nivel sobre cuestiones regulatorias e iniciativas específicas de cooperación sectorial que se ocupan de la seguridad del consumidor.⁵⁹

El capítulo comienza con la incorporación explícita de disposiciones de la OMC referidas a normas técnicas y estándares, con ambas partes afirmando sus derechos y obligaciones en virtud de los Acuerdos sobre OTC y MSF.

A continuación, se establece un esquema de cooperación regulatoria con ciertos objetivos genéricamente definidos, tales como: contribuir a la protección de la vida humana, la salud o la seguridad, la vida animal o vegetal o la salud y el medio ambiente, profundizar el entendimiento mutuo de gobernanza regulatoria, facilitar el comercio bilateral y la inversión, y contribuir a la mejora de la competitividad y la eficiencia industrial.⁶⁰ En ese contexto, se considera una amplia gama de actividades de cooperación regulatoria, como:⁶¹

- La prevención y eliminación de obstáculos innecesarios al comercio y la inversión, a través de conversaciones bilaterales sobre gobernanza regulatoria.
- Mejorar el clima para la competitividad y la innovación, en particular mediante la búsqueda de la compatibilidad regulatoria, mediante el reconocimiento de mecanismos de equivalencia; y
- Promover procesos regulatorios transparentes, eficientes y eficaces, en particular mediante la promoción de intercambios de información y la utilización mejorada de las mejores prácticas.

Aunque CETA no prevé una armonización sustantiva general, con miras a aumentar la convergencia y la compatibilidad entre las medidas regulatorias, ambas partes deben tomar en cuenta las regulaciones o iniciativas de la otra parte en el mismo tema, aunque esto no les impide adoptar medidas divergentes o perseguir diferentes enfoques, conforme a sus propios valores o prioridades institucionales y legislativas. Siempre que sea posible y en beneficio mutuo, las partes deben esforzarse por acercarse a otros socios comerciales internacionales y promover la cooperación regulatoria.⁶²

En CETA las partes pueden examinar las oportunidades para minimizar las divergencias innecesarias en las regulaciones a través de diversos medios, como por ejemplo, la realización de evaluaciones de riesgo concurrentes o conjuntas, evaluaciones de impacto regulatorio, mecanismos de armonización, equivalencia o soluciones compatibles. El uso de reconocimiento mutuo es sólo considerado en casos específicos.⁶³

Por ejemplo, CETA hace más fácil el reconocimiento mutuo de los organismos de evaluación de conformidad acreditados en Canadá y la UE, la aceptación de los resultados de sus exámenes, y la certificación de productos bajo reglamentos técnicos.⁶⁴ Asimismo,

ropean Commission]. Available in: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153260.pdf>. Access: 22 June 2015. p. 3-4.

59 STEGER, Debra. *CETA: a new model for regulatory cooperation, transparency and coherence?* Ottawa, 6 May 2014. Available in: <<http://slideplayer.com/slide/2411068/>>. Access: 23 June 2015.

60 STEGER, Debra. *CETA: a new model for regulatory cooperation, transparency and coherence?* Ottawa, 6 May 2014. Available in: <<http://slideplayer.com/slide/2411068/>>. Access: 23 June 2015. Artículo 21.3.

61 STEGER, Debra. *CETA: a new model for regulatory cooperation, transparency and coherence?* Ottawa, 6 May 2014. Available in: <<http://slideplayer.com/slide/2411068/>>. Access: 23 June 2015. Artículo 21.2.4.

62 STEGER, Debra. *CETA: a new model for regulatory cooperation, transparency and coherence?* Ottawa, 6 May 2014. Available in: <<http://slideplayer.com/slide/2411068/>>. Access: 23 June 2015. Art. 21.4.

63 STEGER, Debra. *CETA: a new model for regulatory cooperation, transparency and coherence?* Ottawa, 6 May 2014. Available in: <<http://slideplayer.com/slide/2411068/>>. Access: 23 June 2015. Art. 21.4.7

64 STEGER, Debra. *CETA: a new model for regulatory cooperation, transparency and coherence?* Ottawa, 6 May 2014. Available in: <<http://slideplayer.com/slide/2411068/>>. Access: 23 June 2015. Art. 4.5.

el tratado adopta las Buenas Prácticas de Fabricación (GMP) para productos farmacéuticos.⁶⁵ Sin embargo, es necesario hacer notar que más allá de dichos productos, la lista de bienes que se benefician del procedimiento de aceptación mutua es bastante limitado. De hecho, el protocolo especial de CETA en la materia cuenta con varias exclusiones, entre otras:⁶⁶

- Cuando una parte ha delegado la autoridad exclusiva para evaluar la conformidad de los bienes con reglamentos técnicos, a un organismo no gubernamental.
- Especificaciones de compra elaboradas por un organismo gubernamental para sus necesidades de producción o de consumo.
- Medidas sanitarias y fitosanitarias, así como respecto de productos agrícolas.
- Actividades de monitoreo de productos en el mercado.
- Inspección reglamentaria de la aviación y la certificación de buques (salvo que se trate de embarcaciones recreacionales).

CETA también proporciona un marco para facilitar los acuerdos de reconocimiento mutuo (ARM) de calificaciones profesionales. Para estos efectos, se establecerá un Comité Conjunto responsable de la aplicación de dicho mecanismo, y un conjunto de directrices no vinculantes para los ARM sobre calificaciones profesionales ya se han incluido en el tratado.⁶⁷ De hecho, la UE prevé primeros avances en los servicios de arquitectura e ingeniería.⁶⁸

65 STEGER, Debra. *CETA: a new model for regulatory cooperation, transparency and coherence?* Ottawa, 6 May 2014. Available in: <<http://slideplayer.com/slide/2411068/>>. Access: 23 June 2015. Protocolo sobre el reconocimiento mutuo del Programa de Cumplimiento y Ejecución sobre Buenas Prácticas de Fabricación para Productos Farmacéuticos.

66 STEGER, Debra. *CETA: a new model for regulatory cooperation, transparency and coherence?* Ottawa, 6 May 2014. Available in: <<http://slideplayer.com/slide/2411068/>>. Access: 23 June 2015. Protocolo Especial sobre la aceptación mutua de los resultados de evaluación de la conformidad.

67 STEGER, Debra. *CETA: a new model for regulatory cooperation, transparency and coherence?* Ottawa, 6 May 2014. Available in: <<http://slideplayer.com/slide/2411068/>>. Access: 23 June 2015. Capítulo 11, Reconocimiento Mutuo de Calificaciones Profesionales.

68 MALMSTRÖM, Cecilia. *Trade in the 21st century: the challenge of regulatory convergence*. Brussels, Mar. 2015. [Speech at the European Commission]. Available in: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153260.pdf>. Access: 22 June

El acuerdo también crea un Foro de Cooperación Regulatoria (FCR), para facilitar y promover esa actividad, proporcionando un entorno para la discusión de temas de políticas regulatorias de interés mutuo, asistiendo a reguladores individuales en la identificación de socios potenciales para las actividades de cooperación, la revisión de las iniciativas regulatorias y, en general fomentar el desarrollo de actividades de cooperación bilateral.⁶⁹

Además de esta dimensión institucional, el capítulo establece herramientas para el diálogo por parte de los organismos de normalización y de los funcionarios del gobierno en una serie de áreas de regulación, como la supervisión de proyectos normativos y la identificación de oportunidades de cooperación regulatoria. Sin embargo, en ciertas áreas la cooperación parece estar restringida como ocurre en materia de seguridad alimentaria.⁷⁰ Asimismo, en la búsqueda de perspectivas desde la sociedad civil, el CETA permite a las partes consultar, de forma conjunta o separada, a los representantes de la academia, think tanks, organizaciones no gubernamentales, empresas, y consumidores, entre otros, por cualquier medio que consideren oportunas.⁷¹

Sin embargo, CETA no implica un cambio en la naturaleza de la cooperación regulatoria entre ambas partes, el que sigue siendo un compromiso voluntario, por lo que ninguna de las partes está obligada a entrar en actividades especiales de cooperación, e incluso podría negarse o abandonar una cooperación en curso. Además, las Partes declaran que efectuarán actividades de cooperación regulatoria solo si no limita su capacidad para llevar a cabo actividades legislativas y políticas.⁷²

2015. p. 4.

69 STEGER, Debra. *CETA: a new model for regulatory cooperation, transparency and coherence?* Ottawa, 6 May 2014. Available in: <<http://slideplayer.com/slide/2411068/>>. Access: 23 June 2015. Art. 21.6.

70 STEGER, Debra. *CETA: a new model for regulatory cooperation, transparency and coherence?* Ottawa, 6 May 2014. Available in: <<http://slideplayer.com/slide/2411068/>>. Access: 23 June 2015. Art. 21.7.

71 STEGER, Debra. *CETA: a new model for regulatory cooperation, transparency and coherence?* Ottawa, 6 May 2014. Available in: <<http://slideplayer.com/slide/2411068/>>. Access: 23 June 2015. Art. 21.8.

72 STEGER, Debra. *CETA: a new model for regulatory cooperation, transparency and coherence?* Ottawa, 6 May 2014. Available in: <<http://slideplayer.com/slide/2411068/>>. Access: 23 June 2015. Art. 21.2.

4.7. TPP

El 5 de octubre de 2015, luego de más de 5 años de negociaciones, los doce países negociadores del Acuerdo Trans-Pacífico (TPP), anunciaron un acuerdo. Aunque versiones preliminares de ciertos capítulos ya habían filtrados en Internet,⁷³ el texto oficial se encuentra disponible después de su firma el 4 de febrero de 2016.⁷⁴

Las normas de convergencia regulatoria en el TPP se diferencian de lo que se encuentra en previos ACPs, dado que supuestamente dan un paso más audaz para eliminar barreras normativas innecesarias. El capítulo de coherencia regulatoria tiene por objetivo facilitar las condiciones y los costos del comercio entre los países del TPP, afirmando al mismo tiempo el derecho a regular en la búsqueda de objetivos políticos legítimos. Pare ello incluye mecanismos para reducir las divergencias entre regulaciones, eliminación de obstáculos innecesarios, aumentar las medidas de transparencia, mejorar la competitividad y la capacidad de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) para participar en el comercio internacional, eliminando redundancias en pruebas y certificación, y la promoción de la cooperación en cuestiones reglamentarias específicas.⁷⁵

4.7.1. Alcance ámbito de aplicación de la coherencia regulatoria

El capítulo TPP sobre la coherencia reglamentaria se inicia con una sección de disposiciones generales que incluye varias declaraciones con respecto a la importancia de la regulación y los procesos de regulación:⁷⁶

Las Partes afirman la importancia de:

- a. (a) mantener y mejorar los beneficios de este Tratado mediante la coherencia regulatoria en términos de facilitar el incremento del comercio de mercancías y servicios y el incremento de la inversión entre las Partes;
- b. (b) el derecho soberano de cada Parte para identificar sus prioridades regulatorias y establecer e implementar medidas regulatorias para abordar estas prioridades, en los niveles en que la Parte considere adecuados;
- c. (c) el rol que desempeña la regulación en el logro de objetivos de política pública;
- d. (d) tomar en cuenta los aportes de personas interesadas en el desarrollo de medidas regulatorias; y
- e. (e) desarrollar cooperación regulatoria y desarrollo de capacidades entre las Partes.

El capítulo 25 del TPP asume la dificultad de ponerse de acuerdo sobre el alcance general de la coherencia regulatoria. De esta manera, los artículos 25.1 y 25.3 establecen que la obligación de coherencia regulatoria se limita a ciertas medidas de regulación (“medidas regulatorias cubiertas”) según la definición de cada país. Cada una de las Partes, lo antes posible y a más tardar un año después de la fecha de entrada en vigor del TPP, deberá determinar y poner a disposición del público el alcance de las medidas regulatorias cubiertas, para lo cual cada país deber tratar de lograr una “cobertura significativa”.

4.7.2. Mecanismos internos de Coherencia Regulatoria

Las Partes reconocen que la coherencia regulatoria puede facilitarse a través de mecanismos internos que aumentan las actividades de consulta y coordinación entre agencias, asociadas con los procesos para el desarrollo de medidas de regulación. En consecuencia, cada Parte procurará garantizar que cuenta con procesos o mecanismos para facilitar la efectiva coordinación entre agencias, y la revisión de las medidas regulatorias cubiertas. Para este fin, cada Parte debería considerar el establecimiento y mantenimiento de un organismo nacional o central de coordinación.⁷⁷

Cualquiera que sea la decisión final adoptada por cada Estado, el TPP considera que los referidos procesos o mecanismos para lograr la coherencia regulatoria, debe

73 TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP (TPP). *Regulatory Coherence*. New Zeland, Mar. 2010. Available in: <<http://www.citizenstrade.org/ctc/wp-content/uploads/2011/10/TransPacificRegulatoryCoherence.pdf>>. Access: 24 June 2015.

74 TPP FULL text. New Zeland, 2015. Available in: <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text>>. Access: 23 Dec. 2015.

75 TRANS-PACIFIC partnership (TPP) Trade Ministers' Report to Leaders. Washington, 2011. Available in: <<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2011/november/trans-pacific-partnership-tpp-trade-ministers%E2%80%99-re>>. Access: 24 June 2015.

76 TRANS-PACIFIC partnership (TPP) Trade Ministers' Report to Leaders. Washington, 2011. Available in: <<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2011/november/trans-pacific-partnership-tpp-trade-ministers%E2%80%99-re>>. Access: 24 June 2015. Art. 25.2.

77 TRANS-PACIFIC partnership (TPP) Trade Ministers' Report to Leaders. Washington, 2011. Available in: <<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2011/november/trans-pacific-partnership-tpp-trade-ministers%E2%80%99-re>>. Access: 24 June 2015. Art. 25.4.

tener las siguientes características:⁷⁸

Revisar propuestas de medidas regulatorias cubiertas para determinar el grado en que el desarrollo de estas medidas se adhiere a buenas prácticas regulatorias;

Fortalecer la consulta y la coordinación entre las autoridades internas a efectos de identificar posibles superposiciones y duplicación, y para prevenir la creación de requerimientos inconsistentes entre autoridades;

- a. Hacer recomendaciones para mejoras regulatorias sistémicas;
- b. Informar públicamente sobre las medidas regulatorias revisadas, cualquier propuesta de mejora regulatoria sistémica, y cualquier actualización sobre cambios en los procesos y mecanismos referidos anteriormente.

Los requisitos mínimos anteriores implican un modelo institucional similar a los establecidos por la Lista de Verificación de la APEC-OCDE para los fines de asegurar su comportamiento regulador coherente. Al igual que en dicha lista, el TPP permite a los países elegir entre el establecimiento de mecanismos, procesos o un órgano central de coordinación. Para Kelsey, el TPP transforma de manera significativa el carácter voluntario de las disposiciones de APEC-OCDE, creando aparentemente a una obligación exigible de establecer procesos y mecanismos de regulación. Este cambio no es fácilmente evidente, ya que el texto del TPP usa un lenguaje exhortativo.⁷⁹

4.7.2.1. Evaluación de impacto regulatorio

Para ayudar a que el diseño de una medida logre de la mejor manera los objetivos perseguidos por cada Estado miembro del TPP, el Artículo 25.1 estipula que por regla general, cada Parte deberá fomentar que sus organismos reguladores, lleven a cabo análisis de impacto regulatorio, cuando desarrollen propuestas de medidas regulatorias cubiertas que excedan un umbral de impacto económico, u otro impacto regulatorio, conforme a lo establecido en las leyes y reglamentos de cada Parte. Las EIRs pueden abarcar una amplia gama de procedi-

mientos para determinar posibles impactos.

Reconociendo que las diferencias de circunstancias institucionales, sociales, culturales, legales y de desarrollo de las Partes podrán resultar en enfoques regulatorios específicos, el artículo 25.2.2 del TPP establece que las EIRs deberían contemplar, entre otros elementos:

- a. Evaluar la necesidad de una propuesta regulatoria, incluyendo una descripción de la naturaleza e importancia del problema;
- b. Examinar alternativas viables, incluyendo, en la medida de lo posible y de conformidad con las leyes y regulaciones, sus costos y beneficios, tales como los riesgos involucrados, así como la distribución de impactos, reconociendo que algunos costos y beneficios son difíciles de cuantificar y monetizar;
- c. Explicar las razones para concluir que la alternativa seleccionada cumple con los objetivos de política de manera eficiente, incluyendo, de ser apropiado, referencia a los costos y beneficios, así como a las posibilidades de administrar riesgos; y
- d. Basarse en la mejor información existente que razonablemente pueda obtenerse incluyendo información pertinente de carácter científico, técnico, económico u otra información, dentro de los límites de las competencias, los mandatos y los recursos de la respectiva autoridad regulatoria.

Par los efectos de coherencia regulatoria, tomar en cuenta las aportaciones esenciales de los EIRs conduciría a los gobiernos a mejorar sus procesos de toma de decisiones en materia de regulación. La inclusión en el derecho administrativo nacional de la prueba de la racionalidad económica de una medida regulatoria, puede aumentar la cooperación entre los organismos reguladores y promover la cooperación internacional, ya que produce modelos comparables que facilitan la integración de las prácticas de regulación de un país a otro. El análisis racional de medidas de regulación puede ayudar a mejorar la competitividad y mejorar el clima de inversión en un país de acogida y la facilidad con la que las empresas pueden integrarse a cadenas de valor, regionales y globales.⁸⁰

4.7.2.2. Transparencia y participación

El Artículo 25.5.5 del TPP, se refiere a la transparencia en materia regulatoria, uno de los objetivos declarados de este tratado:

78 TRANS-PACIFIC partnership (TPP) Trade Ministers' Report to Leaders. Washington, 2011. Available in: <<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2011/november/trans-pacific-partnership-tpp-trade-ministers%E2%80%99-report>>. Access: 24 June 2015. Art. 25.4.2.

79 KELSEY, Jane. *Preliminary analysis of the draft TPP chapter on domestic coherence*, 2011. Available in: <http://www.citizenstrade.org/ctc/wp-content/uploads/2011/10/TransPacific_RegCoherenceMemo.pdf>. Acceso Access: 24 June 2015. Kelsey hace estos comentarios sobre el texto previamente filtrado por Citizens Trade Campaign.

80 POLANCO, Rodrigo. The Trans-Pacific Partnership agreement and regulatory coherence. In: VOON, Tania (Ed.). *Trade liberalisation and international co-operation: a legal analysis of the Trans-Pacific Partnership agreement*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2013. p. 231-261. p. 253.

Sujeto a sus leyes y regulaciones, cada Parte debería asegurar que las autoridades regulatorias pertinentes proporcionen acceso público a la información sobre nuevas medidas regulatorias cubiertas y, cuando sea factible, pongan esa información disponible en línea.

La transparencia y la participación se asocian generalmente con la dimensión de la consulta de un EIR. La consulta permite considerar aporte de los interesados y permite a los organismos responsables contar con datos empíricos para incorporar en la EIR antes de implementar políticas de regulación. Junto con esto, la información obtenida del EIR se pone a disposición del público, dando una imagen más clara del panorama de la regulación y transformándose en una verdadera guía para la comprensión de la evolución de la regulación.⁸¹ Ambos elementos son vitales para la toma de decisiones de los actores que ven la previsibilidad y la claridad de la regulación como ingredientes esenciales en la toma de decisiones de inversión informadas.

Sin embargo, en el contexto del TPP, la transparencia plantea un problema adicional dado que no hay una delimitación clara de cómo deben llevarse a cabo los procesos de consulta establecidas, o si estos deben ser abiertos para incluir otras partes interesadas y otros gobiernos distintos del que tiene planificado adoptar una regulación. Como se discute más adelante, esto tiene el potencial de introducir distorsiones y transformar el concepto de coherencia regulatoria en un proceso de imposición de normas reguladoras de los países que tienen un mayor poder para negociar, como se explicará más adelante.

4.7.3. Mecanismos eexternos de coherencia regulatoria

Al igual que en CETA, el TPP también establece una Comité de Coherencia Regulatoria, compuesto por representantes de los gobiernos de las Partes, el que será responsable del examen de las cuestiones relacionadas con la aplicación y el funcionamiento del capítulo sobre la coherencia regulatoria y la identificación de posibles iniciativas sectoriales, actividades de cooperación y re-

comendaciones futuras para mejorar el tratado, las que serán dirigidas a la Comisión de Libre Comercio (CLC) del TPP. Además, cada Parte deberá designar y notificar un punto de contacto para proporcionar información a petición de otra Parte.⁸²

Las partes reconocen su interés general en cooperar para facilitar la aplicación y maximizar los beneficios derivados de la coherencia regulatoria. Estas actividades de cooperación pueden incluir el intercambio de información, diálogos o encuentros con otros partidos, incluso con las PYME y las partes interesadas de otras partes, programas de formación, seminarios y otras actividades de apoyo pertinentes entre los reguladores pertinentes. A diferencia de CETA estas actividades de cooperación son totalmente opcionales.⁸³

Para los efectos de transparencia y para que sirvan de base para las actividades de cooperación y la creación de capacidades, cada Parte presentará una notificación de implementación a la CLC a través de los puntos de contacto, dentro de los dos años a partir de la fecha de entrada en vigor del TPP para esa Parte y por lo menos una vez cada cuatro años a partir de entonces. En dicha notificación, se describirán las medidas adoptadas y que se propone adoptar para la aplicación del capítulo de coherencia regulatoria. La CLC examinará estos informes y podrá hacer preguntas o discutir aspectos específicos de la notificación de cada Parte. La CLC podrá usar la revisión y discusión de las referidas notificaciones, como base para la identificación de oportunidades de asistencia y cooperación.⁸⁴

Por último, el capítulo sobre coherencia regulatoria establece que en caso de cualquier incompatibilidad con otro capítulo del TPP, prevalecerá el otro capítulo. Asimismo, ninguna de las Partes podrá recurrir al mecanismo de solución de controversias establecido en

81 JACOBS, Scott H. An overview of regulatory impact analysis in OECD countries. In: ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries*. Paris: Organization for Economic Co-operation and Development, 1997. p. 13–30. p. 16–19.

82 TRANS-PACIFIC partnership (TPP) Trade Ministers' Report to Leaders. Washington, 2011. Available in: <<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2011/november/trans-pacific-partnership-tpp-trade-ministers%E2%80%99-re>>. Access: 24 June 2015. Art. 25.6.

83 TRANS-PACIFIC partnership (TPP) Trade Ministers' Report to Leaders. Washington, 2011. Available in: <<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2011/november/trans-pacific-partnership-tpp-trade-ministers%E2%80%99-re>>. Access: 24 June 2015. Art. 25.7.

84 TRANS-PACIFIC partnership (TPP) Trade Ministers' Report to Leaders. Washington, 2011. Available in: <<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2011/november/trans-pacific-partnership-tpp-trade-ministers%E2%80%99-re>>. Access: 24 June 2015. Art. 25.9.

el tratado por vulneraciones al capítulo de coherencia regulatoria.⁸⁵

Para algunos, el resultado del Capítulo TPP sobre la coherencia regulatoria es menos ambicioso a como se planteó originalmente. En el nombre de la eficacia en la reducción de la heterogeneidad normativa innecesaria, Bollyky había sugerido un “enfoque integrado para la coherencia regulatoria”, donde los reguladores y funcionarios no llevan a cabo sus agendas regulatorias paralelas. Ambos debieran buscar reducir las barreras y ocuparse de la adecuación de la regulación nacional, su aplicación, o la necesidad de la cooperación internacional para alcanzar los objetivos de regulación. Para dicho autor, el capítulo de coherencia regulatoria del TPP debió establecer un órgano conjunto formal para promover la convergencia regulatoria y la cooperación (construida sobre el modelo de ANZCERTA). Dicho organismo se encargaría de la preparación de los reglamentos y normas técnicas comunes, la formulación de procedimientos de evaluación de la conformidad y acuerdos de reconocimiento mutuo, de evaluar y recomendar la adopción de las normas internacionales, y promover el intercambio de datos de vigilancia y los informes de inspección a través del desarrollo de los acuerdos de confidencialidad.⁸⁶ Sin embargo, dicho órgano no fue incluido en el TPP, el que mantuvo un carácter procedimental (y no de uniformación regulatoria sustantiva) de la coherencia regulatoria.

5. MEJORA REGULATORIA EN LA ALIANZA DEL PACÍFICO

Los países de la Alianza del Pacífico (AP) han entendido que la mayoría de las barreras comerciales en el mundo de hoy ya no son arancelarias, sino que están centradas en restricciones regulatorias. Es por esto que la AP ha estado trabajando en la mejora de procesos regulatorios enfocados en la transparencia, facilitación e

incremento del comercio.⁸⁷

El 3 de julio de 2015, los países integrantes de la AP, firmaron el Primer Protocolo Modificadorio del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, el que incorpora en su Anexo 4 un nuevo capítulo 15bis sobre “Mejora Regulatoria”.⁸⁸ En este capítulo se considera que para los miembros de la AP, la mejora regulatoria se logra a través del establecimiento e implementación sistemática de herramientas como la transparencia y la consulta pública, la revisión y medición *ex ante* y *ex post* del impacto de las regulaciones y la simplificación de trámites y servicios.⁸⁹

El origen de este capítulo se encuentra en la XV Reunión del Grupo de Alto Nivel (GAN) de la Alianza del Pacífico, efectuada en mayo de 2013 en Santiago de Chile, donde el GAN instruyó la constitución de un Grupo Técnico con el mandato de negociar un capítulo en materia de mejora regulatoria a partir de junio de 2013. El objetivo inicial planteado era que este capítulo reflejara los compromisos similares negociados a esa fecha por los miembros de la AP en otros procesos de integración comercial. Aunque la idea era que este capítulo se terminara de negociar en 2014⁹⁰ y no formara parte del Protocolo Adicional de la AP, las negociaciones se extendieron finalmente hasta mediados del 2015 y el capítulo terminó siendo una modificación del Protocolo Adicional. De acuerdo a lo informado por la AP, su texto se basa en las Recomendaciones de Buenas Prácticas Regulatorias de la OCDE (2012) y en la Lista de Verificación APEC-OECD sobre reforma regulatoria.⁹¹

En este nuevo Capítulo de Mejora regulatoria de la AP se establecen mecanismos internos y externos con

85 TRANS-PACIFIC partnership (TPP) Trade Ministers' Report to Leaders. Washington, 2011. Available in: <<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2011/november/trans-pacific-partnership-tpp-trade-ministers%E2%80%99-re>>. Access: 24 June 2015. Art. 25.10 y Art. 25.11.

86 BOLLYKY, Thomas. Regulatory coherence in the TPP talks. In: LIM, C. L. (Ed.); KAY, Deborah K. Elms (Ed.); LOW, Patrick (Ed.). *The trans-pacific partnership: a quest for a twenty-first century trade agreement*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 171–186. p. 180.

87 MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE COLOMBIA. *100 preguntas de la Alianza del Pacífico*. Bogotá, [2016]. Disponible: <<http://www.mincit.gov.co/tlc/publicaciones.php?id=7180>>. Acceso: 8 feb. 2016.

88 PRIMER protocolo modificadorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la Alianza Del Pacífico. Cartagena, 10 feb. 2014. Disponible: <<https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4580>>. Acceso: 17 feb. 2016. En adelante, Primer Protocolo Modificadorio del Protocolo Adicional.

89 ALIANZA DEL PACÍFICO. *Temas de trabajo*. Chile, [2016]. Disponible: <<https://alianzapacifico.net/temas-de-trabajo/>>. Acceso: 8 feb. 2016.

90 DECLARACIÓN de Cartagena de Indias. 5 agosto 2006. Disponible: <<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/40017>>. Acceso: 15 marzo 2016.

91 ALIANZA DEL PACÍFICO. *Temas de trabajo*. Chile, [2016]. Disponible: <<https://alianzapacifico.net/temas-de-trabajo/>>. Acceso: 8 feb. 2016.

el fin de mejorar la regulación, la competencia económica y la mejora del ambiente de negocios. Mejora regulatoria se define como “la utilización de buenas prácticas regulatorias internacionales en el proceso de planificación, elaboración, promulgación, implementación y revisión de las medidas regulatorias a fin de facilitar el logro de objetivos de política pública nacional, y a los esfuerzos de los gobiernos para mejorar la cooperación regulatoria con el propósito de lograr dichos objetivos, así como para promover el comercio internacional, la inversión, el crecimiento económico y el empleo”.⁹²

5.1. Ámbito de aplicación de la mejora regulatoria

Tal como en CETA y en TPP, no toda medida gubernamental es considerada una regulación. En términos muy similares al TPP – tratado al cual este Protocolo de la AP precede por casi seis meses, las medidas regulatorias son definidas como aquellas de aplicación general, relacionadas con cualquier materia cubierta por el Protocolo Adicional de la AP, adoptadas por autoridades regulatorias y cuya observancia es obligatoria. Además, debe tratarse de medidas regulatorias “cubiertas”, lo que significa que cada Parte deberá, a más tardar tres años después de la entrada en vigor del Primer Protocolo Modificadorio determinar y poner a disposición del público las medidas regulatorias cubiertas a las que les aplicaran las disposiciones de este Capítulo, de conformidad con su legislación. En dicha determinación, cada Parte considerará alcanzar una cobertura significativa.⁹³ Cabe recordar que en el TPP las partes tienen el plazo de un año para determinar dicha cobertura.

Mientras no se determine el ámbito de aplicación de esta disciplina entre los distintos miembros de la Alianza del Pacífico, el capítulo de mejora regulatoria es en ese sentido, un capítulo inconcluso. Solo una vez que las medidas que quedarán cubiertas por su aplicación, se podrá determinar el impacto que su implementación pueda tener en la reducción de barreras comerciales o de inversión, o si por el contrario, la determinación de

distintos ámbitos de aplicación en cada país, genera más divergencia que convergencia.

En ese sentido, enEn el mismo orden de ideas, en este capítulo los países de la AP también afirman la importancia del derecho soberano de cada Parte para establecer las regulaciones que considere apropiadas; y para identificar sus prioridades regulatorias y establecer e implementar medidas de mejora regulatoria que tomen en cuenta tales prioridades, en los ámbitos y niveles de gobierno que dicha Parte considere apropiados.⁹⁴

5.2. Mecanismos internos de mejora regulatoria

5.2.1. Procesos de coordinación y revisión

Los países partes de la AP procurarán garantizar la existencia de mecanismos o procesos que faciliten una efectiva coordinación interinstitucional y la revisión de proyectos o propuestas de elaboración y revisión de medidas regulatorias cubiertas. Para tal fin, cada Parte procurará garantizar el establecimiento y mantenimiento de un órgano o mecanismo de coordinación a nivel nacional o central. Es importante hacer notar que los países no se obligan de manera absoluta a establecer estos mecanismos, estableciéndose un compromiso menos vinculante (“procurar”).

Si bien estos mecanismos o procesos pueden variar en función de sus respectivas circunstancias, incluyendo las diferencias en los niveles de desarrollo y en las estructuras políticas e institucionales, las partes reconocen ciertos elementos mínimos:⁹⁵

- a. Constar en documentos que incluyan una descripción de estos y que puedan ser puestos a disposición del público.
- b. Revisar los proyectos o propuestas de medidas regulatorias cubiertas a fin de determinar si en su elaboración se tomaron en consideración las buenas prácticas regulatorias internacionales.
- c. Fortalecer la coordinación y las consultas entre las instituciones gubernamentales nacionales para

92 PRIMER protocolo modificadorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la Alianza Del Pacífico. Cartagena, 10 feb. 2014. Disponible: <<https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4580>>. Acceso: 17 feb. 2016. Art. 15 bis2.1.

93 PRIMER protocolo modificadorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la Alianza Del Pacífico. Cartagena, 10 feb. 2014. Disponible: <<https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4580>>. Acceso: 17 feb. 2016. Art. 15bis3.

94 PRIMER protocolo modificadorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la Alianza Del Pacífico. Cartagena, 10 feb. 2014. Disponible: <<https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4580>>. Acceso: 17 feb. 2016. Art. 15 bis2.1., Art. 15bis10.

95 PRIMER protocolo modificadorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la Alianza Del Pacífico. Cartagena, 10 feb. 2014. Disponible: <<https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4580>>. Acceso: 17 feb. 2016. Art. 15 bis2.1.Art. 15bis4.2.

identificar posibles duplicidades, y evitar la creación de requerimientos inconsistentes entre las mismas,

- d. Hacer recomendaciones a fin de fomentar mejoras regulatorias de manera sistémica, e
- e. Informar públicamente las medidas regulatorias cubiertas que han sido revisadas y cualquier propuesta para llevar a cabo mejoras regulatorias sistémicas, así como las actualizaciones sobre cambios a los procesos y mecanismos.

5.2.2. Fomento de buenas prácticas regulatorias

Las buenas prácticas regulatorias y su institucionalización se orientan a contar con una adecuada planeación, consulta, revisión, diseño estructural, definición de reglas claras, mecanismos de seguimiento y evaluación de las regulaciones de un Estado con el fin de fomentar el crecimiento y desarrollo económico de un país.

Los beneficios de estas buenas prácticas depende de la voluntad política para adelantar las reformas internas necesarias para elevar los estándares regulatorios del país, así como con disposiciones que definan u orienten (dependiendo del nivel de ambición) los mecanismos para la elaboración, difusión y monitoreo de las regulaciones del país. Si son aplicadas, las buenas prácticas regulatorias también podrían mejorar la confianza inversionista en el país.⁹⁶

En el caso de la AP, los países se comprometen a alentar a sus autoridades regulatorias competentes para que, de acuerdo con su legislación, lleven a cabo evaluaciones de impacto regulatorio cuando se elaboren proyectos o propuestas de medidas regulatorias cubiertas que superen un determinado umbral de impacto económico u otro criterio considerado apropiado por el respectivo Estado Parte, para asistirles en el diseño de medidas regulatorias que cumplan de la mejor manera con el objetivo perseguido por esa Parte. Nuevamente es necesario destacar el carácter no absolutamente vinculante de este compromiso, el que al final se circunscribe a “alentar” este modelo de evaluación.

Haciendo notar que las diferencias en las circunstancias institucionales, sociales, culturales, jurídicas y de desarrollo de las Partes pueden resultar en enfoques regulatorios específicos, los países de la AP reconocen que las

96 MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE COLOMBIA. *100 preguntas de la Alianza del Pacífico*. Bogotá, [2016]. Disponible: <<http://www.mincit.gov.co/tlc/publicaciones.php?id=7180>>. Acceso: 8 feb. 2016.

EIR pueden comprender una variedad de procedimientos para determinar los impactos posibles, pero han concordado que deberían contener ciertos aspectos mínimos:⁹⁷

- a. Evaluar la necesidad de elaborar un proyecto o propuesta de medida regulatoria cubierta, incluyendo una descripción de la naturaleza e importancia del problema;
- b. Examinar las alternativas posibles, incluyendo, hasta donde sea factible y conforme a sus respectivas legislaciones, los costos y beneficios correspondientes, reconociendo que algunos de estos pueden ser difíciles de cuantificar;
- c. Explicar las razones por las que se concluyó que la alternativa seleccionada cumple con los objetivos de política pública de manera eficiente, incluyendo, de ser el caso, la referencia a los costos y beneficios, así como la capacidad para administrar los riesgos, y
- d. Basarse en la mejor información disponible en materia científica, técnica, económica u otro tipo de información pertinente, que esté al alcance de las respectivas autoridades regulatorias en el marco de sus competencias, mandato, capacidades y recursos.

El protocolo considera asimismo dos elementos facultativos de estas evaluaciones que las autoridades regulatorias podrían tener en cuenta: el posible impacto de las propuestas regulatorias en la micro, pequeña y mediana empresa⁹⁸ y considerar las medidas regulatorias de las otras Partes, así como los desarrollos relevantes en foros regionales, internacionales y otros, en la medida que sea apropiado y conforme a su legislación.⁹⁹

En ese contexto, una vez evaluadas las medidas de que se trate, los países miembros de la Alianza se han comprometido a ciertos compromisos relacionados con la publicidad y difusión de las medidas regulatorias cubiertas o de sus modificaciones:¹⁰⁰

- a. Procurar que estén claramente escritas, sean concisas, organizadas y fáciles de entender, reconociendo

97 PRIMER protocolo modificatorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la Alianza Del Pacífico. Cartagena, 10 feb. 2014. Disponible: <<https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4580>>. Acceso: 17 feb. 2016. Art. 15bis5.2.

98 PRIMER protocolo modificatorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la Alianza Del Pacífico. Cartagena, 10 feb. 2014. Disponible: <<https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4580>>. Acceso: 17 feb. 2016. Art. 15bis5.3.

99 PRIMER protocolo modificatorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la Alianza Del Pacífico. Cartagena, 10 feb. 2014. Disponible: <<https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4580>>. Acceso: 17 feb. 2016. Art. 15bis5.4.

100 PRIMER protocolo modificatorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la Alianza Del Pacífico. Cartagena, 10 feb. 2014. Disponible: <<https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4580>>. Acceso: 17 feb. 2016. Art. 15bis. 8.

- que algunas medidas involucran asuntos técnicos, respecto de los cuales se podría requerir conocimiento especializado para entenderlos y aplicarlos.
- b. Procurar garantizar que sus autoridades regulatorias competentes, conforme a su legislación, faciliten el acceso público a la información sobre las nuevas medidas regulatorias cubiertas y, cuando sea posible, hagan que esa información esté disponible en una página de Internet.
 - c. Procurar revisar sus medidas regulatorias cubiertas, con la periodicidad que considere apropiada, a fin de determinar si estas deben ser modificadas, ampliadas, simplificadas o derogadas, con el objeto de lograr que el régimen regulatorio de dicha Parte sea más efectivo en la consecución de sus objetivos de política pública.
 - d. Deberían publicar anualmente un aviso, de la manera que considere apropiado y conforme a su legislación, sobre cualquier medida regulatoria cubierta que prevea que sus autoridades regulatorias puedan emitir o modificar durante los 12 meses siguientes.

5.3. Mecanismos externos de mejora regulatoria

La cooperación regulatoria consiste en trabajar de manera colaborativa entre las autoridades gubernamentales, agencias técnicas y el sector empresarial para armonizar los aspectos regulatorios en sectores específicos. Los procedimientos de cooperación regulatoria considerados en el Protocolo de la PA consideran la creación de organismos a nivel del tratado (como en CETA y en el TPP) y la implementación de actividades de cooperación intergubernamental.

5.3.1. Comité de mejora regulatoria y puntos de contacto

El Protocolo crea un Comité de Mejora Regulatoria el cual estará integrado por representantes de las Partes, y se reunirá dentro del primer año de la entrada en vigor del Primer Protocolo Modificatorio y, posteriormente, cuando las Partes lo consideren necesario. Las reuniones del Comité podrán llevarse a cabo de manera presencial o a través de cualquier medio tecnológico que las Partes acuerden, incluyendo reuniones en foros regionales o internacionales, debiendo asegurarse que el trabajo que se desempeñe ofrezca un valor adicional al de esas instancias internacionales.¹⁰¹

101 PRIMER protocolo modificadorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la Alianza Del Pacífico. Cartagena, 10 feb. 2014. Disponible: <<https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4580>>. Acceso: 17 feb. 2016. Art. 15bis6.2.

El Comité adoptará sus decisiones por consenso, debiendo considerar la identificación de futuras prioridades, incluyendo posibles iniciativas sectoriales y actividades de cooperación, así como los temas relativos a la implementación del capítulo de mejora regulatoria o relacionados cubiertos por otros capítulos del Protocolo Adicional, debiendo en todo caso coordinarse con los demás órganos establecidos en el tratado.

Cabe recordar que el TPP considera un similar Comité de Coherencia Regulatoria. Sin embargo la AP contempla tareas más concretas para su Comité, las que incluyen evaluar la pertinencia de incorporar prácticas y herramientas adicionales en materia de mejora regulatoria, tales como la capacitación en habilidades de reforma regulatoria; la transparencia y acceso a las regulaciones; los procesos de consulta pública formales; los sistemas electrónicos para facilitar la interacción de las autoridades regulatorias con los emprendedores, empresarios y público en general; la racionalización del inventario regulatorio y la medición de cargas administrativas, entre otras que considere relevante.¹⁰²

Al menos una vez cada tres años después de la fecha de vigencia del Primer Protocolo Modificatorio, el Comité debería considerar los acontecimientos en las áreas de buenas prácticas regulatorias internacionales, así como las experiencias de las Partes en la aplicación del Capítulo de mejora regulatoria, con el fin de considerar la posibilidad de formular recomendaciones a la CLC de la AP para la mejora de las disposiciones del tratado. Asimismo, el Comité debe establecer mecanismos apropiados para que las personas interesadas de las Partes tengan la oportunidad de proporcionar opiniones sobre temas relacionados con la mejora regulatoria y su fortalecimiento.¹⁰³

En la práctica, ciertas medidas de cooperación regulatoria se adoptaron en la AP antes de la creación de un órgano de cooperación en el tratado. Un ejemplo concreto se encuentra en el sector de cosméticos, donde las agencias sanitarias y entidades regulatorias de los cuatro gobiernos de la Alianza, en un trabajo conjunto

102 PRIMER protocolo modificadorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la Alianza Del Pacífico. Cartagena, 10 feb. 2014. Disponible: <<https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4580>>. Acceso: 17 feb. 2016. Art. 15bis6.3-5.

103 PRIMER protocolo modificadorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la Alianza Del Pacífico. Cartagena, 10 feb. 2014. Disponible: <<https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4580>>. Acceso: 17 feb. 2016. Art. 15bis6.8.

con representantes de la industria, llegaron a un acuerdo para la armonización de procesos y procedimientos regulatorios entre los países. Según el sector privado, los ahorros derivados de esta racionalización de requisitos llegarán a casi US\$1.700 millones por año. Como resultado de estas negociaciones, lideradas por el Subgrupo de Cooperación Regulatoria, se logró la eliminación de requisitos sanitarios innecesarios y la simplificación de trámites que permitirán a los países miembros de la AP importar y comercializar sus productos cosméticos de manera eficiente en la región.¹⁰⁴ Este acuerdo después se reconoció en el Protocolo de julio 2015.¹⁰⁵ También se han identificado intereses en trabajar en sectores como suplementos alimenticios, dispositivos médicos, entre otros, los que permitirían incrementar el comercio de estos productos en la región. El desafío será ahora si la creación de un órgano a nivel del tratado funcionará de mejor manera.

Además del Comité de Mejora Regulatoria, a la entrada en vigor del Primer Protocolo Modificadorio, cada Estado Parte notificará a los otros, un punto de contacto, el que deberá proporcionar información relativa a la implementación del Capítulo de mejora regulatoria, a petición de otra Parte.¹⁰⁶ El mismo mecanismo se consideró posteriormente en el capítulo de coherencia regulatoria del TPP.

5.3.2. Actividades de cooperación regulatoria

Los países miembros de la AP se comprometen a realizar actividades de cooperación a fin de implementar adecuadamente el Capítulo de mejora regulatoria y maximizar sus beneficios derivados. Dichas actividades de cooperación deberían tomar en cuenta las necesidades de cada Parte, pudiendo incluir:¹⁰⁷

- intercambio de información, diálogos o encuentros entre las Partes, con personas interesadas, incluyendo a las micro, pequeñas y medianas empresas;
- intercambio de información, diálogos o encuentros con no Partes, organismos internacionales, con personas interesadas, incluyendo a las micro, pequeñas y medianas empresas de no Partes
- programas de capacitación, seminarios y otras iniciativas de asistencia;
- el fortalecimiento de la cooperación y otras actividades relevantes entre las autoridades regulatorias, y
- otras actividades que las Partes puedan acordar.

Asimismo, de manera indicativa se señala que la cooperación regulatoria podría ser mejorada, mediante el aseguramiento de que las medidas regulatorias de cada Parte estén disponibles de manera centralizada.

5.4. Mecanismos de implementación de mejora regulatoria¹⁰⁸

Pese al carácter parcialmente vinculante de las obligaciones asumidas, para efectos de transparencia, y para que sirva como base para la cooperación y las actividades enfocadas en la creación de capacidades, los países miembros de la AP se han comprometido a notificar un informe de implementación el capítulo de mejora regulatoria dentro de los dos años siguientes a la fecha de su entrada en vigor y, en lo sucesivo, al menos una vez cada tres años.

Cada Parte distribuirá dicho informe a las otras partes a través de los puntos de contacto designados, y dicho documento podrá ser revisado por el Comité de Mejora Regulatoria en su reunión más próxima.

En su primer informe, cada Parte deberá describir las acciones que ha tomado y aquellas que planea tomar para implementar el Capítulo de Mejora Regulatoria, incluyendo aquellas para:

- a. Establecer un órgano o mecanismo para facilitar una coordinación y revisión interinstitucional efectiva de proyectos o propuestas de medidas regulatorias

104 MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE COLOMBIA. *100 preguntas de la Alianza del Pacífico*. Bogotá, [2016]. Disponible: <<http://www.mincit.gov.co/tlc/publicaciones.php?id=7180>>. Acceso: 8 feb. 2016.

105 PRIMER protocolo modificadorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la Alianza Del Pacífico. Cartagena, 10 feb. 2014. Disponible: <<https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4580>>. Acceso: 17 feb. 2016. Art. 1, Anexo 7.11 Cosméticos (Eliminación de Obstáculos Técnicos al Comercio de Productos Cosméticos).

106 PRIMER protocolo modificadorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la Alianza Del Pacífico. Cartagena, 10 feb. 2014. Disponible: <<https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4580>>. Acceso: 17 feb. 2016. Art. 15bis 6.9.

107 PRIMER protocolo modificadorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la Alianza Del Pacífico. Cartagena, 10 feb. 2014.

Disponible: <<https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4580>>. Acceso: 17 feb. 2016. Art. 15 bis7.

108 PRIMER protocolo modificadorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la Alianza Del Pacífico. Cartagena, 10 feb. 2014. Disponible: <<https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4580>>. Acceso: 17 feb. 2016. Art. 15 bis9.

- cubiertas.
- b. Alentar que sus autoridades regulatorias competentes realicen evaluaciones de impacto regulatorio.
 - c. Garantizar que los proyectos o propuestas de medidas regulatorias cubiertas sean accesibles.
 - d. Revisar las medidas regulatorias cubiertas vigentes, y
 - e. Dar a conocer al público el aviso anual de medidas regulatorias cubiertas que se pretendan emitir o modificar durante los 12 meses siguientes.

En los informes sucesivos, cada Parte deberá describir las acciones que ha tomado desde el informe anterior y las que planean adoptar para la implementación del Capítulo de Mejora Regulatoria.

El Comité podrá efectuar la revisión de los informes de implementación, proceso durante el cual las Partes podrán dialogar o formular preguntas sobre aspectos específicos del informe de cualquiera de las Partes. Con base en dicha revisión, el Comité podrá identificar oportunidades de asistencia o actividades de cooperación.

Una restricción importante en materia de implementación, es que el Capítulo de Mejora Regulatoria no se encuentra sujeto a las disposiciones de solución de diferencias del Protocolo Adicional, por lo que su incumplimiento no es directamente ejecutable por los Estados miembros. Asimismo, se establece que en caso de incompatibilidad entre el Capítulo de Mejora Regulatoria y otro del Protocolo Adicional, prevalecerá este último.¹⁰⁹

Al quedar el capítulo de mejora regulatoria excluida del mecanismo de solución de controversias de la PA, este procedimiento que permite a los países miembros formular preguntas o comentarios respecto de las medidas regulatorias de otros países de la alianza, es lo más cercanos que sus miembros pudieron acordar para minimizar sus diferencias.

6. CONCLUSIONES FINALES

La convergencia regulatoria está en camino a convertirse en una nueva disciplina en los ACPs, aunque hasta el momento no existe ninguna comprensión clara

109 PRIMER protocolo modificatorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la Alianza Del Pacífico. Cartagena, 10 feb. 2014. Disponible: <<https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4580>>. Acceso: 17 feb. 2016. Art. 15bis10.

de lo que el concepto implica en la realidad. La introducción de los principios de convergencia regulatoria en un tratado internacional plantea una serie de preguntas sin respuestas claras, siendo la más esencial si la diferencia entre los distintos modelos de convergencia, aunque las diferencias entre ellos tampoco aparecen siempre de con claridad. Mumford ya ha señalado la aparente falta de “coherencia” en las descripciones de la coherencia reguladora.¹¹⁰

Hasta que una comprensión más clara surja de lo que se entiende por la convergencia regulatoria, en realidad será difícil de estudiar y medir como un fenómeno jurídico y político distinto.¹¹¹ Sin embargo, los ejemplos de CETA, TPP y la Alianza del Pacífico nos permiten establecer ciertas características de los diferentes modelos de convergencia regulatoria que representan.

Mientras que CETA sigue un modelo claro de cooperación regulatoria – probablemente bajo el supuesto de que tanto Canadá como la UE comparten mecanismos procesales similares a la hora de desarrollar regulaciones, el capítulo de mejora regulatoria de la Alianza del Pacífico y el de coherencia regulatoria del TPP se enfocan más bien en la coherencia procesal. El foco del TPP en la reforma de regulación intra-gubernamental más que en la coherencia normativa intergubernamental en sí misma, es probablemente el resultado de la resistencia de los reguladores de Estados Unidos a ver a sus responsabilidades domésticas potencialmente sujetas al escrutinio internacional.

En muchas maneras, el nuevo capítulo de la Alianza del Pacífico sobre mejora regulatoria parecía haber influido en el texto final del TPP sobre la coherencia regulatoria. Casi seis meses antes del cierre del texto TPP, el capítulo de la Alianza del Pacífico consideraba disposiciones muy similares a la del TPP. En ese sentido, puede considerarse que la Alianza del Pacífico está a la vanguardia en el desarrollo de una nueva disciplina de convergencia regulatoria en los ACP, con énfasis en los aspectos de procedimiento y no en la armonización o la creación de una regulación común (como en ANZ-CERTA).

110 MUMFORD, Peter. Regulatory coherence: blending trade and regulatory policy. *Policy Quarterly*, v. 10, n. 4, p. 3–9, Nov. 2014. p. 5.

111 POSNER, Theodore; WOLFF, David. Making Regulatory coherence coherent. *International Trade Law 360*, New York, Apr. 2011. Available in: <<http://www.crowell.com/Practices/International-Trade/articles/Making-Regulatory-Coherence-Coherent-International-Trade-Law360>>. Access: 22 June 2015. p. 3.

De hecho, la definición de mejora regulatoria en el Protocolo de la AP (Art. 15 bis 2.1) y la coherencia regulatoria en el TPP (Art. 25.2.1), es básicamente la misma, pero con una diferencia reveladora: mientras que la coherencia regulatoria del TPP se refiere a TPP el uso de implementación de las “principales buenas prácticas regulatorias” para la AP, la mejora regulatoria se refiere a la “buenas prácticas regulatorias internacionales”, con lo que inconscientemente, que reconoce que estas prácticas vienen desde el extranjero, y no de los países miembros de la Alianza. Eso es consistente con uno de los objetivos del Capítulo de Mejora Regulatoria de la AP: el desarrollo de la cooperación regulatoria internacional¹¹² y no meramente entre las partes del tratado, como ocurre en el TPP. Cabe recordar que el Protocolo de la AP permite a las Partes no sólo considerar las medidas regulatorias de los otros Estados miembros, sino también aquellas desarrolladas relevantes en foros regionales, internacionales y otros.¹¹³

Aunque el capítulo de la mejora regulatoria en la AP es claramente un avance en el camino hacia la convergencia regulatoria, ciertos elementos pueden diluir sus efectos, como por ejemplo, la diferencia de alcance de las “medidas cubiertas” por este capítulo entre los distintos países, se podría crear más divergencias, si las medidas que se excluyen varían demasiado entre los Estados miembros de Alianza. En la misma línea, algunos compromisos regulatorios de tipo procesal son demasiado “blandos”, y si no se aplican de la misma manera, pueden crear una mayor divergencia de regulación entre los países miembros. Por ejemplo, las partes sólo “procuran garantizar” el establecimiento de un proceso de coordinación y revisión, o sólo “alientan” el uso de la EIR.

Es interesante hacer notar que la convergencia regulatoria no funciona de la misma manera que la no discriminación. Tomemos como ejemplo el trato nacional. Esta disciplina requiere al incumplimiento *ex post* de la norma, no pudiendo discriminar entre un nacional y un extranjero. Los mecanismos de convergencia regulatoria permiten el análisis *ex ante* de una norma, incluso antes de su existencia legal, sin necesidad de examinar

sus efectos en un mercado determinado. Ello porque la coherencia regulatoria pretende juzgar un proceso o una herramienta a la luz del logro de un objetivo de política pública.¹¹⁴ Mientras que el capítulo de mejora regulatoria de la Alianza del Pacífico no habla de regulaciones “buenas” o “malas”, si ellas siguen o no las buenas prácticas recomendadas en el tratado, estas se podrían calificar como inadecuadas.

Son escasas las voces que han criticado la incorporación de un capítulo sobre mejora regulatoria en la Alianza del Pacífico, algo que sí ha estado presente en las negociaciones del TPP. Algunos críticos son de la opinión que la incorporación de un capítulo de coherencia regulatoria puede restringir la soberanía de los Estados para regular a nivel nacional en el interés público. En este contexto, Kelsey critica el enfoque institucional y procedimental del TPP. Bajo el pretexto de la “coherencia”, decisiones y elecciones regulatorias del Estado serán afectadas, mediante la imposición de disciplinas sobre su estructura burocrática, sus procesos de decisión y criterios de evaluación.¹¹⁵

Las objeciones de Kelsey se aplican a tres áreas clave. En primer lugar, la forma en que la coherencia regulatoria puede afectar a otras obligaciones internacionales asumidas por los Estados. En segundo lugar, a la carga impuesta a los gobiernos derivada de una reducción de la carga administrativa de las empresas, y en tercer lugar, la creación de un entorno que facilite el ejercicio de presión externa sobre los reguladores.¹¹⁶

La noción de “convergencia regulatoria” plantea algunas preguntas sobre su influencia y legitimidad: ¿qué estándar dominará en una situación dada y por qué? En un mundo de asimetrías regulatorias pronunciadas, ¿la norma del actor más poderoso siempre prevalecerá? ¿Esto aumentará la tendencia hacia la convergencia, o una armonización bajo una norma regulatoria dominante?

114 POLANCO, Rodrigo. The Trans-Pacific Partnership agreement and regulatory coherence. In: VOON, Tania (Ed.). *Trade liberalisation and international co-operation: a legal analysis of the Trans-Pacific Partnership agreement*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2013. p. 231-261. p. 257.

115 KELSEY, Jane. *Preliminary analysis of the draft TPP chapter on domestic coherence*, 2011. Available in: <http://www.citizenstrade.org/ctc/wp-content/uploads/2011/10/TransPacific_RegCoherence-Memo.pdf>. Acceso Access: 24 June 2015. p. 1.

116 KELSEY, Jane. *Preliminary analysis of the draft TPP chapter on domestic coherence*, 2011. Available in: <http://www.citizenstrade.org/ctc/wp-content/uploads/2011/10/TransPacific_RegCoherence-Memo.pdf>. Acceso Access: 24 June 2015. p. 2-5.

112 PRIMER protocolo modificatorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la Alianza Del Pacífico. Cartagena, 10 feb. 2014. Disponible: <<https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4580>>. Acceso: 17 feb. 2016. Art. 15bis2(f).

113 PRIMER protocolo modificatorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la Alianza Del Pacífico. Cartagena, 10 feb. 2014. Disponible: <<https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4580>>. Acceso: 17 feb. 2016. Art. 15bis5.4.

Analizando de los efectos de red, Raustiala concluyó que ese concepto de ayuda a entender las razones por las que jurisdicciones poderosas y débiles que son miembros de determinadas redes podrían participar en la exportación e importación de los marcos regulatorios. Las redes se caracterizan por una amplia distribución de información, los esfuerzos de aplicación de coordinación, y las actividades de elaboración de políticas conjuntas.¹¹⁷

En este contexto, ¿qué países serán “importadores” o “exportadores” de regulación? ¿Será una forma de cooperación o la mera difusión del “evangelio regulatorio” de un Estado más fuerte? ¿Qué efectos puede tener la introducción de una disciplina de convergencia regulatoria entre países de similares estadios de desarrollo, como es el caso de los miembros de la Alianza del Pacífico?

La convergencia regulatoria podría desempeñar un papel importante en una serie de áreas temáticas entre los países miembros de la AP, en materias como obstáculos técnicos al comercio, derechos de propiedad intelectual, servicios financieros, inversiones, política de competencia, derechos de los consumidores y el reconocimiento de las calificaciones de servicios profesionales.¹¹⁸

Una efectiva convergencia regulatoria requiere ir más allá de lo que es jurídicamente vinculante o de cumplimiento obligatorio entre Estados y orientarse hacia una mejor gobernanza. Si la Alianza del Pacífico busca promover una integración económica profunda en la región y apoyar las cadenas de suministro de producción compartida, sus partes deben estar preparadas para ofrecer una mayor claridad sobre la naturaleza de la mejora regulatoria y sus efectos sobre las barreras “detrás de la fronteras” en materia de comercio e inversión. Los países miembros de la Alianza, deben tener en cuenta que la convergencia regulatoria puede ser facilitada por una variedad de dispositivos, como reglas armonizadas, acuerdos de reconocimiento mutuo, e instituciones den-

tro del tratado. Sin embargo, dichos mecanismos, deben ser seleccionados cuidadosamente para evitar una influencia indebida sobre las políticas nacionales y las decisiones regulatorias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALIANZA DEL PACÍFICO. *Temas de trabajo*. Chile, [2016]. Disponible: <<https://alianzapacifico.net/temas-de-trabajo/>>. Acceso: 8 feb. 2016.

ANDENAS, Mads (Ed.); BJORGE, Eirik (Ed.). *A Farewell to fragmentation: reassertion and convergence in international law*. New York: Cambridge University Press, 2015. (Studies on International Courts and Tribunals).

ANDENAS, Mads. Reassertion and transformation: from fragmentation to convergence in international law. *Georgetown Journal of International Law*, v. 46, p. 685-734, 2015.

ANDERSON, Greg; SANDS, Christopher. Negotiating North America: the security and prosperity partnership. *White Paper*, Washington, p. 1-35, Summer 2007. Available in: <<http://www.channelingreality.com/NAU/HudsonNegotiatingNorthAmericaadvancedproof2.pdf>>. Access: 23 June 2015.

ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION (APEC); ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *APEC-OECD integrated checklist on regulatory reform: a policy instrument for regulatory quality, competition policy and market openness*, [2005] Available in: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/41992858.pdf>>. Access: 22 June 2015.

ASOCIACIÓN MERCOSUR DE NORMALIZACIÓN; MERCOSUR. *MERCOSUR/CMC/DEC. n 12/99*. Montevideo, 1999. Disponible: <http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Decisiones/ES/Dec_012_099_Conv-Coop_MCS_Asoc-MCS_Normalizaci%C3%B3n_Acta%202_99.PDF>. Acceso: 14 marzo 2016.

ASSOCIAÇÃO MERCOSUL DE NORMALIZAÇÃO (AMN). *[O que é normalização e quais são seus objetivos?]*, [1991]. Disponível em: <<http://www.amn.org.br/Paginas/Paginas/2?url=Normalization>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

117 RAUSTIALA, Kal. The architecture of international cooperation: transgovernmental networks and the future of international law. *Virginia Journal of International Law*, Virginia, v. 43, n. 1, p. 1-92, Fall 2002. p. 64.

118 STOLER, Andrew L.; PEDERSEN, Peter; HERREROS, Sebastián. Negotiating trade agreements for the 21st century. *Comercio Internacional*, Santiago, n. 116, p. 3-39, Oct. 2012. Available in: <<http://www.cepal.org/en/publications/4346-negotiating-trade-agreements-21st-century>>. Access: 24 June 2015. p. 25-26.

- ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS (ASEAN). ASEAN Secretariat. *Standards and Conformance*. Jakarta, [2015]. Available in: <<http://www.asean.org/asean-economic-community/sectoral-bodies-under-the-purview-of-aem/standards-and-conformance/>>. Access: 23 June 2015.
- BEDUSCHI, Niccolo. The new ASEAN community: the European way to integration? *Observer Research Foundation (ORF) Occasional Paper*, v. 87, p. 1-18, Feb. 2016.
- BOELE-WOELKI, Katharina (Ed.) et al. *Convergence and divergence in private international law: Liber Amicorum Kurt Siehr*. Hague: Eleven International Publishing, 2010.
- BOLLYKY, Thomas. Regulatory coherence in the TPP talks. In: LIM, C. L. (Ed.); KAY, Deborah K. Elms (Ed.); LOW, Patrick (Ed.). *The trans-pacific partnership: a quest for a twenty-first century trade agreement*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 171–186.
- CANUEL, Edward T. Comparing exculpatory clauses under Anglo-American law: testing total legal convergence. In: CORDERO-MOSS, Giuditta (Ed.). *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 80–103.
- CHIRICO, Filomena; LAROUCHE, Pierre. Convergence and divergence, in Law and Economics and Comparative Law. In: LAROUCHE, Pierre (Ed.); CSERNE; Péter (Ed.). *National legal systems and globalization: new role, continuing relevance*. Hague: T. M. C. Asser Press; Springer, 2013. p. 9–33. Available in: <http://www.springerlink.com/index/10.1007/978-90-6704-885-9_2>. Access: 28 Sept. 2015.
- CORDERO-MOSS, Giuditta (Ed.). *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- COSTA, Moises; JACOBY, Wade. Informal drivers of regional regulatory integration: the auto sector in Central Europe and Latin America. In: BRUSZT, Laszlo (Ed.); MCDERMOTT, Gerald A. (Ed.). *Leveling the playing field: transnational regulatory integration and development*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 183-204.
- CRETTEZ, Bertrand, DEFFAINS, Bruno; MUSY, Olivier. Legal convergence and endogenous preferences. *International Review of Law and Economics*, v. 39, p. 20–27, Aug. 2014.
- DECLARACIÓN de Cartagena de Indias. 5 agosto 2006. Disponible: <<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/40017>>. Acceso: 15 marzo 2016.
- DREZNER, Daniel W. *All politics is global: explaining international regulatory regimes*. Princeton: Princeton University Press, 2007.
- FALCÓN, Roberto. Armonización de normas en el Mercosur. *Revista de Negócios Internacionais*, Piracicaba, v. 3, n. 5, p. 42–47, nov. 2005.
- HART, Michael. *Trading up: the prospect of greater regulatory convergence in North America*. Mexico, D.F.: International Trade and Industry Unit, 2007. (Estudios y Perspectivas, 79).
- HOEKMAN, Bernard. Fostering Transatlantic Regulatory Cooperation and Gradual Multilateralization. *Journal of International Economic Law*, v. 18, n. 3, p. 609–624, Sept. 2015.
- JACOBS, Scott H. An overview of regulatory impact analysis in OECD countries. In: ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries*. Paris: Organization for Economic Co-operation and Development, 1997. p. 13–30.
- JACOBS, Scott H. Regulatory co-operation for an interdependent world: issues for government. In: ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Regulatory co-operation for an interdependent world*. Paris: OECD Publishing, 1994. Available at: <<http://www.oecd-ilibrary.org/content/book/9789264062436-en>>. Access: 22 June 2015. (Public Management Studies).
- KELSEY, Jane. *Preliminary analysis of the draft TPP chapter on domestic coherence*, 2011. Available in: <http://www.citizenstrade.org/ctc/wp-content/uploads/2011/10/TransPacific_RegCoherenceMemo.pdf>. Acceso Acceso: 24 June 2015.
- KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law: report of the study group of the International Law Commission*. Geneva: International Law Commission, 2006. Available in: <<http://repositoriodcpd.net:8080/handle/123456789/676>>. Access: 25 Sept. 2015.

- LESSER, Caroline. Do bilateral and regional approaches for reducing technical barriers to trade converge towards the multilateral trading system? *OECD Trade Policy Working Paper*, Paris, n. 58, p. 2-74, Oct. 2007. Available in: <<http://www.oecd-ilibrary.org/content/workingpaper/051058723767>>. Access: 23 June 2015.
- LIERMAN, Steven. Law as a complex adaptive system: the importance of convergence in a multi-layered legal order. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Maastricht, v. 21, n. 4, p. 611-629, 2014.
- MALMSTRÖM, Cecilia. *Trade in the 21st century: the challenge of regulatory convergence*. Brussels, Mar. 2015. [Speech at the European Commission]. Available in: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153260.pdf>. Access: 22 June 2015.
- MATTEI, Ugo A.; ANTONIOLLI, Luisa; ROSSATO, Andrea. Comparative law and economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn (Ed.); GEEST, Gerrit de (Ed.). *Encyclopedia of law and economics*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2000. p. 505-538. Available in: <<http://encyclo.findlaw.com/0560book.pdf>>. Access: 28 Sept. 2015.
- MATTOO, Aaditya; SAUVÉ, Pierre. Services. In: CHAUFFOUR, Jean-Pierre (Ed.); MAUR, Jean-Christophe (Ed.). *Preferential trade agreement policies for development: a handbook*. Washington: World Bank Publications, 2011. p. 235-274.
- MEDALLA, Erlinda M. A small country perspective from ASEAN. *ERIA Research Project Report*, Jakarta, v. 31, p. 90-95, Nov. 2013. Available in: <<http://www.eria.org/RPR-FY2012-31.pdf>>. Access: 14 Mar. 2016.
- MERRYMAN, John Henry. On the convergence (and divergence) of the civil law and the common law. *Stanford Journal of International Law*, v. 17, p. 357-388, 1981.
- MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE COLOMBIA. *100 preguntas de la Alianza del Pacífico*. Bogotá, [2016]. Disponible: <<http://www.mincit.gov.co/tlc/publicaciones.php?id=7180>>. Acceso: 8 feb. 2016.
- MUMFORD, Peter. Regulatory coherence: blending trade and regulatory policy. *Policy Quarterly*, v. 10, n. 4, p. 3-9, Nov. 2014.
- NASSER, Salem Hikmat. Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 98-126, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/3707>>. Acesso em: 26 abr. 2016.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Introductory handbook for undertaking regulatory impact analysis (RIA)*. Paris, Oct. 2008. Available in: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44789472.pdf>>. Access: 24 June 2015.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Regulatory impact analysis: a tool for policy coherence*. Paris: OECD Publishing, 2009. (OECD Reviews of Regulatory Reform). Available in: <http://www.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en>. Access: 22 June 2015.
- PETTMAN, Simon. Standards harmonisation in ASEAN: progress, challenges and moving beyond 2015. *ERIA Discussion Paper Series*, Singapore, n. 30, p. 1-34, Nov. 2013. Available at: <<http://www.eria.org/ERIA-DP-2013-30.pdf>>. Access: 23 June 2015.
- PLATSAS, Antonios E. The idea of legal convergence and international economic law. *International Journal of Private Law*, v. 2, n. 4, p. 385-399, 2009.
- POLANCO, Rodrigo. The Trans-Pacific Partnership agreement and regulatory coherence. In: VOON, Tania (Ed.). *Trade liberalisation and international co-operation: a legal analysis of the Trans-Pacific Partnership agreement*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2013. p. 231-261.
- POSNER, Theodore; WOLFF, David. Making Regulatory coherence coherent. *International Trade Law 360*, New York, Apr. 2011. Available in: <<http://www.crowell.com/Practices/International-Trade/articles/Making-Regulatory-Coherence-Coherent-International-Trade-Law360>>. Access: 22 June 2015.
- PRIMER protocol modificatorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la Alianza Del Pacífico. Cartagena, 10 feb. 2014. Disponible: <<https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4580>>. Acceso: 17 feb. 2016.
- RAUSTIALA, Kal. The architecture of international cooperation: transgovernmental networks and the future of international law. *Virginia Journal of International Law*, Virginia, v. 43, n. 1, p. 1-92, Fall 2002.
- SHANY, Yuval (Ed.); BROUDE, Tomer (Ed.). *Multi-sourced equivalent norms in international law*. Oxford: Bloomsbury Publishing, 2011. (Studies in International Law).

- STEGER, Debra P. Institutions for regulatory cooperation in ‘new generation’ economic and trade agreements. *Legal Issues of Economic Integration*, New York, v. 38, n. 4, p. 109–126, Nov./Dec. 2012.
- STEGER, Debra. *CETA: a new model for regulatory cooperation, transparency and coherence?* Ottawa, 6 May 2014. Available in: <<http://slideplayer.com/slide/2411068/>>. Access: 23 June 2015.
- STOLER, Andrew L.; PEDERSEN, Peter; HERRE-ROS, Sebastián. Negotiating trade agreements for the 21st century. *Comercio Internacional*, Santiago, n. 116, p. 3-39, Oct. 2012. Available in: <<http://www.cepal.org/en/publications/4346-negotiating-trade-agreements-21st-century>>. Access: 24 June 2015.
- THANH, Vo Tri. Reflections on the Role of WTO in a New Context. *ERLA Research Project Report*, Jakarta, v. 31, p. 96-107, Nov. 2013. Available in: <<http://www.eria.org/RPR-FY2012-31.pdf>>. Access: 14 Mar. 2016.
- TPP FULL text. New Zeland, 2015. Available in: <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text>>. Access: 23 Dec. 2015.
- TRANS-PACIFIC partnership (TPP) Trade Ministers’ Report to Leaders. Washington, 2011. Available in: <<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-offi->
- <ce/press-releases/2011/november/trans-pacific-partnership-tpp-trade-ministers%E2%80%99-re>>. Access: 24 June 2015.
- TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP (TPP). *Regulatory Coherence*. New Zeland, Mar. 2010. Available in: <<http://www.citizenstrade.org/ctc/wp-content/uploads/2011/10/TransPacificRegulatoryCoherence.pdf>>. Access: 24 June 2015.
- U.S.-CANADA regulatory cooperation council. Washington, 2011. Available in: <<http://www.trade.gov/rcc/>>. Access: 23 June 2015.
- U.S.-MEXICO high level regulatory cooperation council. Washington, 2010. Available in: <<http://trade.gov/hlrcc/>>. Access: 23 June 2015.
- VARELLA, Marcelo D. Internacionalização do direito: superação do paradigma estatal e a insuficiência de estruturas de diálogos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 1-5, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.publicacoes.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/2203>>. Acesso em: 26 abr. 2016.
- YOUNG, Alasdair R. Liberalizing trade, not exporting rules: the limits to regulatory co-ordination in the EU’s “new generation” preferential trade agreements. *Journal of European Public Policy*, London, v. 22, n. 9, p. 1253-1275, 2015.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O constitucionalismo e a comunitarização no direito internacional: possibilidades para o comércio internacional?

Constitutionalism and the communitization in International Law: Possibilities for International Trade?

Camilla Capucio

O constitucionalismo e a comunitarização no direito internacional: possibilidades para o comércio internacional?*

Constitutionalism and the communitization in International Law: Possibilities for International Trade?

Camilla Capucio**

RESUMO

O presente trabalho objetiva apresentar o constitucionalismo como uma perspectiva de atualização e reinterpretação do Direito Internacional, em especial em sua aplicação ao comércio internacional. A pesquisa adota uma abordagem diagnóstica e descritiva, identificando a emergência de tal perspectiva a partir de fontes bibliográficas contrapostas aos fenômenos identificáveis na realidade internacional. Em um contexto internacional de juridificação e jurisdicionalização do comércio internacional, a teoria do constitucionalismo aplicada a essa esfera tem o valor de consolidar-se como matriz teórica capaz de integrar a Organização Mundial de Comércio ao sistema jurídico internacional de maneira mais ampla. Como consequência teórica, a comunitarização dessa organização poderia se apresentar como nova opção de aproveitamento de sua relevância nas relações internacionais. O trabalho se divide em cinco partes, que cumprem respectivamente as seguintes funções: (i) introdução do contexto teórico e dos elementos centrais do trabalho; (ii) apresentação da busca pela construção de uma comunidade internacional como um elemento norteador da mudança de paradigma no Direito Internacional, (iii) explicitação do paradigma constitucionalista do Direito Internacional como opção para interpretação sistêmica da ordem jurídica internacional; (iv) discussão teórica e aplicabilidade dessas noções ao sistema multilateral de comércio e (v) avaliação do arcabouço teórico e convite à reflexão sobre a temática.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Comunitarização. Comércio internacional. Sistema multilateral. Organização Mundial do Comércio. OMC.

ABSTRACT

This paper aims to present constitutionalism as an update and reinterpretation perspective of international law, especially in its application to international trade. The research adopts a diagnostic and descriptive approach, identifying the emergence of such a perspective from academic sources opposed to identifiable phenomena in international reality. In an international context of legal regulation an increasing juridical and judicial nature of in-

* Recebido em 01/11/2015
Aprovado em 25/02/2016

** Doutora em Direito Internacional (Faculdade de Direito da USP), Mestre e Graduada em Direito (Faculdade de Direito da UFMG). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais (NETI-USP). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Empresa, Mercado e Desenvolvimento Social (UNA). Professora (Centro Universitário UNA). Advogada. E-mail: camillacapucio@gmail.com

ternational trade, constitutionalism approach applied to this sphere may be identified as a theoretical framework capable of integrating the World Trade Organization to the international legal system in a more broad perspective. As a theoretical consequence, the communitarization of the organization could be presented as a new benefit option of its relevance in international relations. The paper is developed in five sections, which respectively fulfill the following functions: (i) introduction of the theoretical background and the central elements of the paper; (ii) presentation of the search for an international community as a guiding element of the paradigm shift in international law, (iii) clarification of international law constitutional paradigm as an option for systemic interpretation of international law; (iv) theoretical discussion and applicability of these notions to the multilateral trading system and (v) evaluation of the theoretical framework and call for reflections over this approach.

Keywords: Constitutionalism. Communitarization. International Trade. Multilateral system. World Trade Organization. WTO

1. INTRODUÇÃO: JURIDIFICAÇÃO E JURISDICIONALIZAÇÃO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

Em um contexto de “*adensamento de juridicidade*” das relações internacionais e de institucionalização crescente do Direito Internacional,¹ observa-se, na realidade atual, aspectos como a internacionalização de áreas e de temas que antes estavam reservadas ao exclusivo domínio dos Estados e a interconexão – em uma lógica transnormativa – entre as esferas interna e internacional do fenômeno jurídico, de modo a transcender as concepções clássicas de relação entre elas.²

1 LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 123-125; LAFER, Celso. O sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de (Coord.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998. p. 729-755. p. 748.

2 Sobre o conceito de interconexão transnormativa, que leva em conta uma lógica transversal entre as ordens jurídicas interna e internacional, confira: MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Unijuí, 2005.

Esse rearranjo entre esferas de juridicidade anteriormente compreendidas de maneira individualizada e hermética, bem como modificações observadas na realidade internacional, tem demandado dos estudiosos do Direito Internacional esforços constantes de atualização e reinterpretação de seu objeto, que se desenrolam por meio de novos paradigmas conceituais aplicados às análises.

É nesse contexto que se insere o presente trabalho, que objetiva explorar o constitucionalismo e a comunitarização do Direito Internacional como perspectivas para o Direito Internacional, em especial no que se refere ao comércio internacional e ao seu pilar institucional central – a Organização Mundial do Comércio [OMC].

Isso ocorre, pois observa-se na realidade internacional, notadamente nas últimas décadas, os fenômenos de juridificação e de jurisdicionalização³ – que tem se manifestado, respectivamente, por meio da construção de normas e mecanismos jurídicos de regulamentação das relações entre os sujeitos e da instituição de Tribunais Internacionais, novas instâncias de aplicação e formulação do Direito Internacional na contemporaneidade.^{4 5}

O comércio internacional, enquanto ramo profundamente influenciado pela força globalizante, se apresentou como terreno fértil ao desenvolvimento desses fenômenos.⁶ A constituição do sistema multilateral de comércio

3 Cumpre desde logo destacar, em breve comentário, que embora estejam conectados, os vocábulos “juridificação” e “jurisdicionalização” correspondem a fenômenos distintos. O vocábulo “juridificação” se conecta à noção de intensificação do elemento jurídico em dadas relações que antes estavam dominadas de elementos políticos, no que Celso Lafer identificou com a famosa expressão “adensamento de juridicidade” (vide nota de rodapé n. 2). O vocábulo “jurisdicionalização”, por sua vez, corresponde à expansão do elemento de jurisdição no sistema jurídico internacional, ou seja, ao fato de que crescentemente as controvérsias são solucionadas por instâncias jurisdicionais – Cortes e Tribunais Internacionais. Esse segundo fenômeno tem sido claramente identificado por diversos autores, como por exemplo Antônio Augusto Cançado Trindade (vide nota de rodapé n. 5). As diferentes consequências e matizes teóricas de interpretação desses fenômenos serão melhor trabalhadas no decorrer deste trabalho e especialmente nas notas de rodapé.

4 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *International law for humankind: towards a new jus gentium (II)*. General course on public international law. *Recueil des cours*, v. 317, p. 9-312, 2005. Em especial, capítulo XXV, p. 183.

5 MENEZES, Wagner. *A Jurisdicionalização do direito internacional: conflitos de competência entre tribunais internacionais, sua prevenção e resolução*. 2011. 513 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 150; MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

6 Em relação à OMC, Elaini Cristina Gonzaga Silva utiliza em sua

em suas origens e sua evolução é ilustração disso, sendo certo que a passagem do regime jurídico do *General Agreement on Tariffs and Trade* [GATT 1947]⁷ à OMC se deu em resposta às novas exigências e anseios da sociedade internacional,⁸ tais como as demandas por maior segurança jurídica e cooperação com fins ao desenvolvimento, como nortes ao comércio internacional.⁹

É exatamente essa busca intersubjetiva no Direito Internacional pela discussão, construção e efetivação de mecanismos que melhor equacionem os diferentes interesses do comércio internacional, bem como que instituem o respeito ao império do direito (*rule of law*) que está na base do multilateralismo econômico, que tem como arcabouço histórico o GATT 1947 e como moldura institucional a OMC.^{10 11}

A OMC configura-se como principal organização internacional contemporânea responsável pela coordenação e desenvolvimento das relações comerciais internacionais, assumindo papel central no Direito Internacional Econômico, uma vez que funciona, simultaneamente, como instância supervisora das regras já acordadas e das obrigações assumidas pelos membros e como foro de contínua negociação destas e de novas regras.^{12 13 14}

dissertação de mestrado o termo “juridicização” com sentido aproximado, se referindo ao fenômeno “*que conduz ao estabelecimento de um ordenamento jurídico por meio da introdução de normas secundárias e afirmação de normas primárias*”. SILVA, Elaine Cristina Gonzaga da. *Juridicização das relações internacionais e solução de controvérsias: análise do sistema multilateral de comércio*. 2007. 225 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 29.

7 O GATT, sigla em inglês para Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio foi um acordo instituído em 1947 inicialmente de maneira temporária, que deveria reger as relações entre as partes contratantes no lapso temporal até a entrada em vigor da Carta de Havana, que criava a Organização Internacional do Comércio. Com o fracasso na instituição da OIC, o GATT acabou exercendo suas funções, de maneira “permanente” e ampliada até a criação da OMC, em 1994.

8 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A Solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 97-100.

9 Para um histórico do GATT, e sobre suas limitações em garantir o desenvolvimento aos países “subdesenvolvidos”, Cf. LAFER, Celso. O Gatt, a cláusula de nação mais favorecida e a América Latina. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, n. 55/60, p. 133-151, 1972-1974. p. 134-136.

10 JACKSON, Jonh H. *The Jurisprudence of GATT and the WTO*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 8-9.

11 CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit International Économique*. Paris: Dalloz, 2007. p. 47-48.

12 THORSTENSEN, Vera. *OMC- Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 27.

13 BARRAL, Welber. De Bretton Woods a Doha. In: BARRAL, Welber. (Org). *O Brasil e a OMC*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 9-26.

14 SILVA, Roberto Luiz. *Direito econômico internacional e direito comu-*

No cerne do sistema multilateral de comércio, está o Sistema de Solução de Controvérsias da OMC,^{15 16} que, embora possua arquitetura única, pelo aspecto especial de seus procedimentos e das relações entre as instâncias que o compõem, é sistema de natureza adjudicatória, de competência exclusiva face à ampla gama de temas sob guardada dos Acordos da Organização.

A centralidade que a OMC e seu Sistema de Solução de Controvérsias tem assumido na realidade internacional exige uma reflexão mais atenta sobre sua inserção no sistema jurídico internacional como um todo, no que consiste a principal justificativa para a análise dos paradigmas que possibilitam – de maneira diferenciada - essa inserção, objetivo central deste trabalho.

A pesquisa desenvolve-se por meio de uma abordagem diagnóstica e descritiva, que se preocupa em identificando a emergência das perspectivas de constitucionalismo e comunitarização a partir de fontes bibliográficas contrapostas aos fenômenos identificáveis na realidade internacional. Em seguida a essa breve introdução temático-metodológica, faz-se necessário o estudo panorâmico das mudanças de paradigma no Direito Internacional, rumo à ideia norteadora de uma comunidade internacional.

2. AS MUDANÇAS DE PARADIGMA DO DIREITO INTERNACIONAL: RUMO A UMA COMUNIDADE INTERNACIONAL

Esta seção busca analisar diferentes paradigmas do Direito Internacional, com o objetivo de reconhecer que o novo paradigma que se impõe na ordem jurídica internacional exige a participação das instituições internas, imiscuídas com os valores internacionais, em reafirmação da

nitário. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 103-104.

15 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Entendimento relativo às normas e procedimentos sobre solução de controvérsias*. Versão oficial em português segundo o decreto n. 1.355, de 30 dez. 1994, que promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

16 BARRAL, Welber; PRAZERES, Tatiana. Solução de controvérsias. In: BARRAL, Welber. (Org). *O Brasil e a OMC*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 27-46.

consciência comunitária e dos interesses da coletividade internacional, além do desenvolvimento de uma interpretação sistêmica, integradora e constitucionalista.

Destaca-se, portanto, que não se pretende relatar um histórico do Direito Internacional - o que exigiria um espaço consideravelmente maior que esta seção - assim como não foi esse o objetivo central dos autores citados. O intuito das páginas seguintes é explicitar a evolução do Direito Internacional de modo a evidenciar mudanças de paradigmas que ocorreram, e sustentar a compreensão da constitucionalização como o paradigma contemporâneo do Direito Internacional, para então tratar de suas consequências para a regulamentação do comércio internacional.

São recorrentes na literatura os diagnósticos de transformação da realidade internacional, bem como de sua próxima relação com mudanças profundas no Direito Internacional. Em uma ordem mundial em modificação, os Estados se tornam interconectados em uma rede de interdependências, e a esse quadro se adiciona como novidade a consciência dos povos sobre seu futuro comum, reconhecendo-se uns aos outros como parte da humanidade.¹⁷

Essas noções permanecem atuais, diante de mudanças que se aprofundaram nas últimas décadas, gerando efeitos não apenas nas relações internacionais, mas inclusive na estrutura do Direito Internacional.

Em seu curso geral de Direito Internacional da Academia de Direito Internacional de Haia, Christian Tomuschat trata da complexidade crescente da ordem jurídica internacional, como vetor de evolução do Direito Internacional e passagem de um paradigma a outro. O autor identifica quatro estágios nessa linha evolutiva: (a) em suas origens, o Direito Internacional como um direito de coexistência; (b) no segundo estágio, o Direito Internacional como um direito de cooperação; (c) no terceiro estágio, o Direito Internacional como um plano abrangente para a vida social; e (d) no quarto estágio, o Direito Internacional no bojo de uma comunidade internacional.¹⁸

O autor parte dos estágios explicitados por Wolfgang Friedmann,¹⁹ que em seu estudo, chamava atenção para as transformações profundas na sociedade internacional, principalmente desde a criação da Carta das Nações Unidas, que teriam engendrado a passagem de um direito de coexistência entre os Estados, para um paradigma de cooperação mais amplo.

Nessa análise, o estágio de coexistência descreve o Direito Internacional como um direito limitado a governar as relações entre os Estados, e consequentemente concebido como necessário apenas para limitados propósitos. Reinava, pois, a distinção firme de *ratione materiae* entre o Direito Internacional e o direito interno dos Estados, sendo que o primeiro tinha como funções essenciais a delimitação de competências estatais, a partir da territorialidade, e a preservação da existência e independência dos Estados.²⁰

No segundo estágio, a era de cooperação se inaugurava com o fim da primeira guerra mundial e a criação da Liga das Nações, cujo objetivo primário era promover a cooperação, com fins de alcançar a paz e segurança internacionais. A criação de uma estrutura institucional de âmbito global, acompanhada de um aparato normativo, era o primeiro passo na superação da clássica teoria da igualdade soberana.

Inaugurado, então, o impulso de cooperação entre os Estados com o objetivo de lidar com os desafios em comum enfrentados pela humanidade, expandiu-se pelas mais diversas áreas à medida que novos desafios de natureza transnacional eram descobertos, o que resultou na institucionalização e fortalecimento do Direito Internacional como meio de alcançar objetivos maiores da humanidade. Nesse estágio, marcado pela criação e evolução do “Sistema ONU”, se desenvolveu a ideia de que certos temas - não somente ligados à paz e segurança internacionais, mas também o desenvolvimento econômico, a autodeterminação dos povos, os refugiados e os recursos ambientais - são de responsabilidade coletiva da comunidade internacional.²¹

Assim, o desenvolvimento progressivo do Direito

17 ZACHER, Mark. The Decaying pillars of the Westphalian temple: Implications for International Order and Governance. In: ROSENAU, James; CZEMPIEAL, Ernst-Otto. *Governance, Order and Change in World Politics*. Cambridge: University Press, 1992. p. 58-101.

18 TOMUSCHAT, Christian. International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century. General course on public international law. *Recueil des cours*, v. 281, p. 9-438, 1999. p. 56-90.

19 FRIEDMANN, Wolfgang. *The Changing Structure of International Law*. New York: Columbia University Press, 1964.

20 TOMUSCHAT, Christian. International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century. General course on public international law. *Recueil des cours*, v. 281, p. 9-438, 1999. p. 56-59.

21 TOMUSCHAT, Christian. International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century. General course on public international law. *Recueil des cours*, v. 281, p. 9-438, 1999. p. 59-63.

Internacional o levou a uma nova etapa, marcada pela significativa diminuição do espaço de soberania dos Estados, vez que ligados a uma rede crescente de compromissos jurídicos em áreas como os direitos humanos, a democracia nos governos internos e metas de bem-estar dos indivíduos e de boa governança. Nesse sentido, conforme a interdependência entre os Estados se intensifica e os compromissos que afetam a vida dos cidadãos se adensam, os Estados são vinculados profundamente por essas obrigações.

Há, desse modo, um rearranjo do Direito Internacional, que passa, de um conjunto de regras que guiavam os Estados em suas relações entre si, a significar um *corpus juris* multifacetado que permeia todos os aspectos da vida humana. Esse desenvolvimento observado na terceira fase, contudo, se deu através de diferentes instrumentos, com papel destacado da *soft law*, que tende, paulatinamente, a se “endurecer”.²²

Merece destaque o fato de que os novos compromissos assumidos pelo Direito Internacional são cada vez mais complexos, exigindo uma lógica diferente de implementação, que significa, pois, uma tradução dessas regras para a normatividade interna, pelos poderes estatais, de modo a gerar a produção de seus efeitos nas relações verticais, horizontais e transnacionais.

Tomuschat parece, então, sugerir um quarto paradigma, de certo modo em complementação ao terceiro paradigma, que estaria ainda em desenvolvimento às vésperas da virada do milênio. Esse paradigma, do Direito Internacional para a comunidade internacional, se caracteriza pela hierarquização de valores na ordem jurídica internacional, pela proteção dos interesses comunitários e pela institucionalização de instrumentos coletivos protetivos, significando, portanto, a tradução normativa do conceito de comunidade internacional.²³

De maneira correlata, Bruno Simma enuncia a evolução do Direito Internacional clássico para o contemporâneo como a passagem de um sistema jurídico de caráter bilateral para uma perspectiva focada no interes-

se comunitário.²⁴ Assim, estaria em curso uma evolução da compreensão do sistema jurídico internacional, distanciando-se de uma lógica de direitos e obrigações correlativas entre os Estados, e aproximando-se da consciência de interesses da comunidade internacional.²⁵

Essa evolução tem levado a uma crescente institucionalização e organização da sociedade internacional, como resultado da necessidade de encontrar novas soluções para os novos problemas. Tal amadurecimento da ordem jurídica internacional promove profundas transformações na natureza do Direito Internacional e urge por mecanismos de participação dos diferentes sujeitos, nesse contexto de “comunitarização” e “publicização” das relações jurídicas internacionais.²⁶

O autor destaca diversas facetas da realidade internacional que o levaram a reconhecer que o surgimento da consciência desses interesses comunitários não provocou uma completa inversão da lógica das relações internacionais, havendo uma coexistência e interação entre ambos os paradigmas no sistema jurídico internacional.²⁷

24 O interesse comunitário se coloca como antítese ao conceito de bilateralismo: “*The antithesis of the bilateralism thus described consists of the assertion of community interest in the development of international law in a different direction, as it were. A first, very tentative, definition of “community interest” could perceive it as a consensus according to which respect for certain fundamental values is not to be left to the free disposition of States individually or inter se but is recognized and sanctioned by international law as a matter of concern to all States*”. SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international law. *Recueil des cours*, v. 250, p. 217-384, 1994. p. 233.

25 Para uma visão distinta do estágio atual de evolução do Direito Internacional, Cf: “*Thus, the change from a State-centric international society to a global community with radically reduced significance of States will probably take far more time than is expected by those who have advocated the decline or retreat of States, or the high cause of global market economy or global civil society. The fundamentally State-centric character of the international or global society will likely persist in the twenty-first century. The sovereign States system, whose fundamental principle is the mutual recognition of the supremacy of territorial sovereignty of States in managing human affairs, will remain as the most important organizational and managing principle of the entire humanity in the world.*” YASUAKI, Onuma. A Transcivilizational Perspective on International Law. Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century. *Recueil des cours*, v. 342, p. 77-418, 2010. p. 101-102.

26 Bruno Simma menciona a “comunitarização” e “publicização” das relações jurídicas internacionais como aspectos ligados à construção de uma consciência global, o que pode ser demonstrado por exemplo por meio da crescente preocupação internacional com direitos humanos, meio ambiente e interdependência econômica. As relações internacionais passam a respeitar lógicas para além da interação intergovernamental clássica. SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international law. *Recueil des cours*, v. 250, p. 217-384, 1994. p. 234.

27 SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international law. *Recueil des cours*, v. 250, p. 217-384, 1994. p. 248.

22 TOMUSCHAT, Christian. International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century. General course on public international law. *Recueil des cours*, v. 281, p. 9-438, 1999. p. 63-72.

23 Nas palavras do autor: “[...] *it would be wrong to assume that States as a mere juxtaposition of individual units constitute the international community. Rather, the concept denotes an overarching system which embodies a common interest of all States and, indirectly, of mankind.*” TOMUSCHAT, Christian. Obligations Arising for States without or against Their Will. *Recueil des cours*, v. 241, p. 195-374, 1993. p. 227.

²⁸ ²⁹ A ideia de comunidade internacional, contudo, desempenha relevante função ideológica, ao destacar que as regras construídas e as decisões tomadas pelos agentes estatais impactam na vida de seres humanos, devendo-se, ainda, buscar a construção de capacidade normativa-institucional para a concretização dessa noção.³⁰ ³¹

Na busca pelo paradigma “pós-moderno” do sistema internacional, ao proclamar pelos fundamentos do Direito Internacional pós-moderno, Paulo Borba Casella explicita que este seria o embasamento para uma “*ordenação teleologicamente humana do mundo*”.³² Assim, o autor indica:

Terminados os dias da concepção estatizante e uniformizadora do Direito Internacional, que se pautava pelas normas de coexistência entre os Estados e somente entre eles se reconhecia a condição de sujeito, para ver instalado o direito internacional pós-moderno: dividido entre o anseio de construção da cooperação, com alguns laivos de implementação de patamar tendente à integração, em contextos específicos, de coesão econômica e de compartilhamento de valores, que permita superar algumas das dicotomias mais gritantes do direito internacional, como a sobrevivência da pretensão da exclusividade dos papéis estatais, no plano do direito e

das relações internacionais, quando mais e mais se veem a emergência e a atuação dos agentes não estatais.³³

Observa-se, portanto, o momento de transição pelo qual passa o Direito Internacional.³⁴ A medida em que se torna mais complexo, o Direito Internacional se institucionaliza e se hierarquiza, provocando também uma hibridização com o direito interno, além de uma tendência a abarcar o ser humano como seu sujeito central. O paradigma contemporâneo da sociedade internacional exige, pois, uma nova formulação do gerenciamento dos conflitos, de modo a integrar os diferentes setores do Estado em respeito ao “*international rule of law*”.³⁵

A organização do Direito Internacional a partir da centralização do indivíduo exige que o Direito Internacional seja traduzido em estruturas, instituições e mecanismos também internos, de modo a abarcar níveis de normatividade e governança que alcancem o cidadão. Esse quadro demanda, assim, uma reestruturação da ordem jurídica internacional para além dos Estados e também em face dos indivíduos, e por isso se destaca a relevância do paradigma constitucionalista do Direito Internacional, como se passa a observar a seguir.

3. O PARADIGMA CONSTITUCIONALISTA DO DIREITO INTERNACIONAL

Embora a concepção de constituição no Direito Internacional não seja recente,³⁶ a sua aplicação tem sido

²⁸ Também, nesse sentido, Cf: “*The constitutional system set up for the international community in the United Nations Charter is of course far from being perfect. It has only a limited capacity to enforce compliance with its basic rules. This, however, should not detract our attention from the fact that we live in an international legal system rather different from the one existing before 1945.*” FROWEIN, Jochen A. Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law. *Recueil des cours*, v. 248, p. 349-445, 1994. p. 358.

²⁹ No mesmo sentido, Cf: “[...] *the legal protection of international community interests was the result of a gradual and, at first, almost imperceptible general trend. [...] Yet another interesting feature of this phenomenon is that the protection of community interests in international law has been effected through the adaptation, not the abandonment, of existing legal regimes. The new concepts, while being revolutionary in their substance, have been formulated in such a way as to fit into well-known legal frameworks.*” VILLALPANDO, Santiago. The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law? *European Journal of International Law*, v. 21, n. 2, p. 387-419, 2010. p. 407-409.

³⁰ SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international law. *Recueil des cours*, v. 250, p. 217-384, 1994. p. 248.

³¹ Também em sentido correlato, Pierre Marie Dupuy identifica a comunidade internacional como “ficção jurídica” e como “imperativo categórico”, funções da noção na ordem jurídica internacional: “*La fiction juridique de la «communauté internationale» est le moyen technique de promotion de la visée philosophique de diplomates et d'hommes politiques qui font souvent du Kant [...]*”. Cf DUPUY, Pierre-Marie. L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public. *Recueil des cours*, v. 297, p. 9-489, 2002. p. 267.

³² CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional pós-moderno e a revisão dos modelos institucional e normativo*. In: CASELLA, Paulo Borba. BRIC- Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul: uma perspectiva de cooperação internacional. São Paulo: Atlas, 2011. p. 113-137. p. 121.

³³ CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional pós-moderno e a revisão dos modelos institucional e normativo*. In: CASELLA, Paulo Borba. BRIC- Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul: uma perspectiva de cooperação internacional. São Paulo: Atlas, 2011. p. 113-137. p. 120.

³⁴ Assim postula o autor: “*ante as mudanças verificadas na nova realidade, é preciso alcançar nova regulação internacional. De fundamentos mais amplos, para assegurar os resultados adequados dessa construção do direito internacional pós-moderno*”. CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional pós-moderno e a revisão dos modelos institucional e normativo*. In: CASELLA, Paulo Borba. BRIC- Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul: uma perspectiva de cooperação internacional. São Paulo: Atlas, 2011. p. 113-137. p. 126.

³⁵ Em outro texto, Paulo Borba Casella reforça essa necessidade: CASELLA, Paulo Borba. Fundamentos e perspectivas do direito internacional pós-moderno. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, p. 433-466, jan./dez. 2006. p. 441.

³⁶ Segundo Bruno Simma, a primeira aplicação do termo ao Direito Internacional foi feita em 1926, por Alfred Verdross, na obra “*Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*” (VERDROSS, Alfred. *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, Vienna and Berlin, Springer, 1926*): “*According to Verdross, the term “constitution” denotes the norms which regulate the basic order of a community, that is, its structure, organization and allocation of competences. For Verdross, writing in 1926, the existence of a universal*

desenvolvida pela doutrina nas últimas décadas, como um paradigma de substituição à ordem internacional estatocêntrica, e em contraposição à corrente fragmentária, revisitando, assim, a unidade e a coerência como pilares do sistema jurídico internacional.³⁷

Desde os primórdios do uso do termo ao Direito Internacional, o vocábulo vem associado a diversos sentidos correlatos, tais como: (i) as normas basilares que regulam a relação entre os sujeitos na ordem internacional universal;^{38 39} (ii) os princípios fundamentais de caráter costumeiro responsáveis pela determinação de competências e funções na comunidade internacional;⁴⁰ (iii)

international law grounded in and held together by the basic norm of pacta sunt servanda justified the use of the term "constitution", even in absence of a written document." SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international law. *Recueil des cours*, v. 250, p. 217-384, 1994. p. 260.

37 Nessa perspectiva de oposição ao paradigma fragmentário, Cf: VAN AAKEN, Anne. Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, p. 483-512, 2009. COHEN, Harlan Grant. From Fragmentation to Constitutionalization. *Pacific McGeorge Center for Global Business and Development Law Journal*, v. 25, p. 381-394, 2012.

38 Conforme a visão de Alfred Verdross: "*La conception universaliste de la superordination du droit des gens se trouve aussi dans la doctrine et la pratique anglo-saxonne de ces temps; c'est l'ancien sens de l'adage bien connu « international law is a part of common law. » Car le sens original de cette formule est tel que le droit des gens doit être appliqué, même s'il est en contradiction avec le droit national, parce que le droit international forme la constitution mondiale de laquelle dépendent tous les Etats civilisés.*" (grifo nosso). VERDROSS, Alfred. Le fondement du droit international. *Recueil des cours*, v. 16, p. 247-323, 1927. p. 314.

39 De modo correlato, o Christian Tomuschat explicita: "*Given the developments triggered by the UN Charter, today a community model of international society would seem to come closer to reality than any time before in history. According to this interpretation, States live, as from their birth, within a legal framework of a limited number of basic rules which determines their basic rights and obligations with or without their will, leaving them, however, sufficient room for self-responsible action within the openings of that legal edifice. One may call this framework, from which every State receives its legal entitlement to be respected as a sovereign entity, the constitution of international society or, preferably, the constitution of the international community, community being a term suitable to indicate a closer union than between members of a society.*" TOMUSCHAT, Christian. Obligations Arising for States without or against Their Will. *Recueil des cours*, v. 241, p. 195-374, 1993. p. 210-11.

40 Scelle intitula a segunda parte de seu curso como "*Technique Constitutionnelle du Droit des Gens*", na qual afirma: "*Au stade interétatique, au contraire, les principes constitutionnels demeurent à l'état de coutume, même si l'on peut en rencontrer l'expression dans des textes conventionnels : le traité joue en ce cas le rôle d'un élément coutumier. Il n'y a qu'une chose qui soit impossible, c'est l'absence de règles constitutives ou constitutionnelles. L'instinct seul des sujets de droit, membres de la Société internationale, suffit à les déterminer, car le sentiment de la nécessité entraîne l'obéissance commune à la règle qui en découle implicitement. [...] Contenu du droit constitutionnel international. — Que contient cet ensemble normatif? D'abord et nécessairement une détermination des compétences des sujets de droit, notamment des gouvernants. [...]" SCELLE, Georges. Règles générales du droit de la paix. *Recueil des cours*, v. 46, p. 327-703, 1933. p. 422.*

a limitação à soberania dos Estados na ordem jurídica internacional;⁴¹ (iv) a estrutura normativa-institucional de um "Estado mundial";⁴² e (v) a cogência de instrumentos e estruturas formais como a Carta das Nações Unidas.^{43 44}

41 Nas palavras do autor: "[...] Nevertheless, the developments which have taken place during the past half-century in the organisation and composition of the international community and in the law regarding the use of force, have made a substantial impact upon the constitutional foundations of the international legal order. Whether international law can now properly be regarded as "law with a constitution" may be controversial, for text-books still for the most part tend to treat international organisation as a super-structure upon international law rather than as the constitutional framework of the international community. [...] True, general international law has not yet been properly integrated within this constitutional framework, and much progress has yet to be made before we can speak with confidence of international law having a constitution. But the constitutional framework of international law provided by international organisation is now so important that in the opinion of the present writer it must be given a prominent place in any analysis of the general principles of international law." WALDOCK, Humphrey. General course on public international law. *Recueil des cours*, v. 106, p. 1-251, 1962. p. 7-8.

42 "[...] The task [the draftsmen of an International Bill of Rights] is no less than one of the international codification, in both its consolidating and its legislative sense, or the major constitutional law of mankind—a sphere in which the science of jurisprudence and politics converge in a most acute form." LAUTERPACHT, Hersch. The international protection of human rights. *Recueil des cours*, v. 70, p. 1-108, 1947. p. 89-90. "[...] S'ils sont des juristes, ils n'ont pas besoin d'attacher une importance excessive à l'argument banal qu'une fédération mondiale mettrait fin au droit international, en le transformant en droit constitutionnel de l'Etat mondial. Il n'en serait pas nécessairement ainsi: le changement qui en résulterait serait surtout une question de terminologie. En tout cas, si le résultat est souhaitable à d'autres points de vue, la disparition formelle de la science du droit international est indifférente." LAUTERPACHT, Hersch. Règles générales du droit de la paix. *Recueil des cours*, v. 62, p. 95-422, 1937. p. 411.

43 Na visão de Georg Schwarzenberger: "In an international community in the strict sociological meaning of the term, the overriding character of the interests of the whole—the constitutional law of the community—would be self-understood, and suitable reservations of international public policy in individual treaties could be taken for granted. Within the framework of a world society organised on the confederate pattern in the United Nations and its Specialised Agencies, the priority of the "higher" law of these international quasi-orders is less absolute. The matter is regulated by the rules of international law governing the conflict of treaties". SCHWARZENBERGER, Georg. The principles and standards of international economic law. *Recueil des cours*, v. 117, p. 1-98, 1966. p. 47. "[...] the 'constitution of the organized community of Nations' within the framework of the United Nations, another attempt on the same pattern of a world confederation, must still be treated as being sub judge." SCHWARZENBERGER, Georg. The fundamental principles of international law. *Recueil des cours*, v. 87, p. 191-385, 1955. p. 207.

44 Em perspectiva semelhante: "Why may we speak of a constitutional structure? While international law developed as a system of co-ordination among States based on the sovereign will of those

Embora com diferentes nuances capturadas por cada autor, a perspectiva traz implícita a crença no Direito Internacional como um instrumento universalizante de transformação positiva da realidade internacional e de concretização de valores e interesses comunitários.

Mesmo diante da dificuldade de conceituação de vocábulos como “*constituição*”, “*constitucionalização*” e “*constitucionalismo*” em suas acepções ligadas ao fenômeno jurídico internacional, dada a multiplicidade de autores que oferecem conceitos próprios, ainda que muitas vezes sobrepostos, se torna necessário buscar precisar esses termos, no seu uso por parte de alguns doutrinadores.

Uma das estudiosas no tema na contemporaneidade, Anne Peters, entende que o “*constitucionalismo global*” é uma agenda que busca a aplicação de princípios constitucionais na esfera jurídica e a “*constitucionalização*” consistiria na emergência de aspectos constitucionais no Direito Internacional, como instrumento hermenêutico e como via de reforçar sua legitimidade, efetividade e justiça.⁴⁵

Juntamente com Klaus Armigeon, a autora afirma, em outra oportunidade, que se poderia denominar “*constituição internacional*” o núcleo das normas mais importantes que regulam a atividade política na comunidade global. Entretanto, os autores preferem a expressão “*Direito constitucional global*”, por entenderem que o termo “*constituição*” poderia trazer concepções ligadas ao fenômeno jurídico interno, não sendo adequada uma simples “*tradução*” do conceito no direito interno para o Direito internacional.⁴⁶

Assim, não se trata simplesmente de transpassar o conceito de “*constituição*” à uma escala superior, é necessário estudar o fenômeno em suas características próprias no ambiente global, em suas dimensões descritiva

e prescritiva.^{47 48} Nesse quadro teórico, “*constitucionalização*” indicaria a emergência de aspectos constitucionais na ordem jurídica internacional, sendo um processo que engendra um “*reforço de normatividade*” na ordem global.⁴⁹

Luigi Ferrajoli, por sua vez, conecta o conceito de “*constitucionalismo*” no Direito Internacional à implementação do império do direito na ordem jurídica internacional, como um sistema hierárquico de normas e princípios axiológicos, reconhecendo uma conexão direta com a noção de *totus orbis* empregada por Francisco de Victoria.^{50 51}

Uma definição similar é dada por Pierre-Marie Dupuy, englobando uma dimensão material, como um conjunto de princípios jurídicos de importância primária para a sociedade internacional, e uma dimensão institucional, através da designação de órgãos e definição de suas competências.⁵²

47 Conforme explicitam os autores em outro trecho: “We employ the term ‘global constitutionalism’ in order to characterize an academic and political agenda which identifies and advocates the application of constitutionalist principles, such as the rule of law, checks and balances, human rights protection, and possibly democracy, in the international legal sphere in order to improve the effectiveness and the fairness of the international legal order. Therefore, global constitutionalism has both descriptive and prescriptive elements. It does not merely claim to describe some features of the status quo of international relations, but also seeks to provide arguments for their further development in a specific direction.” PETERS, Anne; ARMINGEON, Klaus. Introduction-Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, p. 385-395, 2009. p. 389.

48 Como exemplo de uma visão contrária, que parte da constituição interna (norte-americana) para reconhecê-la em organizações constitucionais, Cf: MCGINNIS, John O.; MOVESIAN, Mark L. The World Trade Constitution. *Harvard Law Review*, v. 114, issue 2, p. 511-605, Dec. 2000.

49 Assim, constitucionalização global significaria: “[...] a catchword for the continuing, but not linear, process of the gradual emergence and deliberate creation of constitutionalist elements in the international legal order by political and judicial actors, bolstered by an academic discourse in which these elements are identified and further developed.” PETERS, Anne; ARMINGEON, Klaus. Introduction-Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, p. 385-395, 2009. p. 389-90.

50 FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 53.

51 Para uma análise mais detalhada do conceito de *totus orbis* em Francisco de Vitória, Cf: RANGEL, Vicente Marotta. Francisco de Vitória y el Federalismo Internacional. In: MANGAS MARTÍN, Araceli. *La Escuela de Salamanca y el Derecho Internacional en America: del Pasado al Futuro*. Salamanca: Asociacion Espanola de Profesores de Derecho Internacional, 1993. p. 205-214. CAPUCIO, Camilla. Apontamentos sobre Francisco de Vitória e Francisco Suarez: construção doutrinária e fundamento do jus gentium. In: MENEZES, Wagner. (Org.). *Direito internacional clássico e seu fundamento*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 62-74.

52 DUPUY, Pierre-Marie. The Constitutional Dimension of the

agreeing on a treaty or forming a rule of customary international law, the Security Council now has the mandate to decide against the will of the State concerned, at least as long as that State remains a Member of the United Nations. [...] However, even for countries who have not become Members, and there are very few indeed, the constitution of the world community which we find enshrined in the United Nations Charter is not without considerable importance.” FROWEIN, Jochen A. Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law. *Recueil des cours*, v. 248, p. 349-445, 1994. p. 356.

45 PETERS, Anne. The merits of global Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, p. 397-411, 2009. p. 397.

46 PETERS, Anne; ARMINGEON, Klaus. Introduction-Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, p. 385-395, 2009. p. 387.

Percebe-se, portanto, que o uso restrito da palavra “*constituição*” reservado unicamente ao soberanismo estatal, que não encontraria poder superior, não reflete a realidade atual. Nesse sentido, também John Jackson adota um conceito amplo de “*constituição*”, de modo a também abarcar o fenômeno jurídico internacional.⁵³

O termo “*constitucionalismo*”, em sua concepção, se aplica a diversos níveis de governança, e o autor identifica quatro usos diversos para o termo: (i) aplicado ao Estado-nação que possui uma constituição formal; (ii) relativo ao conteúdo material normativo, ligado à proteção dos direitos humanos e à democracia, (iii) usado para descrever o desenvolvimento de uma organização internacional ou transnacional; e (iv) aplicado para descrever o processo evolutivo de criação e aplicação de normas relativas ao sistema do Direito Internacional como um todo, de modo a desafiar o seu caráter soberanista.⁵⁴ Esse quarto sentido, que o autor busca desenvolver, tem grande relevância para o sistema jurídico internacional, e se aplica à busca por novos fundamentos do Direito Internacional.⁵⁵

Desse modo, “*constitucionalismo*” é uma perspectiva que, se desenvolvida com a devida reflexão, discussão e diálogo com a prática, poderia substituir as noções problemáticas de soberania e consenso na formação do Direito Internacional por outros fundamentos, constituídos como alicerces de um novo paradigma.⁵⁶ Além

disso, essa perspectiva reforça a necessidade de desenvolver parâmetros de legitimidade, democracia, transparência e *accountability* ao Direito Internacional e às instituições internacionais.^{57 58}

Uma vez visitados os principais alicerces conceituais do paradigma constitucionalista do Direito Internacional e de sua relação com a ideia de comunidade e de “comunitarização”, cumpre às próximas seções o desafio de discutir a aplicabilidade conceitual dessas noções ao sistema multilateral de comércio.

4. CONSTITUCIONALISMO E COMUNITARIZAÇÃO NA OMC: ENTRE ABORDAGENS TEÓRICAS E POSSIBILIDADES REAIS

A perspectiva do constitucionalismo é uma concepção mais recentemente aplicada por parte da doutrina à OMC, embora persista a natural diferença de significações a essa atribuição conceitual.⁵⁹

Segundo diagnóstico de Jeffrey Dunoff, a maior parte dos autores aplica essa noção no contexto do sistema multilateral de comércio para se referir: (a) à arquitetura institucional da OMC; (b) ao processo de mediação judicial entre valores conflitantes; e (c) à primazia de um conjunto de compromissos normativos.⁶⁰

Charter of the United Nations Revisited. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v. 1, p. 1-32, 1997. p. 3.

53 E, assim, Jackson usa a expressão “[...] to embrace a variety of ‘constitution’ authorities, using a variety (and often a large number) of instruments and traditional practices and experiences which have some impact on the views of constituents of an entity concerning the permissible procedures and behaviors involved in the process of governing.” JACKSON, John. *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 222.

54 JACKSON, John. *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 223-224.

55 Assim explicita: “As to the fourth definition type mentioned above, the term could signify and endorse an overall approach to ‘re-designing’ the fundamentals of international law (including international economic law and international institutional law). It could be the rubric with a flavor of approval and promise, to cover present and further necessary study and activity designed to examine the ‘gestalt’ of the international legal system. ‘Constitutionalism’ thus may be a good approach to developing replacements or substitutes for the many existing perplexities and challenges to the overall international system.” JACKSON, John. *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 224.

56 JACKSON, John. *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2006.

p. 224-225.

57 JACKSON, John. *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 227.

58 Para discussões sobre *accountability* relacionada à OMC, e sobre os desafios para mensurá-la, embora em um arcabouço teórico distinto, Cf: FIGUEIREDO, Celso Henrique Cadete de. A promoção de *accountability* na Organização Mundial do Comércio: uma análise horizontal e vertical. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 279-309, 2014.

59 TRACHTMAN, Joel P. The Constitutions of the WTO. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 3, p. 623-646, 2006.

60 O autor faz um diagnóstico dos principais sentidos conferidos ao constitucionalismo à OMC, embora tenha perspectiva crítica e contrária à de aplicação do constitucionalismo à OMC, Cf: “*International legal scholarship, particularly trade scholarship, is preoccupied with questions of constitutionalism. However, neither WTO texts nor practice suggest that the WTO is a constitutional entity. The disjunction between scholarship and practice is puzzling: Why would scholars debate the WTO’s (non-existent) constitutional features? [...]*” DUNOFF, Jeffrey L. Constitutional Concepts: The WTO’s ‘Constitution’ and the Discipline of International Law. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 3, p. 647-675, 2006. p. 647. DUNOFF, Jeffrey L. Why Constitutionalism Now? Text, Context and the Historical Contingency of Ideas. *Journal of International Law and International Relations*, v. 1, p. 191-211, 2004-2005.

Inserido na aplicação do conceito à arquitetura institucional na OMC, John Jackson descreve a passagem da abordagem “*power-oriented*”, em direção à abordagem “*rule-oriented*”,⁶¹ fenômeno ao qual nos referimos anteriormente, que Celso Lafer denominou de “*adensamento de juridicidade*”, e foi materializado com a passagem do GATT 1947 à OMC.

A segunda e dominante corrente destaca o sistema de solução de controvérsias da OMC como o motor de seu constitucionalismo e, nesse sentido, Deborah Cass afirma que o Órgão de Apelação da OMC “*é a força dinâmica por trás da construção constitucional em virtude da sua capacidade de geração de normas e estruturas constitucionais durante a resolução de disputas.*”^{62 63 64}

Inserido na última corrente, Ernst-Ulrich Petersmann reconhece no constitucionalismo a eleição de valores normativos primários e hierarquizados, que cons-

tituem e limitam o poder dos governos e os direitos dos cidadãos. Em um sentido mais profundo, a constitucionalização da OMC envolve a sua submissão aos direitos humanos fundamentais e aos princípios de justiça internacional.⁶⁵

Na realidade, em sua obra é possível identificar o constitucionalismo na OMC como fenômeno que engloba também os dois sentidos citados, ligados à concretização do *rule of law* por meio do Sistema de Solução de Controvérsias.⁶⁶ Contudo, o autor vai além dos sentidos mencionados, ao reconhecer expressamente a correlação entre o sistema multilateral de comércio e a realização de valores ligados aos direitos humanos.⁶⁷

61 Embora sempre tenha reforçado a relevância dessa passagem, nota-se certa uma evolução na concepção de “constitucionalismo” ligado à OMC pelo autor, no decorrer das seguintes obras: JACKSON, John H. *The Jurisprudence of GATT and the WTO*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. JACKSON, John H. *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*. London: Royal Institute of International Affairs, 1998. JACKSON, John H. The WTO “Constitution” and Proposed Reform: Seven “Mantras” Revisited. *Journal of International Economic Law*, v. 4, p. 67-78, 2001. JACKSON, John H. The Great 1994 Sovereignty Debate: United States Acceptance and Implementation of the Uruguay Round Results. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 36, p. 157-188, 1998. JACKSON, John. *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2006.

62 Tradução livre do original em língua inglesa: “is the dynamic force behind constitution building by virtue of its capacity to generate constitutional norms and structures during dispute resolution.” CASS, Deborah Z. The “Constitutionalization” of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade’. *European Journal of International Law*, v. 12, p. 39-75, 2001. p. 42.

63 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Acordos e documentos*. Disponível em: <www.wto.org>. Acesso em: 10 fev. 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Legal Affairs Division. *WTO analytical index: Guide to WTO Law and Practice*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/analytic_index_e.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

64 Em uma posição contrária, Leonor Clodovil nega a existência de referido fenômeno: “A OMC é um sistema basicamente contratual e intergovernamental, que não tem natureza constitucional em nenhum sentido. O papel dos julgadores na OMC é contratual, diferentemente do papel atribuído a um juiz nacional pela constituição, consistindo em um exame mecânico sobre a concordância da ação do Membro com as obrigações que ele assumiu.” CLODOVIL, Leonor Augusta Giovine. *O interesse público no Antidumping*. 2009. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 295.

65 Ernst-Ulrich Petersmann possui uma farta produção bibliográfica nessa temática. Embora outros artigos também se remetam a essas noções, destacam-se alguns dos trabalhos do autor que exploram essa relação: PETERSMANN, Ernst-Ulrich. How to Constitutionalize International Law and Foreign Policy for the Benefit of Civil Society? *Michigan Journal of International Law*, v. 20, p. 1-30, 1998. p. 13. PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Human Rights, International Economic Law and Constitutional Justice: A Rejoinder. *European Journal of International Law*, v. 19, issue 5, p. 955-960, 2008. PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Multilevel Judicial Governance as Guardian of the Constitutional Unity of International Economic Law. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 30, issue 3, p. 367-418, 2008. PETERSMANN, Ernst-Ulrich. The WTO Constitution and Human Rights. *Journal of International Economic Law*, v. 3, p. 19-25, 2000. PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Legal, Economic and Political Objectives of National and International Competition Policies: Constitutional Functions of WTO “Linking Principles” for Trade and Competition. *New England Law Review*, v. 34, p. 145-162, 1999.

66 Nesse sentido: “Since the establishment of a GATT Legal Office in 1983, the progressive transformation of the multilevel GATT dispute settlement system into a compulsory worldwide jurisdiction for the settlement of trade disputes through panel, appellate, arbitration, and domestic judicial procedures continues to promote constitutional ‘checks and balances’ between the political and judicial branches of multilevel trade governance. [...]” PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Multilevel Judicial Governance as Guardian of the Constitutional Unity of International Economic Law. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 30, issue 3, p. 367-418, 2008. p. 247.

67 Assim explicita o autor em um de seus diversos artigos sobre o tema: “WTO law already serves ‘constitutional functions’: it protects freedom and non-discrimination across frontiers far beyond the unilateral domestic guarantees in all 135 WTO member states. By ensuring legally binding dispute settlement rulings and appellate review within short time-limits, the compulsory WTO dispute settlement system promotes rule of law more effectively than any other worldwide treaty system. The WTO Agreement asserts legal supremacy over the more than 20 worldwide trade agreements listed in the WTO Annexes. It also provides a legal framework for the periodic negotiation of new WTO Agreements. [...] If the WTO Agreement can be linked to a ‘constitution’, would the legitimacy, democratic acceptability, and legal consistency of WTO law not benefit from including additional constitutional safeguards such as human rights?” PETERSMANN, Ernst-Ulrich. The WTO Constitution and Human Rights. *Journal of International Economic Law*, v. 3, p. 19-25, 2000.

Assim, o Sistema de Solução de Controvérsias desempenha um papel essencial na passagem de uma inadequada perspectiva “*hobbesiana*” do Direito Internacional - como instrumento de coexistência entre os Estados - rumo à construção de um “*Direito Internacional da Integração*”.⁶⁸ Por outro lado, embora existente e necessário, o constitucionalismo relacionado à OMC estaria limitado pelas concepções obtusas dos membros da Organização, que estariam em violação à disciplina multilateral ao restringir e coibir mecanismos de transparência e *accountability* em aspectos democráticos e judiciais.⁶⁹

Dessa forma, a perspectiva do constitucionalismo aplicada à OMC, embora sujeita ao subjetivismo de sentidos conferidos pelos autores, é noção que retoma a ligação das regras comerciais com o Direito Internacional como um todo.

Diferentemente de uma visão negativista e maniqueísta que tradicionalmente se aplicava a tal ramo do Direito Internacional,⁷⁰ por meio dessa perspectiva, passa-se a vislumbrar uma relação de pertencimento entre o sistema multilateral de comércio e o sistema jurídico internacional como um todo,⁷¹ na busca pela concretização das funções mais amplas da normatividade internacional e, portanto, de construção de uma verdadeira comunidade internacional.

Assim, se por um lado a OMC funciona como um fórum de negociação, em aplicação do paradigma tradicional do Direito Internacional de cooperação, por outro lado a sofisticação do Sistema de Solução de Controvérsias pode indicar características de uma organização de integração, em um paradigma de constituição

nalização do Direito Internacional.⁷²

Em um segundo sentido, a perspectiva comunitária também é aplicada à OMC para conceituá-la como uma “comunidade” de direito (*Gemeinschaft*),⁷³ em análise sociológica de sua constituição, como paradigma substitutivo à perspectiva racionalista. Ambos os sentidos se interconectam. Nessa nova abordagem teórica da OMC, os principais atores do quadro analítico do comércio internacional não são os Estados,⁷⁴ mas a variedade de agentes econômicos individuais - tais como importadores, fornecedores, distribuidores, consumidores etc. - que participam da comunidade do comércio internacional.^{75 76} Nesse viés, a OMC abarca expectativas dos múltiplos integrantes da comunidade, que possuem objetivos compartilhados na manutenção e respeito ao sistema.⁷⁷

Nesse quadro analítico, assumem relevância especial as discussões sobre o Sistema de Solução de Controvérsias da OMC e a responsabilidade internacional no contexto multilateral, uma vez que há na doutrina a percepção de que o elemento de presunção de interesse

72 LAMY, Pascal. The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 5, p. 969-984, 2006. p. 970.

73 CHO, Sungjoon. Beyond Rationality: A Sociological Construction of the World Trade Organization. *Virginia Journal of International Law*, v. 52, p. 321-354, 2011-2012. p. 321.

74 É necessário destacar que o termo é utilizado nessa sentença para designar os Estados como unidades básicas da sociedade internacional e participantes da OMC, contudo não somente Estados são aceitos como membros da OMC, que está aberta também à acessão de “territórios aduaneiros”. Nesse sentido esclarece a primeira das notas explicativas do Acordo Constitutivo da OMC “*Entende-se que os termos ‘país’ e ‘países’ tais como utilizados no presente Acordo e nos Acordos Multilaterais de Comércio incluem quaisquer territórios aduaneiros autônomos dos membros da OMC.*” Caso único é o da União Europeia, por sua vez, é membro da OMC em status independente de seus Estados membros, como explica-se adiante.

75 CHO, Sungjoon. Beyond Rationality: A Sociological Construction of the World Trade Organization. *Virginia Journal of International Law*, v. 52, p. 321-354, 2011-2012. p. 343.

76 MANN, Erika. A Parliamentary Dimension to the WTO: More than Just a Vision. Reforming the World Trading System. In: PETERSMANN, Ernst- Ulrich. *Reforming the World Trading System: Legitimacy, Efficiency and Democratic Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 421-428. p. 421.

77 As autoras mencionam valores compartilhados entre os próprios membros da Organização, debatendo a relevância da OMC em um referencial teórico de global governance, que possui convergências relevantes com este trabalho: DAIBERT, Letícia de Souza; PERES, Ana Luísa Soares. Governança global e a Organização Mundial do Comércio: desafios impostos pelo novo mandato de desenvolvimento. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 217-238, 2014. p.217-238.

68 PETERSMANN, Ernst-Ulrich. From the Hobbesian International Law of Coexistence to Modern Integration Law: The WTO Dispute Settlement System. *Journal of International Economic Law*, v. 1, issue 2, p. 175-198, 1998.

69 PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Multilevel Judicial Governance as Guardian of the Constitutional Unity of International Economic Law. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 30, issue 3, p. 233-270, 2008. p. 248.

70 A exemplo, confira-se o posicionamento de Celso Duvivier de Albuquerque Mello: “[...] *As perspectivas que vemos para o Direito Internacional Econômico é que ele é um direito visando a legalizar a exploração dos países pobres pelos ricos. Repetimos, é um ramo do Direito Internacional Público que perdeu a noção de justiça essencial a todo Direito. Ele é o lado negro do Direito Internacional Público. [...]*” MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Perspectivas do direito internacional econômico. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de (Coord.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LIT, 1998. p. 70-93. p. 93.

71 TRACHTMAN, Joel P. The Constitutions of the WTO. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 3, p. 623-646, 2006. p. 624.

econômico ou jurídico na instauração de procedimentos de solução de controvérsias simbolizaria a confirmação da hipótese de comunitarização da OMC.⁷⁸

Isto é, o fato de cada membro ser capaz de acionar a responsabilização por violação da normativa multilateral ainda que não tenha interesse direto ou pessoal, explicita a existência de um interesse “comunitário” ou interesse “sistêmico” no respeito à legalidade.⁷⁹ Essa faceta de institucionalização da responsabilidade internacional no sistema multilateral de comércio simbolizaria uma primazia do respeito ao direito em substituição à lógica de reparação, em valorização aos interesses comuns.^{80 81}

Em ambos os sentidos, a perspectiva comunitária simboliza a passagem da compreensão da OMC em uma lógica contratual e interestatal clássica para uma interpretação das “dimensões constitucionais” do sistema multilateral de comércio, em face aos agentes econômicos individuais integrantes da comunidade do comércio internacional e como parte do sistema jurídico internacional em um sentido mais amplo.⁸²

A comparação com a evolução do ordenamento jurídico comunitário europeu é oportuna, e não escapa a di-

versos doutrinadores,⁸³ que buscam na União Europeia preciosas lições para o futuro do Direito Internacional.⁸⁴ Assim como o atual Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)⁸⁵ foi essencial no desenvolvimento da ordem jurídica comunitária -⁸⁶ transformando tratados originariamente intergovernamentais, através de interpretações constitucionais centradas no cidadão, em ins-

83 SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. Future of International Law Is Domestic (or, the European Way of Law). *Harvard International Law Journal*, v. 47, p. 327-352, 2006. HSUEH, Ching-wen. Direct Effect, WTO Compliance Mechanism and the Protection for Individuals: Lessons Learned from the EC. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, v. 4, issue 2, p. 521-556, Sep. 2009. PETERSMANN, Ernst-Ulrich. From the Hobbesian International Law of Coexistence to Modern Integration Law: The WTO Dispute Settlement System. *Journal of International Economic Law*, v. 1, issue 2, p. 175-198, 1998. PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Multilevel Judicial Governance as Guardian of the Constitutional Unity of International Economic Law. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 30, issue 3, p. 367-418, 2008. PETERSMANN, Ernst-Ulrich. PETERSMANN, Ernst-Ulrich. The Future of the WTO: From Authoritarian Mercantilism to Multilevel Governance for the Benefit of Citizens. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, v. 6, issue 1, p. 45-80, Mar. 2011.

84 Embora não se tenha o objetivo de discutir as causas e o alcance da crise econômica com a qual tem se deparado a União Europeia, é relevante destacar que tal crise não desabona o significativo desenvolvimento normativo-institucional do ordenamento jurídico comunitário, com características ímpares como: primazia do direito comunitário, direta aplicabilidade, acesso ao sistema jurisdicional e aplicação de direitos e garantias supranacionais. Desse modo, a crise não abala a capacidade dessa ordem jurídica de oferecer modelos de mecanismos e instrumentos bem sucedidos, especialmente no que tange à lógica diferenciada de relação entre o Direito Internacional (comunitário) e o direito interno dos Estados membros.

85 Referimo-nos ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) como o órgão jurisdicional principal da atual União Europeia. Sua configuração modificou-se com o passar do tempo, assim como sua nomenclatura, uma vez que era anteriormente designado Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE). O trabalho não faz diferenciação precisa entre eles, e pela compreensão de continuidade, nos referimos também por meio da sigla TJUE/TJCE.

86 Cita-se jurisprudência paradigmática nesse sentido, por exemplo: *Caso Van den et Loos*, no qual TJUE reconheceu a Comunidade como constitutiva de uma “Nova Ordem Jurídica” de direito internacional, “[...] pelo fato de os Estados terem limitado seus direitos soberanos, ainda que em áreas limitadas, e os sujeitos que lhe estão subordinados não constituem somente os Estados-membros, mas também seus nacionais” *Van Gend en Loos v. Administratie der Belastingen* (Rec.1963, p.1), Case 26/62, 05 fev. 1963. p. 3. Também é relevante a posição explicitada no caso *Costa-E.N.E.L.*: “Ao criar uma comunidade de duração ilimitada, detentora de suas próprias instituições, sua própria personalidade, sua própria capacidade e capacidade de representação no plano internacional e, particularmente, poderes reais oriundos de uma limitação de soberania ou uma transferência de poderes dos Estados para a comunidade, os Estados Membros limitaram seus poderes, ainda que em áreas limitadas, e criaram um corpo de direito que subordina tanto seus nacionais quanto os próprios Estados.” *Costa / E.N.E.L.* (Rec.1964, p.585), Case 6/64, 15 jul. 1964. p. 1141.

78 Embora seja crescente essa interpretação, há também ceticismo em relação à extensão do significado dessa presunção. Nesse sentido, Alberto do Amaral Junior afirma “Na conjuntura atual, o prejuízo indireto decorrente de um interesse sistêmico não permite ao membro exercer o papel de ministério público nem lhe faculta propor uma espécie de *actio popularis* para a defesa do interesse público na OMC.” AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 107.

79 LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 134

80 “An important, and in many ways innovative, feature of this system is the presumption of legal and economic interest in bringing proceedings, which confirms the hypothesis of a ‘communitization’ of WTO law: each Member State can enforce WTO law whether or not it has a direct and personal interest – in the interests, so to speak, of the ‘community of states parties’. [...]” LAMY, Pascal. The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 5, p. 969–984, 2006. p. 976.

81 Para uma discussão acerca dessa lógica atual de responsabilidade e das possibilidades de melhora, Cf: ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. Os mecanismos de indução ao cumprimento no âmbito da OMC. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 257-279, 2014. VIDIGAL, Geraldo. Re-assessing WTO Remedies: The Prospective and the Retrospective. *Journal of International Economic Law*, v. 16, issue 3, 505-534, Jul. 2013.

82 PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Multi-Level Judicial Trade Governance without Justice? On the Role of Domestic Courts in the WTO Legal and Dispute Settlement System. *EUI Working Paper LAW*, n. 44, p. 8, 2006. PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Multilevel Judicial Governance as Guardian of the Constitutional Unity of International Economic Law. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 30, issue 3, p. 367-418, 2008.

trumentos constitucionais de proteção da comunidade e dos direitos individuais – acredita-se que o Sistema de Solução de Controvérsias possa de fato desempenhar papel central na comunitarização da OMC.⁸⁷

Contudo, é preciso diferenciar aspectos descritivos e prescritivos do fenômeno em análise. Isto é, por um lado, nos Acordos Regionais de Comércio a promoção de segurança nas relações econômicas internacionais através de mecanismos de solução de controvérsias constitui-se como um de seus elementos essenciais. No entanto, em contraste com o Direito Comunitário, o Direito Internacional emanado da OMC é classicamente compreendido como fonte de direitos e obrigações entre Estados, em desconsideração a direitos individuais.⁸⁸

Essa perspectiva – que se mostra prevalente na academia, nos quadros da OMC e na diplomacia dos diferentes Estados, pode ser superada, por meio da interpretação constitucional, conforme explicitada *supra*. Destaca-se, inclusive, o papel central que a academia exerce na própria construção de uma agenda comunitária no paradigma do constitucionalismo.

Desse modo, Ernst-Ulrich Petersmann destaca que a realização dos objetivos mais amplos do sistema multilateral e de seu sistema de solução de controvérsia, relacionados à segurança e previsibilidade, só pode se dar em plenitude sob uma perspectiva focada no cidadão, a partir de reformas que promovam uma governança coerente entre esse Sistema de Solução de Controvérsias e os órgãos domésticos.⁸⁹

Ademais, as obrigações dos membros da OMC não podem ser interpretadas descontextualizadas de obrigações prescritas na Carta da ONU,^{90 91} tais como o respeito à justiça e observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais. Isto é, o sistema jurídico internacional coexiste como um todo e as organizações internacionais – dentre elas a OMC – são aspectos integradores do constitucionalismo global e se prestam à concretização da ideia de comunidade internacional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de não ser uma ideia recente, a renovada interpretação conferida à teoria do constitucionalismo no Direito Internacional apresenta relevância no contexto de juridificação e jurisdicionalização das diferentes temáticas, dentre elas o comércio internacional.

Embora não sem resistência, a perspectiva do constitucionalismo é uma concepção recentemente aplicada ao sistema multilateral de comércio, buscando vislumbrar na OMC facetas prospectivas e preceptivas desse fenômeno. Diretamente vinculada a essa matriz teórica, encontra-se a ideia de comunitarização da OMC, que se apresenta como uma possibilidade de reinvenção do sistema multilateral de comércio, mas que exigiria diversas transformações por parte de seus membros.

Como se buscou salientar, a evolução da realidade internacional e dos diferentes paradigmas de Direito Internacional que sob elas recaem tem se dado de modo a concretizar a noção de comunidade internacional, que se constrói para além do voluntarismo dos Estados e necessariamente incluindo os sujeitos que antes tinham atuação apenas no interior dos Estados.

O Direito Internacional contemporâneo busca se reerguer em novos fundamentos, que levem em conta valores essenciais da humanidade como um todo, o que exige que o Direito Internacional seja traduzido em es-

87 PETERSMANN, Ernst-Ulrich. De-Fragmentation of International Economic Law through Constitutional Interpretation and Adjudication with Due Respect for Reasonable Disagreement. *Loyola University Chicago International Law Review*, v. 6, issue 1, p. 209-248, 2008-2009.

88 PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Multi-Level Judicial Trade Governance without Justice? On the Role of Domestic Courts in the WTO Legal and Dispute Settlement System. *EUI Working Paper LAW*, n. 44, p. 9, 2006.

89 PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Multi-Level Judicial Trade Governance without Justice? On the Role of Domestic Courts in the WTO Legal and Dispute Settlement System. *EUI Working Paper LAW*, n. 44, p. 12, 2006.

90 BRASIL. *Carta da ONU*. Decreto nº 19.841, 22 out. 1945, que promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

91 BRASIL. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Versão oficial em português segundo o decreto n. 7.030, 14 dez. 2009, que promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

truturas, instituições e mecanismos que abarquem níveis de normatividade e governança que alcancem o cidadão. Esse quadro demanda, assim, uma reestruturação da ordem jurídica internacional para além dos Estados e também em face dos indivíduos, e, por isso, se destaca a relevância do paradigma constitucionalista do Direito Internacional.

Embora a concepção de constituição no Direito Internacional não seja recente, a sua aplicação tem sido desenvolvida pela doutrina nas últimas décadas, como um paradigma de substituição à ordem internacional estatocêntrica, e em contraposição à corrente fragmentária, revisitando, assim, a unidade e a coerência como pilares do sistema jurídico internacional.

Assim, a Organização Mundial do Comércio, embora constituída e operacionalizada com o objetivo primordial de liberalização do comércio, não pode ser interpretada de maneira dissociada desse contexto mais amplo do sistema jurídico internacional. A concretização satisfatória de seus objetivos mais amplos e a implementação eficaz das obrigações estabelecidas pelo sistema multilateral de comércio somente tem espaço em uma abordagem que insira a OMC na comunidade internacional, e que portanto leve em conta valores e obrigações que compõem o constitucionalismo global.

Se o constitucionalismo tem se mostrado como perspectiva capaz de substituir as noções problemáticas de soberania e consenso na formação do Direito Internacional por outros fundamentos, considerando parâmetros de legitimidade, democracia e transparência, a OMC pode ser um espaço de consolidação e aplicação do *international rule of law* que leve em conta os mais diferentes agentes econômicos internacionais - tais como importadores, fornecedores, distribuidores, consumidores, etc. - que participam da comunidade do comércio internacional e que possuem interesses legítimos na construção e efetivação de suas expectativas.

Naturalmente, a aplicação desse paradigma à OMC enfrenta ceticismo e críticas não somente na academia, mas principalmente entre os atores que lidam com a prática do sistema multilateral e que podem tender a interpretá-lo de maneira hermética e “tecnicista”. Para além dos obstáculos enfrentados, contudo, há que se destacar o papel central que a academia exerce na própria construção de uma agenda comunitária no paradigma do constitucionalismo, sob uma perspectiva prescritiva e não somente descritiva.

Analisar o Direito Internacional e a Organização Mundial do Comércio sob a perspectiva constitucionalista significa vislumbrá-los como instrumentos universalizantes de transformação positiva da realidade internacional e de concretização de valores e interesses comunitários.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008.

BARRAL, Welber. De Bretton Woods a Doha. In: BARRAL, Welber. (Org). *O Brasil e a OMC*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

BARRAL, Welber; PRAZERES, Tatiana. Solução de controvérsias. In: BARRAL, Welber. (Org). *O Brasil e a OMC*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 27-46.

BRASIL. *Carta da ONU*. Decreto nº 19.841, 22 out. 1945, que promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Versão oficial em português segundo o decreto n. 7.030, 14 dez. 2009, que promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

CAPUCIO, Camilla. Apontamentos sobre Francisco de Vitória e Francisco Suarez: construção doutrinária e fundamento do jus gentium. In: MENEZES, Wagner. (Org). *Direito internacional clássico e seu fundamento*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 62-74.

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit International Économique*. Paris: Dalloz, 2007.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional pós-moderno e a revisão dos modelos institucional e normativo*. In: CASELLA, Paulo Borba. *BRIC- Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul: uma perspectiva de cooperação internacional*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 113-137.

- CASELLA, Paulo Borba. Fundamentos e perspectivas do direito internacional pós-moderno. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, p. 433-466, jan./dez. 2006.
- CASS, Deborah Z. The “Constitutionalization” of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade’. *European Journal of International Law*, v. 12, p. 39-75, 2001.
- CHO, Sungjoon. Beyond Rationality: A Sociological Construction of the World Trade Organization. *Virginia Journal of International Law*, v. 52, p. 321-354, 2011-2012.
- CLODOVIL, Leonor Augusta Giovine. *O interesse público no Antidumping*. 2009. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- COHEN, Harlan Grant. From Fragmentation to Constitutionalization. *Pacific McGeorge Center for Global Business and Development Law Journal*, v. 25, p. 381-394, 2012.
- DAIBERT, Leticia de Souza; PERES, Ana Luísa Soares. Governança global e a Organização Mundial do Comércio: desafios impostos pelo novo mandato de desenvolvimento. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 217-238, 2014.
- DUNOFF, Jeffrey L. Constitutional Concepts: The WTO’s ‘Constitution’ and the Discipline of International Law. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 3, p. 647-675, 2006.
- DUNOFF, Jeffrey L. Why Constitutionalism Now? Text, Context and the Historical Contingency of Ideas. *Journal of International Law and International Relations*, v. 1, p. 191-211, 2004-2005.
- DUPUY, Pierre-Marie. L’unité de l’ordre juridique international: cours général de droit international public. *Recueil des cours*, v. 297, p. 9-489, 2002.
- DUPUY, Pierre-Marie. The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v. 1, p. 1-32, 1997.
- ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. Os mecanismos de indução ao cumprimento no âmbito da OMC. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 257-279, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- FIGUEIREDO, Celso Henrique Cadete de. A promoção de accountability na Organização Mundial do Comércio: uma análise horizontal e vertical. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 279-309, 2014.
- FRIEDMANN, Wolfgang. *The Changing Structure of International Law*. New York: Columbia University Press, 1964.
- FROWEIN, Jochen A. Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law. *Recueil des cours*, v. 248, p. 349-445, 1994.
- HSUEH, Ching-wen. Direct Effect, WTO Compliance Mechanism and the Protection for Individuals: Lessons Learned from the EC. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, v. 4, issue 2, p. 521-556, Sep. 2009.
- JACKSON, John H. The Great 1994 Sovereignty Debate: United States Acceptance and Implementation of the Uruguay Round Results. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 36, p. 157-188, 1998.
- JACKSON, John H. The WTO “Constitution” and Proposed Reform: Seven “Mantras” Revisited. *Journal of International Economic Law*, v. 4, p. 67-78, 2001.
- JACKSON, John. *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- JACKSON, John H. *The Jurisprudence of GATT and the WTO*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- LAFER, Celso. O Gatt, a cláusula de nação mais favorecida e a América Latina. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, n. 55/60, p. 133-151, 1972-1974.
- LAFER, Celso. O sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de (Coord.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998. p. 729-755.
- LAMY, Pascal. The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 5, p. 969-984, 2006.
- LAUTERPACHT, Hersch. Règles générales du droit de la paix. *Recueil des cours*, v. 62, p. 95-422, 1937.

- LAUTERPACHT, Hersch. The international protection of human rights. *Recueil des cours*, v. 70, p. 1-108, 1947.
- MANN, Erika. A Parliamentary Dimension to the WTO: More than Just a Vision. Reforming the World Trading System. In: PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *Reforming the World Trading System*. Legitimacy, Efficiency and Democratic Governance. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 421-428.
- MCGINNIS, John O.; MOVSESIAN, Mark L. The World Trade Constitution. *Harvard Law Review*, v. 114, issue 2, p. 511-605, Dec. 2000.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Perspectivas do direito internacional econômico. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de (Coord.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998. p. 70-93.
- MENEZES, Wagner. *A Jurisdicionalização do direito internacional: conflitos de competência entre tribunais internacionais, sua prevenção e resolução*. 2011. 513 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Unijuí, 2005.
- MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Acordos e documentos*. Disponível em: <www.wto.org>. Acesso em: 10 fev. 2016.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Legal Affairs Division. *WTO analytical index: Guide to WTO Law and Practice*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/analytic_index_e.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.
- PETERS, Anne. The merits of global Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, p. 397-411, 2009.
- PETERS, Anne; ARMINGEON, Klaus. Introduction-Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, p. 385-395, 2009.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich. From the Hobbesian International Law of Coexistence to Modern Integration Law: The WTO Dispute Settlement System. *Journal of International Economic Law*, v. 1, issue 2, p. 175-198, 1998.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich. How to Constitutionalize International Law and Foreign Policy for the Benefit of Civil Society? *Michigan Journal of International Law*, v. 20, p. 1-30, 1998. p. 13.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Human Rights, International Economic Law and Constitutional Justice: A Rejoinder. *European Journal of International Law*, v. 19, issue 5, p. 955-960, 2008.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Legal, Economic and Political Objectives of National and International Competition Policies: Constitutional Functions of WTO "Linking Principles" for Trade and Competition. *New England Law Review*, v. 34, p. 145-162, 1999.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Multilevel Judicial Governance as Guardian of the Constitutional Unity of International Economic Law. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 30, issue 3, p. 367-418, 2008.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich. The Future of the WTO: From Authoritarian Mercantilism to Multilevel Governance for the Benefit of Citizens. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, v. 6, issue 1, p. 45-80, Mar. 2011.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich. The WTO Constitution and Human Rights. *Journal of International Economic Law*, v. 3, p. 19-25, 2000.
- RANGEL, Vicente Marotta. Francisco de Vitoria y el Federalismo Internacional. In: MANGAS MARTÍN, Araceli. *La Escuela de Salamanca y el Derecho Internacional en America: del Pasado al Futuro*. Salamanca: Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional, 1993. p. 205-214.
- SCELLE, Georges. Règles générales du droit de la paix. *Recueil des cours*, v. 46, p. 327-703, 1933.
- SCHWARZENBERGER, Georg. The fundamental principles of international law. *Recueil des cours*, v. 87, p. 191-385, 1955.
- SCHWARZENBERGER, Georg. The principles and standards of international economic law. *Recueil des cours*, v. 117, p. 1-98, 1966.
- SILVA, Elaine Cristina Gonzaga da. *Juridicização das relações internacionais e solução de controvérsias: análise do sistema multilateral de comércio*. 2007. 225 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

- SILVA, Roberto Luiz. *Direito econômico internacional e direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international law. *Recueil des cours*, v. 250, p. 217-384, 1994.
- SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. Future of International Law Is Domestic (or, the European Way of Law). *Harvard International Law Journal*, v. 47, p. 327-352, 2006.
- THORSTENSEN, Vera. *OMC - Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001.
- TOMUSCHAT, Christian. International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century. General course on public international law. *Recueil des cours*, v. 281, p. 9-438, 1999.
- TRACHTMAN, Joel P. The Constitutions of the WTO. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 3, p. 623-646, 2006.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. International law for humankind: towards a new jus gentium (II). General course on public international law. *Recueil des cours*, v. 317, p. 9-312, 2005.
- VAN AAKEN, Anne. Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, p. 483-512, 2009.
- VERDROSS, Alfred. Le fondement du droit international. *Recueil des cours*, v. 16, p. 247-323, 1927.
- VILLALPANDO, Santiago. The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law? *European Journal of International Law*, v. 21, n. 2, p. 387-419, 2010.
- WALDOCK, Humphrey. General course on public international law. *Recueil des cours*, v. 106, p. 1-251, 1962.
- YASUAKI, Onuma. A Transcivilizational Perspective on International Law. Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century. *Recueil des cours*, v. 342, p. 77-418, 2010.
- ZACHER, Mark. The Decaying pillars of the Westphalian temple: Implications for International Order and Governance. In: ROSENAU, James; CZEMPIEAL, Ernst-Otto. *Governance, Order and Change in World Politics*. Cambridge: University Press, 1992. p. 58-101.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Escassez hídrica e direito internacional econômico: o Brasil como protagonista na transferência de água para regiões áridas

Water scarcity and international economic law: Brazil as a key-actor in transferring water to arid regions

Douglas de Castro

Escassez hídrica e direito internacional econômico: o Brasil como protagonista na transferência de água para regiões áridas*

Water scarcity and international economic law: Brazil as a key-actor in transferring water to arid regions

Douglas de Castro**

RESUMO

O artigo tem por objetivo geral operacionalizar o conceito de água virtual com base na revisão de literatura especializada para, em seguida, aproximá-lo do direito internacional econômico com o objetivo específico de apresentar as implicações de natureza econômica e ambiental no comércio internacional de produtos agrícolas e a sua contribuição para diminuir a escassez hídrica em regiões áridas. Para tanto, apresentaremos o conceito de água virtual como originalmente formulado por Anthony Allan e a posterior incorporação no conceito dos indicadores de water footprint e rotulagem, que juntos apresentam um modelo com grande potencial analítico. Em seguida, abordaremos os temas associados ao comércio internacional que sofrem a influência do conceito da água virtual, enfrentando, inclusive, alegações de práticas discriminatórias no âmbito do GATT. A análise contará na sua dimensão empírica com o método qualitativo de estudo do caso brasileiro e utilização de técnica de process tracing, sendo justificada a escolha do caso como um typical case pelo protagonismo internacional do Brasil na exportação de bens agrícolas vis-à-vis as responsabilidades assumidas em temas ambientais. Conclui-se da análise do caso que o Brasil reúne as condições internas e externas para a utilização do conceito de água virtual como vantagem comparativa em foros multilaterais para ampliar o fluxo de água que “escorre” no comércio internacional e contribuir para a redução dos efeitos da escassez hídrica em países áridos. Com este estudo espera-se contribuir para o diálogo entre os dois temas que têm recebido pouca atenção no Brasil.

Palavras-chave: Água virtual. Comércio internacional. Escassez hídrica.

* Recebido em 23/03/2016
Aprovado em 08/05/2016

** Douglas de Castro, LL.M. pela Brigham Young University, Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Doutor em Ciência Política pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, Pós-Doutorando em Direito Internacional Econômico pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. *E-mail:* dougcastro@gmail.com.

ABSTRACT

This article has the objective to operationalize the concept of virtual water drawing from the literature review and then move it close to the international economic law with the specific objective of presenting the economic and environmental implications in international trade of agricultural products and its contribution to reduce water scarcity in arid regions. The-

refore, we will introduce the concept of virtual water as originally formulated by Anthony Allan and the incorporation into the concept of the water footprint and labeling indicators, which together present a model with great analytical potential. Then we discuss the issues related to international trade that are influenced by the concept of virtual water, including allegations of discriminatory practices under the GATT. The analysis in its empirical dimension will use the qualitative method of case study of the Brazilian case and will use the process tracing technique, justifying the case selection as a typical one in regards to the international role of Brazil in exporting agricultural goods vis-à-vis the responsibilities assumed on environmental issues. It is clear from the analysis that Brazil joins internal and external conditions for the application of the concept of virtual water as comparative advantage in multilateral forums to increase the flow of water in international trade and contribute to reducing the effects water scarcity in arid countries. This study is expected to contribute to the dialogue between these two areas that have received little attention in Brazil.

Keywords: Virtual water. International trade. Water scarcity.

1. INTRODUÇÃO

A água é um dos elementos mais importantes para manutenção da vida no planeta. No entanto, a sua distribuição desigual coloca algumas regiões em situação de grave stress hídrico, portanto, tornando-se uma questão de política pública a necessidade de se fixar prioridades para que o uso da água seja sustentável, viabilizando, assim, a sobrevivência dos seres humanos e continuidade de atividades a ela associadas.

Dentre os usos que são feitos da água, a utilização na agricultura e pecuária geram implicações importantes ante a crescente demanda por alimentos em quantidade e qualidade suficientes para satisfazer as necessidades básicas. Ocorre que não obstante sua importância, a agricultura e pecuária são atividades antrópicas que mais consomem e poluem as fontes de água no planeta, especialmente nos processos altamente dependentes de irrigação.

Desse modo, em razão destes cenários contraditórios questiona-se: como conciliar em países onde há a presença de escassez hídrica a necessidade de priorizar

os usos da água com a produção de alimentos, ambos elementos essenciais para a realização dos direitos humanos?

A resposta para esse questionamento passa primeiramente pelo reconhecimento da premissa básica que em uma situação de stress hídrico a prioridade recairá sobre o uso que garanta a sobrevivência humana. Por outro lado, a sobrevivência humana também demanda o acesso a alimentos em qualidade e quantidade suficientes para se atingir a adequada segurança alimentar.

O enfrentamento dessa problemática passa pela adoção de uma abordagem que contemple duas atividades próprias do ser humano: o exercício da criatividade para resolução de problemas e a produção do direito.

Sob o ponto de vista de uma abordagem criativa, a utilização do conceito da água virtual tornaria possível equacionar os usos da água que concorrem com a agricultura em regiões áridas.

O conceito operacional de água virtual está ligado à transferência da água utilizada na produção de alimentos de uma região para outra pela via do comércio internacional. Neste processo há uma compensação de disponibilidade de água entre as regiões, ou seja, os produtos com alta demanda de uso de água na sua produção seriam importados, fazendo, assim, com que a prioridade de utilização da água recaia sobre aqueles ligados diretamente a sobrevivência e, portanto, mitigando os efeitos da escassez hídrica. Na outra ponta, os países com água em abundância passariam a transferir a água consumida na produção de alimentos pela sua exportação para países áridos, atribuindo, assim, valor econômico para a água.

Estima-se, conforme se comprovará mais adiante, que a água virtual que “escorre” pela via do comércio internacional alcança o volume anual de 2 bilhões de metros cúbicos, ou seja, o volume anual de grandes rios internacionais como o Congo e Ganges. Nesse ponto, a dimensão do direito internacional econômico torna-se indispensável como regulador de fluxos de produtos altamente dependentes de água para regiões do globo que não podem produzi-los em detrimento de usos essenciais para a própria sobrevivência do homem e animais, trazendo, assim, implicações importantes para enfrentar os efeitos negativos da escassez hídrica e, por consequência, incrementar a segurança hídrica e alimentar nestes países.

A condução da análise proposta neste trabalho será feita com base no modelo criatividade-direito internacional econômico conforme exposto acima a partir de uma metodologia qualitativa de pesquisa que buscará encontrar as causas determinantes que sustentam o modelo. Utilizaremos o método de abordagem hipotético-dedutivo que será norteado pela seguinte hipótese de pesquisa: a inserção do conceito de água virtual no contexto e prática do comércio internacional possui implicações importantes para a redução dos efeitos negativos da escassez hídrica em regiões áridas ao mesmo tempo que enfrenta o problema da tragédia dos comuns ao atribuir uma dimensão econômica à água.

Como método de procedimento de análise utilizaremos o estudo de caso e como técnica de pesquisa o *process tracing*. Justifica-se a sua adoção pelo objetivo de identificar na análise do caso os elementos e causas que o modelo criatividade-direito internacional econômico apresenta a partir da hipótese formulada, que por sua vez somente podem ser captadas pela micro-observação utilizando a técnica de *process tracing*.

O caso que se adota para estudo é o do Brasil por razões teóricas e práticas. Na dimensão teórica, sua escolha segue o critério de *typical case* para a teoria, ou seja, o caso brasileiro apresenta a abundância em água e na produção de commodities com alta demanda de utilização de água. Na dimensão prática, há grande disponibilidade de fontes primárias de pesquisa que sugerem a participação do Brasil na transferência de água para regiões áridas pelo comércio internacional.

A estrutura do trabalho contará com o debate sobre os pressupostos teóricos do conceito de água virtual e sua relação com o comércio internacional de produtos agrícolas, apresentando uma revisão de literatura que tem por finalidade operacionalizar os conceitos e apontar seus pontos de intersecção para a formação da nova teoria contida na hipótese, para que então possa ser testada empiricamente no caso brasileiro.

O objetivo geral do trabalho a partir das considerações feitas é apontar as implicações e pressupostos da aplicação do conceito de água virtual no direito internacional econômico e a sua potencial contribuição para redução dos efeitos negativos da escassez hídrica.

Como objetivos específicos se buscará apresentar evidências minimamente suficientes que possam confirmar a hipótese, apresentar as limitações da pesquisa e indicar condições para a formação de uma agenda de

pesquisa que possa avançar na temática.

Ademais, não se pretende esgotar neste trabalho as dimensões teórica e empírica sobre a aplicação da água virtual no comércio internacional, mas, outrossim, apresentar uma contribuição inovadora e significativa para o acúmulo de conhecimento sobre a temática, cujo modelo teórico aqui proposto é pouco explorado na área do direito internacional econômico e ambiental.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Produção agrícola e o conceito de água virtual

Não se pode falar em água sem relacioná-la à própria história da humanidade e nos aspectos culturais, políticos, sociais e econômicos do seu desenvolvimento. A necessidade de ordenar o uso da água para a agricultura é, sem dúvida, a mais antiga forma de racionalizar a sua utilização.¹

O desenvolvimento de técnicas de cultivo e irrigação de culturas foi o grande responsável pelo desenvolvimento das civilizações ribeirinhas, especialmente nos rios Nilo, Tigre-Eufrates, Indo, Amarelo e Yangtzé, sem contar as antigas civilizações da América Central e do Sul.²

Na esteira do desenvolvimento da humanidade e em relação à crescente necessidade de bens e serviços essenciais para a manutenção da vida humana, como especial menção à necessidade de alimentação, os processos de irrigação respondem, mundialmente, por pelo menos 70% do consumo total de água em atividades antrópicas.³ Adicione-se ao necessário uso da água nessas atividades as fontes de poluição que passam a preocupar cada vez mais, especialmente no tocante à contaminação das águas subterrâneas.⁴

1 REBOUÇAS, Aldo da Cunha; Tundisi, José Galizia (Coord.). *Águas doces no Brasil*. São Paulo: Escrituras, 1999. p. 10.

2 TECLAFF, Ludwik A. *The river basin in history and law*. Haia: Martinus Nijhoff, 1967. p.22.

3 CLARKE, Tony; MAUDE, Barlow. *Ouro azul: como as grandes corporações estão se apoderando*. São Paulo: M. Books, 2003. p. 5; REBOUÇAS, Aldo da Cunha; Tundisi, José Galizia (Coord.). *Águas doces no Brasil*. São Paulo: Escrituras, 1999. p. 121; UNITED NATIONS WORLD WATER ASSESSMENT PROGRAMME. *Water for people, water for life*. New York: Berghahn Books, 2003. p. 17.

4 HOMER-DIXON, Thomas. *The ingenuity gap: facing the economic, environmental, and other challenges of an increasingly com-*

Nesse contexto de alto crescimento populacional, aumento da demanda pela produção de alimentos e o surgimento de novas fontes de poluição *versus* a limitação física do estoque de água disponível no planeta, surge o conceito de água virtual.⁵

O conceito de água virtual é atribuído a Anthony Allan, que sistematiza os principais elementos do conceito e destaca a crescente necessidade de água decorrente do crescimento populacional e do padrão de consumo de alimentos. Segundo o autor, a água virtual é “the water required to produce the food, goods and services that we consume daily”.⁶ Ainda segundo o autor, à água é atribuído o adjetivo virtual porque:

[...] once the wheat is grown, the real water used to grow it is no longer actually contained in the wheat. The concept of virtual water helps us realize how much water is needed to produce different goods and services. In semi-arid and arid areas, knowing the virtual water value of a good or service can be useful towards determining how best to use the scarce water available.⁷

A produção de bens e serviços dependem do uso da água em maior ou menor escala. A água utilizada na produção agrícola chama-se virtual, pois, em geral, para a produção de 1 quilo de grãos, é necessário o uso do equivalente a 1-2 m³ (1.000-2.000 litros) de água, com as variações atribuídas ao produto segundo a época do plantio, se foi cultivado em país árido ou em país com alta umidade, eficiência do uso da água em processo de irrigação, dentre outros.⁸

Assim, as transferências de bens e serviços entre os países formam “[...] communities and nations that live in river basins (watersheds) operate in “open” economic systems (problem sheds) where resource shortages

can be compensated”.⁹

No entanto, o conceito passou a ter uma maior utilização e ganhou prestígio perante a comunidade científica com a agenda de pesquisa conduzida por A. Y. Hoekstra da Universidade de Twente, Holanda e pela UNESCO-IHE *Institute for Water Education*, que realizaram investigação e quantificação dos fluxos de comércio da água virtual entre os países, tornando o conceito operacional.¹⁰

Embora o conceito seja relativamente simples, ele possui importantes implicações para as dimensões do meio ambiente, política, economia e social de um país, região e globo como um todo.¹¹ Segundo Marta Antonelli e Francesca Greco:

[...]most of the water we use is the water we “eat”, that is the water contained (even if we cannot see it) in the food that arrives on our table after having gone through the various phases of production, transformation and distribution.¹²

A água virtual é a soma dos conceitos de *green water* e *blue water* desenvolvido por Malin Falkenmark¹³, que representa, respectivamente, o volume da água que evapora durante a fase de cultivo e o volume bombeado e usado na fase de cultivo, que deve, ainda, ser somada à água necessária para a dispersão de poluentes utilizados no processo.¹⁴

O anexo I mostra a racionalidade da utilização do conceito de água virtual: os países que integram uma bacia hidrográfica internacional localizada em uma região árida devem priorizar o uso da água na produção de bens e serviços que não demandem grandes quantidades de água. Como se pode verificar no anexo, um ham-

plex and unpredictable future. New York: Vintage, 2002. p. 347-348.

5 Digno de nota é o nexa entre a produção de alimentos e o consumo de petróleo, bem como a produção agrícola de cana de açúcar para produção de etanol como uma fonte alternativa de energia. Nesta última dimensão o conceito de água virtual pode ser aplicado com grande vantagem. Lester Brown aponta que “Producing ethanol at 60c per gallon, Brazil is in a strong competitive position in a world with \$60-a-barrel oil”. BROWN, Lester R. *Plan B 2.0: rescuing a planet under stress and a civilization in trouble*. London: Exp Upd Edition, 2006. p.32.

6 ALLAN, Tony. Fortunately there are substitutes for water otherwise our hydro-political futures would be impossible. *Priorities for water resources allocation and management*, London, p. 13-26, 1993. p. 14.

7 ALLAN, Tony. *Virtual water: tackling the threat to our planet’s most precious resource*. London; New York: I. B. Tauris, 2011. p. 15.

8 HOEKSTRA, Arjen Y.; CHAPAGAIN, Ashok K. *Globalization of water: sharing the planet’s freshwater resources*. Malden: Wiley-Blackwell, 2008. p. 26.

9 ALLAN, Tony. *Virtual water: tackling the threat to our planet’s most precious resource*. London; New York: I. B. Tauris, 2011. p. 16.

10 HOEKSTRA, Arjen Y.; HUNG, P. Q. Virtual water trade: a quantification of virtual water flows between nations in relation to international crop trade. *Value of Water Research Report Series*, n. 11, p. 25-47, Sept. 2002. p. 37.

11 ALLAN, Tony. *Virtual water: tackling the threat to our planet’s most precious resource*. London; New York: I. B. Tauris, 2011. p. 1.

12 ANTONELLI, Marta; GRECO, Francesca. *The water we eat: combining virtual water and water footprints*. New York: Springer, 2015. p. 156.

13 FALKENMARK, Malin. The massive water scarcity now threatening Africa: why isn’t it being addressed? *Ambio*, v. 18, n. 2, p. 112-118, 1989. p.116.

14 HOEKSTRA, Arjen Y.; CHAPAGAIN, Ashok K.; ALDAYA, M.M.; MEKONNEN, M. M. *Water footprint assessment manual: the global standard*. Available at: </en/resources/publications/water-footprint-assessment-manual-global-standard/>. Accessed: 6 May 2016.

búrguer contém 2.400 litros de água virtual, pois leva-se em consideração os processos complexos de produção e distribuição de um simples sanduíche.¹⁵ A revista *The Economist* estima que nos Estados Unidos são consumidos anualmente 40 bilhões de hambúrgueres, que multiplicados pelos 2.400 litros nos mostra um cenário com implicações importantes.¹⁶

Nesses países é fundamental como política pública priorizar os usos que atendam às necessidades fundamentais do ser humano e a manutenção do ecossistema em que ele está inserido para atender requisitos de qualidade de vida¹⁷. Por outro lado, na dimensão da segurança alimentar, o reconhecimento dessas prioridades implica negociar importações de bens e serviços com os países que tenham recursos hídricos em abundância. Um relevante estudo de caso aponta para a confirmação dessa proposição:

In France, for example, 530 litres of water are needed to produce one kilogram of maize in irrigated farming, as against 1,100 litres in Egypt. These differences occur basically because of the higher evapotranspiration rates in hot, arid and semi-arid regions compared to cooler regions with.¹⁸

Assim, o conceito de água virtual promove uma conexão entre a água, alimentos e comércio que segundo Hoekstra “can be an instrument to increase global water use efficiency” em termos de distribuição da água

15 Para efeitos do presente trabalho e dada a complexidade do tema deixaremos de analisar a participação das empresas transnacionais de alimentos e grandes redes de supermercados na transferência da água virtual, reservando a análise à esfera pública de regulação do comércio internacional que é anterior às transações privadas. Com isso não tiramos a importância da participação de grandes empresas no processo que certamente devem fazer parte da agenda de pesquisa sobre água virtual. Ver ANTONELLI, Marta; GRECO, Francesca. *The water we eat: combining virtual water and water footprints*. New York: Springer, 2015. p. 49-50.

16 AS HAMBURGUERS go, so goes America? *The Economist*, 21 Aug. 1997. Available at: <<http://www.economist.com/node/154515>>. Accessed: 17 Apr. 2016.

17 A escassez de água em alguns países, de fato, pode levar a escolhas políticas para restringir a exportação de alimentos. O governo de Israel, por exemplo, desencoraja a exportação de laranjas — tradicionalmente cultivadas com um sistema de irrigação pesado —, para evitar que grandes quantidades de água virtual sejam exportadas para diferentes partes do mundo. LOBO, Thaís. Brasil exporta cerca de 112 trilhões de litros de água doce por ano. *O Globo*, 11 set. 2012. Ciência. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/brasil-exporta-cerca-de-112-trilhoes-de-litros-de-agua-doce-por-ano-6045674>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

18 HORLEMANN, Lena; NEUBERT, Susanne. Virtual water trade: a realistic concept for resolving the water crisis? Bonn: Deutsches Institut für Entwicklungspolitik, 2007.

.¹⁹ Nesse mesmo sentido, Lena Horlemann e Susanne Neubert do *German Development Institute* apresentam implicações que não podem ser desprezadas por acadêmicos e *policy-makers*:

Globally, agricultural trade is already resulting in the “saving” of some 455 km³ of water each year, which is equivalent to about 8 % of water resources compared to local consumption. It thus appears that the potential savings if strategic Virtual Water Trade is introduced consistently are enormous, since the more products produced in use-efficient countries, the more water “saved” globally.²⁰

Como se percebe, a estratégia de utilização da água virtual em produtos agrícolas possui um importante potencial aumentar a sustentabilidade dos usos da água.²¹ No entanto, ainda que sob o ponto de vista lógico, a utilização da água virtual seja um dos meios de solução da má distribuição da água no planeta, ela esbarra em considerações de natureza política e econômicas pautadas pelos interesses nacionais que impõem custos transacionais para os países como se observa nas negociações travadas na Rodada de Doha²², o que vale dizer que a utilização do conceito de água virtual no comércio internacional assume, também, uma dimensão política, pois:

Political decision-makers actively pressing for the increased import of agricultural products in order to conserve water resources at national level. According to Allan, the concept is suitable as the basis of a political strategy, since “serious local water shortages can be very effectively ameliorated by global economic processes.”²³

2.2. Água virtual e direito internacional econômico

Tradicionalmente, o debate sobre a liberalização do comércio de produtos agrícolas está associado a duas dimensões: a importância da agricultura nos países em

19 HOEKSTRA, Arjen Y.; CHAPAGAIN, Ashok K. *Globalization of water: sharing the planet’s freshwater resources*. Malden: Wiley-Blackwell, 2008. p. 78.

20 HORLEMANN, Lena; NEUBERT, Susanne. Virtual water trade: a realistic concept for resolving the water crisis? Bonn: Deutsches Institut für Entwicklungspolitik, 2007.

21 GULBEKIAN, Think Thank. *Water and the future of humanity: revisiting water security*. New York: Springer, 2013. p. 25.

22 NASH, John; MCCALLA, Alex. *Reforming agricultural trade for developing countries: key issues for a pro-development outcome of the Doha round*. Washington: World Bank Publications, 2006. p. 23.

23 ANTONELLI, Marta; GRECO, Francesca. *The water we eat: combining virtual water and water footprints*. New York: Springer, 2015. p. 56.

desenvolvimento e o lento crescimento do comércio de produtos agrícolas dos países em desenvolvimento para os países desenvolvidos.²⁴ O debate incorpora no aspecto econômico a tensão entre os países do Norte desenvolvido e os países do Sul em desenvolvimento e no aspecto ambiental a tensão entre o desenvolvimento e proteção do meio ambiente.²⁵ Nesse sentido Hoekstra assevera:

The WTO rules apply to most products but still exclude or include to a limited extent services and agricultural products. Because 85% of the water consumption in the world occurs in agriculture, concerns with respect to sustainable freshwater use can still be taken into account in the negotiations in the Doha Development Round, the current trade-negotiation round of the World Trade Organization which started in 2001. Trade in agricultural products is one of the key focus areas of the current negotiations. As follows from above, from a sustainable water-use perspective it is key that any new rules on international trade in agricultural products include provisions that ensure that efforts to contribute to more sustainable water use behind the products traded are promoted and rewarded.²⁶

Ainda que se possa superar o debate que essas duas dimensões apresentam com base na premissa de que a água virtual transferida via produtos agrícolas possui grande potencial de reduzir os efeitos da escassez hídrica e aumentar a segurança hídrica e alimentar, a mera liberalização do comércio internacional com a redução de tarifas e a eliminação ou redução de subsídios não são suficientes *per se* para enfrentar apropriadamente a questão²⁷. A água e suas repercussões na produção e cultivo não é a principal preocupação que impulsiona as negociações comerciais, primeiro porque a ela não se atribui preço ou é irrisório e em segundo que outros fatores políticos mascaram sua importância.²⁸

Segundo Hoekstra, será necessário somar aos esforços de redução de tarifas e subsídios a adoção de mecanismos que pudessem assegurar a eficiência da transferência de água pelo comércio internacional na importação e exportação. Se de um lado busca-se mitigar os efeitos da escassez hídrica ao priorizar os usos da água e importar alimentos com alta demanda de água, por outro lado, é fundamental assegurar que o uso da água no cultivo dos produtos seja padronizado e sustentável nas dimensões econômica e ambiental.²⁹

Citando o WTO 2010 World Trade Report para justificar a posição de que somente a redução tarifária não é suficiente para aliviar os efeitos da escassez na esfera nacional, Edith Weiss e Lydia Slobodian sugerem a adoção dos mecanismos de padronização quanto a eficiência do uso da água na produção agrícola: a adoção do *footprint* da água e a rotulagem que serviriam para informar o grau de eficiência de utilização da água.³⁰

O *footprint* da água é um indicador que leva em consideração a utilização da água, sua poluição, clima e solo nas várias etapas do processo produtivo, distribuição e consumo, constituindo assim elemento essencial para a utilização da água virtual no comércio internacional.³¹

Hoekstra e Chapagain apontam os quatro maiores fatores que determinam o *footprint* da água de um país: 1) O volume de consumo baseado na renda média; 2) Os padrões de consumo (p.ex., relação alto X baixo consumo de carne); 3) As condições climáticas de cultivo; e 5) As práticas adotadas na agricultura.³²

Conhecer o *footprint* da água por intermédio da sua inserção nos rótulos dos produtos tenderia a uma maior

24 Para uma melhor compreensão do tema dos subsídios na agricultura indicamos: GOMES, Natália Fernanda. A regulação internacional dos subsídios agrícolas: a contemporaneidade do paradigma realista para a compreensão do sistema de comércio agrícola internacional vigente. *Revista de Direito Internacional*, v.10, n. 1, jun. 2013. doi:10.5102/rdi.v10i1.2067.

25 WEISS, Edith Brown; JACKSON, John H.; BERNASCONI-OSTERWLADER, Nathalie. *Reconciling environment and trade*. Leiden: Brill, 2008. p. 773.

26 HOEKSTRA, Arjen Y. *The relation between international trade and freshwater scarcity*, Jan. 2010. Available at: <https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201005_e.pdf> Accessed: 17 Apr. 2016.

27 CLAPP, Jennifer; COHEN, Marc J. *Global food crisis: governance challenges and opportunities*. Waterloo: Wilfrid Laurier University Press, 2009. p. 43-44; SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 142-144.

28 WORLD TRADE ORGANIZATION. *World Trade Report 2010: Trade in natural resources*, 2010. Available at: <https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr10_e.htm> Accessed: 05 May 2016.

29 HOEKSTRA, Arjen Y.; CHAPAGAIN, Ashok K. *Globalization of water: sharing the planet's freshwater resources*. Malden: Wiley-Blackwell, 2008. p. 34.

30 WEISS, Edith Brown; JACKSON, John H.; BERNASCONI-OSTERWLADER, Nathalie. *Reconciling environment and trade*. Leiden: Brill, 2008. p. 775.

31 "The global water footprint is 7,450 billion m³=yr, which is 1,240 m³=yr per person on average. Humans' green water footprint in the world is 5,330 billion m³=yr, while the blue water footprint amounts to 2,120 billion m³=yr. All the green water goes into agricultural products; the blue water is used for agricultural products (50%), industrial products (34%), and domestic water services (16%)". HOEKSTRA, Arjen Y.; CHAPAGAIN, Ashok K. *Globalization of water: sharing the planet's freshwater resources*. Malden: Wiley-Blackwell, 2008. p. 67.

32 HOEKSTRA, Arjen Y.; CHAPAGAIN, Ashok K. *Globalization of water: sharing the planet's freshwater resources*. Malden: Wiley-Blackwell, 2008. p. 98.

eficiência no uso da água ao incentivar práticas sustentáveis. Nesse sentido para Weiss e Slobodian:

Water labeling in the context of the trade in virtual water would potentially make water content a factor in demand for certain products. Labels give consumers especially valuable information when they relate to attributes not immediately apparent in the final product. Consumers can then draw on environmental, social, and other values in making purchasing decisions, and put pressure on producers to conform to these values.³³

Em termos de rotulagem, para além das negociações entre os Estados no âmbito da competência da OMC, vemos uma crescente tendência que terá impacto na água virtual e comércio internacional e que suplementa a atuação dos Estados que é certificação voluntária para cumprir com padrões ambientais e sociais em uma grande variedade de comandites, com a participação cada vez maior de atores não estatais como é o caso da *International Social and Environmental Accreditation and Labelling Alliance* (ISEAL).³⁴

Desse modo, o potencial do conceito de água virtual no comércio internacional e seu papel na redução dos efeitos da escassez e do aproveitamento mais eficiente da água localmente é altamente promissor. A adoção do *water footprint* e rotulagem como mecanismos que garantam o uso sustentável da água apresenta um apelo político, social, econômico e ambiental que não podem ser desprezados. Ainda que possua força analítica e prática, a adoção dessas medidas, considerando a complexidade e interdependência associados ao tema, nos conduz à fórmula popperiana de resolução de problemas:

$$P_1 \rightarrow TS \rightarrow EE \rightarrow P_2$$

A solução do problema inicial da liberalização (P_1) conduz à solução tentativa que é a proposta do mecanismo de aumento de eficiência do uso da água (TS), que por sua vez passa pelo processo de eliminação de erro aplicado à solução tentativa (EE) que culmina com o potencial surgimento de novos problemas associados à *non-product-related process* e *production method distinction* no âmbito do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (P_2).³⁵

33 WEISS, Edith Brown; JACKSON, John H.; BERNASCONI-OSTERWLADER, Nathalie. *Reconciling environment and trade*. Leiden: Brill, 2008. p. 780.

34 RAYNOLDS, Laura T.; MURRAY, Douglas; HELLER, Andrew. Regulating sustainability in the coffee sector: a comparative analysis of third-party environmental and social certification initiatives. *Agriculture and human values*, v. 24, n. 2, p. 147-163, Mar. 2007. doi:10.1007/s10460-006-9047-8. p. 151.

35 O'HEAR, Anthony. *Karl Popper: philosophy and problems*.

Por exemplo, um copo de suco de laranja que utiliza 170 litros de água (Anexo I) em um determinado país tem o mesmo gosto, cheiro e cor que um produzido em país com uma menor eficiência do uso da água que utilizará, p.ex., 250 litros, ou seja, os mesmos produtos deixam de ser “idênticos” sob o ponto de vista do mercado consumidor e, portanto, tornando a exigência de rotulagem e *water footprint* discriminatória.³⁶

A solução do desafio que surge no bojo da necessidade de assegurar a eficiência do uso da água na agricultura, segundo Weiss e Slobodian se fundamenta juridicamente no artigo XX do GATT.³⁷

Se, por um lado, o artigo 2.1 do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio estabelece que:

Members shall ensure that in respect of technical regulations, products imported from the territory of any Member shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin and to like products originating in any other country.

Por outro lado, o artigo XX, letras “b” e “g” do GATT, apresenta exceções à medidas protecionistas de caráter discriminatórias que o conceito de *water footprint* e rotulagem possam apresentar. A letra “b” autoriza a adoção de medidas “necessary to protect human, animal or plant life or health” e a letra “g” medidas “relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption”.

Desse modo, os pseudos-desafios que o *water footprint* e rotulagem representam para o comércio internacional e as negociações multilaterais são enfrentados satisfatoriamente, de forma a não impedir sua promoção e adoção.

Lançadas as bases teóricas que envolvem o conceito de água virtual e o comércio internacional, passaremos a análise empírica da participação brasileira nessas dimensões. No entanto, antes de fazê-la, é de grande importância notar que a pesquisa sobre o tema da água virtual, em especial sua relação com o comércio internacional, é

New York: Cambridge University Press, 1996. p. 28.

36 WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States: measures concerning the importation, marketing and sale of tuna and tuna products*, 2012. Available at: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/381abr_e.pdf>. Accessed: 05 May 2016.

37 WEISS, Edith Brown; JACKSON, John H.; BERNASCONI-OSTERWLADER, Nathalie. *Reconciling environment and trade*. Leiden: Brill, 2008. p. 720.

insipiente na academia brasileira, o que reforça um dos objetivos do presente estudo que é o de contribuir para a geração de conhecimento no tema e indicar linhas de pesquisa futuras.³⁸

2.3. A participação do Brasil na distribuição de água virtual

Dos 10 principais produtos da pauta de exportação brasileira, 6 são agropecuários segundo o UN Comtrade, dentre os quais soja (7%), açúcar (5.3%) e carne (2.8%).³⁹ Assim, o país assume um grande protagonismo nos foros internacionais de negociações em comércio internacional, bem como em foros de natureza ambiental dado sua potencial contribuição para ampliar as discussões e a efetiva utilização do conceito de água virtual.

Na pauta de exportação brasileira temos a Europa como um dos maiores comparadores segundo o Ministério da Indústria e Comércio (MIDIC). Nos meses de janeiro e fevereiro de 2016, o Brasil exportou para a União Europeia um total de 164.460.496 quilos de café em grãos, que se multiplicado pela estimativa de água virtual utilizada em grãos, teríamos um total de 164.460.496.000 litros se considerarmos que para cada quilo utiliza-se 1.000 litros de água, o que em algumas regiões essa quantidade pode chegar ao dobro.⁴⁰

Para a Ásia, segundo mercado que mais o Brasil exporta, tem o milho como o produto principal. O volume de exportação atingiu no mesmo período um

montante de 2.833.225.557 quilos, o que equivale a um total de água utilizada no processo produtivo de 2.833.225.557.000.⁴¹

Os países que formam a Organização do Países Produtores de Petróleo (OPEP), que estão localizados, na sua maioria, em região com grande escassez hídrica, importam do Brasil 2.387.112.897 quilos de milho, que encerram uma quantidade de 2.387.112.897.000 litros de água virtual.⁴²

Segundo Carmo, se considerarmos somente a soja, carne e açúcar na exportação do Brasil para os países no mundo, teríamos um total de 50 bilhões de M³ de água virtual nesses produtos em 2005, cujos custos não são computados na venda dada uma precificação falha ou inexistente.⁴³

Não obstante os números possam divergir, a grandeza que eles representam indicam a necessidade de definições em políticas públicas que possam atingir seu potencial em benefícios econômicos, sociais e ambientais. No entanto, esse grande potencial precisa ser visto com cautela. O aumento das exportações de produtos com alta demanda de água para países em regiões áridas pode auxiliar no combate aos efeitos da escassez hídrica, e nesse caso, tem o Brasil como um dos maiores protagonistas em termos de disponibilidade hídrica, clima favorável e áreas de cultivo. No entanto, como visto anteriormente, a agricultura é a atividade antrópica de maior consumo de água, principalmente em irrigação, o que coloca uma grande pressão no seu uso. Segundo Hoekstra em entrevista dada ao Jornal O Globo:

[...] atualmente, ninguém paga o preço total pelo consumo de água. A escassez e a poluição precisam ser incluídas no preço das commodities. Isso criaria um incentivo para consumir e poluir menos. Mas as legislações também podem ser melhoradas e em alguns produtos pode ser útil incluir o uso de água sustentável no rótulo.⁴⁴

38 Em pesquisa realizada em periódicos nacionais da base Scielo utilizando o parâmetro “água virtual”, encontramos dois artigos: CARMO, Roberto Luiz do; OJIMA, Andréa Leda Ramos de Oliveira; OJIMA, Ricardo; NASCIMENTO, Thais Tartalha do. Água virtual, escassez e gestão: o Brasil como grande “exportador” de água. *Ambiente & Sociedade*, Campinas, v. 10, n. 1, p. 83-96, jan./jun. 2007; WARNER, Jeroen; SEBASTIAN, Antoinette; EMPINOTTI, Vanessa. Claiming (back) the land: the geopolitics of egyptian and south african land and water grabs. *Ambiente & Sociedade*. v. 16, n. 2, p. 1-24, June 2013. doi:10.1590/S1414-753X2013000200002. Utilizando o mesmo parâmetro de pesquisa no website da Revista de Direito Internacional não pudemos encontrar nenhuma referência ao termo (ver <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/search/advancedResults>> Acesso em: 05 maio 2016).

39 UNITED NATIONS. DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS. STATISTICS DIVISION. *UN Comtrade Database*, 2016. Available: <<http://comtrade.un.org/data/>> Accessed: 05 May 2016.

40 BRASIL. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. *Balança comercial brasileira*: mensal, 2016. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=1161>>. Acesso em: 05 maio 2016.

41 BRASIL. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. *Balança comercial brasileira*: mensal, 2016. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=1161>>. Acesso em: 05 maio 2016.

42 BRASIL. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. *Balança comercial brasileira*: mensal, 2016. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=1161>>. Acesso em: 05 maio 2016.

43 CARMO, Roberto Luiz do; OJIMA, Andréa Leda Ramos de Oliveira; OJIMA, Ricardo; NASCIMENTO, Thais Tartalha do. Água virtual, escassez e gestão: o Brasil como grande “exportador” de água. *Ambiente & Sociedade*, Campinas, v. 10, n. 1, p. 83-96, jan./jun. 2007. p. 86-87.

44 LOBO, Thaís. Brasil exporta cerca de 112 trilhões de litros

As medidas sugeridas pela autora atacam as principais causas do desperdício e uso não sustentável da água na agricultura no Brasil: sistemas de irrigação com vazamentos, o cultivo de sementes com alta demanda de água em solo e/ou clima não apropriado e a poluição da água e de suas fontes, como é o caso do Aquífero Guarani.

As pressões na utilização e poluição da água do Aquífero Guarani são intensas e colocam em perigo uma das principais e pristinas fontes de água doce no Cone Sul. Um levantamento feito pelo Serviço Geológico do Brasil aponta que há na porção brasileira do aquífero 610 poços artesianos cadastrados. Destes, 344 não atendem os requisitos mínimos estabelecidos pela lei (o que diz dos poços clandestinos que, intuitivamente, não cumprem com os padrões mínimos de qualidade na utilização). Quanto à poluição, o uso de pesticidas e outros resíduos utilizados na lavoura colocam em perigo a qualidade da água.⁴⁵

A preocupação é tão grande que o estado de São Paulo avançou na promoção de algumas iniciativas no sentido de enfrentar o problema das águas subterrâneas, incluindo o Aquífero Guarani (lei 9866/77 e 7663/91). Como parte da estratégia, o estado promove dentre outras medidas 1) Cria a gestão descentralizada que inclui a participação de ONGs e universidades com o objetivo de promover a participação da sociedade civil na discussão e implementação de projetos relacionados a água; 2) Reconhece ser a água um bem público que possui valor econômico e que a sua utilização deve ser cobrada; e 3) Cria a Área de Proteção e Recuperação de Mananciais, cujo objetivo principal é estabelecer um controle criterioso da ocupação e uso das áreas de acesso de mananciais e manter o envolvimento ativo da sociedade civil em ações e programas integrados.⁴⁶

de água doce por ano. *O Globo*, 11 set. 2012. Ciência. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/brasil-exporta-cerca-de-112-trilhoes-de-litros-de-agua-doce-por-ano-6045674>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

45 SÃO PAULO. Secretaria do Meio Ambiente. *Projeto ambiental estratégico aquíferos: síntese das atividades período 2007-2010*. São Paulo: Instituto Geológico, 2011. (Cadernos do Projeto Ambiental Estratégico Aquíferos, n. 3) Disponível em: <<http://www.igeologico.sp.gov.br/downloads/livros/Sintese%20Aquiferos.pdf>> Acesso em: 05 maio 2016.

46 FADDEN, Sabrina Mac; OLIVEIRA, Enéas Xavier de. Captação de águas subterrâneas no Estado de São Paulo. In: MOSTRA ACADÊMICA DA UNIMEP, 6., 2008, Piracicaba. *Anais...* Piracicaba: UNIMEP, 2008. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/mostracademica/anais/6mostra/5/371.pdf>> Acesso em: 05

No tocante aos desafios associados à irrigação sustentável, o ponto central segundo Telles é determinar os perfis de irrigação nas regiões brasileiras: no Sul e Sudeste há grande utilização de água como complemento na produção, mas sem maiores cuidados dada relativa abundância, enquanto no Nordeste a irrigação é obrigatória para o cultivo e criação de animais.⁴⁷

O aumento da produção agrícola demanda um aumento das áreas irrigadas. Segundo a FAO, a área irrigada no Brasil em 1960 era de 455.433 hectares, chegando em 2006 a 4.601.288 hectares, ou seja, um aumento significativo ainda que considerada elástica a dimensão temporal entre os dois índices.⁴⁸

Essa tendência, por sua vez, imporá, cada vez mais, políticas públicas e mecanismos que interpretem, corretamente, essa demanda e apresentem soluções para garantir o uso racional e sustentável. Podemos ver essa preocupação no caso do Brasil com a adoção da Lei 9.433/97 (Política Nacional dos Recursos Hídricos), que, dentre outras disposições, institui mecanismos de democratização e descentralização das decisões sobre os usos da água nas bacias hidrográficas e operacionalização da gestão da água com a outorga de direito de uso e cobrança pelo uso.⁴⁹

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os elementos apresentados na análise de caso do Brasil apontam para uma posição favorável do Brasil nas dimensões internacional e nacional quanto ao aproveitamento do conceito de água virtual, que até o presente é subutilizado como um vetor de política externa pela diplomacia brasileira nos aspectos ambientais e econômicos. Embora o protagonismo brasileiro seja reconhecido nos foros multilaterais, a condução da política externa *vis-à-vis* a emergência de novos fenômenos políticos, sociais, econômicos e naturais, internos e ex-

maio 2016.

47 TELLES, D. D'A. Água na agricultura e pecuária. In: REBOUÇAS, A; Braga B; TUNDISI, J. G. (Orgs). *Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação*. 2. ed. São Paulo: Escrituras, 1999. p. 703.

48 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. *Aquastat*. Available at: <<http://www.fao.org/nr/water/aquastat/main/index.stm>>. Accessed: 05 May 2016.

49 BRASIL. *Lei n. 9433, de 8 de janeiro de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm>. Acesso em: 05 maio 2016.

ternos, gerados pelo processo de globalização, encetam uma revisão quanto à forma de sua abordagem. Sem a incorporação de novas formas de encarar esses desafios nos vetores da política externa, os objetivos do Brasil nas relações internacionais sofrem defasagem.

A incorporação do conceito de água virtual nas negociações internacionais de comércio é um dos mecanismos que possui grande potencial para mantê-lo na vanguarda como conclusão do nosso trabalho.

O exame do modelo criatividade-direito internacional econômico que foi feito no estudo de caso, traçando os elementos essenciais para a sua viabilidade como teoria aponta para um ganho analítico e de conhecimento conforme proposto. O exame detalhado e operacionalização do conceito de água virtual que foram feitos, com base em uma revisão de literatura científica e a inclusão dos indicadores da rotulagem e *water footprint*, o coloca um instrumento de transferência de água para regiões áridas que precisam estabelecer prioridades quanto ao uso da água e apresenta uma forma de controle quanto ao uso sustentável e racional da água nos países produtores, evitando, assim, o desperdício ou aumento de poluição de fontes sensíveis às atividades antrópicas como é o caso dos aquíferos.

No tocante ao direito internacional econômico, a análise serviu para identificar os possíveis entraves que a aplicação do conceito de água virtual teria nas negociações internacionais de comércio e apontou para as soluções que o próprio direito fórmula ao reconhecer a desigualdade no desenvolvimento entre os atores na relação Norte-Sul, bem como da necessidade de proteção e preservação do meio ambiente nesse contexto.

No nível da análise empírica, foram encontradas evidências importantes que apontam para um grande potencial de aplicação do conceito na formulação de políticas públicas nacionais no tocante ao estabelecimento da prioridade dos usos da água e controle de desperdício e poluição, que terão repercussão no cenário mundial nas negociações que garantam esses fluxos.

Ainda na dimensão empírica, os ganhos analíticos acima relatados sofrem substancial incremento quando se focou na sua aplicação ao caso brasileiro. Os dados apresentados apontam para o reconhecimento da pujança do Brasil na agricultura, com especial ênfase na produção de grãos, cujos principais fatores podemos citar a abundância de água, clima favorável a diversas culturas e grandes áreas de terras cultiváveis, que coloca o país entre os 5 principais produtores mundiais.

Essa posição não pode ser desprezada na condução da política externa e nas negociações de comércio internacional, pois, conforme amplamente explicado no desenvolvimento do trabalho, serviria como *leverage* para pressionar, cada vez mais, no sentido da liberalização do comércio internacional e entraves a ela associados, ao mesmo tempo que se adotam os mecanismos da rotulagem e *water footprint*, que, como vimos anteriormente, satisfaz os requisitos das obrigações assumidas pelo Brasil no âmbito do GATT e da OMC.

O protagonismo do Brasil nos foros internacionais em matéria ambiental também é amplamente reconhecido. O país vem assumindo esse protagonismo, em razão de ações positivas, ao assumir, cada vez mais, obrigações internacionais em diversas temáticas ambientais ante a comunidade internacional, mas também em virtude das ações negativas que causam preocupação como o desmatamento da Amazônia e o aumento de níveis de poluição. Em relação à abundância de água e ao seu uso racional e sustentável na agricultura, o Brasil apresenta um quadro jurídico-institucional estável, que conta, inclusive, com iniciativas importantes de estados e municípios como se viu anteriormente.

Desse modo, pode-se concluir com elevado grau de confiança que o caso brasileiro apresenta os pressupostos teóricos de aplicação do conceito de água virtual no comércio internacional como teorizados, que colocam o país como um grande exportador de água do mundo e importante interlocutor do tema em foros econômicos e ambientais internacionais. A conclusão deste estudo ainda aponta, como se pode perceber da complexidade que a temática apresenta, a necessidade da formação de uma agenda de pesquisa que possa responder aos desafios teóricos e práticos que pouco são explorados na academia e prática política.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

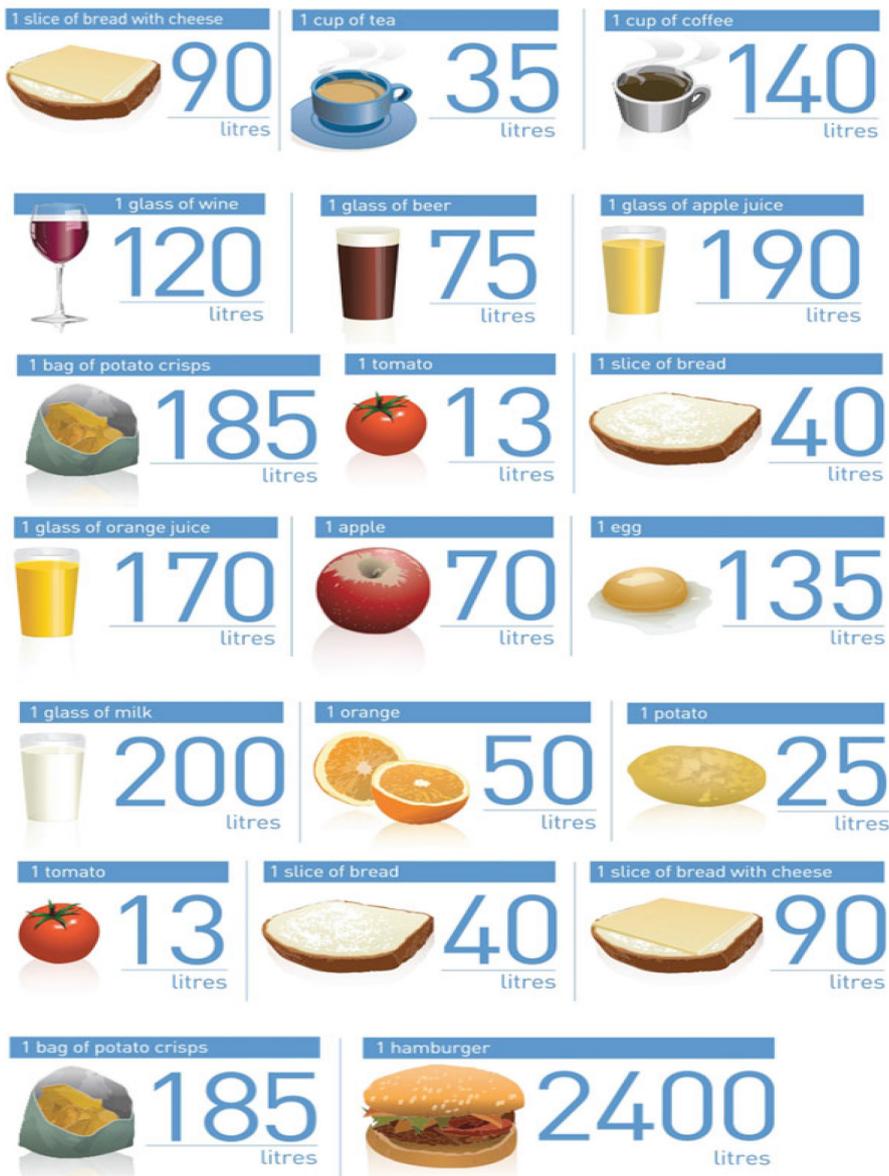
ALLAN, J. A.; MERRET, S.; LANT, C. Virtual water: the water, food, and trade nexus useful concept or misleading metaphor? *IWRA Water International*, v. 28, n. 1, Mar. 2003.

ALLAN, Tony. Fortunately there are substitutes for water otherwise our hydro-political futures would be impossible. *Priorities for water resources allocation and management*, London, p. 13-26, 1993.

- ALLAN, Tony. *Virtual water: tackling the threat to our planet's most precious resource*. London; New York: I. B. Tauris, 2011.
- ANTONELLI, Marta; GRECO, Francesca. *The water we eat: combining virtual water and water footprints*. New York: Springer, 2015.
- AS HAMBURGUERS go, so goes America? *The Economist*, 21 Aug. 1997. Available at: <<http://www.economist.com/node/154515>>. Accessed: 17 Apr. 2016.
- BRASIL. *Lei n. 9433, de 8 de janeiro de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm>. Acesso em: 05 maio 2016.
- BRASIL. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. *Balança comercial brasileira*: mensal, 2016. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=1161>>. Acesso em: 05 maio 2016.
- BROWN, Lester R. *Plan B 2.0: rescuing a planet under stress and a civilization in trouble*. London: Exp Upd Edition, 2006.
- CARMO, Roberto Luiz do; OJIMA, Andréa Leda Ramos de Oliveira; OJIMA, Ricardo; NASCIMENTO, Thais Tartalha do. Água virtual, escassez e gestão: o Brasil como grande “exportador” de água. *Ambiente & Sociedade*, Campinas, v. 10, n. 1, p. 83-96, jan./jun. 2007.
- CLAPP, Jennifer; COHEN, Marc J. *Global food crisis: governance challenges and opportunities*. Waterloo: Wilfrid Laurier University Press, 2009.
- CLARKE, Tony; MAUDE, Barlow. *Ouro azul: como as grandes corporações estão se apoderando*. São Paulo: M. Books, 2003.
- FADDEN, Sabrina Mac; OLIVEIRA, Enéas Xavier de. Captação de águas subterrâneas no Estado de São Paulo. In: MOSTRA ACADÊMICA DA UNIMEP, 6., 2008, Piracicaba. *Anais...* Piracicaba: UNIMEP, 2008. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/mostraacademica/anais/6mostra/5/371.pdf>> Acesso em: 05 maio 2016.
- FALKENMARK, Malin. The massive water scarcity now threatening Africa: why isn't it being addressed? *Ambio*, v. 18, n. 2, p. 112-118, 1989.
- FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. *Aquastat*. Available at: <<http://www.fao.org/nr/water/aquastat/main/index.stm>>. Accessed: 05 May 2016.
- GOMES, Natália Fernanda. A regulação internacional dos subsídios agrícolas: a contemporaneidade do paradigma realista para a compreensão do sistema de comércio agrícola internacional vigente. *Revista de Direito Internacional*, v.10, n. 1, jun. 2013. doi:10.5102/rdi.v10i1.2067.
- GULBEKIAN, Think Thank. *Water and the future of humanity: revisiting water security*. New York: Springer, 2013.
- HOEKSTRA, Arjen Y. *The relation between international trade and freshwater scarcity*, Jan. 2010. Available at: <https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201005_e.pdf> Accessed: 17 Apr. 2016.
- HOEKSTRA, Arjen Y.; CHAPAGAIN, Ashok K. *Globalization of water: sharing the planet's freshwater resources*. Malden: Wiley-Blackwell, 2008.
- HOEKSTRA, Arjen Y.; CHAPAGAIN, Ashok K.; ALDAYA, M.M.; MEKONNEN, M. M. *Water footprint assessment manual: the global standard*. Available at: </en/resources/publications/water-footprint-assessment-manual-global-standard/>. Accessed: 6 May 2016.
- HOEKSTRA, Arjen Y.; HUNG, P. Q. Virtual water trade: a quantification of virtual water flows between nations in relation to international crop trade. *Value of Water Research Report Series*, n. 11, p. 25-47, Sept. 2002.
- HOMER-DIXON, Thomas. *The ingenuity gap: facing the economic, environmental, and other challenges of an increasingly complex and unpredictable future*. New York: Vintage, 2002.
- HORLEMANN, Lena; NEUBERT, Susanne. Virtual water trade: a realistic concept for resolving the water crisis? Bonn: Deutsches Institut für Entwicklungspolitik, 2007.
- LOBO, Thaís. Brasil exporta cerca de 112 trilhões de litros de água doce por ano. *O Globo*, 11 set. 2012. Ciência. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/brasil-exporta-cerca-de-112-trilhoes-de-litros-de-agua-doce-por-ano-6045674>>. Acesso em: 17 abr. 2016.
- NASH, John; MCCALLA, Alex. *Reforming agricultural trade for developing countries: key issues for a pro-development*

- outcome of the Doha round. Washington: World Bank Publications, 2006.
- O'HEAR, Anthony. *Karl Popper: philosophy and problems*. New York: Cambridge University Press, 1996.
- RAYNOLDS, Laura T.; MURRAY, Douglas; HELLER, Andrew. Regulating sustainability in the coffee sector: a comparative analysis of third-party environmental and social certification initiatives. *Agriculture and human values*, v. 24, n. 2, p. 147-163, Mar. 2007. doi:10.1007/s10460-006-9047-8.
- REBOUÇAS, Aldo da Cunha; Tundisi, José Galizia (Coord.). *Águas doces no Brasil*. São Paulo: Escrituras, 1999.
- SÃO PAULO. Secretaria do Meio Ambiente. *Projeto ambiental estratégico aquíferos: síntese das atividades período 2007-2010*. São Paulo: Instituto Geológico, 2011. (Cadernos do Projeto Ambiental Estratégico Aquíferos, n. 3) Disponível em: <<http://www.igeologico.sp.gov.br/downloads/livros/Sintese%20Aquiferos.pdf>> Acesso em: 05 maio 2016.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2003.
- TECLAFF, Ludwik A. *The river basin in history and law*. Haia: Martinus Nijhoff, 1967.
- TELLES, D. D'A. Água na agricultura e pecuária. In: REBOUÇAS, A; Braga B; TUNDISI, J. G. (Orgs). *Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação*. 2. ed. São Paulo: Escrituras, 1999.
- UNITED NATIONS WORLD WATER ASSESSMENT PROGRAMME. *Water for people, water for life*. New York: Berghahn Books, 2003.
- UNITED NATIONS. DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS. STATISTICS DIVISION. *UN Comtrade Database*, 2016. Available: <<http://comtrade.un.org/data/>> Accessed: 05 May 2016.
- WARNER, Jeroen; SEBASTIAN, Antoinette; EMPINOTTI, Vanessa. Claiming (back) the land: the geopolitics of egyptian and south african land and water grabs. *Ambiente & Sociedade*. v. 16, n. 2, p. 1-24, June 2013. doi:10.1590/S1414-753X2013000200002.
- WEISS, Edith Brown; JACKSON, John H.; BERNASCONI-OSTERWLADER, Nathalie. *Reconciling environment and trade*. Leiden: Brill, 2008.
- WEISS, Edith Brown; SLOBODIAN, Lydia. Virtual Water, Water Scarcity, and International Trade Law. *Journal of International Economic Law*, v. 17, n. 4, p. 717-737, Dec. 2014. doi:10.1093/jiel/jgu038.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States: measures concerning the importation, marketing and sale of tuna and tuna products*, 2012. Available at: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/381abr_e.pdf>. Accessed: 05 May 2016.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *World Trade Report 2010: Trade in natural resources*, 2010. Available at: <https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr10_e.htm> Accessed: 05 May 2016.

ANEXO A: A ÁGUA VIRTUAL EM ALIMENTOS COMUNS



Fonte: FAO, 2012; editado pela FAO WATER

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A Segurança energética como base para maior integração na América Do Sul: à espera de um tratado multilateral

The energy security as a basis for greater integration in south america: awaiting for a multilateral treaty

Matheus Bassani

A Segurança energética como base para maior integração na América Do Sul: à espera de um tratado multilateral*

The energy security as a basis for greater integration in south america: awaiting for a multilateral treaty

Matheus Bassani**

RESUMO

A União de Nações Sul-Americanas (UNASUL) é uma organização que possui como núcleo a busca pela integração entre os países da América Latina. Pode-se afirmar que ela tende a ser considerada um último suspiro na tentativa de organizar um bloco multicultural e dividido por tão-somente duas línguas. O objetivo deste trabalho é verificar se a segurança energética pode ser considerada como um catalisador para orientar a integração entre países localizados no continente. Utiliza-se do método dedutivo decorrente de pesquisa em obras nacionais e estrangeiras, base de dados e artigos eletrônicos. A segurança energética é base para a formatação de um acordo multilateral, assegurando estabilidade e previsão de abastecimento de recursos energéticos entre fornecedores e consumidores. O tema da energia é extremamente relevante como meio de integração considerando-se o requisito fundamental que é o estabelecimento de estruturas físicas compartilhadas, como linhas de transmissão de energia elétrica e dutos. Houve estudos sobre a possibilidade de o gás natural ser o centro de uma integração, que poderia estender o desenvolvimento a demais setores carentes da região. Benefícios mútuos são consequência de maior integração no setor de energia. Os membros da UNASUL desejam um plano conjunto para tornar mais eficiente a geração e consumo de energia, calcado no projeto de Tratado Energético Sul-Americano (TES). No entanto, inexistente previsão sobre a assinatura e efetividade do acordo, em fase de análise pelos chefes de Estado dos membros, tornando medidas bilaterais ou regionais uma saída para a ausência de vontade política. A abordagem do trabalho pretende salienta a importância de um marco regulatório para otimizar os fluxos energéticos.

Palavras-chave: Segurança energética. Integração energética. Tratado Energético Sul-Americano. Multilateralismo. UNASUL.

ABSTRACT

The organization called Union of South American Nations (UNASUL) brings the idea of integration between Latin America's countries. It tends to be considered a last breath in an attempt to organize a multicultural blo-

* Recebido em 23/03/2016
Aprovado em 01/05/2016

** Doutorando e mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Pesquisador visitante do Center for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy – CEPMLP, na Universidade de Dundee, Reino Unido. *E-mail:* matheusbassani@hotmail.com

ck and divided by merely two languages. The objective of this work is to verify energy security as a catalyst to guide the integration of countries located in South America. Therefore, deductive method is used based on research in national and foreign works and electronic database. Energy security is the basis for formatting a multilateral agreement, ensuring stability and forecast supply of energy resources between suppliers and consumers. The theme of energy is extremely relevant and can become a catalyst to guide the integration, mainly due to the fundamental requirement of establishing shared physical structures such as power lines and pipelines. There have been studies on the possibility of natural gas be the center of an integration, which could extend the development to other sectors of the region. Mutual benefits are the result of greater integration in the energy sector. The members of UNASUR want a joint plan to make more efficient energy generation and consumption, based on the South American Energy Treaty project (TES). However, there is no prediction on the execution and effectiveness of the agreement, which is under review by the heads of state members. Bilateral or regional agreements are an exit to the lack of political will. The work aims to stress the importance of a framework to optimize the energy flow.

Keywords: Energy security. Energy integration. South American Energy Treaty. Multilateralism. UNASUL

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende identificar se os países localizados na América do Sul necessitam se integrar de forma mais efetiva em busca de maior segurança energética. Trabalha-se com a hipótese de que os benefícios decorrentes da integração, como o desenvolvimento socioeconômico, poderão ser conquistados mediante um acordo multilateral dentro da UNASUL, como o Tratado de Energia Sul-Americano (TES).

Para se avaliar a confirmação da hipótese desta pesquisa, utilizar-se-á do método dedutivo, mediante análise doutrinária, nacional e estrangeira, além de base de dados científicos.

Inicialmente, será brevemente exposto o cenário atual energético na América do Sul, para posteriormente analisar o fundamento da segurança energética para maior integração. A necessidade de integração é justifi-

cada pela possibilidade de benefícios mútuos entre os países, seja nos aspectos econômicos, políticos e físicos, mediante o compartilhamento de estruturas capazes de dinamizar o fluxo de recursos energéticos.

O Tratado Constitutivo da UNASUL provê bases regulatórias para se tornar uma instituição fundamental para a aprovação de um Tratado Energético Sul-Americano, que já possui uma estrutura sugerida pelo Conselho Energético Sul-Americano. No entanto, parece que a vontade dos membros esvaiu-se nos últimos anos.

Isso torna o projeto de integração mais utópico e fomenta ações bilaterais ou regionais, que não são as ideais, mas permitem alguma evolução no intuito de fornecer bases para maior segurança energética e para um desenvolvimento pontual. Nesse sentido, a integração energética do continente perpassa por um período de maturação, cujos indícios de agravamento da situação econômica de países consumidores e produtores, como Argentina, Brasil e Venezuela, devem postergar a aprovação de um tratado multilateral.

2. BREVE ANÁLISE DO CENÁRIO ATUAL

Acordos regionais, como a Comunidade Andina das Nações (CAN), o Mercosul, e recentemente, a União de Nações Sul-Americanas (UNASUL) compõem a ideia de uma integração entre os países da América Latina. Pode-se afirmar que esse último acordo tende a ser considerado um último suspiro na tentativa de organizar um bloco multicultural e dividido por tão somente duas línguas.

Em relação a esse ponto, é possível identificar que as organizações não estão sobrepostas umas às outras em relação aos seus objetivos, por possuírem funções complementares para superar os obstáculos ao processo de integração Sul-Americano. A UNASUL tende a incentivar a criação de uma área de livre-comércio (ALC) na América do Sul, mediante uma aproximação entre Mercosul e Comunidade Andina, mas vai mais além do que uma ALC, colaborando para a construção de entendimentos entre os países e para a formação de uma identidade política sul-americana.¹

1 OLIVEIRA, Ana Carolina Vieira de; SALGADO, Rodrigo Souza. Modelos de integração na América do Sul: do Mercosul à Unasul. In: ENCONTRO NACIONAL ABRI 2001. 3., 2011, São Paulo. *Proceedings...* Associação Brasileira de Relações Internacionais Insti-

Mais precisamente, a UNASUL não pretende somente integrar os seus membros no âmbito estritamente econômico, mas prevê, também, uma integração cultural, social, política, entre outras, conforme artigo 2º, do Tratado Constitutivo da União das Nações Sul-Americanas (TCUNASUL), *in verbis*:

La Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivo construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los estados.

O tema da energia é extremamente relevante, e pode se tornar um catalisador para orientar a integração, principalmente em razão do requisito fundamental do estabelecimento de estruturas físicas compartilhadas, como linhas de transmissão de energia elétrica e dutos. Houve estudos sobre a possibilidade de o gás natural ser o centro de uma integração², que poderia estender o desenvolvimento a outros setores carentes da região.

No entanto, com exceção dos gasodutos Brasil-Bolívia (Gasbol), Argentina-Bolívia e Argentina-Chile, parece que decisões políticas acabam obstando os planos estratégicos acordados, como a construção do ambicioso Grande Gasoduto do Sul, vindo da Venezuela pelo Brasil interligando os gasodutos dos países do Mercosul, principalmente com o Gasbol.

Diferentemente dos reduzidos acordos bilaterais existentes hoje, os membros da UNASUL desejam um plano conjunto para tornar mais eficiente a geração e consumo de energia, calcado no projeto de Tratado Energético Sul-Americano (TES)³⁴. No entanto, ine-

xiste previsão sobre a assinatura e efetividade do acordo, hoje em fase de análise pelos chefes de Estado dos membros.⁵

O cenário econômico das tradicionais e principais economias do continente, como Argentina, Brasil e Venezuela, não está favorável para a realização de investimentos externos. Talvez, conjuntamente, ou com apoio de outros parceiros, públicos e/ou privados, possa emergir a viabilidade dos projetos se tornarem uma realidade.

Um obstáculo à integração é a assimetria socioeconômica entre os países, que pode causar distorções na hipótese de uma integração de mercado energético, em que cada membro possui regras próprias relativas à extração de recursos naturais, comércio, investimentos⁶, considerando-se a relevância dos bens a serem tratados, como petróleo, gás e energia elétrica. Facilitar o trânsito desses bens significa possibilitar o fornecimento de forma menos restritiva para outros mercados, podendo o preço local se ajustar conforme o preço praticado no contexto integrado, aumentando ou reduzindo.

O TES, futuramente, poderá ser o marco jurídico inicial para atingir esse tipo de integração, focado para uma otimização da infraestrutura, com maior segurança e autonomia energética.

3. FUNDAMENTO DE MAIOR INTEGRAÇÃO: A SEGURANÇA ENERGÉTICA

A segurança energética é uma das principais preocupações de qualquer país que deseja ser considerado

tuto de Relações Internacionais – USP. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000122011000100011&lng=en&nrm=abn>. Acesso em: 07 ago. 2015.

2 ZANELLA, Cristine Koehler. *Energia e integração: oportunidade e potencialidades da integração gasífera na América do Sul*. Ijuí: Unijuí, 2009.

3 ORGANIZACION LATINO AMERICANA DE ENERGIA; UNIÃO DE NAÇÕES SUL-AMERICANAS. *Un Espacio que Consolida la Integración Energética*. Disponível em: <<http://www.olade.org/sites/default/files/publicaciones/UNASUR%20-%20Un%20espacio%20que%20-completo.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

4 UNIÃO DE NAÇÕES SUL-AMERICANAS. *Alinhamentos de estratégia energética sul-americanas*. Disponível em: <[\[asursg.org/images/descargas/ESTATUTOS%20CONSEJOS%20MINISTERIALES%20SECTORIALES/LINEAMIENTOS%20DE%20ESTRATEGIA%20ENERGETICA%20SURAMERICANA.pdf\]\(http://asursg.org/images/descargas/ESTATUTOS%20CONSEJOS%20MINISTERIALES%20SECTORIALES/LINEAMIENTOS%20DE%20ESTRATEGIA%20ENERGETICA%20SURAMERICANA.pdf\)>. Acesso em: 15 jan. 2015.](http://www.un-</p></div><div data-bbox=)

5 UNIÃO DE NAÇÕES SUL-AMERICANAS. *Plano TES*. Disponível em: <<http://www.unasursg.org/uploads/e1/77/e17787075555d52b60a86193e81d482b/PLAN-TRATADO-ENERGETICO-SURAMERICANO.pdf>> e em <<http://www.unasursg.org/uploads/4c/e6/4ce6db8f6ed4f4e72d157f868f640465/Declaracio%CC%81n-de-las-Autoridades-Nacionales-en-Materia-Energe%CC%81tica-Caracas-Venezuela-13-mayo-2011..pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

6 ORGANIZACION LATINO AMERICANA DE ENERGIA. *Potencialidades de recursos energéticos y minerales en america del sur: coincidencias jurídicas hacia una estrategia regional*. Disponível em: <<http://www.olade.org/sites/default/files/publicaciones/Potencial-Recursos-Energeticos-Minerales-AS.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2016

como potência no cenário mundial, além de proporcionar qualidade de vida à sua população. Quando se trata do tema, inevitavelmente se avalia o impacto econômico. A importação e exportação de energia pode causar substancial mudança na balança de pagamentos de um Estado. A receita estatal pode ser influenciada por subsídios, tributos ou receitas decorrentes de empresas estatais energéticas. Ainda, o custo da energia está diretamente ligado às taxas de inflação e em como o país compete no âmbito internacional com seus produtos.⁷

Políticas energéticas devem ser elaboradas com o fim de evitar a instabilidade no fornecimento de energia ao mercado interno do país. Seria possível pensar que, na hipótese de um país ser autossuficiente, nenhuma ação regulatória ou política seria necessário; no entanto, sua autossuficiência somente pode ter emergido com base em um sério planejamento de longo prazo.⁸

O que se pretende verificar é por quais meios a segurança energética pode ser alcançada. E isso dependerá de que lado o Estado se encontra, se na posição de produtor ou consumidor. A posição de produtor pode ser confortável na medida em que ele, teoricamente, controlaria quando, quanto e como venderia os recursos energéticos. Mas, certamente, não adiantaria possuir recursos se inexistissem os países consumidores. Cada país compreende seu potencial em intervir ou influenciar os demais, dependendo do poder relativo que possui, o que impactará, decisivamente, na forma como atuará no cenário internacional.⁹

Importante ressaltar que, ao se intensificar o comércio de energia, enraíza-se um conceito de interdependência entre os produtores e consumidores. Nesse contexto, medidas são necessárias para evitar a insegurança. Países que dependem da importação de recursos energéticos devem (i) adotar políticas destinadas a assegurar o acesso ao suprimento externo adicional que é essencial às necessidades domésticas e (ii) reduzir a necessi-

dade de acesso a suprimentos externos, para reduzir a dependência, do ponto de vista estratégico, e custos, do ponto de vista econômico.¹⁰

Para assegurar o acesso a suprimento externo, o país pode atuar em diversas frentes, não necessariamente ao mesmo tempo, como procurar relações bilaterais com os produtores, criar um sistema de fornecedores preferenciais, participar de acordos de comércio, oferecer assistência tecnológica, participar de organizações internacionais e contribuir com esforços internacionais mais amplos, como a AIE.¹¹

A redução de necessidade de acesso a suprimentos externos pode ser efetivada mediante implementação de políticas de conservação, incentivos para desenvolvimento de energia alternativa, fomentar pesquisa e desenvolvimento, mais destinadas ao âmbito doméstico. Mas, basicamente, três interesses são fundamentais para o país dependente de recursos externos: (i) o suprimento de energia importada deve ser suficiente; se estiver abaixo do consumo, pode oferecer risco ao país; (ii) o suprimento de energia importada deve ser contínuo, sob pena de causar interrupções ou cortes causarem prejuízos sociais, políticos e econômicos; e (iii) a energia importada deve possuir preços razoáveis, refletindo, também, uma capacidade de pagar do importador.¹²

As vulnerabilidades existem e são fatores que acabam fornecendo uma vantagem comparativa aos países produtores em relação aos carentes de recursos. Para efetivamente evitar riscos à segurança energética, o fundamental e o ideal é possuir o controle ou o domínio das etapas, desde a extração até o consumo. Na teoria, seria o mesmo que poder controlar a operação vertical e horizontal da cadeia. No caso do petróleo e gás, o ideal seria controlar tanto o upstream (extração e produção) como o downstream (refino, venda e distribuição), o que envolve um substantivo esforço.

Um exemplo claro ocorreu com os membros da OPEP¹³, que concentram as maiores reservas e produ-

7 CORRELJÉ, Aad; VAN DER LINDE, Coby. Energy supply security and geopolitics: a European perspective, *Energy Policy*, v. 34, n. 5, p. 532-543, 2006. p. 532.

8 BASSANI, Matheus Linck. *Governança global de energia nas organizações intergovernamentais: necessária transição para uma energia sustentável*. 2014. 201 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. p. 41.

9 BASSANI, Matheus Linck. *Governança global de energia nas organizações intergovernamentais: necessária transição para uma energia sustentável*. 2014. 201 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. p. 41.

10 CONANT, Melvin A.; GOLD, Fern Racine. *A geopolítica energética*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1981. p. 19.

11 BASSANI, Matheus Linck. *Governança global de energia nas organizações intergovernamentais: necessária transição para uma energia sustentável*. 2014. 201 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. p. 42.

12 CONANT, Melvin A.; GOLD, Fern Racine. *A geopolítica energética*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1981. p. 20.

13 Irã, Iraque, Kuwait, Arábia Saudita e Venezuela fundaram a

zem maior quantidade de petróleo. Dados referentes até a década de 1980, o transporte estava sob controle de países não membros da OPEP e a maioria dos petroleiros pertenciam ou estavam alugados a uma companhia internacional de petróleo e os oleodutos se localizavam na Europa, Estados Unidos da América (EUA), Canadá e ex-União Soviética.¹⁴ Hoje, o transporte não está mais tão concentrado e os *pipelines* estão mais disseminados.

Em relação às refinarias, somente recentemente os países produtores iniciaram a processar o petróleo cru e exportando os seus derivados, como ocorre na Arábia Saudita. Anteriormente, as refinarias se concentravam nos países industrializados. O que se pode verificar é que, até a década de 1980, países da OPEP somente produziam o petróleo cru e exportavam para os países industrializados, que realizavam o transporte, o refino e detinham o mercado.

Hoje é possível identificar uma alteração desse quadro, não em relação à produção, que deverá se manter no Oriente Médio (grande parte) por muito tempo, mas em relação ao transporte e refino, ambos menos concentrados, e, também, ao mercado, que se desloca para o eixo asiático, diga-se Índia e China.

A alteração da matriz energética do petróleo para o gás, por exemplo, reduziria, substancialmente, a dependência, por exemplo, pelo aumento da produção de gás de xisto nos EUA. É possível afirmar que, ao investir em novas fontes alternativas, deixa-se de consumir um recurso energético, como o petróleo, reduzindo a vulnerabilidade. E, diante da forte dependência de recursos energéticos pelos países industrializados localizados no ocidente, em regra, os EUA e União Europeia, políticas externas são frequentemente acionadas no intuito de prover energia para o consumo.¹⁵

Importante ressaltar a distinção entre segurança energética de autonomia energética. A finalidade da segurança energética é reduzir os riscos de desabaste-

cimento, pois ser um país autônomo envolve uma dinâmica *sui generis* com altos custos e perspicaz planejamento de curto e longo prazo. Mitigar a dependência é um objetivo, mas muitas vezes difícil de ser alcançado quando se trata de grande escala de consumo.¹⁶

Essa lógica pode ser utilizada, também, na integração energética da América do Sul. Brasil e Argentina são os maiores consumidores, e enfrentam, sazonalmente, picos de consumo e desabastecimento. Do outro lado, Venezuela e Bolívia são os grandes fornecedores de petróleo e gás.

É possível identificar que os elementos suficiência, continuidade e preço razoável estão presentes no mercado latino. A Bolívia fornece gás ao Brasil desde o ano de 1999 (até São Paulo) e ano 2000 (até Porto Alegre), consumindo cerca de 75% de todo o gás exportado, o que comprova a possibilidade de estabelecer um contrato de longo prazo, apesar dos conflitos ocorridos no período, como a nacionalização do gás pela Bolívia, em 2006.

A Venezuela exporta a maioria do seu petróleo aos EUA, mas necessita de alternativas para evitar a dependência de um só mercado, o qual é, declaradamente, contra o seu governo. Nesse momento, o país sofre com a queda do preço do barril do petróleo, declinando de US\$ 110,00 para abaixo de US\$ 30,00 ao final do ano de 2015 (em 09/03/2016, o barril custa US\$ 37,00), fator que reduziu, drasticamente, suas receitas e agravando sua crise econômica. Diversificar mercados, e considerando a vantagem de situar-se no mesmo continente, pode ser uma saída, desde que incentivada, portanto, maior integração regional.

Em se tratando de diversificar fontes para maior segurança energética, a geração de energia elétrica por meio renovável é uma grande tendência, desde que as linhas de transmissão possam chegar aos consumidores e desde que haja uma regulação mais precisa sobre o setor, pois cada país possui suas regras peculiares.

4. NECESSÁRIA INTEGRAÇÃO ENERGÉTICA

A integração se justifica pela necessidade de com-

Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP). Entre 1960 e 1975, a organização expandiu para 13 membros, acrescido de Qatar, Indonésia, Líbia, Emirados Árabes Unidos, Argélia, Nigéria, Equador e Gabão. Hoje, a OPEP é composta por 12 Membros, sendo um suspenso - Equador em 1992 - e Gabão se retirou em 1995.

14 CONANT, Melvin A.; GOLD, Fern Racine. *A geopolítica energética*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1981. p. 25.

15 BASSANI, Matheus Linck. *Governança global de energia nas organizações intergovernamentais: necessária transição para uma energia sustentável*. 2014. 201 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. p. 45.

16 ZANELLA, Cristine Koehler. *Energia e integração: oportunidade e potencialidades da integração gasífera na América do Sul*. Ijuí: Unijuí, 2009. p. 97.

plementação dos mercados de energia entre os países da América do Sul, os quais podem ser identificados como importadores e exportadores de recursos energéticos, garantindo, portanto, maior segurança energética e maior autonomia em se tratando de escala continental ou regional.

Nesse estudo, considera-se integração regional em nível interestatal e não em nível infranacional, como pode ser também compreendido¹⁷. A CEPAL realizou um estudo analisando o conceito de integração¹⁸:

In general, regional integration processes can be viewed from at least three angles:

1. Economic and trade integration, which includes different degrees or stages of integration (preferential trade agreements; free trade area; customs union; common market and economic and monetary union);
2. Political integration, which implies greater depth, coordination and harmonization of actions among members in the governmental and institutional sphere; and
3. Physical integration, featuring infrastructure and its services as the protagonists.

Interessante análise de João Moreira e Roberto Pinto, analisando-se a integração energética, possui como pressuposto, inicialmente, a integração de mercados de energia. Nesse sentido:

entenda-se por integração de mercados, o processo de intercâmbios de energia entre diferentes países considerando-se a possibilidade de companhias de todos os países participarem na geração e transmissão de energia em todos os países, e de condições conjuntas de otimização de recursos, harmonização de aspectos regulatórios, redução de custos e impactos ambientais, entre outros.¹⁹

No caso em concreto, verifica-se que a integração no setor de energia perpassa pelos três tipos de processos de integração referidos pela CEPAL, em razão que depende de um mercado para ser viabilizada, depende de coordenação e cooperação entre os atores envolvidos, e,

17 ZANELLA, Cristine Koehler. *Energia e integração: oportunidade e potencialidades da integração gasífera na América do Sul*. Ijuí: Editora Unijuí, 2009. p. 83.

18 COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE. *Physical Infrastructure and Regional Integration*. *FAL Bulletin*, v. 280, n. 12, 2009.

19 MOREIRA, João Manoel Losada; PINTO, Roberto Tadeu Soares. Integração energética ou integração de mercados: qual é a melhor solução para a comercialização de energia elétrica? In: CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ECONOMÍA DE LA ENERGÍA, 4., 2013, Montevideo. *Anais*. 2013. p. 1-2.

principalmente, de um compartilhamento de infraestrutura, por se tratar de redes interconectadas.

A UNASUL pretende aliar todos os aspectos de integração, econômico e comercial, político e físico, o que se torna um projeto ambicioso. O autor argentino Ignacio Sabbatella afirma que:

La desigual distribución de los recursos en la región determina que la mitad de los países miembros sean importadores (Brasil, Chile, Argentina, Uruguay, Surinam y Guyana, de mayor a menor) y la otra mitad sean exportadores (Venezuela, Colombia, Ecuador, Bolivia, Paraguay y Perú, de mayor a menor), pero si se toma a los doce países de la UNASUR como una unidad a partir de las políticas de integración, el balance energético indica que se trata de un bloque autosuficiente y que inclusive cuenta con saldos exportables.²⁰

O cenário atual identifica que somente acordos bilaterais prosperaram na região. Sabbatella cita o exemplo da Argentina, que importa gás natural boliviano, combustíveis fósseis venezuelanos e tem acordos de energia elétrica com Paraguai, Brasil e Uruguai.²¹ O Brasil possui, principalmente, o acordo bilateral de Itaipu com o Paraguai e o acordo de fornecimento de gás com a Bolívia.

Por outra perspectiva, as iniciativas multilaterais não foram bem-sucedidas em razão de conflitos e diferenças de ordem política, institucional e jurídica, como a rede de gasodutos do sul, para a comercialização de gás peruano e boliviano no Cone Sul e o Grande Gasoduto do Sul, que forneceria gás venezuelano para toda a região, favorecendo bastante a Argentina, que poderia adquirir gás por terra, mais barato e mais seguro que a atual via marítima.²²

O grande desafio de uma integração energética, além dos embates políticos envolvendo interesses estratégi-

20 SABBATELLA, Ignacio. *La integración regional y la seguridad energética*. Centro cultural de la Cooperación Floreal Gorini (Seminario). p. 4-5. Disponível em: <https://www.academia.edu/9219638/La_integraci%C3%B3n_regional_y_la_seguridad_energ%C3%A9tica>. Acesso em: 05 ago. 2015.

21 SABBATELLA, Ignacio. *La integración regional y la seguridad energética*. Centro cultural de la Cooperación Floreal Gorini (Seminario). p. 5. Disponível em: <https://www.academia.edu/9219638/La_integraci%C3%B3n_regional_y_la_seguridad_energ%C3%A9tica>. Acesso em: 05 ago. 2015.

22 SABBATELLA, Ignacio. *La integración regional y la seguridad energética*. Centro cultural de la Cooperación Floreal Gorini (Seminario). p. 5. Disponível em: <https://www.academia.edu/9219638/La_integraci%C3%B3n_regional_y_la_seguridad_energ%C3%A9tica>. Acesso em: 05 ago. 2015.

cos dos membros²³, é a construção de estruturas físicas necessárias para que haja o efetivo compartilhamento dos recursos energéticos. Recursos esses que podem ser gás natural, petróleo ou energia elétrica, transportados mediante gasodutos, oleodutos e linhas de transmissão, respectivamente.

Essas estruturas, em regra, são compartilhadas para redução de custos, melhor eficiência e otimização na sua utilização. O acesso a terceiros deve ser respeitado, justamente por ser uma infraestrutura de rede.²⁴ No caso de dutos e energia elétrica, empresas detentoras de redes de infraestrutura essenciais para transmitir ou distribuir energia passaram a concentrar parcelas relevantes do mercado e a impedir o livre acesso de terceiros às suas redes, afetando a livre concorrência. A regulação surge como um meio de compensar o desequilíbrio existente entre os agentes econômicos.

Muitas vezes, houve a necessidade de criação de consórcios compostos por inúmeras empresas e/ou parcerias público-privadas para assumir a missão de construir e explorar essas redes, o que seria inviável se fosse realizada de forma individual. Como base para concretizar a infraestrutura de redes, o estabelecimento de regras conjuntas para promoção de incentivos ao investimento denotam ser substanciais.

Além da estrutura física, recursos humanos são, também, considerados um desafio. Conforme o coordenador do programa sobre energia em combustão da UNASUL, Luís Fernando Figueira Silva, 03 (três) grandes objetivos serão perseguidos em 2015-2016, que são a (i) formação de recursos humanos, (ii) desenvolvimento de ciência, tecnologia e inovação e (iii) intercâmbio entre os pesquisadores e o desenvolvimento de forma colaborativa em trabalhos laboratoriais e de desenvolvimento científico e tecnológico. Com isso, espera-se que essas ações levem ao compartilhamento de infraestrutura e de equipes. Alguns países têm infraestrutura que outros não têm e podemos desenvolver tecnologia, ciência e inovação usando essa infraestrutura.²⁵

23 Um exemplo é o conflito histórico denominado de Guerra do Pacífico, no período de 1879 a 1883, entre Bolívia, Peru e Chile, pelo controle da saída ao mar, em que esse último derrotou os primeiros, dominando a província de Antofagasta, rica em recursos naturais.

24 Vide NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência: compartilhamento de infraestruturas e rede*. São Paulo: Dialética, 2006.

25 UNASUL define ações para programa de energia em combustão. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/ciencia-e-tecnologia/2014/10/unasul-define-acoes-para-programa-de-energia-em-combustao>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

No setor de energia, a integração e a complementação dos recursos do continente Sul-Americano nas áreas de petróleo e gás e derivados, em termos de integração e troca de combustíveis, como o gás natural e as empresas de transmissão de eletricidade, constituem um eixo aproximação entre os países da região, que deve ser expandido e melhorado juntamente à preservação do meio ambiente e à eliminação de barreiras injustificáveis decorrentes de restrições e regulamentos nesse setor.²⁶

E, quando se trata de segurança energética, necessariamente deve ser considerada a diversificação de fontes. Não seria lógico priorizar a construção de oleodutos se a ideia no futuro é compartilhar energia elétrica advinda de fontes renováveis, por exemplo.

Cristine Koehler Zanella defende o gás como um combustível-ponte, entre uma sociedade consumidora de petróleo para uma sociedade consumidora de energia elétrica proveniente de fontes renováveis.²⁷ Essa posição se justifica pelo momento em que foi elaborada sua obra, em 2009, cuja tecnologia dos painéis fotovoltaicos e turbinas eólicas, por exemplo, ainda eram escassas e inviáveis economicamente.

O gás importado pelo Brasil e Argentina, por exemplo, é utilizado para geração de energia elétrica por termelétricas, o que leva à afirmação de que é necessário investir em gasodutos. Mas também é necessário investir em linhas de transmissão de energia elétrica, diante da iminente tendência de crescimento de geração de energia também por fontes renováveis, em razão do comprovado potencial.²⁸

Ressalta-se que inexistente hoje na América do Sul o estabelecimento de um conjunto de acordos pelos países no intuito de promover maior integração do setor, que requer conexões físicas de intercâmbio de energia e projetos de geração conjuntos. Conforme Moreira e Pinto,

26 ARTIGO 42 do Comunicado de Brasília da Reunião de Presidentes da América do Sul, Brasília, 31 de agosto e 01 septiembre de 2000. Disponível em: <http://www.comunidadandina.org/documentos/dec_int/di1-9-00.htm>. Acesso em: 05 ago. 2015

27 ZANELLA, Cristine Koehler. *Energia e integração: oportunidade e potencialidades da integração gasífera na América do Sul*. Ijuí: Unijuí, 2009. p. 68.

28 MOREIRA, João Manoel Losada; PINTO, Roberto Tadeu Soares. Integração energética ou integração de mercados: qual é a melhor solução para a comercialização de energia elétrica? In: CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ECONOMÍA DE LA ENERGÍA, 4., 2013, Montevideo. *Anais* 2013.

trabalhos acadêmicos foram elaborados como meio de integração, além de iniciativas por outras organizações, mas, em regra, há uma ausência de medidas:

[...] definindo um plano efetivo de ações com marcos regulatórios, papéis e responsabilidades para os principais atores (reguladores, operadores de rede, operadores de mercado, geradores, comercializadores, bolsas de energia, câmaras de compensação, distribuidores, consumidores livres, consumidores cativos e outros).²⁹

Eduardo Noboa cita a necessidade de que a integração energética não seja apenas para fins econômicos, comerciais e técnicos, mas que possa ser um meio de prover acesso de energia a todos, favorecendo o desenvolvimento em todos os setores. Ele afirma que a integração energética faz renascer o conceito de integração:

[...] en donde renace el concepto y el momento de la Hora Americana y en donde se requiere de una firme voluntad política; de la disponibilidad de recursos energéticos y de la capacidad de llegar a *acuerdos de beneficio mutuo* entre los países de la región para alcanzar la verdadera integración. Actualmente, contamos con las dos primeras condiciones (voluntad política y disponibilidad de recursos); sin embargo, debemos continuar trabajando arduamente con plena conciencia de que la integración es una necesidad ineludible y encontrar espacios de consenso en donde nazcan acuerdos de largo plazo y de beneficio mutuo, independientemente de los modelos de desarrollo y de las tendencias políticas individuales de cada país.³⁰ (grifa-se).

Estudos apontam sobre as externalidades positivas da integração energética na América do Sul, alcançando benefícios além dos ganhos puramente econômicos, mas outros como:

[...] relações com a efetiva integração; redução das assimetrias regionais e aumento da equidade social; potencial para futura unidade e paz; papel de médio/longo prazo no desenvolvimento regional; permite defesa de “visões próprias” do processo; incorporação de novos agentes nas decisões; segurança energética e aumento da confiabilidade do sistema; solução de gargalos comuns baseada em ganhos mútuos; oferta de serviço mais eficiente,

29 MOREIRA, João Manoel Losada; PINTO, Roberto Tadeu Soares. Integração energética ou integração de mercados: qual é a melhor solução para a comercialização de energia elétrica? In: CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ECONOMÍA DE LA ENERGÍA, 4., 2013, Montevideo. *Anais*. 2013. p. 4.

30 NOBOA, Eduardo. *El sector energético en Suramérica: evolución, potencial e integración*, Friedrich Ebert Stiftung, nov. 2013. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/10374-20131204.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

de maior qualidade e com menor custo; exploração de sinergias derivadas da complementaridade hidrológica; expertise e dotação de recursos de determinados países; e existência de fontes de financiamento.³¹

Integrar é dialogar, cooperar e efetivar ações em conjunto, e o desafio é sempre complexo por envolver inúmeras partes, além do fato de que o tema é altamente complexo e estratégico. A América do Sul carece de organização para atingir um fim maior que é o benefício mútuo no compartilhamento de estruturas, justamente para possibilitar maior trânsito ou fluxo de recursos, com custo reduzido, diante da proximidade e da existência de mercado, ou pela solidariedade entre os países vizinhos.

5. ENERGIA NO TRATADO CONSTITUTIVO DA UNASUL

O Tratado Constitutivo da UNASUL (TCUNASUL) está em vigor desde 2011 e possui inúmeros objetivos. O seu artigo 1º prevê a organização como pessoa jurídica de direito internacional, com objetivo de promover a integração em diversos temas, entre eles o cultural, social, político, econômico, incluindo o setor energético (vide art. 2º, do TCUNASUL).

Entre outras preocupações, como defesa, educação, saúde, ciência e tecnologia etc., o artigo 3º, do TCUNASUL, dispõe alguns objetivos específicos diretamente relacionados com o tema da integração energética:

La Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivos específicos: (...);

d) La integración energética para el aprovechamiento integral, sostenible y solidario de los recursos de la región;

e) El desarrollo de una infraestructura para la interconexión de la región y entre nuestros pueblos de acuerdo a criterios de desarrollo social y económico sustentables;

[...];

g) La protección de la biodiversidad, los recursos hídricos y los ecosistemas, así como la cooperación en la prevención de las catástrofes y en la lucha

31 SANTOS, Thauan. *Integração energética na América do Sul: desdobramentos do desenvolvimento institucional*. 2014. 132 f. Dissertação (Mestrado)-Instituto de Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p. 119.

contra las causas y los efectos del cambio climático; [...].³²

O item *d* realça a aplicação dos princípios do desenvolvimento sustentável e da solidariedade ao frisar o aproveitamento integral dos recursos energéticos entre os membros da organização.

Essa ideia fica mais forte ao combinar com os itens *e* e *g*, que adota a necessidade de conexão entre regiões mediante a construção de infraestruturas conforme critérios de desenvolvimento sustentável, calcado nos valores sociais, econômicos e ambientais, e pela proteção ao meio ambiente, com a aplicação do princípio da prevenção de forma cooperada para promover a redução de catástrofes ambientais e mitigar as causas e efeitos da mudança climática.

Verifica-se que a organização já nasce com objetivos que podem ser considerados atuais, no sentido de fornecer bases para o incentivo de geração e consumo de energia proveniente de fontes renováveis, por exemplo. Identifica-se uma convergência entre os objetivos específicos da UNASUL com os princípios de desenvolvimento sustentável (*Sustainable Development Goals*) emitidos recentemente pela Organização das Nações Unidas (ONU)³³, senão vejamos:

[...];

Goal 7. Ensure access to affordable, reliable, sustainable and modern energy for all;

Goal 9. Build resilient infrastructure, promote inclusive and sustainable industrialization and foster innovation;

Goal 10. Reduce inequality within and among countries;

Goal 11. Make cities and human settlements inclusive, safe, resilient and sustainable;

Goal 12. Ensure sustainable consumption and production patterns;

Goal 13. Take urgent action to combat climate change and its impacts;

32 UNIÃO DE NAÇÕES SUL-AMERICANAS. *Tratado Constitutivo da União das Nações Sul-Americanas*. Disponível em: <<http://www.unasursg.org/images/descargas/DOCUMENTOS%20CONSTITUTIVOS%20DE%20UNASUR/Tratado-UNASUR-solo.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

33 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Transforming our world: the 2030 agenda for sustainable development: finalised text for adoption (1 August)*. Disponível em: <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/7891TRANSFORMING%20OUR%20WORLD.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2015.

Goal 14. Conserve and sustainably use the oceans, seas and marine resources for sustainable development;

Goal 15. Protect, restore and promote sustainable use of terrestrial ecosystems, sustainably manage forests, combat desertification, and halt and reverse land degradation and halt biodiversity loss; (...). (grifa-se)

Ambas as organizações possuem objetivos de combater as causas e efeitos do câmbio climático, proteção ao meio ambiente, construção de infraestruturas sustentáveis, promover acesso universal e sustentável de energia, no intuito de desenvolver a região de modo sustentável e que não comprometa a qualidade de vida das futuras gerações.

Em 2007, como parte da 1ª Cúpula Energética Sul-Americana, realizada em Isla Margarita, na Venezuela, mediante a denominada Declaração de Margarita, foi criado o Conselho de Energia Sul-Americano (CES) da UNASUL, quando ainda havia a Comunidade Sul-Americana das Nações.

O CES é composto pelos Ministros de Energia de cada país, e, naquela ocasião, se comprometeram a apresentar proposta de diretrizes para a Estratégia Energética Sul-Americana, para o Plano de Ação e do Tratado de Energia Sul-Americano. Essas tarefas foram delegadas ao Grupo de Especialistas em Energia, sob a chancela do CES.

Somente em maio de 2010, na Reunião Presidencial Extraordinária, o CES aprovou o estabelecimento de (i) Diretrizes do Plano de Ação para a Integração Regional de Energia com base em linhas de ação estratégicas referentes a petróleo, gás natural, carvão, energia elétrica, energia alternativa, energia nuclear e eficiência energética; (ii) Estrutura do Tratado Energético Sul-Americano: considerado como o marco jurídico para concretizar a integração energética regional; e (iii) Diretrizes de Estratégia Energética.³⁴

Nessa ocasião, os Ministros da Energia ficaram encarregados de avançar o desenvolvimento do conteúdo do Tratado. Nesse quadro inicial de planejamento, verifica-se a existência de boas intenções das partes em promover a integração regional energética. Mas para

34 SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE. *Temas centrales en la creación del Organismo ha sido los de energía e infraestructura Art. 3 Tratado Constitutivo literal d) y e)*. Disponível em: <http://www.sela.org/media/265920/t023600004442-0-unasur_temas_de_energia_e_infraestructura.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2015

que haja efetivamente um comprometimento em realizar essa integração, a aprovação e vigência do Tratado de Energia Sul-Americano (TES) se revela essencial.

6. PROPOSTA DE UM TRATADO DE ENERGIA SUL-AMERICANO (TES)

O Conselho de Energia Sul-Americano (CES) ficou responsável pela cooperação e complementação em matéria de energia na região.³⁵ Seus objetivos são assegurar:

- Direito soberano ao uso dos recursos naturais e à gestão das taxas de exploração;
- Respeito às regras de cada país e as formas de propriedade adotadas por cada Estado para o desenvolvimento dos seus recursos energéticos;
- Solidariedade e reciprocidade;
- Eliminar as assimetrias entre os Estados;
- Respeito à soberania e autodeterminação dos povos;
- Princípio da integridade territorial.

Os objetivos acima refletem normas gerais para concretização de um Tratado. Abaixo seguem algumas diretrizes estabelecidas pelo Conselho, no intuito de promover a integração energética Sul-Americana:

- Promover a segurança energética da região;
- Reforçar a infraestrutura energética regional;
- Promover o intercâmbio e transferência de tecnologia;
- Incentivar o desenvolvimento energético regional;
- Promover a industrialização e desenvolvimento do setor de energia;
- Promover a harmonização dos aspectos regulatórios e comerciais relacionados com a integração energética;
- Incorporar ao planejamento doméstico de cada membro o objetivo de integração regional de energia;
- Promover o uso eficiente da energia;
- Promover o desenvolvimento de energias renováveis e alternativas;
- Incentivar as parcerias entre o setor público e privado;
- Promover o equilíbrio entre países produtores e os consumidores de energia.

35 UNIÃO DE NAÇÕES SUL-AMERICANAS. Consejo Energético Suramericano De Unasur (CES). Disponível em: <<https://www.unasursg.org/es/node/22>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

As diretrizes acima são bem específicas, e merecem maior detalhamento quando da formulação de um tratado multilateral. É possível constatar que a segurança energética e o desenvolvimento regional são os vetores principais da integração energética, convergindo para o núcleo centralizador referido no início deste trabalho. A partir desses grandes eixos, podem se extrair as demais diretrizes como eficiência energética, investimentos em infraestrutura, harmonização jurídica, transferência de tecnologia etc.

O CES foi encarregado para a elaboração do Tratado Energético Sul-Americano (TES), que reflete as diretrizes e princípios estabelecidos.³⁶ O primeiro draft do TES consiste em um preâmbulo e sete partes, que apresentam dispositivos que parecem contemplar as necessidades do setor, como infraestrutura, marcos regulatórios, segurança energética, investimentos, livre trânsito, segurança jurídica, tarifas, meio ambiente, cooperação, relação com outros tratados e até mesmo prevendo um mecanismo de soluções de controvérsias³⁷.

Em maio de 2015, a IV Cúpula do Conselho Energético não produziu resultados significativos, limitando-se ao recorrente discurso de necessidade de incentivar redes regionais de conexão energética, com acordos regionais que beneficiem o continente, além de lançar um plano de trabalho 2015-2016.³⁸

Interessante notar que a própria UNASUL parece ter desacelerado o projeto do TES desde 2010, ao publicar o título *UNASUR relanza el Consejo Energético* quando da IV Cúpula, além de não aprofundar ou publicar informações sobre o texto ou negociações do próprio Tratado no seu *site* na internet. Mais preocupante é a ausência de citação do Ministro de Energia do Brasil na reunião.

36 UNIÃO DE NAÇÕES SUL-AMERICANAS. *Diretrizes de estratégia energética*. Disponível em: <<http://www.unasursg.org/images/descargas/ESTATUTOS%20CONSEJOS%20MINISTERIALES%20SECTORIALES/LINEAMIENTOS%20DE%20ESTRATEGIA%20ENERGETICA%20SURAMERICANA.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

37 Em relação ao mecanismo de solução de controvérsias, necessário observar eventual conflito de normas e/ou de jurisdição emergente do caso concreto, como em Tratados que os membros também são partes. Sobre o assunto, ver: MOROSINI, Fabio Costa; NIENCHESKI, Luisa Zuardi. A relação entre os tratados multilaterais ambientais e os acordos da OMC: é possível conciliar o conflito? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 150-168, 2014.

38 UNIÃO DE NAÇÕES SUL-AMERICANAS. *UNASUR relanza el Consejo Energético*. Disponível em: <<http://www.unasursg.org/es/node/251>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

A Ata da XIX Reunião do Grupo de Especialistas de Energia do CES da UNASUL, de agosto de 2015, é o último documento disponível até a presente data e dispõe sobre a necessidade de continuar trabalhando para o fortalecimento da metodologia para elaboração do Balanço Energético Sul-Americano (BES), alinhadas com as metodologias de cada membro. Percebe-se que a OLADE é uma parceira extremamente atuante dentro do CES, pela sua relevância e corpo técnico sobre o assunto. Ainda, refere que o CES trabalha em conjunto com o *Consejo Suramericano De Infraestructura Y Planeamiento* (COSIPLAN), o qual, por sua vez, possui trabalhos conjuntos com a *Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana* (IIRSA), no intuito de coordenar projetos de infraestrutura que envolvam o tema da energia. Em relação ao TES, foi ressaltada a necessidade de análise do relatório elaborado pela OLADE³⁹, no sentido de reduzir ou harmonizar assimetrias entre os membros para viabilizar um avanço nas negociações. Mesmo tendo sido traçado um plano de metas para 2015/2016, verifica-se uma despreocupação sobre o assunto e as frequentes trocas de representantes dos governos dos membros e a complexidade, e sensibilidade do tema parecem ser um óbice para de fato para se estabelecer um marco regulatório no continente.⁴⁰

Conforme Adilson de Oliveira, é necessário superar três obstáculos para atingir uma integração: the coordination of the electricity output of the various power plants in the region; the environmental licensing of energy projects, especially in Amazonia; and, in particular, the deficit in terms of a legal system to facilitate private investment.⁴¹ De fato, o TES abrange esses temas de forma mais geral, mas deixa de aprofundar

39 ORGANIZACION LATINO AMERICANA DE ENERGIA. *Potencialidades de recursos energeticos y minerales en america del sur: coincidencias juridicas hacia una estrategia regional*. Disponível em: <<http://www.olade.org/sites/default/files/publicaciones/Potencial-Recursos-Energeticos-Minerales-AS.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

40 UNIÃO DE NAÇÕES SUL-AMERICANAS. *Ata da XIX reunião de especialistas de energia do CES*. Disponível em: <https://repo.unasursg.org/alfresco/service/unasursg/documents/content/ACTA_DE_LA_DECIMA_NOVENA_REUNION_DEL_GRUPO_DE_EXPERTOS_EN_ENERGIA_DEL_CONSEJO_ENERGETICO_DE_SURAMERICA_DE_LA_UNION_DE_NACIONES_SURAMERICANAS_UNASUR.pdf?noderefer=07b5cf05-a66d-4568-8a77-d6f6241c7b20>. Acesso em: 07 mar. 2016.

41 OLIVEIRA Adilson de. *Security in South America: The Role of Brazil*. Manitoba: International Institute for Sustainable Development. 2010. p. 14. Disponível em: <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/energy_security_south_america.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2016.

a temática, o que sugere o desinteresse das partes em fomentar a celebração de um acordo-base.

A maior dificuldade, no entanto, tende a ser a aplicação da virtude da cooperação entre as partes para solucionar inúmeras questões, como fixação de preços dos ativos energéticos, aspectos ambientais e investimentos. Isso foi identificado no que se refere ao estudo referente à matéria ambiental no próprio Mercosul, em que se constatou uma concorrência regulatória levando ao fenômeno denominado de *race to the bottom*, cuja competição regulatória pode levar à ausência ou redução da proteção do meio ambiente. Outra constatação foi a ausência de harmonização das regras naquela Organização, a qual é fomentada na União Europeia, por exemplo, no intuito de evitar conflitos.⁴² Dessa forma, o TES deverá considerar a multiplicidade de regulamentos existentes na seara doméstica para poder atingir seu objetivo.

7. ALTERNATIVAS ENQUANTO O TES NÃO SE CONCRETIZA

Diante das identificadas divergências, resta claro que oleodutos e gasodutos provenientes dos principais países produtores (Bolívia e Venezuela) aos importadores (Brasil, Argentina e Chile), são meios de facilitar o fluxo de recursos e fortalecer a economia continental, levando ao maior desenvolvimento da região. Um marco regulatório seria um meio de prover segurança jurídica para viabilizar os fluxos energéticos, na mesma ideia do *Energy Charter Treaty*, concluído em 1994, cujo principal objetivo foi criar regras para garantir – assegurar – os investimentos no leste europeu.⁴³ Inclusive, foi cogitada a hipótese dos países da América do Sul integrarem o *Energy Charter*, tentativa essa inexitosa. A Venezuela figura como tão somente como observadora convidada.⁴⁴

Mesmo com exemplos concretos problemáticos,

42 VELHO, Rafael Rott de Campos. O Mercosul e a política ambiental: modelos, inconsistências e alternativas, *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 103-128, 2012.

43 GOLDTHAU, Andreas; WITTE, Jan Martin. *Global Energy Governance: the new rules of the game*. Washington: Brooking Press, 2010. p. 8.

44 OLIVEIRA Adilson de. *Security in South America: The Role of Brazil*. Manitoba: International Institute for Sustainable Development, 2010. p. 4. Disponível em: <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/energy_security_south_america.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2016.

como a divergência contratual entre Argentina e Chile, para fornecimento de gás; entre Brasil e Paraguai, em relação ao preço da energia elétrica decorrente do acordo de Itaipu; e entre Bolívia e Brasil, em razão da nacionalização de refinarias da Petrobrás; enquanto não se celebra o desejado tratado multilateral, uma solução pode estar nas negociações ou tratativas no âmbito bilateral ou sub-regional.

No contexto da integração multilateral do mercado de energia elétrica, esse é mais complexo em razão do necessário fortalecimento de mercados sub-regionais, para, posteriormente, avançar sobre um mercado continental. Essa afirmativa está fundamentada na experiência europeia do *Nordpool*, em que os países escandinavos⁴⁵ criaram um mercado e regulamento próprio para posteriormente fomentar e participar do mercado europeu.⁴⁶

Mas, no âmbito bilateral, verifica-se um interessante exemplo, que foi a conclusão de 411 km de linha de transmissão no trecho entre Candiota e San Carlos (integração física Brasil- Uruguai), em 2015, que foi financiada com recursos do Uruguai e por meio do Fundo de Convergência Estrutural (Focem), do Mercosul. Esse projeto de interconexão soma-se ao Parque Eólico de Artilleros, inaugurado em fevereiro de 2015. O parque é uma iniciativa pioneira da cooperação entre a empresa uruguaia UTE e a Eletrobrás, primeiro projeto fora do Brasil na área de geração de energia renovável, financiado pela Corporación Andina de Fomento (CAF).⁴⁷

Outro exemplo de integração está na hipótese de geração de energia hidroelétrica considerando a extensão territorial do continente. Em alguns períodos do ano, a água é escassa em alguns locais e, em outros, abundante (períodos de seca e chuva); mas em regra, quando chove no norte, é seco no sul, e vice-versa (vide exemplo recente do Brasil, com seca recorde em São Paulo). Uma vez interligado o sistema elétrico entre os países

Sul-Americanos, a energia gerada no sul do continente abastecerá o norte e, noutro período, a energia gerada no norte poderia abastecer o sul, o que levaria à redução de custo e a uma eficiência ótima.

Isso vai de encontro com uma das modalidades de exportação e importação de eletricidade, que utiliza condições favoráveis de um país e desfavoráveis de outro, no intuito de assegurar abastecimento a todos os participantes:

Importação/Exportação com caracterização de energia de oportunidade: condições hidrológicas favoráveis em um país A, viabilizam a exportação de excedentes de energia elétrica, de origem hidráulica, para um país B interligado, sem comprometimento de atendimento a demanda do país A e com vantagens para ambos. Considera-se, por exemplo, a variação na sazonalidade do clima entre os países. Nesta modalidade, as perdas são rateadas e a devolução deve ser realizada em montantes de energia, não envolvendo transações financeiras. (grifa-se)⁴⁸

Adilson de Oliveira ressalta interessante perspectiva sobre os benefícios de uma integração energética, defendendo a cooperação da geração e consumo de energia, reduzindo custos, investimentos e impacto ao meio ambiente, além de aumento da segurança energética:

This hydrological diversity offers opportunities to explore hydropower generation in the rainy season in certain river basins to compensate for the inability to generate power in other river basins that experience low rainfall. The cooperative generation of hydropower reduces the need to burn fuel in thermal plants. The cost of electricity is reduced, the environment suffers lower impacts and the risk of power shortages diminishes. The diversity in consumer behaviour leads to demand for power peaking at different times. The cooperative use of regional power generation capacity reduces the need for installed capacity to secure regional energy supplies. Investments are smaller and the cost of electricity is reduced.⁴⁹

Obviamente, deverá ocorrer uma confiança mútua para esse sistema virar, pois um membro fornecerá energia ao sistema em determinado

45 Originalmente Suécia, Noruega, Dinamarca, Finlândia, posteriormente Alemanha, Letônia, Estônia, Lituânia, Polônia, Bélgica, Holanda e Grã-Bretanha. Disponível em: <<http://www.nordpools-pot.com/TAS/>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

46 MOREIRA; João Manoel Losada; PINTO, Roberto Tadeu Soares. Integração energética ou integração de mercados: qual é a melhor solução para a comercialização de energia elétrica? In: CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN LATIIONAMERICANA DE ECONOMÍA DE LA ENERGÍA, 4., 2013, Montevideo. *Anais*. 2013. p. 9-11.

47 INTEGRAÇÃO energética. Disponível em: <<http://blog.pla-nalto.gov.br/assunto/unasul/>> Acesso em: 05 ago. 2015.

48 MOREIRA; João Manoel Losada; PINTO, Roberto Tadeu Soares. Integração energética ou integração de mercados: qual é a melhor solução para a comercialização de energia elétrica? In: CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN LATIIONAMERICANA DE ECONOMÍA DE LA ENERGÍA, 4., 2013, Montevideo. *Anais*. 2013. p. 6.

49 OLIVEIRA Adilson de. *Security in South America: The Role of Brazil*. Manitoba: International Institute for Sustainable Development, 2010. p. 5. Disponível em: <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/energy_security_south_america.pdf>, Acesso em: 23 abr. 2016.

período e o outro deverá realizar o mesmo noutro período, conforme o potencial hidrológico, não se cogitando bloqueios no abastecimento. A segurança energética acaba sendo o foco de discussão no caso concreto. Um sistema de solução de controvérsias deverá ser criado para eventual litígio.⁵⁰

O que merece ser salientado é que a América do Sul integrada poderia ser considerada como uma potência global energética – condicionado a alguns ajustes – na perspectiva de alcançar maior autonomia em face da comprovada abundância de recursos, mercado, e com acesso aos oceanos Atlântico e Pacífico. A Venezuela e Bolívia, produtores de petróleo e gás, respectivamente, além de Brasil, Argentina, como maiores consumidores e produtores em menor escala, além da Colômbia como produtora de carvão e petróleo, são indícios que elevam a esse patamar. Estima-se um PIB da ordem de US\$ 3.031 trilhões, em que o Brasil contribuiria com US\$ 1,990 trilhão, considerando a paridade do poder de compra.⁵¹ Esse dado, inclusive, deveria ser melhor explorado pelo Brasil para atuar como um líder regional, incentivando a celebração de um marco regulatório, já que na teoria seria o maior beneficiado pelo aumento de fluxos energéticos.

O Brasil, figurando como uma liderança regional, estando numa localização central do continente com mercado relevante e detentor de recursos naturais abundantes, mediante uma integração energética regional, poderia liderar os demais países para uma transição gradual para uma economia de baixo carbono. Isso desencadearia outro benefício:

South America's position in the global process of energy transition will be largely determined by its capacity to secure the region's energy supplies and to offer safe energy supplies to energy-importing countries outside South America. Access to consumer markets in these countries will create a favourable economic environment for attracting investments to the region, thus adding value to its vast energy resources, whether renewable or non-renewable.⁵²

No entanto, hoje e infelizmente, o continente Sul-Americano carece de políticas mais efetivas. Com exce-

ção da Aliança do Pacífico, que adota o modelo norte-americano de acordos comerciais regionais, os demais países, como o Brasil, não participam ativamente dessa nova realidade, apostando sempre na multilateralização das relações, permanecendo vinculados a acordos regionais pretéritos.⁵³ O estabelecimento de um tratado energético no continente poderia quebrar esse paradigma negativo.

Alternativamente, algumas organizações específicas na área de energia merecem destaque na região, como a *Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana* (IIRSA), que planeja projetos no continente e funciona como apoio técnico da UNASUL⁵⁴, e a Organização Latino Americana de Energia (OLADE), criada em 1973, atuando como apoio técnico em que os membros atuam conjuntamente para a integração energética regional, mediante comercialização e defesa dos recursos energéticos.⁵⁵

Outra organização – esta não governamental – é a Comissão de Integração Energética Regional (CIER), criada em 1964, atuando mais precisamente na integração do setor elétrico, cujos estudos demonstram que existe oportunidade para aprofundar a integração energética da região, com maior eficiência na utilização de recursos, compartilhamento de linhas de transmissão, melhor qualidade na prestação de serviços, tarifas mais eficientes e um ambiente regulatório mais favorável à competitividade.⁵⁶

Todas as iniciativas que fomentam uma maior segurança energética devem ser estimuladas, principalmente quando ambicionam políticas para acesso universal à energia, qualidade de vida e demais benefícios. Projetos bilaterais são positivos, mas possuem a desvantagem que acabam sendo pontuais e atingem somente os contratantes, sem um planejamento coletivo mais robusto, que um tratado no âmbito da UNASUL poderia oferecer.

50 THORSTENSEN, Vera; et. al. *A regulação do comércio internacional de energia: combustíveis e energia elétrica*. São Paulo: FIESP, 2013. p. 309-310.

51 BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. *Geopolítica e política exterior*: Estados Unidos, Brasil e América do Sul. Brasília: FUNAG, 2010. p. 118.

52 OLIVEIRA Adilson de. *Security in South America: The Role of Brazil*. Manitoba: International Institute for Sustainable Development, 2010. Disponível em: < <http://www.iisd.org/library/energy-security-south-america-role-brazil>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

53 CAPUCIO, Camila. A OMC e o regionalismo do século XXI: estratégia de imposição de modelos normativos? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2014 p. 336-348.

54 IIRSA. *Proyectos*. Disponível em: <<http://www.iirsa.org/Projects/Search?menuItem=97>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

55 THORSTENSEN, Vera; et. al. *A regulação do comércio internacional de energia: combustíveis e energia elétrica*. São Paulo: FIESP, 2013. p. 306.

56 THORSTENSEN, Vera; et. al. *A regulação do comércio internacional de energia: combustíveis e energia elétrica*. São Paulo: FIESP, 2013. p. 307-310.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inequívoco que a integração regional promove a segurança energética, cujos benefícios são latentes, desde os aspectos económicos sociais à redução de impacto ao meio ambiente, promovendo um macro desenvolvimento sustentável.⁵⁷ São inequívocos os potenciais benefícios de uma eventual facilitação dos fluxos energéticos, confirmando a hipótese levantada neste trabalho, mas desde que as receitas sejam direcionadas para setores catalisadores do desenvolvimento⁵⁸, como tecnologia, defesa, qualidade de vida (saúde e educação), transporte, segurança, infraestrutura e energia.

O Tratado Energético (TES) é ainda uma promessa e seus projetos e estudos que fundamentaram a ideia de uma integração continental dificilmente sairão do papel nos próximos anos por algumas razões. Primeiro, se verifica que suas diretrizes são relevantes mas tendem a se situar num campo mais genérico. Um exemplo é a ausência de previsões sobre segurança nos investimentos e licenciamentos ambientais. Acordo semelhante (Energy Charter Treaty) foi justamente criado para assegurar investimentos de infraestrutura de energética no leste europeu após 1990, o que ilustra a viabilidade de (i) os países Sul-Americanos aderirem esse acordo – cuja adesão não foi acolhida – ou (ii) celebrarem acordo regional, que poderia ser o TES.

Segundo, a ausência de vontade política dos países, ou melhor, a instabilidade política do país que deveria liderar esse movimento, o Brasil, fomenta a dispersão para maior integração. Terceiro, a atual e grave situação econômica de três grandes economias da região, quais sejam, Argentina, Brasil e Venezuela, eliminam fontes de financiamento para a construção de infraestruturas.

De qualquer sorte, sugere-se que os membros da UNASUL priorizem a celebração do TES como um objetivo primordial a ser alcançado, no intuito de tornar a América Latina um continente com alto grau de

segurança energética (e jurídica), sob pena de mitigar ainda mais o desenvolvimento da região, historicamente defasado. Por outra perspectiva, a criação de um tratado multilateral sobre sistema de reservas de recursos energéticos para emergências (Reserva Multilateral de Segurança Energética - RMSA)⁵⁹, nos moldes da Agência Internacional de Energia – AIE,⁶⁰ pode ser uma medida temporária até uma transição completa de uma economia de alto para baixo carbono.

Alternativamente, enquanto se aguarda a celebração do tratado multilateral, sugere-se que os membros efetivem relevantes projetos bilaterais ou sub-regionais, mesmo que limitados e pontuais. Por fim, apesar da complexidade do tema, acredita-se que investimentos em infraestrutura de linhas de transmissão, em razão do crescimento da geração de energia elétrica em longo prazo, por fontes renováveis ou convencionais, devem ser priorizados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. *Geopolítica e política exterior: Estados Unidos, Brasil e América do Sul*. Brasília: FUNAG, 2010.

CAPUCIO, Camila. A OMC e o regionalismo do século XXI: estratégia de imposição de modelos normativos? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 336-348, 2014.

CARMEN, Amalia del. *A integração energética na América do Sul: instrumentos jurídicos e institucionais para*

59 OLIVEIRA Adilson de. *Security in South America: the role of Brazil*. Manitoba: International Institute for Sustainable Development, 2010. p. 5. Disponível em: <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/energy_security_south_america.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2016.

60 A AIE recomenda que os estoques de petróleo dos países-membros sejam realizados pelas empresas, pelo governo ou por agências, ou uma combinação dos três, para que seja possível se manter por até 90 dias sem precisar de fornecimento externo. Isso evita um prejuízo econômico e social, acalmando os mercados e mantendo o preço estável. Por três vezes esses estoques foram utilizados: houve a liberação das reservas de petróleo na Guerra do Golfo, em 1991; após a passagem dos furacões Katrina e Rita, que danificaram plataformas de petróleo *offshore*, oleodutos e refinarias de petróleo no Golfo do México, em 2005, e recentemente, em resposta à interrupção prolongada do fornecimento de petróleo pela Líbia, em 2011. Vide em INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. How does the IEA respond to major disruptions in the supply of oil? Disponível em: <<http://www.iea.org/newsroomandevents/agencyannouncements/how-does-the-iea-respond-to-major--disruptions-in-the-supply-of-oil-2011-03-10-.html>> Acesso em: 23 abr. 2016.

57 SABBATELLA, Ignacio. *La integración regional y la seguridad energética*. Centro cultural de la Cooperación Floreal Gorini (Seminário). p. 5. Disponível em: <https://www.academia.edu/9219638/La_integraci%C3%B3n_regional_y_la_seguridad_energ%C3%A9tica>. Acesso em: 05 ago. 2015.

58 Para maior aprofundamento do conceito de desenvolvimento, que considera não apenas crescimento econômico ou da renda, mas todo o contexto social, como igualdade de oportunidades, qualidade de vida, entre outros critérios, vide SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2010.

projetos gasíferos regionais. 357 f. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp119143.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE. Physical Infrastructure and Regional Integration. *FAL Bulletin*, v. 280, n. 12, 2009.

COMUNIDAD ANDINA. *Artigo 42 do Comunicado de Brasília da Reunião de Presidentes da América do Sul*. Brasília, 31 de agosto e 01 de setembro de 2000. Disponível em: <http://www.comunidadandina.org/documentos/dec_int/di1-9-00.htm>. Acesso em: 05 ago. 2015.

CONANT, Melvin A.; GOLD, Fern Racine. *A geopolítica energética*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1981.

CORRELJÉ, Aad; VAN DER LINDE, Coby. Energy supply security and geopolitics: a european perspective. *Energy Policy*, v. 34, n. 5, p. 532-543, 2006.

GOLDTHAU, Andreas; WITTE, Jan Martin. *Global Energy Governance: the new rules of the game*. Washington: Brookings Press, 2010.

INICIATIVA PARA A INTEGRAÇÃO DA INFRAESTRUTURA REGIONAL SUL-AMERICANA. Projectos. Disponível em: <<http://www.iirsa.org/Projects/Search?menuItem=97>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

INTEGRAÇÃO energética. Disponível em: <<http://blog.planalto.gov.br/assunto/unasul/>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. How does the IEA respond to major disruptions in the supply of oil? Disponível em: <<http://www.iea.org/newsroomandevents/agencyannouncements/how-does-the-iea-respond-to-major--disruptions-in-the-supply-of-oil-2011-03-10-.html>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

LAHOUD, Gustavo. Una aproximación teórica a la soberanía energética e integración regional sudamericana. Centro Latinoamericano de Investigaciones Científicas y Técnicas (CLICeT). Disponível em: <http://www.cienciayenergia.com/Contenido/pdf/080428_i_gol.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2015.

MOREIRA, João Manoel Losada; PINTO, Roberto Tadeu Soares. Integração energética ou integração de mercados: qual é a melhor solução para a comercialização de energia elétrica? In: CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ECONOMÍA DE

LA ENERGÍA, 4., 2013, Montevideo. *Anais*. 2013.

MOROSINI, Fabio Costa; NIENCHESKI, Luisa Zuardi. A relação entre os tratados multilaterais ambientais e os acordos da OMC: é possível conciliar o conflito? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 150-168, 2014.

NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência: compartilhamento de infraestruturas e rede*. São Paulo: Dialética, 2006.

NOBOA, Eduardo. *El sector energético en Suramérica: evolución, potencial e integración*, Friedrich Ebert Stiftung, nov/2013. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/10374-20131204.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

OLIVEIRA Adilson de. *Security in South America: the role of Brazil*. Manitoba: International Institute for Sustainable Development, 2010. Disponível em: <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/energy_security_south_america.pdf> e <http://www.iisd.org/library/energy-security-south-america-role-brazil>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

OLIVEIRA, Ana Carolina Vieira de; SALGADO, Rodrigo Souza. Modelos de integração na América do Sul: do Mercosul à Unasul. In: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS INSTITUTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS – USP, ENCONTRO NACIONAL ABRI 2001, 3., 2011, São Paulo. *Proceedings*. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC000000122011000100011&lng=en&nrm=abn>. Acesso em: 07 ago. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Transforming our world: the 2030 agenda for sustainable development: finalized text for adoption* (1 August). Disponível em: <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/7891TRANSFORMING%20OUR%20WORLD.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2015.

ORGANIZACION LATINOAMERICANA DE ENERGIA. *Potencialidades de recursos energéticos y minerales en América del Sur: coincidencias jurídicas hacia una estrategia regional*. Disponível em: <<http://www.olade.org/sites/default/files/publicaciones/Potencial-Recursos-Energeticos-Minerales-AS.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

ORGANIZACION LATINOAMERICANA DE ENERGIA; UNION DE NAÇÕES SURAMERICANA

NAS. UNASUR: un espacio que consolida la integración energética. Disponível em: <<http://www.olade.org/sites/default/files/publicaciones/UNASUR%20-%20Un%20espacio%20que%20-completo.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

PAMPLONA, João Batista; CACCIAMALI, Maria Cristina. Recursos naturais e estratégias de desenvolvimento para a América Latina. *Revista Pontes*, v. 11, n. 3, p. 4-6, maio 2015.

RUIZ-CARO, Ariela. *Puntos de conflicto de la cooperación e la integración energética em América Latina y el Caribe*. ONU/CEPAL, 2010. Disponível em: <<http://archivo.cepal.org/pdfs/2010/S1000042.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

SABBATELLA, Ignacio. *La integración regional y la seguridad energética*. Centro cultural de la Cooperación Floreal Gorini (Seminario). Disponível em: <https://www.academia.edu/9219638/La_integraci%C3%B3n_regional_y_la_seguridad_energ%C3%A9tica>. Acesso em: 05 ago. 2015.

SANTOS, Thauan. *Integração Energética na América do Sul: desdobramentos do desenvolvimento institucional*. 2014. 132 f. Dissertação (Mestrado)-Instituto de Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2010.

SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE. *Temas centrales en la creación del Organismo ha sido los de energía e infraestructura Art. 3 Tratado Constitutivo literal d) y e)*. Disponível em: <http://www.sela.org/media/265920/t023600004442-0-unasur_temas_de_energia_e_infraestructura.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2015

THORSTENSEN, Vera et al. *A regulação do comércio internacional de energia: combustíveis e energia elétrica*. São Paulo: FIESP, 2013.

UNASUL define ações para programa de energia em combustão. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/ciencia-e-tecnologia/2014/10/unasul-define-acoes-para-programa-de-energia-em-combustao>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

UNIÃO DE NAÇÕES SUL-AMERICANAS. *Alinhamentos de estratégia energética sul-americanas*. Disponível em: <[TUTOS%20CONSEJOS%20MINISTERIALES%20SECTORIALES/LINEAMIENTOS%20DE%20ESTRATEGIA%20ENERGETICA%20SURAMERICANA.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2015.](http://www.unasursg.org/images/descargas/ESTA-</p></div><div data-bbox=)

UNIÃO DE NAÇÕES SUL-AMERICANAS. *Ata da XIX reunião de especialistas de energia do CES*. Disponível em: <https://repo.unasursg.org/alfresco/service/unasursg/documents/content/ACTA_DE_LA_DECIMA_NOVENA_REUNION_DEL_GRUPO_DE_EXPERTOS_EN_ENERGIA_DEL_CONSEJO_ENERGETICO_DE_SURAMERICA_DE_LA_UNION_DE_NACIONES_SURAMERICANAS__UNASUR.pdf?noderef=07b5cf05-a66d-4568-8a77-d6f6241c7b20>. Acesso em: 07 mar. 2016.

UNIÃO DE NAÇÕES SUL-AMERICANAS. *Consejo Energético Suramericano de Unasur (CES)*. Disponível em: <<https://www.unasursg.org/es/node/22>>. Acesso em: 05 ago.2015.

UNIÃO DE NAÇÕES SUL-AMERICANAS. *Diretrizes de estratégia energética*. Disponível em: <<http://www.unasursg.org/images/descargas/ESTATUTOS%20CONSEJOS%20MINISTERIALES%20SECTORIALES/LINEAMIENTOS%20DE%20ESTRATEGIA%20ENERGETICA%20SURAMERICANA.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

UNIÃO DE NAÇÕES SUL-AMERICANAS. *Plano TES*. Disponível em: <<http://www.unasursg.org/uploads/e1/77/e17787075555d52b60a86193c81d482b/PLAN-TRATADO-ENERGETICO-SURAMERICANO.pdf>> e em <http://www.unasursg.org/uploads/4c/e6/4ce6db8f6ed4f4e72d157f868f640465/Declaracio%CC%81n-de-las-Autoridades-Nacionales-en-Materia-Energe%CC%81tica-Caracas-Venezuela-13-mayo-2011..pdf>>. Acesso em 15 jan. 2015.

UNIÃO DE NAÇÕES SUL-AMERICANAS. *Tratado Constitutivo da União das Nações Sul-Americanas*. Disponível em: <<http://www.unasursg.org/images/descargas/DOCUMENTOS%20CONSTITUTIVOS%20DE%20UNASUR/Tratado-UNASUR-solo.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

UNIÃO DE NAÇÕES SUL-AMERICANAS. *UNASUR relanza el Consejo Energético*. Disponível em: <<http://www.unasursg.org/es/node/251>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

VELHO, Rafael Rott de Campos. O Mercosul e a política ambiental: modelos, inconsistências e alternativas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 103-128, 2012.

ZANELLA, Cristine Koehler. *Energia e integração: oportunidade e potencialidades da integração gasífera na América do Sul*. Ijuí: Unijuí, 2009.

OUTROS ARTIGOS

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**As práticas restritivas da
concorrência no mercado de
contratação pública europeu**
Restrictive practices of
competition on the market of
European Public Procurement

Alice Rocha da Silva

Ruth M. P. Santos

As práticas restritivas da concorrência no mercado de contratação pública europeu*

Restrictive practices of competition on the market of European Public Procurement

Alice Rocha da Silva **

Ruth M. P. Santos***

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo a análise das práticas restritivas da concorrência no mercado de compras públicas. Para tanto, se faz necessário estabelecer o ponto de encontro entre direito dos contratos públicos e o direito concorrencial por meio da aproximação dos dois domínios com base na verificação da relação complementar/conflituosa existente entre estes, bem como a diferenciação do termo “concorrência” para ambos os sistemas. Posteriormente, desincumbiu-se de ponderar a evolução do direito concorrencial juntamente aos contratos públicos a partir da construção de um modelo internacional de contratação pública, pautado na internacionalização do direito, que ampliou os instrumentos normativos de adjudicação pública. Igualmente, na europeização dos contratos públicos, que colocou o tema um caráter multinível, estabelecendo, obrigatoriamente, uma relação com a concorrência, em virtude da proteção do mercado interno e para abertura dos mercados, primando pelo Princípio da Concorrência. Com base no estabelecimento dessa relação, tornou-se possível aplicar o direito da concorrência nas práticas abusivas da concorrência, como o cartel, que dá origem às propostas fictícias, supressão de propostas, propostas rotativas, subcontratação e a divisão dos mercados. O caso Forposta AS demonstra que é possível associar o direito da concorrência aos contratos públicos, a fim de criar instrumentos sancionatórios às práticas anticoncorrenciais existentes no mercado de contratação pública, possibilitando maior eficiência aos gastos públicos. Nesse caso, discutiu-se a possibilidade de exclusão do operador econômico em virtude de falta grave em determinada adjudicação pública; já o segundo caso impôs as sanções previstas no art. 101, Tratado de Funcionamento da União Europeia (antigo art. 81), em virtude da existência de práticas anticoncorrenciais.

Palavras-chaves: Direito da Concorrência. Contratação Pública. Práticas Restritivas. Cartel.

ABSTRACT

This article aims at analyzing the restrictive practices of competition in the public procurement market. Therefore, it is necessary to establish the meeting point between the public procurement law and competition law by bringing

* Recebido em 15/03/2016
Aprovado em 04/06/2016

** Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Doutora em Direito Internacional Economico pela Universite Aix-Marseille III. Mestre em Direito das Relacoes Internacionais pelo UniCEUB. Graduada em Direito pelo UniCEUB e em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. Professora visitante na Université d’Evry (França).

*** Doutoranda em Ciências Jurídico-Internacional e Europeia pela Faculdade de Direito, da Universidade de Lisboa, Mestre em Direito das Relações Internacionais. Pesquisadora Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e Pesquisadora Voluntária do Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS).

the two areas based on verification of the relationship existing between these conflicting/complementary, as well as the differentiation of the term “competition” for both systems. Later, it was to consider the evolution of competition law together government procurement from the construction of an international public procurement model, based on the internationalization of law, which expanded the normative instruments of public procurement. Also, in the Europeanization of public procurement, which put the theme a multilevel character, setting, a relationship with the competition, by virtue of the protection of the internal market and to open markets, excelling at the beginning of the competition. Based on the establishment of this relationship, it became possible to apply competition law in the abusive practices of competition, as the cartel, which give rise to fictitious proposals, proposals, proposals, subcontracting and the division of markets. The Forposta SA case demonstrates that it is possible to associate the competition law to public procurement, in order to create instruments to sanction anti-competitive practices on the market for public procurement, enabling greater efficiencies to public spending. In this case, discussed the possibility of exclusion from the economic operator as a result of serious misconduct in particular public procurement; the second case imposed the penalties provided for in art. 101, Treaty on the Functioning of the European Union (former art. 81), in virtue of the existence of anti-competitive practices.

Keywords: Competition law. Public Procurement. Restrictive Practices. Cartel.

1. INTRODUÇÃO

O direito da concorrência e a contratação pública tem sido tratado no contexto europeu com maior intensidade após a formação da União Europeia, principalmente, sob a ótica do princípio da concorrência, a fim de alargar o mercado europeu, garantindo a livre concorrência. Todavia, a correlação entre os dois domínios jurídicos ainda se encontra em processo de evolução, uma vez que há nuances destoantes e até mesmo conflitantes entre eles. Trata-se, portanto, de um assunto em construção, com aproximação gradual, a fim de promover o desenvolvimento da economia e abertura dos mercados de compras públicas.

A construção do mercado único europeu tem permitido a aproximação da contratação pública ao direito da concorrência, este atuando como um mecanismo ou instrumento de defesa e promoção da concorrência neste mercado. Tal cenário se corrobora pela contribuição normativa oriunda do direito internacional com os tratados internacionais, e, sobretudo, o direito europeu com as diretivas de contratação pública, que transpôs o tema dos contratos públicos para o nível comunitário, privilegiando o princípio da igualdade ou não discriminação e o princípio da concorrência.

Nesse sentido, o princípio da concorrência atua como o elo entre o direito dos contratos públicos e o direito da concorrência, uma vez que os escopos concorrenciais são realizados por intermédio desse princípio. Além disso, é um princípio basilar do sistema jurídico europeu, sendo adotado pela jurisprudência europeia como um imperativo existente nos procedimentos nacionais de contratação pública. Portanto, a interligação entre o direito concorrencial e os contratos públicos é fundamental para o desenvolvimento do próprio mercado de adjudicação pública, visto que as práticas anti-concorrenciais são corriqueiras, sendo necessário trazer para a contratação pública os instrumentos de direito concorrencial, não apenas para criar sanções, mas também, para se compreender melhor as práticas abusivas da concorrência nos contratos públicos.

Portanto, o objeto da pesquisa do presente artigo está direcionado para verificar se a existência das práticas restritivas da concorrência no mercado de compras públicas, bem como, a aplicabilidade de sanções para a defesa da concorrência, seja por meio das normas de direito da concorrência, seja por intermédio das diretivas sobre contratos públicos. Desse modo, o problema de pesquisa está na verificação da existência de uma integração do direito dos contratos públicos ao direito da concorrência, sobretudo após a europeização de ambos os sistemas, é capaz de sancionar as práticas abusivas no mercado de contratação pública?

Para tanto, o trabalho divide-se em três partes: a primeira parte refere-se à aproximação dos domínios de Direito da Concorrência e Contratação Pública, por meio da análise da relação de proximidade entre os contratos públicos e a concorrência. Posteriormente, verifica-se se esses domínios atuam em uma relação complementar ou conflituosa, a fim de dirimir possíveis dúvidas acerca da relação existente entre concorrência

e contratos públicos. A primeira parte se finda com a diferenciação do termo “concorrência” na visão do direito concorrencial e contratação pública.

A segunda parte do trabalho refere-se à formação de um modelo internacional de contratação pública, pautada em objetivos concorrenciais. O capítulo tem o intuito de justificar o aumento das relações entre concorrência e adjudicação pública, mormente, a partir da internacionalização dos contratos públicos e da europeização desses contratos, focados na promoção e proteção da concorrência. Tal delimitação temática se faz importante para chamar a atenção ao Princípio da Concorrência, na terceira parte deste capítulo, uma vez que este atua como ligação valorativa entre os dois sistemas, demonstrando a viabilidade teórica, jurídica e jurisprudencial da correlação entre os contratos públicos e direito da concorrência, no que se refere às práticas restritivas da concorrência no mercado de compras públicas.

Na terceira parte, desincumbiu-se de apresentar as práticas anticoncorrenciais existentes nos contratos públicos, como o cartel, que dá ensejo a propostas fictícias ou de cobertura ou complementares, supressão de propostas, subcontratação e divisão de mercados. Para tanto, analisou-se o caso Forposta SA em que foi estudada a possibilidade de manutenção da concorrência com a exclusão de operador econômico.

2. APROXIMAÇÃO DOS DOMÍNIOS DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA E CONTRATAÇÃO PÚBLICA

2.1. Análise da relação de proximidade dos contratos públicos e direito da concorrência

A relação entre direito da concorrência e contratação pública em uma primeira análise não são compatíveis pelo simples fato de protegerem bens jurídicos distintos, que, em determinados momentos, podem até ser conflitantes. Isto porque o direito da concorrência visa a regulamentação do mercado econômico, enquanto a contratação pública tem por objetivo disciplinar as compras e serviços públicos, que são objetos de adjudicação. A esfera global do acordo plurilateral de compras públicas (ACP) da Organização Mundial do Comércio (OMC), que representa importante norma de caráter global, tem como objetivo criar um processo de

contratação transparente e não discriminatório entre os países integrantes do acordo, bem como a abertura dos mercados para o comércio internacional. A necessidade do acordo se justifica na concessão de tratamento diferenciado aos bens, serviços e fornecedores nacionais, discriminando os estrangeiros, atuando como uma barreira ao comércio em determinados setores, que não estão abarcados nos acordos multilaterais. Portanto, o intuito do acordo é a liberalização dos mercados de contratação pública a fim de criar benefícios e melhorar a eficiência do processo¹.

No que se refere à defesa da concorrência nos contratos públicos, o ACP tem previsão no princípio da não discriminação, pois determina-se que as partes devem conceder imediata e incondicionalmente aos bens e serviços de qualquer outra parte e aos fornecedores, um tratamento não menos favorável do que o concedido às suas entidades adjudicantes, bem como não deve existir qualquer discriminação contra os fornecedores estabelecidos em seu território². Portanto, a previsão da não discriminação dispõe de uma igualdade entre todos os membros, não podendo ser tratados de maneira diferente por nenhum outro membro, o que estabelece condições de participação iguais a todos os membros.

Em relação ao contexto do Direito Europeu, a atuação desses dois domínios passa por modificações a partir da formação da União Europeia em virtude do surgimento do mercado comum, com maior integração e expansão da concorrência, com o objetivo de desenvolver as relações econômicas dos diferentes países que integram o bloco econômico. Dessa maneira, o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) estabelece a adoção de uma política econômica coordenada entre os Estados-Membros, a fim de constituir objetivos comuns pautados em uma economia de mercado aberto e de livre concorrência (art. 119).

Além disso, é necessário destacar, também, a inserção dos contratos públicos nos Acordos Comerciais Preferenciais (ACP), que implicam no ganho de vantagens decorrentes da transparência, da utilização eficiente de recursos disponíveis, do princípio da não discriminação e da livre concorrência nos mercados de compras

1 WORLD TRADE ORGANIZATION. *WTO and government procurement*. 2014. Available in: <http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm>. Access: 10 ago. 2015.

2 WORLD TRADE ORGANIZATION. *Government procurement*. 2014. Available in: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.pdf>. Access: 09 set. 2015.

públicas, dentro de um sistema que tem a previsão de regras claras, previsíveis e reconhecida por todos. Os, ACPs que trazem disposição direta às compras públicas, como ANZGPA³, têm como um dos objetivos a abertura dos mercados, com a exclusão de barreiras à entrada, com a melhoria da satisfação das necessidades públicas, por meio do fornecimento dos bens e serviços com a redução dos custos mediante a concorrência⁴.

A aplicação do princípio da concorrência nos contratos públicos equivale a inserção dos princípios da igualdade e das liberdades de circulação, que têm por finalidade afastar as barreiras de acesso ao mercado com o intuito de garantir a participação no processo adjudicatório do maior e melhor número de concorrentes. A ideia é que a adjudicação seja mais concorrencial, devendo abster-se de quaisquer condições que possam impedir, restringir ou falsear a concorrência⁵.

Como se pode verificar, os dois domínios passam a ser analisados com base em uma lógica concorrencial, uma vez que um dos objetivos basilares da União Europeia é garantir a eficiência econômica, combinado com o bem-estar dos consumidores, dentro de um mercado eficiente. Tanto o Direito Concorrencial, como o Direito dos Contratos Públicos passam a ser estudados a partir de uma visão comunitária-europeia, ou seja, deixou-se o âmbito unicamente interno e passou-se a atender preceitos comunitários comuns para garantir o desenvolvimento do mercado comum.

Nessa linha o princípio da concorrência é a ligação entre os dois domínios, haja vista que para a abertura do mercado interno e o crescimento da economia, o TFUE estabeleceu a existência de uma concorrência, para garantir, não apenas aos Estados-membros, mas também para as empresas privadas, o aumento e melhoria da atuação intrabloco.

A aproximação da contratação pública e da concorrência tem se tornado mais evidente nos últimos anos,

ainda que se trate de categoria de normas jurídicas distintas. Isto porque a primeira possui uma relação complexa e bidirecional com a concorrência, devendo se criar uma relação mais estreita, sobretudo, em virtude, da influência da concorrência nas regras europeias de contratação pública⁶.

Ademais, a concorrência inserida na contratação pública garante maior eficiência e execução dos interesses públicos, haja vista as normas de adjudicação têm por objetivo, também, proteger e promover a concorrência, a fim de alcançar a eficiência da despesa pública e garantir a legitimidade do processo licitatório. Com base nessa perspectiva, a competição entre os participantes é um meio de preservar os interesses da licitação, de modo a impedir favoritismos que levam às práticas anticoncorrenciais⁷.

As regras de contratação pública que determinam a concorrência, em seu sentido lato, funcionam para garantir a participação de todos os concorrentes que atendam aos critérios adjudicatórios estabelecidos no concurso público. Todavia, não estão voltadas para corrigir as distorções no mercado, por essa razão é necessário tomar emprestado as regras de direito da concorrência para evitar práticas anticoncorrenciais, de ameaça ao mercado de compras públicas derivada do conluio dos proponentes ou de manipulação de propostas em concursos públicos.

Se, por um lado, a contratação pública preocupa-se com a liberdade de acesso, a não discriminação e a transparência, visando a utilização racional dos orçamentos públicos, com o objetivo de permitir às entidades adjudicantes a satisfação das necessidades de forma eficiente com observância das regras concorrenciais. Por outro lado, o direito da concorrência, vem complementar, uma vez que busca assegurar o equilíbrio de mercado, permitindo a interação entre os operadores econômicos, tendo em vista o bem-estar dos consumidores⁸.

3 Acordo comercial preferencial entre Austrália e Nova Zelândia sobre contratação pública.

4 GONÇALVES, José Renato. Disposições sobre contratação pública em acordos comerciais preferenciais. In: FERRREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cunha (Coords.). *Novas fronteiras da contratação pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 57-80 (Coleção de Manuais Acadêmicos IDEFF, n. 1). p. 66.

5 TRABUCO, Cláudia. Existem empresas que não são empresas? As entidades adjudicantes e o conceito jus-concorrencial de empresa. In: EIRÓ, Vera; TRABUCO, Cláudia (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 11 a 42, at. p. 15-16.

6 GRAELLS, Albert Sanchez. Public procurement and competition: some challenges arising from recent developments in EU public procurement law. In: BOVIS, C. (Ed.). *Research handbook on european public procurement, forthcoming*. 2013. Available in: <<http://ssrn.com/abstract=2206502>>. Access: 15 ago. 2015.

7 GRAELLS, Albert Sanchez. Public procurement and competition: some challenges arising from recent developments in EU public procurement law. In: BOVIS, C. (Ed.). *Research handbook on european public procurement, forthcoming*. 2013. Available in: <<http://ssrn.com/abstract=2206502>>. Access: 15 ago. 2015.

8 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 325.

Desse modo, a concorrência está para os contratos públicos como um instrumento de alcance do interesse público, tanto do ponto de vista das entidades adjudicantes, como para a defesa dos interesses dos concorrentes nos procedimentos adjudicatórios. Tal aceção tem ganhado força jurisprudencial, posto que se tem entendido que a concorrência deve atuar como uma fonte de limite à atuação das entidades adjudicantes, levando à aproximação, interpretação e aplicação das regras de contratação pública sob o enfoque do interesse público da concorrência⁹.

Trata-se, portanto, de dois sistemas de normas, que em um primeiro momento, tem uma mesma intenção, qual seja: a proteção e promoção da concorrência, mas que o resultado final se torna distinto, pela diferenciação do objeto das disciplinas, isto porque as preocupações concorrenciais não correspondem a um mesmo objetivo. Todavia, a concorrência se encontra em ambos os sistemas como um princípio ou valor, ou ainda, como um bem jurídico de interesse público, devendo ser prezado nos dois domínios¹⁰. Verifica-se, portanto, o estabelecimento de uma relação entre o direito dos contratos públicos e o direito da concorrência, no entanto, pendente de esclarecimento se há uma relação complementariedade ou conflito entre ambos os sistemas, o que será demonstrado a seguir.

2.2. Relação de complementariedade/conflito entre concorrência e contratação pública

Embora a concorrência no direito dos contratos públicos e no direito da concorrência não corresponda, exatamente, ao mesmo objetivo, não se pode afirmar que esses domínios sejam conflitantes, posto que os dois preveem a proteção do interesse público. Na medida em que a concorrência é garantida nos procedimentos de contratação pública, é possível conceber uma melhor gestão do gasto público, uma vez que não há defesa de qualquer interesse particular ou prevalência de algum fornecedor em detrimento de outros. Por essa razão, torna-se imprescindível uma análise dos con-

tratos públicos juntamente ao direito da concorrência, posto que as regras de adjudicação não são suficientes para impedir as práticas abusivas ao mercado de compras públicas.

Nesse sentido o direito da concorrência e a contratação pública compõem um instrumento para a consecução de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência, indispensáveis para a realização do mercado interno europeu. De igual modo, tem como escopo o alcance do bem-estar social por meio da garantia do desenvolvimento de um processo adjudicatório concorrencial e eficiente, via o estabelecimento de procedimentos harmonizados e transparentes para a escolha dos fornecedores, de modo a permitir a participação das empresas em qualquer país-membro da União Europeia¹¹.

Os contratos públicos e o direito da concorrência estão focados na tutela da concorrência, ou seja, na proteção e garantia da ordem concorrencial, seja ela na esfera privada ou pública. O Estado assume um papel de garantidor da concorrência, de modo que toma para si a responsabilidade de proteção do bem jurídico da concorrência, contra abusos e práticas que venham pôr em risco a concorrência¹².

Não se pode dizer que os dois sistemas são conflitantes, porque derivam de uma mesma vertente lógica, devendo considerar que os contratos públicos realizados de acordo e com respeito ao princípio da concorrência, há uma certeza maior de que se aumentarão os benefícios para a economia e para a sociedade, pois ambos contribuem para uma maior integração econômica, calcada na defesa da concorrência e na promoção das liberdades de circulação. A articulação entre aqueles se realiza por meio da aplicação das regras de direito da concorrência ao Estado (o Estado é colocado como empresa), regime de auxílios de Estado e mediante aplicação indireta ao Estado das regras sobre direito da concorrência¹³.

9 TRABUCO, Cláudia. Existem empresas que não são empresas? as entidades adjudicantes e o conceito jus-concorrencial de empresa. In: EIRÓ, Vera; TRABUCO, Cláudia (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 11-42, at. p. 19

10 GONÇALVES, Pedro Costa. *Concorrência e contratação pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 479-516. (Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, v. 1). p. 481.

11 TRABUCO, Cláudia. Existem empresas que não são empresas? As entidades adjudicantes e o conceito jus-concorrencial de empresa. In: EIRÓ, Vera; TRABUCO, Cláudia (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 11-42, at. p. 19

12 GONÇALVES, Pedro Costa. *Concorrência e contratação pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 479-516. (Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, v. 1). p. 481.

13 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 326.

Ademais, a interação entre direito da concorrência e direito dos contratos públicos pode ser estabelecida por meio do princípio da legalidade, haja vista que a intervenção de qualquer ente público no contexto da contratação pública denota, imediatamente, um respeito ao direito da concorrência, de modo que os procedimentos exigidos nos processos adjudicatórios constituem uma condição satisfatória para o cumprimento da concorrência nos dois domínios¹⁴, visto que se assegura a igualdade dos participantes nas licitações, a partir dos critérios que promovem a concorrência.

É necessário, portanto, fazer a defesa da concorrência nos contratos públicos, uma vez que há a incidência de práticas anticoncorrenciais que devem ser evitadas e punidas, de acordo com a legislação de direito da concorrência e dos contratos públicos. Isto se justifica porque os contratos públicos se baseiam em mercados competitivos. Portanto, há uma clara necessidade de que as regras relativas aos contratos públicos e práticas administrativas assegurem e promovam a concorrência, sobretudo, nos casos de manipulação de propostas e outras práticas abusivas¹⁵.

O objetivo de adequar a contratação pública ao direito da concorrência, além de garantir o desenvolvimento do mercado interno, é, sobretudo, aumentar a eficiência dos gastos públicos, por meio do *best value for money*, ou seja, alcançar os melhores resultados possíveis na contratação. No entanto, para alcançar esse objetivo é necessário fortalecer a concorrência nos contratos celebrados no seio do mercado interno, haja vista que os proponentes devem ter a oportunidade de competir em igualdade de condições, sem distorções ao mercado¹⁶.

Nesse sentido, tem-se notado uma tendência com o início da europeização dos contratos públicos, em favorecer a defesa da concorrência no processo de contratação pública. Isto tem se tornado necessário diante das diversas práticas abusivas da concorrência que ocorrem nos contratos públicos, como cartel, combinação de preços, subcontratação, supressão de propostas, quais

são analisadas adiante. Tais práticas limitam a concorrência entre os fornecedores de bens e serviços, impedindo que a Administração Pública contrate àquele com a melhor proposta, tornando muito mais dispendioso para o Estado e limitando a entrada de outras empresas no processo licitatório.

Como em todo mercado relevante, o mercado de contratos públicos deve funcionar sem privilégios a um ou outro fornecedor, ou seja, deve pautar-se por sua eficiência máxima. Para tanto se faz necessário que exista a competição entre os operadores do mercado de compras públicas, deve existir concorrência entre eles. Se isto não ocorrer, haverá falhas no mercado (*market failure*) posto a sua ineficiência, sendo indispensável a sua regulação, que nesse caso será feita pelo direito da concorrência.

Logo, diante da evolução dos contratos públicos, principalmente, sob a ótica do direito europeu, não se pode dissociar os procedimentos adjudicatórios do princípio da concorrência, haja vista que torna-se indispensável para o próprio funcionamento das regras de contratação pública, sendo considerada como um instrumento de proteção ao mercado de compras públicas. Posto isto, a ligação entre o direito dos contratos públicos e o direito da concorrência não se dá de maneira contraditória, mas sim complementar e essencial para o desenvolvimento e proteção dos contratos públicos, a fim de garantir a própria eficiência da Administração Pública.

2.3. Diferenciação do termo “concorrência” para os contratos públicos e para o direito da concorrência

O termo “concorrência” encontra diferença de acepção no domínio do direito dos contratos públicos e do direito da concorrência, sendo necessário demonstrar a sua diferenciação. Enquanto para a contratação pública a concorrência é colocada como uma garantia de igualdade e participação de toda e qualquer empresa que preencha os requisitos estabelecidos no edital; para o direito concorrencial, a concorrência está direcionada a estabelecer o funcionamento perfeito do mercado.

A distinção de concorrência para os dois sistemas se pauta, também, no seu objeto de análise. Ora, o direito da contratação pública está direcionado à liberdade de acesso, à não discriminação e à transparência, objetivando, diretamente, o bom funcionamento do merca-

14 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 327.

15 GRAELLS, Albert Sanchez. Public procurement and competition: some challenges arising from recent developments in EU public procurement law. In: BOVIS, C. (Ed.). *Research handbook on european public procurement, forthcoming*. 2013. Available in: <<http://ssrn.com/abstract=2206502>>. Access: 15 ago. 2015.

16 GRAELLS, Albert Sanchez. *Public procurement and the UE competition rules*. United Kingdom: Hart Publishing, 2011. p. 45.

do relevante; por outro lado, o direito da concorrência, visa trazer equilíbrio ao mercado, de modo permitir que os agentes econômicos interajam entre si, buscando o bem-estar dos consumidores. A contratação pública visa à defesa do interesse público, no que se refere ao cumprimento das necessidades da maneira mais eficiente, observando o princípio da concorrência¹⁷.

Nessa linha Cunha Rodrigues destaca que as regras de contratação pública atuam de forma anterior (*ex ante*), isto quer dizer que as normas de contratos públicos visam uma conformação da atuação das entidades adjudicantes, por meio de um corpo normativo específico e complexo. Em contrapartida, as regras de direito da concorrência, tem uma função posterior, ou seja, *ex post*, o que significa dizer que as normas concorrenciais possuem uma natureza repressiva¹⁸.

Percebe-se, portanto, que a concorrência nos dois sistemas se apresenta como um valor da ordem jurídica, de interesse público e tutelado pelo direito público. Na contratação pública, o Estado tem o dever de produzir ou fabricar a concorrência, posto que é uma entidade pública que efetua o convite para os agentes econômicos (participantes) para apresentarem as propostas e futura elaboração do contrato. A partir do momento em que o Estado cumpre o dever de licitar de forma pública e transparente, há a criação de um mercado em que os operadores econômicos têm direito de acesso (*market access*), podendo concorrer igualmente¹⁹.

O Estado deve garantir a estrutura do mercado de compras públicas, de uma forma concorrencial, isto porque necessita permitir a participação de quantos fornecedores/produtores que preencham os requisitos dispostos na legislação administração dos contratos públicos. Nenhum fornecedor/produtor deve ser detentor do mercado, influenciando em seu funcionamento, pois caso isso ocorra, estar-se-á falando de uma falha do mercado (*market failure*), em que este deixa de cumprir os requisitos de competitividade, gerando desperdício de recursos públicos e perdas de eficiência, diminuindo o bem-estar²⁰.

17 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 330.

18 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 330.

19 GONÇALVES, Pedro Costa. *Concorrência e contratação pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 479-516. (Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, v. 1). p. 487.

20 GOMES, José Luís Caramelo. *Lições de direito da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 42.

O direito da concorrência intervém nos contratos públicos, quando há uma falha do mercado, gerando práticas contrárias à concorrência na contratação pública. Haja vista que as preocupações concorrenciais previstas no direito da concorrência estão relacionadas com a proibição legal de determinados comportamentos das empresas, com o fito de garantir as condições normais de funcionamento do mercado, evitando as condutas que maculem o seu funcionamento normal²¹.

Tal correlação se faz necessária uma vez que a concorrência nos contratos públicos está direcionada para garantir a criação de um mercado de acesso não discriminatório, por meio de um procedimento aberto, com garantias de acesso em condições de igualdade, assegurando a participação de vários proponentes, a fim de encontrar a melhor proposta para Administração Pública, com a melhor eficiência do gasto público. A concorrência, nesse caso, nas palavras de Pedro Gonçalves, é um bem jurídico promovido ou produzido com base na imposição de determinadas obrigações para afastar quaisquer barreiras de acesso ao mercado, com a participação nos procedimentos do maior e melhor número de candidatos ou concorrentes²².

Importa, ainda, trazer no contexto da diferenciação do termo concorrência a definição de mercado relevante tanto para a contratação pública, como para o direito concorrencial, diante à necessidade de identificar e definir os limites da concorrência entre as empresas, bem como verificar de uma maneira sistemática os condicionamentos concorrenciais que as empresas têm de enfrentar. O escopo de definir o mercado, seja em função do seu produto ou dimensão geográfica, está centrado na identificação dos concorrentes efetivos das empresas, observando as possíveis causas de restrição de comportamento ou de impedimento da atuação²³.

21 GONÇALVES, Pedro Costa. *Concorrência e contratação pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 479-516. (Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, v. 1). p. 483.

22 GONÇALVES, Pedro Costa. *Concorrência e contratação pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 479-516. (Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, v. 1). p. 483.

23 AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. Comunicação da comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência. *Jornal Oficial*, n. C372, p. 0005-0013, dez. 1997. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Comunicacao_definicao_mercado_relevante_1997.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

Ademais, a definição do mercado relevante tem influência decisiva na análise do processo de concorrência, pois busca “identificar as pressões concorrenciais efectivamente sentidas pelas empresas (excluindo a concorrência potencial), para compreender de que modo a sua atuação no mercado está limitada²⁴”. Todavia, não é objeto deste trabalho adentrar nas particularidades da ciência econômica para a caracterização aprofundada de mercado relevante, a proposta é apresentar de modo geral, a fim de identificar o mercado relevante de contratos públicos.

No que se refere à contratação pública, tem-se que observar a importância do comprador público, pois se trata de um mercado exclusivo, isto quer dizer que se refere a um mercado público em que o adquirente público representa a única procura para um produto/serviço²⁵, tratando-se, portanto, de uma espécie de monopólio, em virtude de o ser o Estado o único comprador frente a inúmeros fornecedores.

É preciso entender que o Estado, enquanto entidade adjudicante, desempenha um papel fundamental na estruturação de mercado relevante, sobretudo, quando dispõe de poder de monopólio, ou seja, adquire bens ou serviços por meio do lançamento de procedimentos de licitação pré-contratuais. Todavia, nessa situação em que o Estado detém o poder de mercado, não se pode dizer que é prejudicial à concorrência, ao revés, nesse caso o Estado é a entidade adjudicante responsável pela procura, utilizando-se desse poder inclusive para realização de política econômica. Nessa linha, a doutrina, em sua maioria, entende que o monopólio realizado pelo Estado não é prejudicial ao direito da concorrência ou concorrencial, pode ser, inclusive, um estímulo à economia²⁶.

Ademais, no ordenamento jurídico comunitário, é unânime o entendimento de que, em relação à noção de empresa e de atividade econômica, o Estado encontra-se qualificado como tal, posto que o entendimento de empresa não está condicionado à existência de perso-

nalidade jurídica, pouco importando a forma jurídica assumida pela empresa²⁷. Portanto, ainda que sejam autoridades públicas, independentemente de sua natureza, podem ser consideradas como empresas, à medida que disponham de bens ou serviços no mercado, exercendo uma atividade econômica²⁸.

No que se refere à atividade econômica, a jurisprudência tem reconhecido que determinadas entidades qualificadas como públicas podem ser consideradas como empresas para finalidades de aplicação das normas de direito da concorrência. A aplicabilidade da atividade econômica para as entidades adjudicantes, ainda que estas estejam direcionadas para a procura de bens e serviços, é possível diante do entendimento jurisprudencial do TJUE²⁹, que compreende que toda atividade desenvolvida pelo Estado na contratação pública é desenvolvida no mercado por duas vias: direta, que se refere à interação entre o Estado e os fornecedores; e indireta, entre o Estado e os concorrentes na fase pré-contratual³⁰.

Como se pode notar, a relação entre direito da concorrência e direito dos contratos públicos tem se desenvolvido ao longo dos anos, ainda perdurando dúvidas acerca da complementariedade que os dois domínios possuem. No entanto, é necessário ter em mente que não se almeja a inserção de um sistema no outro, haja vista a diferença de objeto, outrora apresentada, bem como a distinção do termo “concorrência” para as duas disciplinas. Portanto, o que se pretende é aplicabilidade das normas concorrenciais diante das práticas anticoncorrenciais existentes no mercado de compras públicas, o que se torna possível diante à existência de um mercado relevante de contratos públicos, e quando este encontra falhas é necessário corrigi-las, servindo o direito da concorrência para tal finalidade.

A correlação entre os dois domínios se torna pos-

24 FERRO, Miguel Sousa. *Práticas restritivas da concorrência*: súmula orientada para a prática judicial: curso de formação para juizes nacionais em direito da concorrência. Lisboa: Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal FDL, 2010, p. 8.

25 PINA, Maria Tavares de. O conceito de “mercado relevante” e a sua importância na definição de entidade adjudicante. In: EIRÓ, Vera; TRABUCO, Cláudia (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 43-62, at. p. 59.

26 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 378

27 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 384.

28 TRABUCO, Cláudia. Existem empresas que não são empresas? as entidades adjudicantes e o conceito jus-concorrencial de empresa. In: EIRÓ, Vera; TRABUCO, Cláudia (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013. p. inicial-final. p. 21.

29 Acórdão Hofner e Elser - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça. *Processo C-41/1990*. Sexta Secção. Data de Julgamento 23 de Abril de 1991. Ambulaz Glockner - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça. *Processo C-475/1999*. Quinta Secção. Data de Julgamento 25 de outubro de 2001.

30 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 389.

sível em virtude da elevação do direito dos contratos públicos e do direito da concorrência a uma esfera multinível. Isto quer dizer que esses sistemas não se restringem unicamente à ótica nacional, devendo, sobretudo, respeitar o ordenamento jurídico comunitário, que está pautado no Princípio do Primado do Direito Europeu. Nessa perspectiva, a contratação pública, principalmente, no direito europeu, evolui para um processo de internacionalização ou europeização, no sentido de se construir um sistema normativo comunitário de contratos públicos, pautados nas diretivas europeias, como se verá no capítulo adiante.

3. A FORMAÇÃO DE UM MODELO INTERNACIONAL DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA COM OBJETIVOS CONCORRENCIAIS

3.1. Relevância da internacionalização dos contratos públicos para a promoção do direito da concorrência

Os contratos públicos representam um importante instrumento de política econômica e possuem uma relevância econômica diante da sua influência no mercado, mormente, com o processo de globalização, que alterou toda a lógica econômica e política dos Estados, refletindo também na contratação pública. Dessa forma, os contratos públicos passaram a ser estudado dentro na esfera nacional e internacional, principalmente, em análise do direito europeu, que tem uma estrutura e um sistema próprio e que reflete na escala global; e do direito da OMC, em relação ao Acordo Plurilateral de Contratos Públicos.

Isso é um reflexo do processo de internacionalização do direito que permitiu que a Administração Pública atuasse fora dos limites estabelecidos pelo Estado, devendo esse processo ser entendido como uma forma de garantir a abertura dos mercados nacionais para outros países. Entende-se, portanto, que a contratação pública é um importante instrumento de política econômica internacional, favorável aos Estados diante do próprio comércio internacional³¹. Ademais, o contexto

nacional também é alterado em virtude dos direitos e obrigações oriundos dos tratados, que são incorporados no ordenamento jurídico interno.

No contexto do direito europeu, no entendimento de Estorninho, há uma forte convergência para “europeização” das normas nacionais para o surgimento de um direito comunitário dos contratos públicos. Isto decorre do cumprimento do Princípio do Primado do Direito Europeu, que determina que os Estados-Membros devem ter atenção aos critérios estabelecidos nas diretivas e incorporar nas normas nacionais de contratos públicos a fim de criar uma uniformização dentro da União Europeia³².

A interrelação do direito internacional com o direito comunitário deve ser vista como uma influência positiva para os contratos públicos, posto que a consequência da interferência do Direito Internacional na criação de um Direito Comunitário dos contratos públicos com aplicabilidade nacional é a perda do poder do Estado e a própria “desnacionalização” dos regimes jurídicos nacionais aplicáveis à disciplina, para, então, dar espaço a um modelo internacional de contratação pública. Nesse novo regime se dará ênfase aos princípios e valores de harmonização, de transparência, de publicidade e de concorrência, com a influência direta das normas internacionais modificando os modelos clássicos de contratação pública³³.

A aproximação das regras de contratação pública ao direito da concorrência representa a necessidade de o princípio da concorrência estar inserido na legislação europeia sobre contratação pública, de modo a funcionar como um instrumento de proteção da concorrência do Direito da União Europeia. Todavia, não se busca criar uma especialização do direito da concorrência nos contratos públicos, mas, sim, reforçar a complementariedade entre os dois sistemas³⁴.

Em verdade, o princípio da concorrência vai trazer limites à atuação das entidades adjudicantes, de modo

ha (Coord.). *Novas fronteiras da contratação pública*. Coimbra: Coimbra Editoras, 2014. p. 157-170, at. p. 157.

32 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*: por uma contratação pública sustentável. Lisboa: Almedina, 2013. p. 63.

33 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*: por uma contratação pública sustentável. Lisboa: Almedina, 2013. p. 71.

34 TRABUCO, Cláudia. Existem empresas que não são empresas? as entidades adjudicantes e o conceito jus-concorrencial de empresa. In: EIRÓ, Vera; TRABUCO, Cláudia (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013. P. 11-42, at. p. 23.

31 RODRIGUES, Nuno Cunha. As relações entre a União Europeia e o Brasil no contexto da internacionalização dos contratos públicos. In: FERREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cun-

a conquistar ou reforçar a indispensabilidade nos sistemas de contratação pública. A partir disto há uma valorização da eficiência e da concorrência nos contratos públicos, de modo a introduzir a concorrência nos preços, criando condições ótimas para alcançar ganhos sociais e para uma alocação de recursos mais eficiente³⁵.

3.2. Construção do direito europeu dos contratos públicos com ênfase na concorrência

A proteção multinível no direito europeu da concorrência não está limitada, unicamente, ao direito concorrencial, como demonstrado anteriormente, a concorrência está presente na contratação pública, seja na vertente de exigir uma concorrência nos procedimentos de adjudicação; seja no sentido de regulação do mercado de compras públicas, na intervenção às práticas anticoncorrenciais, como se verá mais adiante.

Além disso, percebe-se a pretensão do direito europeu, por meio das diretivas, a criação de um regime de contratação pública uniforme, pautado no princípio da concorrência, que serve de elo entre os dois sistemas. A ideia é, portanto, eliminar as práticas restritivas da concorrência no mercado de compras públicas, impondo às entidades adjudicantes se abstenham de adotar práticas ou aplicar regras que limitam ou distorcem a concorrência, que acabam por macular a Administração Pública, trazendo ineficiência do gasto público e insatisfação com o serviço público.

Nesse sentido, o direito europeu dos contratos públicos, assim como denomina Estorninho, está baseado em um conjunto de princípios fundamentais, insculpidos primeiramente no Tratado de Roma e que foram desenvolvidos e destacados pela jurisprudência comunitária. A europeização se inicia a partir do momento em que há a transposição correta das diretivas comunitárias, bem como por meio da aplicação das normas comunitárias por via da jurisprudência nacional³⁶.

A uniformização dos contratos públicos a partir do regime comunitário tem por objetivo a realização do mercado único, com a observância dos princípios de li-

berdade de circulação e/ou princípio da concorrência, que implicam na proibição das práticas discriminatórias também nos contratos públicos. Tal entendimento se consagra por meio do art. 3, do Tratado de Roma, em que determina que a Comunidade deve facilitar a realização do mercado interno, suprimindo as barreiras à livre circulação de mercadorias, de pessoas e de capitais. Além disso, notou-se a necessidade de criação de um regime que pudesse garantir a que a concorrência não fosse falseada no mercado interno, a partir da aproximação das legislações nacionais, sendo medida necessária para a realização do mercado único³⁷.

No momento em que se forma o mercado interno europeu, a concorrência está intrinsecamente associada à concretização deste. Portanto, sendo inevitável a ampliação do direito da concorrência para os contratos públicos. Haja vista a existência da concorrência reforçada no mercado interno, tem-se o reforço da liberdade de circulação e garantia da produtividade e potencialidade das empresas europeias, além de promover o crescimento econômico e geração de emprego³⁸.

Nesse sentido, já associando a contratação pública ao direito da concorrência vale lembrar do conteúdo do art. 57, n. 4, parágrafo 1º, alínea “g” Diretiva 2014/24/CE, que traz a possibilidade de excluir determinando participante de um procedimento adjudicatório, o que já era previsto na Diretiva anterior, 2004/18. No entanto, a inovação trazida pela nova diretiva é que as autoridades adjudicantes podem excluir, ou ainda, os Estados-Membros podem solicitar a exclusão de operador econômico da participação de uma licitação, no caso este tenha atuado com irregularidades significativas ou persistente na execução de um ponto essencial de um contrato anterior, bem como podem ser condenados aos danos e outras sanções com fins reparatórios³⁹.

Verifica-se, portanto, que a novidade trazida pela Diretiva 2014/24/CE demonstra uma preocupação do legislador europeu em garantir os critérios mínimos de transparência, igualdade e concorrência. No momento

35 RAIMUNDO, Miguel Assis. *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 371.

36 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*. Lisboa: Almedina, 2013, p. 73

37 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*. Lisboa: Almedina, 2013, p. 73

38 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 326.

39 QUINTA NOVA, Ana Rita Vieira. A exclusão de operadores económicos à luz da nova directiva sobre contratos públicos: o artigo 57º, n. 4, 1º parágrafo, alínea g. *Publicações CEDIPRE Online*, Coimbra, n. 22, set. 2014. Disponível em <http://www.cedipre.fd.uc.pt>. Acesso em: 7 set. 2014. p. 8.

em que a entidade adjudicante tem a possibilidade de excluir um operador econômico, imediatamente à averiguação de uma irregularidade em um contrato público anterior, que pode ser uma das práticas restritivas da concorrência, é possível evitar que novamente venha ocorrer. Pode-se afirmar que tal possibilidade se torna viável ante a relação criada entre o direito da concorrência e o direito dos contratos públicos, em virtude da europeização dos contratos com foco na concorrência para a própria proteção do mercado interno europeu.

3.3. Princípio da concorrência: ligação valorativa entre os dois sistemas

O princípio da concorrência é o elo entre o direito dos contratos públicos e o direito da concorrência, uma vez que os objetivos concorrenciais se realizam por meio dele, além de ser um dos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico comunitário, necessário para a concretização do mercado interno. Foi reconhecido pela jurisprudência europeia⁴⁰ como um imperativo presente nos processos nacionais de contratação pública como os concursos de empreitadas de obras públicas, quais deveriam observar a livre concorrência, a igualdade de tratamento e a transparência⁴¹.

Em relação a esse raciocínio, é necessário destacar três papéis fundamentais que o princípio da concorrência exerce no âmbito dos contratos públicos: relacionamento entre as empresas, relação entre as entidades adjudicantes e proteção da concorrência. O primeiro aspecto se relaciona com o estabelecimento de uma concorrência paralela entre os proponentes em relação ao fornecimento de bens/serviços; o segundo se refere à qualificação das entidades adjudicantes como empresas com posição dominante no mercado relevante de compras públicas, como visto anteriormente; por fim, a proteção da concorrência em uma visão institucional, no que se refere às perturbações na concorrência, atingindo a relação entre a entidade adjudicante e os fornecedores, por meio de abuso de posição dominante, qual será tratada mais adiante⁴².

O princípio da concorrência é colocado como ligação valorativa entre direito dos contratos públicos e di-

reito concorrencial porque a concorrência assume um valor da ordem jurídica, de interesse público e tutelado pelo Estado. Portanto, a concorrência é um valor que o Estado deve resguardar, além de promovê-la, para a construção dos mercados. Diante disso é necessário observar o princípio da concorrência a partir de duas vertentes, na regulação da contratação pública e regulação da concorrência⁴³, pois, a partir de regulação da concorrência nos contratos públicos, torna-se possível a aplicabilidade das sanções às práticas anticoncorrenciais.

O princípio da concorrência na regulação econômica tem por objetivo a proteção ou a tutela da concorrência no mercado, ou seja, é a segurança de que o mercado funcionará sem impedimentos e em condições normais de competição entre os agentes econômicos. Portanto, está direcionado a três objetos de proteção: os auxílios públicos, as operações de concentração e as práticas restritivas⁴⁴, para o presente trabalho, importa a última área. Por essa razão abre-se espaço para fazer uma breve explicação sobre as práticas restritivas à concorrência.

As práticas restritivas da concorrência referem-se a qualquer tipo de comportamento realizado por um operador ou um conjunto de operadores que tenham por objetivo a obtenção e exploração, de forma singular ou coletiva, do poder de mercado. Cabe lembrar que o mercado para ser considerado concorrencial deve funcionar sem que produtores ou consumidores sejam possuidores de cotas de mercado, capazes de alterar o funcionamento normal do mercado. Assim, quando uma empresa ou um bloco de empresas detém um poder de mercado, significa dizer que há efeitos anticompetitivos potenciais de operação que implicam na concentração do mercado e/ou condutas praticadas por essas empresas que levam ao exercício abusivo do poder de mercado, devendo ser prevenido e coibido⁴⁵.

No momento em que uma empresa ou conjunto de empresas tem a capacidade de manipular as variáveis do

40 Acórdão Lombardini e Mantovani.

41 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 334.

42 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 335.

43 GONÇALVES, Pedro Costa. *Concorrência e contratação pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 479-516. (Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, v. 1). p. 482.

44 GONÇALVES, Pedro Costa. *Concorrência e contratação pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 479-516. (Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, v. 1). p. 483.

45 POSSAS, Mário Luiz. *Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência*. 1996. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/os_conceitos_de_mercado_relevante_e_de_poder_de_mercado.pdf>. Acesso em: 01 set. 2015.

mercado relevante, estar-se-á diante de uma concentração de mercado, levando a uma estrutura de concorrência imperfeita. Há, portanto, o abuso de posição dominante, que se refere a uma posição de poder econômico de que determinada empresa detém, impedindo a concorrência perfeita ou efetiva ocorra no mercado relevante. Nesse sentido o abuso de posição dominante se refere a uma prática restritiva da concorrência, que surge a partir da utilização ilícita do poder de mercado, constituindo uma prática anticoncorrencial singular.

Haverá o abuso de posição dominante quando a empresa adota comportamentos capazes de influenciar a estrutura de mercado, diminuindo o nível de concorrência e impedindo a competição de produtos e serviços, a manutenção e/ou desenvolvimento da concorrência⁴⁶. Desse modo, o Tratado de Funcionamento da União Europeia prevê nos arts. 101 e 102, a sua incompatibilidade com o mercado interno e a proibição da associação de empresas e todas as práticas acertadas que tenham a intenção de afetar o comércio entre os Estados-Membros, bem como impedir, restringir ou falsear a concorrência, como outras práticas anticoncorrenciais⁴⁷,

46 AUTORIDADE DE CONCORRÊNCIA. *Abuso de posição dominante*. 2015. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Abuso_de_posicao_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx>. Acesso em: 01 set. 2015.

47 “Artigo 101: (ex-artigo 81.o TCE) 1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos. 2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo. 3. As disposições no n.o 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: — a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, — a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e C 83/88 Jornal Oficial da União Europeia 30.3.2010 PT — a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos; b) Nem dêem a essas

de modo a fixar os preços de compra e venda ou que imponha qualquer condição para as transações. Também são proibidas as práticas que limitem ou controlem a produção, a distribuição, o desenvolvimento. No art. 102, dispõe sobre a proibição de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste⁴⁸.

Em relação às condutas anticoncorrenciais, destacam-se as práticas coletivas, que se subdividem em horizontais (fixação de preços, repartição de mercados, limitação da oferta, exclusão de operadores, cartéis de crise e acordos e práticas instrumentais), verticais (acordos de distribuição e direitos de propriedade industrial e intelectual) e há, ainda, os acordos de cooperação; As práticas singulares refere-se ao abuso de posição dominante, que se relaciona às práticas de preços (preços abusivos, preços predatórios e preços discriminatórios) e práticas de exclusão⁴⁹. Para fins deste trabalho e para uma melhor metodologia, explicar-se-á, somente, as práticas anticoncorrenciais apresentadas no contexto da contratação pública, que serão analisadas no caso concreto.

Nota-se, portanto, que o princípio da concorrência na regulação econômica tem como ponto principal a empresa, independente da atividade econômica que ela exerça desde que consista na oferta de bens e serviços em determinado mercado, de forma a não causar desvios ou praticar atos lesivos ao interesse geral. Nesse sentido, entende-se que o valor aqui contido no princípio da concorrência revela-se como um instrumento destinado a proibir comportamentos que constituem abusos ou desvios, capazes de alterar as condições natu-

empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

48 Artigo 102.o (ex-artigo 82.o TCE) É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas; b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

49 GOMES, José Luís Caramelo. *Lições de direito da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 46.

rais de competição no mercado, garantindo a igualdade de acesso entre as empresas⁵⁰.

Por outro lado, em relação ao princípio da concorrência na regulação da contratação pública, muito embora tenha a base principiológica e os objetivos sejam diferentes dos estabelecidos no direito da concorrência, como já demonstrado, há uma busca pela equiparação dos concorrentes em determinado processo adjudicatório combinado com a melhor gestão do gasto público. É nesse sentido que a regulação econômica nos contratos públicos vai atuar, de modo a promover e proteger a concorrência partindo de um pressuposto de igualdade e não discriminação.

Nesse sentido, Gonçalves destaca que há uma clara ligação entre o princípio da igualdade e o princípio da concorrência, uma vez que o primeiro proíbe a discriminação por parte da entidade adjudicante, obrigando a submeter à procura ao mercado, alcançando a concorrência entre os proponentes. Subentende-se, portanto, que o princípio da concorrência, neste caso, atua como um instrumento para proporcionar a igualdade de tratamento e de oportunidades, a partir dos critérios estabelecidos pela entidade adjudicante, ou seja, quando a Administração Pública cumpre com os procedimentos estabelecidos para o concurso, concretiza-se a igualdade de oportunidade de acesso ao mercado⁵¹.

A partir do momento em que o princípio da concorrência funciona na contratação pública como um mecanismo de promoção da igualdade, há a possibilidade de tratar das questões que envolvam práticas anticoncorrenciais de uma ótica do direito da concorrência. Dessa maneira é possível evitar as distorções que podem existir no mercado de compras públicas, tais como os acordos, a supressão de propostas, as propostas complementares ou propostas sombra, proposta rotativa e subcontratação, quais se passa à análise.

4. PRÁTICAS ABUSIVAS À CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS PÚBLICOS NO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

4.1. Práticas anticoncorrenciais aplicáveis ao direito da contratação pública

As práticas contrárias à concorrência no mercado de compras públicas têm sido cada vez mais preocupantes, sobretudo, por não se tratar de uma prática isolada a um ou outro ordenamento jurídico, bem como, por desembocar em grandes esquemas que envolvem corrupção. Portanto, a preocupação existente, atualmente, é de se verificar de que maneira o direito da concorrência, pode contribuir para a diminuição ou, simplesmente, impedir que as práticas abusivas à concorrência nos contratos públicos, posto que “cerca de 25% dos casos investigados acerca de práticas restritiva da concorrência, referem-se aos contratos públicos”⁵².

Nesse contexto, as práticas anticoncorrenciais é um risco que todas as entidades adjudicantes enfrentam, posto que resultam em graves ineficiências econômicas e um elevado custo aos consumidores e às entidades adjudicantes, refletindo em um nível baixo de bem-estar. As ineficiências decorrentes do cartel justificam a atenção crescente que esses comportamentos têm demandado, sobretudo, acerca das sanções às práticas, haja vista inexistir um sistema de proteção contra práticas abusivas da concorrência nos contratos públicos, tanto por parte da legislação nacional, quanto em relação às diretivas⁵³, por essa razão, se faz necessário verificar a jurisprudência do TJUE para analisar o posicionamento jurisprudencial adotado quando se verifica a incidência de comportamentos anticoncorrenciais nos contratos públicos.

O cartel, que se refere a uma prática horizontal, caracteriza-se por um acordo entre um grupo de em-

50 GONÇALVES, Pedro Costa. *Concorrência e contratação pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 479-516. (Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, v. 1). p. 485.

51 GONÇALVES, Pedro Costa. *Concorrência e contratação pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 479-516. (Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, v. 1). p. 490.

52 MORAIS, Luís DS; RODRIGUES, Nuno Cunha. *Contratação pública e práticas anti-concorrenciais no direito internacional económico e no direito da União Europeia, em especial acordo entre empresas*. In: EIRÓ, Vera; TRABUCO, Cláudia (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 85-116, at. p. 92.

53 MOREIRA, João. *Cartelização em contratação pública: a exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 201-259. (Estudos de Contratação Pública, 3). p. 205-207.

presas, que são independentes e participam do mesmo setor de produção ou comercialização que tem por objeto restringir a concorrência, buscando o alargamento dos lucros dos participantes, a segurança e a proteção de suas atividades. A cartelização tem por finalidade a definição de preços, a divisão de mercados ou a limitação da produção, dando a possibilidade aos concorrentes de atuarem em um mercado estável sem concorrência ou riscos⁵⁴.

No que se refere à contratação pública, são inúmeras as práticas de conluio entre os concorrentes, impedindo a Administração Pública de adquirir o produto e serviço por um preço mais baixo. Comumente, os concorrentes acordam e definem quem vai apresentar a proposta que será apresentada no processo licitatório, com o objetivo comum de aumentar o valor da proposta vencedora, desembocando em lucros para os proponentes escolhidos. Ademais, destacam-se os esquemas de cartel, que inserem mecanismos de partilha e distribuição dos lucros adicionais obtidos por meio da contratação por preço final mais elevado, por meio da subcontratação ou por contratos de fornecimento, bem como a apresentação de propostas falseadas a fim de privilegiar um dos concorrentes, como se verá a seguir.

As propostas fictícias ou de cobertura, conhecidas ainda como complementares, de cortesias figurativas ou simbólicas, são a forma mais comum de esquemas de práticas abusivas da concorrência. São caracterizadas quando um indivíduo ou empresas acordam em submeter propostas que sabidamente ultrapassam o valor do procedimento licitatório, ou seja, um ou mais concorrentes acordam em apresentar uma proposta com condições que claramente não serão aceitas pela entidade adjudicante. No entanto, esse tipo de conduta se realiza para dar uma aparência de validade à concorrência⁵⁵.

A supressão de proposta decorre do acordo entre os concorrentes de modo a abster-se de concorrer ou retirar uma proposta apresentada anteriormente, a fim de que a proposta do concorrente escolhido seja aceita. As propostas rotativas ou rodízio referem-se à combi-

nação entre os concorrentes de quem vai apresentar a proposta vencedora, permitindo que todos concorram, mas vençam de maneira alternada⁵⁶.

Destaca-se, também, a possibilidade de subcontratação, que se verifica no momento em que os concorrentes acordam em não concorrer ou em apresentam proposta sombra, de modo que não irão ganhar o procedimento licitatório, a fim de que o vencedor da adjudicação repasse subcontratos ou contratos de fornecimento⁵⁷. Além disso, destaca-se a divisão do mercado, os concorrentes definem os contornos do mercado e acordam em não concorrer para determinados clientes ou em áreas geográficas específicas⁵⁸.

4.2. Aplicabilidade de sanções nas práticas abusivas da concorrência no mercado de contratação pública: caso forposta – manutenção da concorrência com exclusão de operador econômico⁵⁹

O processo se inicia no Tribunal de Justiça da União Europeia a partir do reenvio do Órgão Jurisdicional da Polónia, país onde surgiu a controvérsia, tendo como Recorrente a Forposta SA e a ABC Direct Contact e como Recorrida a Poczta Polska SA. O objeto do pedido de decisão prejudicial foi a interpretação do art. 45, n. 2⁶⁰, alínea “d”, da Diretiva 2004/18/CE e os arts.

56 ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratação pública*. 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2015. p. 2.

57 AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. *O que são cartéis*. 2015. Disponível em: <http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/O_programa_de_clemencia/Tipos_de_carteis/Paginas/O-que-sao-carteis.aspx>. Acesso em: 05 set. 2015.

58 ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratação pública*. 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2015. p. 2.

59 Toda a descrição feita neste tópico tem como base no TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça. *Processo C-465/2011*. Terceira Secção. Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Krajowa Izba Odwoławcza. União Europeia, 13 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131813&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6844>>.

60 Situação pessoal do candidato ou do proponente: 2. Pode ser excluído do procedimento de contratação: d) Tenha cometido falta grave em matéria profissional, comprovada por qualquer meio que as entidades adjudicantes possam evocar;

54 MOREIRA, João. *Cartelização em contratação pública: a exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 201-259. (Estudos de Contratação Pública, 3). p. 209.

55 ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratação pública*. 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2015. p. 2.

53, n. 3⁶¹ e 54 n. 4⁶², da Diretiva 2004/17/CE, ambas relativas à contratação pública, quais foram renovadas no ano de 2014. Tais artigos referem-se à exclusão do operador econômico na participação de adjudicação pública em virtude de falta grave em matéria profissional, ainda que tenha celebrado o contrato com a entidade adjudicante.

A Poczta Polska, entidade adjudicante, ora recorrida, empresa pertencente ao Tesouro Público, que exerce atividade no setor de serviços postais, lançou processo adjudicatório para a contratação de uma empresa para efetuar os serviços de distribuição postal nacional e internacional. As propostas feitas pela Forposta SA e da ABC Direct Contract sp. z o.o foram consideradas as mais vantajosas para a entidade adjudicante, sendo celebrado o contrato com estas.

Salienta-se que o processo adjudicatório cumpriu todos os trâmites legais, não sendo contestado por ne-

nhum concorrente. Contudo, na data de assinatura do contrato, em julho de 2011, a Poczta Polska, invalidou a licitação, afirmando que os operadores econômicos, Forposta AS e da ABC Direct Contract sp. z o.o, deviam ser eliminados do processo adjudicatório em virtude da Lei Polaca, art. 24, n. 1, alínea “a”, que determina a exclusão do processo licitatório caso ocorram circunstâncias que lhes sejam imputáveis, que tenha “revogado, denunciado ou rescindido o contrato, no caso de a revogação, a denúncia ou a rescisão ter ocorrido dentro do prazo de três anos anterior à abertura do processo de adjudicação em curso e de o valor do contrato não executado corresponder a, pelo menos, 5% do valor do contrato”.

Os contratados, ora recorrentes, interpuseram recurso contra a decisão da contratante, ao Conselho Nacional de Recurso (Krajowa Izba Odwoławcza), aduzindo que a legislação nacional polaca ofende o art. 45, n. 2, primeiro parágrafo, alínea “d”, da Diretiva 2004/18. Os recorrentes entenderam que o dispositivo nacional tem um alcance mais amplo que a Diretiva, que prevê a exclusão dos operadores econômicos somente no caso de “falta grave em matéria profissional”, o que não ocorreu no caso em tela.

O Conselho Nacional de Recurso, órgão jurisdicional de reenvio, destaca que há dúvidas quanto à conformidade da lei polaca de contratação pública com a norma comunitária, ainda que o legislador do ordenamento jurídico polonês afirme que a norma nacional estava em concordância com a Diretiva. No entanto, o questionamento surge em decorrência de dois motivos relacionados à conceituação da frase “falta grave cometida em matéria profissional” e “imputáveis ao operador jurídico”.

Nesse sentido, o questionamento que se coloca é que a motivação da exclusão prevista da Diretiva 2004/18 está pautada em uma falta grave cometida em matéria profissional, que entendida, segundo a linguagem jurídica, refere-se à violação de princípios relacionados à responsabilidade profissional, dignidade e a honorabilidade profissionais dos recorrentes. Tal conduta deveria ser verificada por meio de processo disciplinar, devendo o órgão competente pronunciar a existência ou não de ilegalidade da conduta. O segundo motivo colocado pelo Conselho Nacional de Recurso foi o conceito de circunstâncias “imputáveis ao operador”, na lei polonesa é mais amplo que o estabelecido na Diretiva.

61 Sistemas de qualificação: (1). As entidades adjudicantes podem, se o desejarem, estabelecer e gerir um sistema de qualificação de operadores econômicos. As entidades que estabeleçam ou giram um sistema de qualificação assegurarão que os operadores econômicos possam, a todo o momento, solicitar a sua qualificação. (2). O sistema previsto no n.o 1 pode abranger várias fases de qualificação. Deve ser gerido com base em critérios e regras objectivos definidos pela entidade adjudicante. Sempre que esses critérios e regras incluam especificações técnicas, aplicam-se as disposições do artigo 34.o Estes critérios e regras podem, se necessário, ser actualizados. (3). Os critérios e as regras de qualificação referidos no n.o 2 podem incluir os critérios de exclusão enumerados no artigo 45.o da Directiva 2004/18/CE, nos termos e condições nele definidos. Se a entidade adjudicante for um poder público na acepção da alínea a) do n.o 1 do artigo 2.o, estes critérios e regras incluem os critérios de exclusão enumerados no n.o 1 do artigo 45.o da Directiva 2004/18/CE.

62 Critérios de selecção qualitativa: (1). Ao estabelecerem critérios de selecção num concurso público, as entidades adjudicantes devem seguir regras e critérios objectivos que estarão à disposição dos operadores económicos interessados. (2). Ao seleccionarem os candidatos para participação num concurso limitado ou num procedimento por negociação, as entidades adjudicantes devem seguir as regras e os critérios objectivos que definiram e que estarão à disposição dos operadores económicos interessados. (3). Nos concursos limitados e nos procedimentos por negociação, os critérios podem basear-se na necessidade objectiva, por parte da entidade adjudicante, de reduzir o número de candidatos para um nível justificado pela necessidade de equilíbrio entre as características específicas do processo de adjudicação e os meios requeridos para a sua realização. O número de candidatos seleccionados deve, todavia, ter em conta a necessidade de assegurar uma concorrência suficiente. (4). Os critérios referidos nos n.os 1 e 2 podem incluir os critérios de exclusão enumerados no artigo 45.o da Directiva 2004/18/CE, nos termos e condições nele definidos. Se a entidade adjudicante for um poder público na acepção da alínea a) do n.o 1 do artigo 2.o, os critérios referidos nos n.os 1 e 2 do presente artigo incluem os critérios de exclusão enumerados no n.o 1 do artigo 45.o da Directiva 2004/18/CE.

Além disso, destaca que a Diretiva europeia de contratação pública exige que exista uma falta grave, e nesse entendimento a inexecução no valor de 5% do montante do contrato, gera dúvidas sobre a gravidade ou não da medida, a ponto de levar à exclusão do operador econômico. O órgão de reenvio destacou ainda a jurisprudência do TJUE, qual entende que o direito da União é contrário às determinações nacionais que prevejam uma exclusão automática da participação num processo de adjudicação ou rejeição automática de propostas ou aplicação de medidas desproporcionais em relação ao fim objetivado. Entendeu, ainda, que a norma polaca não é aplicável automaticamente, muito embora tenha excedido o necessário para salvaguardar o interesse público perseguido, ou seja, a exclusão de operadores econômicos pouco confiáveis.

Diante das imprecisões o Conselho Nacional de Recurso suspendeu a sua análise e submeteu ao TJUE para interpretar as questões prejudiciais referentes à possibilidade normativa, a combinação da lei nacional polonesa e as normas europeias, de exclusão do procedimento adjudicatório nos casos de cometimento de falta grave em matéria profissional devidamente comprovada pela entidade adjudicante, nos termos invocados pela Recorrente. Em caso negativo da primeira questão prejudicial, pediu-se para verificar se há a possibilidade de um Estado-Membro apontar ou preveja outros motivos além dos elencados na Diretiva 2004/18, desde que autorizados.

Em sede decisória, inicialmente o TJUE confirmou sua jurisdição, decorrente do art. 267, TFUE e dirimiu as dúvidas decorrentes da competência do Conselho Nacional de Recurso, em virtude de ser um órgão instituído pela lei de contratação pública, confirmando o seu poder para solucionar os litígios existentes em primeira instância, sendo considerado um órgão jurisdicional. Sendo assim, admitiu o pedido de reenvio apenas para interpretar as normas da União e não para verificar a conformidade da norma polaca, como requerido pelo Governo polonês.

No mérito da questão, em relação ao primeiro questionamento, relacionada ao art. 45, n. 2, primeiro parágrafo, alínea “d”, da Diretiva 2004/18, o TJUE interpretou, conforme os precedentes do Tribunal que:

[...] “o artigo 45.º, n.º 2, primeiro parágrafo, alínea d), da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que obsta a uma regulamentação nacional que prevê a existência de uma falta grave em matéria profissional, conducente à exclusão

automática do operador econômico em causa do processo de adjudicação de um contrato público em curso, quando, em razão de circunstâncias imputáveis a este mesmo operador econômico, a entidade adjudicante tenha revogado ou denunciado um contrato público anterior celebrado com o referido operador, ou o tenha rescindido, se esta revogação, denúncia ou rescisão do contrato tiver ocorrido dentro do prazo de três anos anterior à abertura do processo em curso e o valor da parte do contrato público anterior não executada ascender a, pelo menos, 5% do valor total deste contrato”.

As razões que motivaram o TJUE a interpretar dessa maneira foi que a apesar do Governo da Polónia ter feito, corretamente, o uso da faculdade da entidade adjudicante excluir um operador econômico no caso de falta grave em matéria profissional, que deve ser especificada em lei nacional em consonância com o direito da união, bem como, ter definido corretamente a expressão “falta grave em matéria profissional”, devendo ser comprovada, por qualquer meio, pela entidade adjudicante. No entanto, a entidade adjudicante polaca deveria ter demonstrado, de forma concreta e individualizada, que os comportamentos das recorrentes, ou seja, os operadores econômicos indicavam uma intenção culposa ou negligente, ou ainda qualquer execução incorreta, imprecisa ou não cabal do contrato, demonstrando a incompetência profissional.

No que se refere à segunda questão, que somente deveria ser respondida caso a primeira fosse negativa, o TJUE entendeu que os princípios e as normas do direito da União Europeia, referente aos contratos públicos, não é razão suficiente para a proteção do interesse público e dos interesses das entidades adjudicantes. De igual maneira os princípios e leis europeias não garantem a concorrência leal, tampouco, justificam a exclusão automática do operador econômico de um processo adjudicatório, de modo subsidiário como pretende o Estado Polonês.

Muito embora o resultado do julgado tenha sido negativo para a entidade adjudicante do Estado da Polónia, o interessante neste julgado é observar, que a Diretiva 2014/24, em seu art. 57, n. 4, parágrafo 1º, alínea “g”⁶³, vigente atualmente e não à época do julgado, traz

63 As autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador econômico da participação num procedimento de contratação, numa das seguintes situações: Se o operador econômico tiver acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial no âmbito de um contrato público anterior, um anterior contrato com uma autoridade adjudicante ou um anterior contrato

a possibilidade de excluir o operador econômico nos casos de concorrência desleal, conforme interpretado pela Poczta Polska SA quando decidiu excluir a Forposta SA e a ABC Direct Contact sp. Z o.o. do processo adjudicatório, no caso de rescisão ou denúncia de um contrato público que fora celebrado anteriormente com o operador no prazo de três anos antes à abertura da licitação em curso, sendo que o valor da parte não executada seja pelo 5% do montante contratual⁶⁴.

As medidas previstas pela Diretiva 2014/24, alargando os motivos de exclusão dos operadores econômicos nos processos de contratação pública, denotam a preocupação que se tem em associar o direito dos contratos públicos ao direito da concorrência, com o intuito de manter a abertura do mercado e a livre concorrência, por meio da eliminação das barreiras ao mercado interno, de modo, que os agentes econômicos tenham as mesmas oportunidades de atuação nas contratações públicas⁶⁵. A partir da análise do presente caso, demonstra-se o que foi defendido no presente trabalho, a adoção do princípio da concorrência como norteador dos procedimentos adjudicatórios, a fim de que a concorrência leal seja garantida, de modo a adotar medidas ou ter instrumentos capazes de diminuir os casos de práticas anticoncorrenciais no mercado de compras públicas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou a possibilidade de se aplicar o direito concorrencial aos contratos públicos, no que se refere às práticas abusivas da concorrência, tomando por base a aproximação desses sistemas, por meio da internacionalização e europeização da contratação pública com foco na promoção e proteção da concorrência. Esse cenário permite que o princípio da concorrência atue como um instrumento valorativo entre os dois domínios ensejando na aplicabilidade de

sanções do direito da concorrência nos procedimentos de adjudicação pública que não prezaram pela concorrência são.

Para tanto, o primeiro capítulo, procurou demonstrar a aproximação entre o direito da concorrência e o direito dos contratos públicos, apresentando o momento e as razões que levaram à construção de uma relação complementar entre os dois sistemas. Muito embora existam momentos em que esses domínios estejam em situação de possível conflito, verificou que a relação entre concorrência e contratos públicos é mais complementar, do que divergente, isto porque tanto na contratação pública, como no direito concorrência, busca-se a proteção do mercado, logo da concorrência, sendo esta indispensável para o funcionamento legítimo do mercado de compras públicas.

Nesse passo, o capítulo 2 traça a construção da correlação entre concorrência e contratação pública por meio da internacionalização dos contratos públicos, o que quer dizer que a contratação pública deixou de ser um tema tratado exclusivamente no âmbito interno dos Estados. Isto se comprova com o caráter multinível dado aos contratos públicos a partir da construção do mercado único europeu, quando se passou a promover a concorrência nos contratos públicos, como um requisito indispensável para a manutenção do mercado interno europeu.

Por fim, no capítulo 3, buscou-se verificar a viabilidade da relação entre direito da concorrência e direito dos contratos públicos, por meio da apresentação das práticas restritivas da concorrência nos contratos públicos, e análise jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia, haja vista o tema ainda ser controvertida e em desenvolvimento, por essa razão, se fez necessário verificar a aplicabilidade das sanções concorrenciais nos contratos públicos. No primeiro caso, Forposta SA, apresenta-se uma situação em que a própria diretiva europeia de contratos públicos prevê a sanção, portanto, demonstra-se a associação desses sistemas. No segundo caso, OTIS Elevadores e Escadas Rolantes, verificou-se a aplicabilidade do art. 101, (à época do caso art. 81) na manipulação dos concursos públicos e a divisão do mercado de elevadores e escadas rolantes, com a imposição de coimas.

Sendo assim, a partir do presente trabalho, verificou-se que tem sido crescente a interrelação entre o direito dos contratos públicos e o direito da concorrência,

de concessão, tendo tal facto conduzido à rescisão antecipada desse anterior contrato, à condenação por danos ou a outras sanções comparáveis;

64 QUINTA NOVA, Ana Rita Vieira. A exclusão de operadores económicos à luz da nova directiva sobre contratos públicos: o artigo 57º, n. 4, 1º parágrafo, alínea g. *Publicações CEDIPRE Online*, Coimbra, n. 22, set. 2014. Disponível em: <<http://www.cedipre.fd.uc.pt>>. Acesso em: 7 set. 2015. p. 10.

65 MEDEIROS, Rui. Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n. 69, maio/jun. 2008. p. 3.

permitida pelo sistema jurídico europeu, que preza pela concorrência, a fim de crescimento e abertura do mercado interno europeu. Além disso, a construção de mecanismos concorrenciais aplicáveis à contratação pública é fundamental para estabelecer sanções aos abusos concorrenciais, sobretudo, a formação de cartéis, presentes nos mercados de compras públicas. É evidente que a instrumentalização concorrencial na adjudicação pública necessita de evolução, no entanto, demonstra-se uma ferramenta eficaz para o desenvolvimento do mercado europeu de contratos públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência. *Jornal Oficial*, n. C372, p. 0005-0013, dez. 1997. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Comunicacao_definicao_mercado_relevante_1997.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.
- AUTORIDADE DE CONCORRÊNCIA. *Abuso de posição dominante*. 2015. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Abuso_de_posicao_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx>. Acesso em: 01 set. 2015.
- AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. *O que são cartéis*. 2015. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/O_programa_de_clemencia/Tipos_de_carteis/Paginas/O-que-sao-carteis.aspx>. Acesso em: 05 set. 2015.
- ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*. Lisboa: Almedina, 2013.
- EUR-LEX. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*. 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT>>.
- FERRO, Miguel Sousa. *Práticas restritivas da concorrência: súmula orientada para a prática judicial: curso de formação para juízes nacionais em direito da concorrência*. Lisboa: Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal FDL, 2010.
- GOMES, José Luís Caramelo. *Lições de direito da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2010.
- GONÇALVES, José Renato. Disposições sobre contratação pública em acordos comerciais preferenciais. In: FERRREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cunha (Coords.). *Novas fronteiras da contratação pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 57-80. (Coleção de Manuais Acadêmicos IDEFF, n. 1).
- GONÇALVES, Pedro Costa. Concorrência e contratação pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública. Coimbra: Almedina, 2012. p. 479-516. (Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, v. 1).
- GRAELLS, Albert Sanchez. Public procurement and competition: some challenges arising from recent developments in EU public procurement law. In: BOVIS, C. (Ed.). *Research handbook on european public procurement, forthcoming*. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2206502>>. Acesso em: 15 ago. 2015.
- GRAELLS, Albert Sanchez. *Public procurement and the UE competition rules*. United Kingdom: Hart Publishing, 2011.
- MEDEIROS, Rui. Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n. 69, maio/jun. 2008.
- MORAIS, Luís D.S.; RODRIGUES, Nuno Cunha. Contratação pública e práticas anti-concorrenciais no direito internacional económico e no direito da União Europeia, em especial acordo entre empresas. In: EIRÓ, Vera; TRABUCO, Cláudia (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 85-116.
- MOREIRA, João. *Cartelização em contratação pública: a exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 201-259. (Estudos de Contratação Pública, 3).
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratação pública*. 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2015.
- PINA, Maria Tavares de. O conceito de “mercado relevante” e a sua importância na definição de entidade adjudicante. In: EIRÓ, Vera; TRABUCO, Cláudia (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 43-62.

POSSAS, Mario Luiz. *Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência*. 1996. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/os_conceitos_de_mercado_relevante_e_de_poder_de_mercado.pdf>. Acesso em: 01 set. 2015.

QUINTA NOVA, Ana Rita Vieira. A exclusão de operadores económicos à luz da nova directiva sobre contratos públicos: o artigo 57º, n. 4, 1º parágrafo, alínea g. *Publicações CEDIPRE Online*, Coimbra, n. 22, set. 2014. Disponível em <http://www.cedipre.fd.uc.pt>>. Acesso em: 07 set. 2015.

RAIMUNDO, Miguel Assis. *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*. Lisboa: AAFDL, 2013.

RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013.

RODRIGUES, Nuno Cunha. As relações entre a União Europeia e o Brasil no contexto da internacionalização dos contratos públicos. In: FERREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cunha (Coord.). *Novas fronteiras da contratação pública*. Coimbra: Coimbra Editoras, 2014. p. 157-170.

TRABUCO, Cláudia. Existem empresas que não são empresas? As entidades adjudicantes e o conceito jus-concorrencial de empresa. In: EIRÓ, Vera; TRABUCO, Cláudia (Org.). *Contratação Pública e Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 11-42.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça. *Processo C-465/2011*. Terceira Secção. Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Krajowa Izba Odwoławcza. União Europeia, 13 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131813&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6844>>.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Government procurement*. 2014. Available in: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.pdf>. Access: 09 set. 2015.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *WTO and government procurement*. 2014. Available in: <http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm>. Access: 10 ago. 2015.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Do transnacional para o nacional: IOSCO, o mercado de valores mobiliários brasileiro e *accountability*

From transnational to national: IOSCO, the Brazilian securities market and accountability

Salem Nasser

Nora Rachman

Viviane Muller Prado

Do transnacional para o nacional: IOSCO, o mercado de valores mobiliários brasileiro e *accountability**

From transnational to national: IOSCO, the Brazilian securities market and accountability

Salem Nasser**

Nora Rachman***

Viviane Muller Prado****

RESUMO

Na esfera internacional, governamentais, agentes estatais e reguladores se encontram para discutir e aprovar padrões e recomendações sobre como regular o mercado de valores mobiliários. Esses produtos regulatórios não integram o rol das normas reconhecidas pelo direito internacional público, diferentemente daquelas dos tratados e dos costumes internacionais. Embora formalmente não obrigatórios, pelo fato de condicionarem o comportamento dos reguladores brasileiros e por influenciarem a regulação nacional, tais produtos não estão livres de mecanismos de controle. O objetivo deste trabalho é identificar esses mecanismos no processo de internalização de produtos regulatórios transnacionais. Para tanto, parte-se do estudo do caso de implementação das recomendações e diretrizes formuladas pela *International Organization of Securities Commissions* – IOSCO por parte da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, entidade com competência de regular o mercado de valores mobiliários brasileiro. O caso revela que o Brasil participa de foros transnacionais e, também, internaliza os seus produtos. A entrada desses produtos regulatórios ocorre com o exercício do poder normativo da CVM, que se utiliza dos seus mecanismos de controle (*accountability*) usuais na sua produção normativa, tais como audiências públicas, justificativas e relatórios. A principal contribuição do trabalho é anunciar elementos concretos que permitem avançar na reflexão sobre a complexidade do fenômeno da regulação produzida nos espaços transnacionais. Ademais, levanta a dúvida quanto à transferência do poder normativo do plano doméstico para as redes transnacionais e sua legitimidade.

Palavras-chave: Regulação transnacional. Direito internacional. *Accountability*. Mercado de capitais. IOSCO. CVM.

ABSTRACT

In the international arena, governmental authorities, state agents and regulators get together to establish standards and recommendations on the regulation of securities markets. Such regulatory products are not part of

* Recebido em 30/10/2015
Aprovado em 13/02/2016

** Professor de Direito Internacional e Coordenador do Núcleo de Direito Global Desenvolvimento da FGV Direito SP. Doutor em Direito Internacional pela USP. Email: salem.nasser@fgv.br

*** Professora de Direito do Mackenzie. Pós-doutoranda na FGV Direito SP. Doutora em Relações Internacionais pela USP. Email: viviane.prado@fgv.br

**** Professora de Direito dos Negócios da FGV Direito SP. Coordenadora do Núcleo de Estudos de Mercados e Investimentos da FGV Direito SP. Doutora em Direito pela USP. Email: nora.rachman@gmail.com

the recognized norms of public international law, unlike those contained in treaties and customary law. Despite being non-binding, because they help determining the behavior of the Brazilian regulator and because they influence the content of domestic regulations, such products are not exempt from accountability mechanisms. The aim of this paper is to identify these mechanisms in the process of internalization of transnational regulatory products. It does so by studying the implementation process for the recommendations and guidelines set by the *International Organization of Securities Commissions* – IOSCO that is used by Comissão de Valores Mobiliários – CVM, the Brazilian body responsible for regulating the domestic securities market. The case study reveals that Brazil takes part in transnational regulatory *fora* and also internalizes its outputs. The insertion of these regulatory outputs in Brazilian territory occurs through the exercise by CVM of its given regulatory powers. As it operates this insertion, CVM makes use of its usual accountability instruments such as public consultations, justifications and reports. The paper's main contribution is to offer some concrete elements that can be useful in assessing the complexity of transnational regulation and its internalization processes. It poses, finally the doubt concerning the effect of transferring parts of the normative powers from the domestic, state, arena towards the transnational one for the legitimacy of the regulatory outputs.

Keywords: Transnational regulation. International law. Accountability. Securities market. IOSCO. CVM.

1. INTRODUÇÃO

A produção normativa na esfera internacional, se algum dia foi tarefa exclusiva dos Estados e do direito internacional público, há muito já não o é. Atenção, no entanto. Não está dito que a resultante dessa produção normativa seja direito. Não está dito que todas as normas são normas jurídicas.

O direito internacional público concorre crescentemente com fenômenos normativos ou regulatórios que recebem denominações variadas e são objeto de estudos diversos que lhes dão recortes diferentes. Go-

vernança, muitas vezes dita global,¹ *soft law*,² regulação transnacional,³ ação administrativa global,⁴ direito internacional informal,⁵ são alguns dos nomes que conhece essa produção normativa que concorre ou coabita com o direito internacional.

Os autores dos vários produtos regulatórios⁶ que não são parte do direito internacional público, mas que são criados e operam internacionalmente, são igualmente variados: organizações internacionais, Estados ou órgãos governamentais, entes privados, agindo conjuntamente ou não.

Uma pergunta fundamental, que deve estar presente, ainda que não fique necessariamente resolvida, em qualquer investigação acerca dessa ação regulatória na esfera internacional, diz respeito à natureza jurídica ou não dos seus produtos, das suas normas. É a questão das fronteiras entre o direito e o não direito.

O modo mais pragmático de lidar com essa questão pede um descolamento de visões essencialistas da na-

1 Uma referência entre tantas outras: SLAUGHTER, Anne-Marie. Everyday global governance. *Research Library Core*, v. 132, n. 1, p. 83-90, 2003.

2 Consultar, por exemplo: NASSER, Salem H. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

3 Consultar: especialmente no que respeita à regulação privada transnacional, CAFAGGI, Fabrizio. *The architecture of transnational private regulation: EUI working papers*, Law 2011/12. Italy: Department of Law. Disponível em: <<http://cadmus.eui.eu/handle/1814/18256>>. Acesso: out. 2015. e New Foundation of Transnational Private Regulation, EUI Working Papers, Robert Schuman Center for Advanced Studies. Private Regulation Series – 04. Disponível em <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/15284/RSCAS_2010_53.pdf?sequence=1> Sobre diferentes formas de produção normativa privada, na perspectiva do direito internacional, ver ainda: ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 1136-1163, 2013.

4 Consultar: <<http://www.iijl.org/gal>> e especialmente KINGSBURY, B.; KRISCH, S.; STEWART, R. The Emergence of global administrative law: *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 15-61, 2005.

5 Consultar: <<http://www.hiil.org/project/informal-international-law-making-and-accountability>> e, especialmente NASSER, S. H.; MACHADO, A. M. F. Informal International lawmaking and accountability in Brazil. In: BERNAN, A. et al. (Ed). *Informal international lawmaking: case studies: the Hague*: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012. p.141 – 178.

6 Para fins deste artigo, a expressão produtos regulatórios é entendida como o resultado de produção normativa ou regulatória. Incluem-se nessa categoria a formulação e/ou consolidação de recomendações, padrões, modelos, princípios, diretrizes, relatórios técnicos.

tureza do jurídico e uma redução de seu escopo à identificação do pertencimento das normas a uma ordem jurídica dada. A juridicidade das normas, a sua validade, só pode ser dada por um sistema jurídico de que a norma faça parte.

O direito internacional público reconhece a validade das normas que surgem pela via de suas duas fontes: tratados e costumes⁷. Como se está falando, essencialmente, de produtos normativos que não estão contidos em tratados internacionais firmados entre Estados ou organizações internacionais e que não decorrem da prática generalizada dos Estados à qual se conjuga a convicção da juridicidade dessa prática, está claro que esses produtos não fazem parte do direito internacional público.

Note-se, no entanto, por um lado, que o direito internacional público faz parte necessariamente de qualquer processo que se queira chamar de governança global, uma governança, uma ordenação do mundo que se faz pelo direito e pelo não direito. Por outro lado, é preciso lembrar, também, que uma parte da ação administrativa operada por organizações internacionais, especificamente, mas por outros atores também, se faz em decorrência de competências ou funções definidas pelo direito internacional.

Essa produção regulatória que não pertence à categoria de normas juridicamente válidas perante o direito internacional público deve, ainda assim, suscitar um grande interesse por parte dos juristas. E isso porque, apesar de não jurídica, a regulação, muitas vezes dotada de enorme efetividade, diz respeito a questões que são de interesse público. Além do impacto que essas normas representam em termos de previsibilidade do conteúdo normativo para os agentes alvo da regulação, chama a atenção que a porta de entrada de uma norma no ambiente doméstico decorra de discussões travadas num ambiente internacional não-formal. Esse é o caso da regulação produzida pela *International Organization of Securities Commissions - IOSCO*, uma organização que congrega autoridades reguladoras dos mercados de capitais mais relevantes e cuja função é estabelecer padrões a serem seguidos em todos esses mercados.

7 Não se ignora o debate sobre a composição mais ampla ou mais restrita do rol das fontes do direito internacional público e sobre papel do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Sobre essa discussão, ver NASSER, Salem H. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 49-72.

Porque a regulação lida com questões de interesse público, mas também porque muitas vezes aquilo que é produzido na esfera internacional virá a constituir o instrumental que efetivamente regulará determinado setor da vida interna, nacional, o tema é obrigatório para juristas e para todos os que lidam com políticas públicas. Esse é igualmente o caso das recomendações e diretrizes formuladas pela IOSCO em relação ao conteúdo cuja competência regulatória é exercida no Brasil pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM.

Há, portanto, produção na esfera internacional, ou transnacional para quem o preferir, pela IOSCO, por meio de padrões sobre como regular o mercado de valores mobiliários. Há, ainda, a incorporação, a internalização ou a implementação dessa regulação na esfera do doméstico, do nacional, pela CVM, com competência de regular o mercado de valores mobiliários brasileiro.

A internalização ou incorporação ao direito interno das normas acordadas entre Estados nos tratados internacionais passa, em princípio, por mecanismos de legitimação contidos nas normas do ordenamento jurídico nacional que organizam as competências dos poderes para celebrar tratados, aprovar a sua celebração e seus conteúdos, dar-lhes publicidade etc. Antes disso, no contexto do direito internacional público, as normas atinentes aos tratados asseguram, também, em princípio, a sua legitimidade ao garantirem a primazia da vontade soberana estatal.

Já em relação às normas produzidas fora das fontes do direito internacional público, concernentes a temas de interesse público e destinadas a surtirem efeitos ou serem aplicadas nas sociedades domésticas, cabe se interrogar sobre as condições de legitimação e mecanismos de controle (*accountability*) dos processos de formação normativa, no plano internacional ou transnacional, e dos processos de internalização ou implementação nacional.

Essa interrogação é o norte que orienta este trabalho que se ocupará especificamente da participação da CVM em foros internacionais, enquanto autoridade nacional reguladora dos mercados e da implementação nacional das diretrizes produzidas pela IOSCO no mercado brasileiro.

Após uma breve discussão sobre os mecanismos de internalização no Brasil das normas convencionais internacionais e sobre a internalização dos instrumentos normativos que nos ocupam aqui, é apresentado o

estudo do caso da implementação, pela CVM, dos produtos regulatórios da IOSCO. Nesse caminho, estão organizadas informações sobre a participação da agência reguladora do mercado de valores mobiliários brasileira naquele foro transnacional, bem como relatos que indicam se e como a CVM internaliza os produtos da regulação transnacional da IOSCO. O objetivo do estudo de caso é identificar os mecanismos de *accountability* existentes para a implementação.

2. REGRAS BRASILEIRAS SOBRE CONCLUSÃO DE ACORDOS INTERNACIONAIS E SOBRE A INCORPORAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

2.1. Direito internacional

Como se sabe, de acordo com o artigo 84, III da Constituição brasileira, o presidente da República é a autoridade competente para celebrar tratados internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional. Isto significa que a iniciativa e também a decisão final sobre expressar ou não o consentimento do Brasil em vincular-se por um tratado⁸ está, nas mãos daqueles membros do poder executivo que, de acordo com o direito internacional, tem o poder de obrigar o Estado perante outros Estados ou perante as Organizações Internacionais.⁹

Tal decisão final do Presidente depende de uma autorização do Congresso Nacional, quando possa representar um ônus para o tesouro nacional, nos termos do artigo 49, I da Constituição Federal. Parece que essa última condição referente ao impacto para o tesouro teria sido incluída no texto constitucional de 1988 para assegurar que acordos, por exemplo, com o Fundo Monetário Internacional, como os que o Brasil celebrou em anos anteriores, sem aprovação legislativa, teriam que passar pelo escrutínio de deputados e senadores.¹⁰

8 Aqui a palavra é usada em seu sentido genérico: um acordo submetido ao direito internacional e obrigatório para as partes que são ou Estados, ou Organizações Internacionais.

9 Estes membros do executivo são: o Ministro das Relações Exteriores e os chefes de missões diplomáticas. É claro que o Presidente pode também autorizar pessoas a negociarem e celebrarem tratados específicos e expressarem o consentimento do Brasil em se ver vinculado por eles.

10 Alguns consideram que, na verdade, a iniciativa que visaria a

A interpretação de consenso, no entanto, que combina os dois artigos constitucionais, diz que todos os acordos internacionais e todos os tratados deveriam passar pelo duplo processo, em que o Congresso Nacional deve aprovar todos os tratados, requeiram estes ratificação ou não, quer antes, quer depois que o processo de negociação tenha sido concluído.

Uma vez que o Brasil passa a integrar um acordo internacional, este último deveria ser incorporado tal qual previsto no sistema jurídico nacional brasileiro. Os tribunais brasileiros têm decidido consistentemente que, para que aconteça a incorporação de um tratado em nosso sistema, é necessário que o Presidente emita um decreto de promulgação que dê publicidade ao tratado e à sua entrada em vigor. De acordo com jurisprudência assentada, a ausência do decreto ou a sua emissão tardia poderia levar à situação em que o tratado pelo qual o Brasil está obrigado internacionalmente será considerado como não estando em vigor na ordem doméstica. É claro que, a rigor, o mesmo pode acontecer quando o Brasil expressar seu consentimento com se obrigar internacionalmente, sem ter para isso obtido a aprovação do Congresso.

Apesar da aceitação geral do princípio de que todos os acordos deveriam passar pelo processo de aprovação, a verdade é que isto não acontece de fato com muitos deles, ainda mais quando são tratados de acordo com o direito internacional. Alguns são celebrados pela Presidência da República ou pelo Ministério das Relações Exteriores, e outros por outros ministérios ou agências.

A primeira e mais superficial explicação para isso é o caráter impraticável, em termos de tempo e procedimentos, de fazer passar cada acordo pela aprovação do Congresso. O momento crítico viria quando tribunais brasileiros tenham que decidir se qualquer desses acordos legalmente vinculantes, cujo descumprimento levaria à responsabilização internacional do Brasil, são, ainda assim, parte integrante do direito doméstico brasileiro e se podem produzir efeitos jurídicos no Brasil.

De todo modo, muitos desses acordos que não passam pelos procedimentos de aprovação no Congresso seriam o que se tende a chamar de acordos administrativos, ou seja, a substância do que está ali negociado e acordado entra no universo dos poderes regulatórios

um maior rigor pode também ser, paradoxalmente, lida como uma limitação dos tipos de acordos que teriam que obter a aprovação do Congresso.

detém o agente brasileiro ou o universo de seu poder para a ação discricionária.

No que se refere ao direito internacional costumeiro, apenas umas poucas palavras se fazem necessárias. Os tribunais brasileiros podem aplicar - e aplicam de fato - princípios reconhecidos do direito internacional que, por não estarem incorporados em acordos ou tratados internacionais, não passam por qualquer processo de internalização. Eles são, no entanto, reconhecidos em princípio como integrando o ordenamento nacional. Quais princípios são assim reconhecidos é algo que, pela natureza mesma do costume, só se poderá decidir diante de cada caso concreto.

2.2. Regulação transnacional

Esse quadro geral dos modos pelos quais o direito internacional é incorporado no Brasil não permite identificar quaisquer respostas claras para a incorporação dos produtos regulatórios internacionais ou transnacionais. Isso decorre do fato de que são características fundamentais desse tipo de regulação o seu caráter não obrigatório e o seu surgimento com base em mecanismos ou processos que não são as fontes do direito internacional público.

Como, justamente, não surgem a partir das fontes do direito internacional, esses produtos não são reconhecidos por esse ordenamento jurídico como sendo parte integrante de seu corpus normativo. Porque não são obrigatórios, podem ocorrer desencontros entre o comportamento prescrito e o comportamento efetivo dos Estados. Isto não dá ensejo à sua responsabilização internacional. Da mesma forma, não ficam sujeitos ao mesmo processo de incorporação dos tratados internacionais no Brasil.

É claro que alguém poderia pensar acordos a que chegam, na esfera internacional, autoridades governamentais, agentes estatais, reguladores autorizados, como sendo acordos celebrados pelo Estado brasileiro. E, poderia-se pensar que, ainda que formalmente não obrigatórios, por condicionarem o comportamento dos reguladores brasileiros e por influenciarem a regulação nacional, não poderiam estar de todo livres de mecanismos de controle a que se submeteriam os tratados internacionais. Esse é um problema relevante para a discussão em termos de mecanismos de controle (*accountability*) da regulação transnacional.

Um aspecto central do tema da *accountability* é os formuladores dessa regulação transnacional exercem uma espécie de autoridade pública, na medida em que, efetivamente, determinam ou condicionam o comportamento em matérias de interesse público. Os atores potencialmente afetados são Estados ou entes não estatais.

Quanto à determinação do comportamento estatal, pelo fato de a regulação transnacional não ter qualquer caráter obrigatório, a sua aceitação é consequência de alguma outra consideração de prudência, interesse, falta de opções, etc.¹¹ No que diz respeito aos atores não estatais, eles podem participar de uma instituição ou rede de produção regulatória e, ainda, aceitar implementar alguns ou todos os produtos regulatórios ali gerados¹².

Antes de tudo, é preciso verificar se o Estado é parte do acordo que deu origem à instituição ou à rede transnacional ou dos acordos que estabeleceram, modificaram ou regulam o seu funcionamento. Também é necessário identificar se há um pacto no sentido de incorporar ou implementar os produtos da instituição transnacional e verificar, finalmente, se o produto ou os produtos são eles mesmos acordos.

A questão que se coloca é se há necessidade de um sistema de controle ou aprovação de acordos sempre que os produtos regulatórios vinculem o Estado, ainda que não sob o ponto de vista jurídico. Isso ocorreria, por exemplo, no caso da participação do Estado no documento de constituição ou de adesão a uma rede transnacional, ou ainda, sempre que o Estado implementar, assinar e obrigar-se por meio de um acordo específico.¹³

A questão é mais sensível quando o Estado entende que está comprometido com o processo de implementação de produtos regulatórios das redes transnacionais. Neste aspecto, se algum controle existe, levará em conta a substância do que foi ou será implementado. Mas a substância, a regulação do setor, é implementada pelo regulador, em princípio, nos termos do seu mandato legal e poderes delegados em lei. Esse controle, portanto, diz respeito à atividade regulatória no plano doméstico e não tem necessariamente relação com o fato de que a origem da substância da regulação é um acordo internacional não obrigatório.

11 Eventualmente os Estados podem adotar os padrões por outras razões, sejam eles membros ou não da rede transnacional.

12 A respeito, vide exemplos das entidades autorreguladoras brasileiras que integram a IOSCO, item 3.3.2.c.

13 Este último é o caso do documento da IOSCO referido como MMOU, referido no item 3.1.

Em outras palavras, há dois elementos a serem levados em conta. Primeiro, o conteúdo das medidas ou dos regulamentos a serem internalizados. Segundo, o fato de que tal conteúdo tem sua origem numa instituição ou numa rede internacional. Tais elementos podem ser considerados como integrantes de numa única questão fundamental: por que razão uma medida regulatória específica está sendo adotada ou implementada?

3. ESTUDO DE CASO: IMPLEMENTAÇÃO DOS PRODUTOS REGULATÓRIOS DA IOSCO PELA CVM

3.1. IOSCO, sua atividade e seus documentos

Os mercados financeiros e de capitais são conhecidos por terem agentes econômicos atuando globalmente, seja na posição de instituições que oferecem produtos ou serviços financeiros, seja na figura dos investidores que atuam em vários mercados e também daqueles que captam recursos. A crise financeira de 2008 evidenciou, de forma aguda, que problemas em alguns mercados contaminam diretamente outros. Mostrou, ainda, que escolhas regulatórias mais permissivas de alguns sistemas jurídicos podem ter consequências em outros, ainda que com regulação mais robusta. Revelou o desafio de compreender como os produtos regulatórios internacionais podem configurar-se como instrumentos para evitar novas crises sistêmicas, incluindo a reflexão sobre os fenômenos das convergências regulatórias informais, a fragmentação regulatória e descentralização regulatória cooperativa.¹⁴

Constatou-se, também, que produtos do mercado bancário deveriam ser fiscalizados e regulados em conjunto com outros ofertados nos mercados de valores mobiliários e de seguros. A segregação da regulação por temas com competências alocadas em várias agências reguladoras nacionais e em redes internacionais mostrou-se insatisfatória como desenho institucional.

Com isso, a rede de instituições internacionais for-

mada por reguladores nacionais com a tarefa de indicar linhas gerais para a regulação dos mercados bancários, de valores mobiliários, seguros e o sistema contábil ganhou atenção tanto do mercado quando de acadêmicos.¹⁵ Nessa rede se insere a IOSCO, cujo foco na definição de *standards* está voltado para a regulação dos mercados de capitais.

A IOSCO foi criada em 1983, mas não pela assinatura de tratado internacional ou acordo entre Estados e, por isso, não pode ser considerada uma verdadeira organização internacional.¹⁶ Apesar disso, congrega atualmente mais de 95% do mercado mundial de valores mobiliários, contando com reguladores de 115 países como membros.¹⁷

Conforme declarado no seu estatuto, seus objetivos são:

(1) cooperar, implementar e promover os padrões internacionalmente reconhecidos de regulação, supervisão e enforcement com o fim de proteger investidor, manter os mercados justos, eficientes e transparentes, afastando o risco sistêmico;

(2) aperfeiçoar a proteção dos investidores e promover a sua confiança na integridade dos mercados de valores mobiliários, mediante troca de informações e cooperação na atividade de enforcement contra condutas ilícitas e na supervisão de mercados e dos intermediários; e

(3) troca de informações em nível global e regional das suas respectivas experiências para ajudar o desenvolvimento de mercado, aperfeiçoar as estruturas de mercado e implementar de regulação apropriada.¹⁸

15 BRUMMER, Chris. *Soft law and the global financial system: rule making in the 21st century*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. HELLEINER, Eric; PAGLIARI Stefano; ZIMMERMAN, H (Ed.). *Global finance in crisis: the politics of international regulatory change*. London: Routledge, 2010. BÜTHE, Tim; MATILL, Walter. *The new global rulers: the privatization of regulation in the world economy*. Princeton: Princeton University Press, 2011. ZARING, David. Finding legal principle in global financial regulation. *Journal of International Law*, Virginia, v.53, n.3, p. 683-721.

16 VERDIER, Pierre-Hugues. Transnational regulatory network and their limits. *The Yale Journal of International Law*, v. 34, n. 1, p. 113-172, 2009.

17 Os seus membros são divididos em três categorias: ordinários (reguladores: comissões de valores mobiliários), associados (reguladores supranacionais, subnacionais, organizações intergovernamentais ou outras instituições consideradas formuladoras de padrões ou *standard-setters*), afiliados (entidades autorreguladoras, bolsas, instituições internacionais). Disponível em: http://www.iosco.org/about/?subsection=about_iosco. Acesso em: Outubro de 2015.

18 INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. *Estatuto social*. Disponível em: http://www.iosco.org/about/?subsection=about_iosco.

14 HELLEINER, Eric; PAGLIARI Stefano. The end of an era in international financial regulation? a postcrisis research agenda. *International Organization* 65, 2011, p. 170. Disponível em: http://www.stefanopagliari.net/helleiner_pagliari_-_the.pdf Acesso em: 12 out. 2015.

Sua atividade, todavia, não se é exercida necessariamente de forma isolada, tendo forte atuação conjunta com outras instituições em fóruns específicos, tais como, o *Joint Forum*, criado em 1996. A IOSCO faz parte deste foro junto com o BCBS – *Basel Committee on Banking Supervision*, e IAIS – *International Association of Insurance Supervisors*. A função desta conjugação de esforços é tratar de questões comuns aos mercados bancário, de valores mobiliários e de seguros, incluindo a regulação dos conglomerados financeiros.¹⁹

Outra atuação conjunta se dá no *Financial Stability Forum (FSF)*, criado em 1999, juntando instituições consideradas como *standards setters* (Basel Committee on Banking Supervision - BCBS, International Association of Insurance Supervisors - IAIS, IOSCO, International Accounting Standards Board - IASB e Committee on Payment and Settlement Systems - CPSS), organizações internacionais (Fundo Monetário Internacional - FMI, Banco Mundial, *Organization for Economic Co-operation and Development* - OCED, Bank for International Settlements - BIS, Banco Central Europeu – ECB, *Committee on Global Financial System*), assim como autoridades financeiras nacionais. Apesar desse foro comum, a crise de 2008 evidenciou que a fragmentação permaneceu sendo um desafio. Após 2008, o G20 renomeou esse foro como o *Financial Stability Board (FSB)* e conferiu-lhe a com a missão de coordenar e supervisionar os trabalhos de outras instituições consideradas *standard setters*. Além disso, os comitês técnicos da IOSCO – e também do *Basel Committee*, expandiram os seus membros para os mercados emergentes, convidando o Brasil – bem como China e Índia – para se juntarem como membros destes foros.²⁰

A forma de atuação da IOSCO e divulgação de seus entendimentos se dá a partir dos seus três principais documentos:

(1) *IOSCO Objectives and Principles of Securities Regulation*, criado em 1998, com adaptações feitas em 2003, 2008 e 2010. Este documento traz as linhas mestras para aperfeiçoar a qualidade da regulação do mercado de valores mobiliários. Foi endossado pelo G20 e pelo FSB, em razão da percepção de que os princípios nele enunciados são relevantes para regulação, monitoramento de

mercado e *enforcement*.²¹

(2) *IOSCO Principles Assessment Methodology*, que serve para a auto avaliação das jurisdições e também é utilizada pelos *Financial Sector Assessment Programs* (FSAPs) do FMI e do Banco Mundial para avaliação das várias jurisdições.²²

(3) Multilateral Memorandum of Understanding Concerning consultation and cooperation and the Exchange of information (IOSCO MMoU). Esse documento foi criado para facilitar o *enforcement* transfronteiriço (cross-border) e a troca de informações entre reguladores nacionais. Apesar de não ser vinculante sob o ponto de vista jurídico, o IOSCO MMoU é o principal instrumento internacional de cooperação entre as comissões de valores mobiliários nacionais.²³ Atualmente, são 105 membros da IOSCO que assinaram o MMoU, sendo que 18 membros se comprometeram a buscar autorização na estrutura burocrática dos seus respectivos países para ter poderes de aderir a tal documento.²⁴

Há, ainda, os relatórios temáticos produzidos pelos diversos da entidade²⁵, que também têm servido como inspiração e suporte para os reguladores locais, com disponibilização e informações e modelos regulatórios.

É importante notar que o esforço da conjugação de reguladores não garante a harmonização regulatória dos mercados de valores mobiliários nacionais, pois não há mecanismos de *enforcement* do que está previsto nesses

21 INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. *Objectives and principles of securities regulation*. Disponível em: <<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD82.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2015. Conforme VERDIER, os Princípios e Objetivos, além de auxiliar os esforços domésticos para melhorar a regulação de mercado, vem sendo citados em pronunciamentos sobre o mercado num nível mais generalista, evitando-se, assim, temas potencialmente controversos (VERDIER, Pierre-Hugues. *Transnational regulatory network and their limits*. *The Yale Journal of International Law*, v. 34, n. 1, p. 113-172, 2009.)

22 INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. *Principles assesment methodology*. Disponível em: <<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD359.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2015.

23 Verdier considera este acordo cooperativo como uma história de sucesso em matéria de regulação financeira internacional, por conseguir coordenar as ações dos reguladores domésticos no fechamento de lacunas em matéria de *enforcement* e supervisão de mercado. Vide VERDIER, Pierre-Hugues. *The political economy of international financial regulation*. *Indiana Law Journal*, v. 88, p. 1461, 2013.

24 INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. *Principles assesment methodology*. Disponível em: <<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD359.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2015.

25 Além do Comitê Técnico, mencionem-se os Comitês de Mercados Emergentes, os Comitês Regionais e os Comitês Consultivos da IOSCO. Os Relatórios são produzidos em bases temáticas, mas sua aprovação usualmente passa pelo Comitê Técnico.

iosco.org/library/by_laws/pdf/IOSCO-By-Laws-Section-1-English.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.

19 INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. *Joint Forum*. Disponível em: <https://www.iosco.org/about/?subsection=joint_forum>. Acesso em: 12 out. 2015.

20 VERDIER, Pierre-Hugues. *The political economy of international financial regulation*. *Indiana Law Journal*, v. 88, p. 1461, 2013.

documentos, nem obrigatoriedade de adoção das recomendações da IOSCO pelos seus membros. Esse ponto está bastante claro no próprio estatuto de IOSCO.²⁶

3.2. CVM em foros internacionais e sua participação na IOSCO

A CVM participa de vários foros que formam a rede internacional e trazem as diretrizes para a regulação dos mercados de capitais e financeiros. Ela é membro da IOSCO, do *Financial Stability Board - FSB*, da OCDE, especificamente no *Corporate Governance Committee*, da Fundação *IFRS - International Financial Reporting Standards (Monitoring Board)*, conjunto de pronunciamentos contábeis internacionais e do GAFI/FATF – Grupo de Ação Financeira contra lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo.²⁷

Na IOSCO, a CVM é membro fundadora desde 1983²⁸, juntamente a outras agências reguladoras do mercado de capitais da América do Norte e do Sul. Durante os anos que seguiram sua fundação até 2008, quando eclodiu a crise financeira internacional, a CVM atuou em diversos comitês, foros de discussão e grupos de trabalho da IOSCO²⁹. Em 2011, além da participação dos Comitês Técnicos, Executivo e de Mercados Emergentes e dos sete comitês permanentes da IOSCO, a CVM foi eleita para presidir o Comitê Executivo.³⁰ Este

era, à época, o órgão colegiado responsável pelas decisões políticas e pelas medidas necessárias para atingir os objetivos da IOSCO.³¹

Em 2012 houve modificação na estrutura de governança da IOSCO, que consistiu na união do Comitê Executivo e do Comitê Técnico para formar o novo Conselho (“*Board*”) da IOSCO. Atualmente, esse órgão é composto por 32 membros, entre eles um representante da CVM.³² Em 2013, o Presidente da CVM foi eleito pelo Conselho da IOSCO para colidir os trabalhos de um comitê recém-criado de Política Regulatória, com o objetivo de desenvolver iniciativas e recomendações na área de proteção e educação dos investidores de varejo.³³

Em 2014, o representante da CVM foi eleito Vice-Presidente do Comitê de Crescimento e de Mercados Emergentes (“*Growth & Emerging Markets Committee*”).³⁴ De acordo com o seu relatório anual de 2014, a CVM no momento atua nos seguintes Comitês e Forças-tarefas: Regulação dos intermediários de mercado, Comitê de administração de investimentos, Comitê de *enforcement* e troca de informações, comitê de riscos emergentes, e comitê de investidor de varejo.³⁵

Não é possível afirmar como se dá a participação da CVM nas instâncias de discussão e deliberação da IOSCO, até porque o processo de tomada de decisão não é

26 Redação original: “83. The standard setting and related activities of the Organization (including any decisions reached or documents issued) are not binding and do not give rise to any legal rights or obligations. Members participate in the Organization in accordance with their respective legal and policy frameworks, which may not be modified or superseded by these By-laws or any decision of the Organization. Member participation in any of the Organization’s standard setting or projects, reports, or other activities should not be viewed as an expression of a judgment by any member regarding their current or future regulatory proposals, rulemaking, or standards implementation work or limit their choices regarding proposed or final versions of their rules or standards.” Disponível em: <http://www.iosco.org/library/by_laws/pdf/IOSCO-By-Laws-Section-1-English.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.

27 COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Relatório anual da CVM* de 2014. p. 114. Disponível em <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/publicacao/relatorio_anual/anexos/Relatorio_Anuual_2014.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.

28 Sobre esta informação. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/menu/internacional/organizacoes/iosco.html>>. Acesso em: ago. 2015.

29 Para uma síntese da atividade da CVM nos anos de 2005, 2006 e 2007, consultar os respectivos Relatórios Anuais da instituição. Disponíveis em: <http://www.cvm.gov.br/publicacao/relatorio_anual.html>. Acesso em: 14 out. 2015.

30 Era composto por 19 membros, entre eles, os presidentes dos

comitês técnico, de mercados emergentes, e os presidentes das autoridades reguladoras do Brasil, China, Índia, Estados Unidos e de países da União Europeia. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/publicacao/relatorio_anual/anexos/Relatorio_Anuual_2011.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.

31 INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. *Relatório Anual da IOSCO* 2011. P.4-10. Disponível em: <https://www.iosco.org/annual_reports/2011/>. Acesso em: out. 2015.

32 INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. *Relatório Anual da IOSCO* 2011. p. 51. Disponível em: <https://www.iosco.org/annual_reports/2011/>. Acesso em: 27 ago. 2015. “IOSCO Board”. Disponível em: <https://www.iosco.org/about/?subsection=display_committee&cmtid=11>. Acesso em: 12 out. 2015.

33 COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Relatório anual de 2013*. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/publicacao/relatorio_anual/anexos/Relatorio_Anuual_2013.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.

34 COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Relatório anual da CVM* de 2014. p. 116. Disponível em <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/publicacao/relatorio_anual/anexos/Relatorio_Anuual_2014.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015..

35 COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Relatório anual da CVM* de 2014. p. 116-121. Disponível em <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/publicacao/relatorio_anual/anexos/Relatorio_Anuual_2014.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.

transparente e nem aberto a escrutínio público. Entretanto, verifica-se que a CVM se encontra bastante representada nas atividades da IOSCO, contribuindo com a evolução da regulação brasileira e com a apropriação da experiência de outros reguladores e mercados.

3.3. Mecanismos de controle na atividade normativa da cvm na internalização das regras da iosco

3.3.1. Poder normativo da CVM, processo de regulação e audiências públicas

A CVM é uma autarquia em regime especial, criada pela Lei 6.385/1976. Está ligada ao Ministério da Fazenda e divide sua competência com o Conselho Monetário Nacional – CMN, órgão superior da regulação do Sistema Financeiro Nacional.³⁶ É competente para regular o mercado de ações, debêntures, bônus de subscrição, certificados de depósitos de valores mobiliários, fundos de investimentos e clubes de investimentos, notas comerciais, contratos futuros, opções, derivativos e contratos coletivos de investimentos, conforme art. 2º da Lei 6.385/1976.

Em seu mandato legal da CVM, está previsto estimular a formação de poupança e aplicações em valores mobiliários, promover a expansão e funcionamento eficiente e regular dos mercados sob sua competência; proteger os investidores em valores mobiliários contra emissões irregulares, atos ilegais de administradores e controladores de companhias abertas, bem como uso de informações privilegiadas; evitar ou coibir modalidades dos ilícitos do mercado secundário; assegurar o acesso do público à informação (art. 4º da Lei 6.385/1976).

Para cumprir o seu mandato legal, exerce atividades de criação de normas, supervisão dos mercados e punição dos ilícitos praticados nos mercados sob sua competência (arts. 8º e 9º da Lei 6.385/1976). Para fins deste estudo, que pretende analisar o processo de internalização de regras da IOSCO, é relevante conhecer o processo normativo da CVM.

A própria lei que a criou delegou o poder normativo para a CVM para as seguintes matérias: (i) condições e procedimentos para a obtenção de autorização

ou registros necessários para a distribuição de valores mobiliários, compra de valores mobiliários para fins de revende-los, corretagem e mediação de operações com valores mobiliários, compensação e liquidação de operações com valores mobiliários, (ii) requisitos de idoneidade, habilitação técnica e capacidade financeira dos administradores dos emissores e outras pessoas que atuam no mercado de valores mobiliários, (iii) constituição e extinção das instituições organizadoras dos mercados organizados e de Bolsa, (iv) exercício do poder disciplinar das Bolsas e mercados organizados e entidades de compensação e liquidação em operações de valores mobiliários; (v) sociedades corretoras, (vi) condições para realização de operações a termo; (vii) definir as operações autorizadas a serem realizadas em bolsa e em mercado organizado, elementos dos ilícitos de mercado.

O limite dos seus poderes normativos, além da abrangência temática, está no princípio da legalidade previsto na Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso II, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Para que a CVM exerça regularmente e de forma lícita a sua atividade de criação de regras, deve fazer em conformidade com dentro do espectro da delegação legislativa da Lei 6.385/76 e, eventualmente, na Lei 6.404/76. Além disso, o conteúdo das suas regras administrativas deve respeitar a hierarquia das normas e não confrontar preceitos constitucionais ou da legislação infraconstitucional.

Para o exercício da sua atividade normativa, o colegiado da CVM poderá iniciar audiências públicas para ouvir os participantes do mercado e afetados pela nova regra.³⁷ Esta é uma prática adotada pela agência reguladora que é bastante bem vista, pela transparência que é dada às suas opções para a regulação de temas da sua competência. Conforme normativo recente, na fase de pré-audiência pública, são conduzidos estudos e análises para avaliar a pertinência e aderência de nova regulação e o documento final a ser disponibilizado ao público deve conter a motivação para a proposta identificando pontos de maior relevância.

36 Sobre competência do CMN e divisões com a CVM na Lei n. 6.385/76 e Lei n. 4595/64.

37 Poder conferido pelo Regimento Interno da CVM, nos termos da Portaria do Ministério da Fazenda n. 327, de 11 de julho de 1997, especificamente, nos seus artigos 26 e 27. Mais recentemente foi detalhado o processo de regulação pela Portaria/CVM/PTE/No. 170, de 16 de outubro de 2014. Neste normativo são indicadas as fases do processo (pré-audiência pública; audiência pública e pós-audiência pública). Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/audiencias_publicas/Portaria_170-14-Regulacao.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.

Observando o É dentro deste seu poder normativo – e o aspecto motivacional acima indicado – que a CVM tem a possibilidade de adotar os padrões regulatórios produzidos pela IOSCO e outras instituições ou países integrantes da rede, sempre respeitando a delegação legislativa, bem como os procedimentos e justificações adotados para a criação de novas regras administrativas. A aprovação da regra por meio de uma agência reguladora competente parece facilitar a adoção de padrões internacionais. Com isso, evita-se a burocracia do processo legislativo e de todos em embates de interesses conflitantes na criação de uma nova lei, além não precisar encontrar lugar na agenda política do Congresso Nacional. Nessa altura, portanto, parece importante conhecer os mecanismos que a CVM utiliza para a apropriação dos padrões regulatórios da IOSCO.

3.3.2. Processo de internalização dos padrões regulatórios da IOSCO

Inicialmente, cabe apontar que os princípios e recomendações da IOSCO entram na ordem jurídica doméstica por distintas modalidades. Uma delas ocorre no momento em que, por ocasião da aprovação de um normativo (instrução, deliberação etc.), a CVM registra, na justificativa da regra ou no seu corpo, o atendimento aos padrões da IOSCO. Isto interessa quando a recomendação da IOSCO assume – no arcabouço regulatório brasileiro – um caráter cogente e vinculante para os participantes do mercado a que a norma se destina³⁸. Mas, mesmo quando não tem caráter vinculante, a simples menção à recomendação da IOSCO gera um ganho reputacional, que é aproveitado pelo regulador doméstico.

a) Diferentes formas e intensidades na apropriação das recomendações da IOSCO pela CVM

Na atividade normativa da CVM, nota-se que alguns documentos fazem menção expressa a estudos e recomendações da IOSCO. Em levantamento dos anos de 2005 a 2014³⁹, encontra-se a existência de 198 Editais

38 Conforme o Relatório Anual da CVM de 2014, p. 114 “uma vez que as recomendações são definidas nos organismos acima citados, espera-se que os países membros adotem-nas.” COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Relatório anual da CVM* de 2014. p. 116-121. Disponível em <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/publicacao/relatorio_anual/anexos/Relatorio_Anual_2014.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.

39 O ano inicial de 2005 foi escolhido em razão das informações disponibilizadas na CVM sobre as audiências públicas relativas às normas do mercado de valores mobiliários iniciarem-se neste ano

de Audiências Públicas, documentos que são divulgados antes da edição de novas normas e que contém, além do conteúdo das regras, justificativas e racionalidades utilizadas na sua proposição. Desse total de Editais, 19 deles fizeram, de algum modo, referência à posição da IOSCO.

Na análise desses Editais e dos documentos relativos à tramitação da audiência pública, é possível vislumbrar de que forma a regulação do mercado de valores mobiliários brasileiro se apropria dos debates e conclusões dos foros da IOSCO. Essa apropriação pode ser comprovada por meio das referências feitas ao conteúdo dos padrões internacionais, e, ainda, em função de outras variáveis, como a intensidade da linguagem utilizada, os documentos-fonte utilizados, e, por fim, o lapso temporal decorrido entre a divulgação da recomendação internacional da IOSCO e a divulgação do Edital/norma final pela CVM.⁴⁰

Quanto às referências feitas, de uma maneira geral, verificou-se que a CVM se apropria do padrão normativo internacional da IOSCO de formas distintas:

- 1) no corpo do texto ou em notas de rodapé dos Editais de Audiência Pública, mas apenas para dar ciência ao leitor de estudo que tenha abordado o tema da nova norma. Nesta situação, encontrou-se onze Editais;⁴¹
- 2) menção de que o novo normativo pretende adotar padrão recomendado pela IOSCO. Com esta utilização, foram encontrados quatro Editais;⁴²
- 3) indicação expressa sobre a obrigação dos regulados observarem princípios da IOSCO, sendo

(Cf. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/audiencias_publicas/index.html>. Acesso em: out. 2015.

40 Vide análise mais detalhada em RACHMAN, Nora; PRADO, Viviane M; COELHO, Alexandre R. *Internalização dos padrões regulatórios internacionais no Brasil: o caso IOSCO*. 2015. (no prelo).

41 Nesse sentido, ver: (1) Edital CVM 03/2006, que resultou na Instrução CVM 450/07; (2) Edital CVM 06/2007, que resultou na Instrução CVM 461/07; (3) Edital CVM 04/2009, que resultou nas Instruções CVM 505/11 e 506/11; (4) Edital CVM 05/2009, que resultou na Instrução CVM 484/10; (5) Edital CVM 05/2010, que resultou na Instrução CVM 538/13; (6) Edital CVM 15/2011, que resultou na Instrução CVM 539/13; (7) Edital CVM 03/2013, que resultou na Instrução CVM 552/14; (8) Edital CVM 05/2013, que foi encerrada sem edição de norma; (9) Edital CVM 06/2013, que resultou nas Instruções CVM 541/13, 542/13 e 543/13; (10) Edital CVM 04/2014, que resultou na Instrução CVM 555/14; (11) Edital CVM 13/2014, sem edição de norma até o momento.

42 Essa situação refere-se aos seguintes editais: (1) Edital CVM 07/2008, que resultou na Instrução CVM 480/09; (2) Edital CVM 06/2011, que resultou na Instrução CVM 522/12; (3) Edital CVM 10/2011, que resultou na Instrução CVM 512/11; (4) Edital CVM 11/2013, sem edição de norma até o momento.

que foi encontrado apenas um Edital com esta força na adoção completa do padrão internacional;⁴³ e

4) referência a participantes (investidores, emissores) que sejam regulados e supervisionados por autoridades que tenham celebrado o Memorando Multilateral de Entendimentos (MMoU) auspiciado pela IOSCO⁴⁴. Aqui são três Editais.⁴⁵

Pela linguagem utilizada, nota-se a diferença de intensidade com que a CVM adota o padrão internacional. Em alguns momentos, aparece a clara indicação de que a CVM utiliza recomendações e estudos da IOSCO como fonte para a sua atividade normativa, o que ocorre sob a forma de inspiração para que seja dado um tratamento normativo à matéria, ou ainda, sob a forma de alinhamento do regramento doméstico aos padrões da IOSCO.⁴⁶

Outra informação importante é a identificação do tipo de documento da IOSCO que serve como referência para a CVM apresentar, aos agentes de mercado brasileiros, as novas normas a serem editadas. Verifica-se que os documentos mencionados são tanto Relatórios de Consultas de minutas de documentos tornados públicos pela IOSCO para recebimento de comentários (*Consultation Reports*), Relatórios finais de grupos de trabalho, de forças-tarefa ou de Comitês da IOSCO (*Final Reports*), Estudos ou Princípios sobre temas específicos ou, até mesmo, Anúncios de Divulgação (*Press releases*).

Outro dado interessante identificado é o lapso temporal decorrido entre a discussão internacional e a referência na norma doméstica, até mesmo para identificar

a existência de uma relação causal entre ambas. Em relação à análise feita com os casos reais, verificou-se que nem sempre há concomitância do debate internacional com a referência à inovação da regulação nacional. O menor transcurso de prazo foi de um mês e o maior foi de 09 anos e cinco meses.

O que esses dados parecem apontar com relação à apropriação das recomendações da IOSCO na atividade regulatória por parte da CVM?

Quanto à linguagem utilizada, são mencionados os entendimentos alcançados na IOSCO ou as recomendações formuladas nesse foro. Porém, qual seria o motivo dessa referência, sempre que tais documentos não têm força vinculante? Uma das respostas possíveis está na via reputacional e como isto pode facilitar a aceitação da norma doméstica por agentes que participam em um mercado cada vez mais globalizado, ao utilizar-se do ‘argumento IOSCO’.⁴⁷

Seja pela reputação seja por mera referência, parece ter ficado evidente que não é mais possível pensar na regulação do mercado de valores mobiliários brasileiro considerando apenas os limites territoriais e as questões domésticas.⁴⁸

Quanto à menção IOSCO como fonte nos processos normativos CVM, percebe-se que muitos dos documentos citados foram preparados em Comitês da IOSCO (Comitê Técnico, de Trabalho) e se encontram em fases distintas de finalização. Essa pode ser uma indicação de que é preciso voltar os olhos para como funcionam os foros de discussão internos na IOSCO, sua forma de governança e de adoção de padrões, e, principalmente, para o que está presente em sua agenda de discussão. Este conhecimento pode ser relevante para saber de onde e em que contexto surgem as inspirações para o regulador brasileiro.

Por fim, com relação ao decurso de tempo decorrido

43 Ver: Edital CVM 16/2011, que resultou na Instrução CVM 521/12.

44 O Memorando Multilateral de Entendimentos (MMoU) estabelece um formato padronizado para cooperação e intercâmbio de informações sigilosas entre autoridades reguladoras do mercado de capitais de diversos países, especialmente para fins investigativos. A IOSCO tem um processo de análise e aprovação das autoridades interessadas em assinar o MMoU e atualmente conta com a adesão de mais de 82% das autoridades reguladoras membros da IOSCO.

45 Situações que estão refletidas nos seguintes documentos: (1) Edital CVM 02/2006, que resultou na Instrução CVM 431/06; (2) Edital CVM 05/2007, que resultou na Instrução CVM 465/08; (3) Edital CVM 12/2014, que resultou na Instrução CVM 560/15.

46 A redação usada pela CVM menciona as seguintes expressões: as propostas (de normas) “estão alinhadas com recomendações da IOSCO” ou “incorporam as novas recomendações da IOSCO”, ou foram elaboradas “com inspiração nas práticas internacionais de regulação, conforme divulgadas pela IOSCO”. Por vezes menciona-se “estudos publicados por organismos internacionais”, “um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil [...] perante a IOSCO” e, ainda, que se deve “observar os Princípios [...] da IOSCO”.

47 Esse aspecto reputacional aparece claramente em defesa formulada pela CVM na ação judicial que questionou a constitucionalidade da obrigação de se divulgar o valor das remunerações dos administradores de companhias abertas. Vide item 5.2.2. abaixo.

48 Esse fenômeno aparece em CAFAGGI, Fabrizio. *The architecture of transnational private regulation*: EUI working papers, Law 2011/12. Italy: Department of Law. Disponível em: <<http://cadmus.eui.eu/handle/1814/18256>>. Acesso: 12 out. 2015. e em CAFAGGI, Fabrizio. *New foundation of transnational private regulation*: EUI working papers. Italy: Robert Schuman Center for Advanced Studies. Private Regulation. (Series 04) Disponível em: <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/15284/RSCAS_2010_53.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 out.2015.

entre a formulação ou aprovação do padrão internacional e a menção por parte do regulador brasileiro, não há um padrão específico observado. Isso pode indicar apenas a busca, pela CVM, do momento mais adequado para inserir o debate internacional na agenda regulatória brasileira.

b) Questionamento do poder normativo da CVM para internalização dos padrões regulatórios e participação do poder judiciário

Embora os limites territoriais pareçam não estar mais unicamente restritos ao doméstico, nem sempre pode-se aceitar como suficientes as premissas constantes do debate internacional. Afinal, o que é a IOSCO para o Brasil? Muitos elementos que integram as recomendações formuladas no âmbito da IOSCO não compõem a nossa realidade. Há uma carga de discussão em todas as recomendações internacionais, e é fundamental conhecer as raízes dessa discussão, ver, por exemplo, quais são os pontos que foram trazidos por reguladores de outros países, como Estados Unidos e Europa, como reação e configuração de seus modelos regulatórios.

O que interessa, ao fim e ao cabo, é conhecer as ideias fundantes das recomendações, para saber quanto desse debate está sendo refletido no cenário doméstico.⁴⁹ E, em especial, se o teor das recomendações precisa, no processo de internalização, de uma adequação do seu conteúdo às especificidades locais.

Essa parece ter sido a situação que deu ensejo a uma discussão travada, no Brasil, por ocasião da aprovação de regra que, seguindo o padrão internacional, prevê requisitos de transparência na divulgação da remuneração dos administradores de companhias abertas.⁵⁰

Em primeiro lugar, competia verificar se, no processo de internalização, a nova regra estava de acordo com as demais regras e a hierarquia do sistema jurídico, tendo em vista especialmente as limitações do poder normativo da CVM. Neste caso específico, isto efetivamente ocorreu.

49 A pergunta que surge quando se pensa no conteúdo das normas internacionais e harmonização da regulação financeira diz respeito à tão controvertida ideia de *one size fits all*.

50 Vide descrição desta tramitação em PRADO, Viviane M; SAMPAIO, Luiza S. *Enforcing international financial standards in Brazil: limits and possibilities for adoption of IOSCO principles*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11839/RPS_95_versão%202.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 out. 2015.

No processo de adoção dessa regra específica, a CVM procedeu ao processo de audiência pública que tinha, por fim, abrir o debate para a oitiva dos agentes de mercado. Como resultado dessa audiência, a CVM reconheceu os limites do mercado e dos seus interesses e restringiu o âmbito de transparência de informações sobre remuneração dos administradores, por entender que assim estaria dando uma resposta aos anseios de determinados agentes do mercado, especificamente, os executivos de companhias abertas.⁵¹

O caso da transparência da remuneração dos administradores trouxe uma nova variável: a participação do Poder Judiciário, que é instituição externa ao mercado de valores mobiliários, mas interna ao sistema jurídico nacional e responsável pela aplicação das normas societárias e do mercado de capitais.

Para entender melhor como o Poder Judiciário foi trazido ao caso, é importante lembrar que a regra em questão foi aprovada por meio da Instrução CVM nº 480/2010, que, além de dispor sobre informações da própria empresa, requer a divulgação de cifras e dados pessoais relevantes das pessoas que ocupam cargos de administração. De um lado, estava o legítimo interesse dos investidores de saber a política de remuneração dos gestores das companhias investidas. De outro lado, os administradores com o também legítimo interesse em não ter divulgados os seus dados financeiros. O caso foi levado para discussão em processo judicial movido pelo Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças – IBEF contra a CVM, com medida limitar suportando a não divulgação por alguns que se beneficiam da decisão do STJ.⁵²

51 Nesse caso, a partir de manifestações de interesses locais, contrários à transparência sobre a remuneração individual, modificou-se a exigência de divulgação para a informação pública de valores que demonstrassem o valor máximo, o mínimo e a média da remuneração paga aos administradores. Então, a regra ficou mais frouxa para ser o primeiro passo de transparência de tema tão controvertido no Brasil.

52 Documentos e decisões sobre este processo, ver: Petição inicial. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/peticao-suspensao-in-480-cvm.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Suspensão de liminar e de sentença n. 1210*, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro, 29 de março de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201000498520&aplicacao=processos>. Acesso em: 12 set. 2015. Para informações sobre os recursos, ver ficha do caso disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201000498520&aplicacao=processos>. Acesso: 15 jun. 2015.

O interessante desse caso, mais do que tentar verificar a legitimidade ou fragilidade dos argumentos levantados, é entender o confronto (ou a possível compatibilização) entre o padrão internacional de divulgação de remuneração dos administradores e aspectos locais levados ao Poder Judiciário. Existem limites a serem observados na adequação da importação de regras globais para o sistema jurídico brasileiro?

Duas conclusões parecem transparecer sobre essa questão. Primeira, que a participação de outra instituição local (neste caso, o Poder Judiciário) pode trazer um outro ponto de vista aos padrões internacionais e a ponderação com outros interesses mercedores de proteção. E segunda, que a recepção de regras aceitas internacionalmente, por si só, não é capaz de dizer como as coisas funcionarão. É preciso pensar em normas que poderão passar por instituições e terão que dialogar com outras regras do nosso sistema jurídico.⁵³ O resultado pode não ter sido o querido ou previsto no momento da edição da norma com inspiração exclusiva em mercados externos.⁵⁴

c) Outros caminhos que aparecem na regulação do mercado de valores mobiliários

Um último ponto importante a ser mencionado é que os processos de internalização de padrões internacionais no mercado de valores mobiliários brasileiro nem sempre ocorrem por intermédio de regras editadas pela CVM.

A esse respeito, citem-se alterações ocorridas na Lei nº 6.404/76 (lei das sociedades por ações) e que passaram, portanto, por um processo legislativo próprio no Congresso Nacional. Este foi o caso da Lei nº 11.638/2007, que integrou o padrão contábil das companhias brasileiras à norma internacional de contabili-

dade, a IFRS.

Outro caso é a apropriação de padrões internacionais por meio de regras de entidades autorreguladoras, no caso a ANBIMA e a BM&FBOVESPA, que aprovam regras de regulação privada, ou seja, que não passam por processos de aprovação por parte da agência reguladora. Nesta categoria, mencione-se a imposição de requisitos, aplicáveis às instituições intermediárias do mercado, relativos ao dever de verificação de adequação dos produtos financeiros às condições financeiras do cliente (chamadas de regras de “*suitability*”).⁵⁵ Nesse tema, as primeiras normas vieram da autorregulação da ANBIMA para depois serem incorporadas em regra da CVM pela Instrução CVM 539/2013. Mencione-se ainda, a exigência, pela BM&FBOVESPA, de requisitos de governança corporativa para a listagem de companhias no mercado de bolsa.⁵⁶

Constata-se, assim, que os padrões internacionais podem entrar no país por regulação estatal ou privada. O que é importante destacar é que, no caso da regulação privada, as entidades autorreguladoras responsáveis pela transposição do padrão internacional para o Brasil (ANBIMA e BM&FBOVESPA) participam ativamente no foro no qual foi inspirada a regra, isto é, a IOSCO. Mesmo o caso de adoção do IFRS, que se deu por legislação federal, houve forte atuação da CVM para que houvesse aprovação da lei para melhorar o padrão contábil adotado pelas empresas nacionais.

Em síntese, a experiência brasileira demonstra que a agência reguladora do mercado de valores mobiliários é a principal porta de entrada das recomendações internacionais. Mas não é a única, tendo relevância também as entidades autorreguladoras e os agentes privados, bem como o legislador.

53 Sobre a posição do poder judiciário em temas internacionais, especificamente, o Supremo Tribunal Federal, mas em tema sobre liberdade de expressão, consultar: LOPES, Carla Patrícia F. Nogueira. Internalização do direito e pluralism jurídico: limites de cooperação no diálogo de juízes. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.9, n. 4, p. 229–247, 2012.

54 Isso não é algo exclusivo do Brasil. Sobre a experiência internacional, vide MILHAUPT, Curtis J.; PISTOR, Katharina. *Law & capitalism: what corporate crises reveal about legal systems and economic development around the world*. Chicago; Londres: University of Chicago Press, 2008. Os autores demonstram que padrões internacionais de governança corporativa ganham contornos próprios quando questionados em instituições locais.

55 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DOS MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS. *Paraver de orientação 14/09, Circular de Supervisão 2010/04 e 2010/0*. Disponíveis em: <<http://portal.anbima.com.br/autorregulacao/supervisao/circulares-supervisao/Pages/circulares-supervisao.aspx>>. Acesso: 12 set. 2015.

56 É o caso das regras de listagem de companhias abertas, aprovadas pela Bolsa de Valores brasileira, a BM&FBovespa, no segmento de listagem conhecido como Novo Mercado. Regulamentos. Disponíveis em: <<http://bmfbovespa.com.br/pt-br/servicos/download/Regulamento-de-Listagem-do-Novo-Mercado.pdf>>. Acesso: out. 2015.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo aceitando que os produtos regulatórios transnacionais não fazem parte da ordem jurídica internacional, o estudo do caso da implementação da regulação da IOSCO pela CVM sugere a relevância da produção normativa fora dos mecanismos tradicionais do direito internacional.

O estudo do caso revelou que a IOSCO faz parte de uma rede de organizações transnacionais que, apesar de não ser formalmente considerada como organização com personalidade jurídica internacional, chama a atenção por ter o objetivo de apontar soluções normativas e de harmonizar as regulações fragmentadas em vários estados nacionais sobre mercados financeiros e de valores mobiliários. A sua importância ficou mais evidente após a crise financeira de 2008.

O Brasil está representado nessa rede transnacional com a participação da CVM, que desde 2008 vem tendo presença mais ativa nos comitês técnicos da IOSCO e foi chamada a ser membro de outros foros como, por exemplo, o FSB. Na atividade regulatória da CVM, identifica-se referência aos produtos da IOSCO, ainda que seja com intensidades diferentes. Em várias passagens, visualiza-se que padrões internacionais servem como argumento para legitimar a escolha da nova norma e indicar o prestígio em segui-los.

Essa implementação dos produtos da IOSCO deve se obedecer o poder regulador da CVM, considerando o desenho institucional, os limites da delegação normativa previstos em lei e o respeito ao disposto em normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais. A *accountability* sobre a incorporação dos produtos regulatórios deve ser analisada a partir dos mecanismos de transparência e de prestação de contas da própria agência reguladora no exercício da sua atividade normativa. É no processo de edição de uma nova regra que se nota, nos documentos das audiências públicas e seus relatórios, que os instrumentos de transparência aparecem. O controle do poder normativo somente pode se dar *a posteriori*, pela atuação do Poder Judiciário, se for provocado a se pronunciar sobre a legalidade ou constitucionalidade da nova regra que incorpora padrões originários de foros transnacionais.

A indicação da inspiração da regra em padrões internacionais suscita a dúvida se este fenômeno representa a transferência do poder normativo do plano domésti-

co para as redes transnacionais. É desta dúvida surgem outras ainda mais relevantes, que devem ser objeto de pesquisas futuras. Uma delas é quanto à legitimidade destes foros transnacionais para definir padrões internacionalmente aceitos. A segunda é se os mecanismos de *accountability* utilizados pela CVM e revelados no estudo de caso podem ser comparados com outros existentes em diferentes setores regulados, ou, ainda, com mecanismos de legitimação contidos no sistema jurídico como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DOS MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS. *Parecer de orientação 14/09, Circular de Supervisão 2010/04 e 2010/0*. Disponíveis em: <<http://portal.anbima.com.br/autorregulacao/supervisao/circulares-supervisao/Pages/circulares-supervisao.aspx>>. Acesso: 12 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Suspensão de liminar e de sentença n. 1210*, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro, 29 de março de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201000498520&aplicacao=processos>. Acesso em: 12 set. 2015.

BRUMMER, Chris. *Soft law and the global financial system: rule making in the 21st century*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BÜTHE, Tim; MATTLI, Walter. *The new global rulers: the privatization of regulation in the world econ:omy*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

CAFAGGI, Fabrizio. *New foundation of transnational private regulation: EU working papers*. Italy: Robert Schuman Center for Advanced Studies. Private Regulation. (Series 04) Disponível em: <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/15284/RSCAS_2010_53.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 out. 2015.

CAFAGGI, Fabrizio. *The architecture of transnational private regulation: EU working papers, Law 2011/12*. Italy: Department of Law. Disponível em: <<http://cadmus.eui.eu/handle/1814/18256>>. Acesso: 12 out. 2015.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Relatório anual da CVM de 2014*. Disponível em <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/publicacao/relatorio_

- anual/anexos/Relatorio_Anuar_2014.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Relatório anual de 2008*. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/publicacao/relatorio_anual/anexos/Relatorio_Anuar_2008.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Relatório anual de 2009*. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/publicacao/relatorio_anual/anexos/Relatorio_Anuar_2009.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Relatório anual de 2010*. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/publicacao/relatorio_anual/anexos/Relatorio_Anuar_2010.pdf>. Acesso em: 14 out. 2015
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Relatório anual de 2011*. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/publicacao/relatorio_anual/anexos/Relatorio_Anuar_2011.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Relatório anual de 2012*. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/publicacao/relatorio_anual/anexos/Relatorio_Anuar_2012.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Relatório anual de 2013*. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/publicacao/relatorio_anual/anexos/Relatorio_Anuar_2013.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015
- ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 1136-1163, 2013.
- HELLEINER, Eric; PAGLIARI Stefano. The end of an era in international financial regulation? a postcrisis research agenda. *International Organization* 65, 2011, p. 170. Disponível em: <http://www.stefanopagliari.net/helleiner_pagliari_-_the.pdf> Acesso em: 12 out. de 2015.
- HELLEINER, Eric; PAGLIARI Stefano; ZIMMERMAN, H (Eds.). *Global finance in crisis: the politics of international regulatory change*. London: Routledge, 2010.
- HIIL INNOVATING JUSTICE. Research project informal international law-making. Disponível em: <<http://www.hiil.org/project/informal-international-law-making-and-accountability>>. Acesso em: 12 out. 2015.
- INSTITUTE FOR INTERNATIONAL LAW AND JUSTICE. Global administrative law project. Disponível em: <<http://www.iilj.org/gal/>>. Acesso em: 12 out. 2015.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. *About IOSCO*. Disponível em: <http://www.iosco.org/about/?subsection=about_iosco>. Acesso em: out. de 2015.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. *Estatuto social*. Disponível em: <http://www.iosco.org/library/by_laws/pdf/IOSCO-By-Laws-Section-1-English.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. *Joint Forum*. Disponível em: <https://www.iosco.org/about/?subsection=joint_forum>. Acesso em: 12 Out. 2015.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES. Multilateral memorandum of understanding concerning consultation and cooperation and the exchange of information (IOSCO MMOU). Disponível em: <<http://www.iosco.org/about/?subSection=mmou&subSection1=signatories>>. Acesso em: 12 out. 2015.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. *Objectives and principles of securities regulation*. Disponível em: <<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD82.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2015.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. *Principles assesment methodology*. Disponível em: <<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD359.pdf>>. Acesso em: out. 2015.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. *Relatório Anual da IOSCO 2011*. Disponível em: <https://www.iosco.org/annual_reports/2011/>. Acesso em: 12 out. 2015.
- KINGSBURY, B.; KRISCH, S.; STEWART, R. The Emergence of global administrative law: *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 15-61, 2005.

LOPES, Carla Patrícia F. Nogueira. Internalização do direito e pluralism jurídico: limites de cooperação no diálogo de juízes. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.9, n. 4, p. 229–247, 2012.

MILHAUPT, Curtis J.; PISTOR, Katharina. *Law & capitalism*: what corporate crises reveal about legal systems and economic development around the world. Chicago; Londres: University of Chicago Press, 2008.

NASSER, S. H.; MACHADO, A. M. F. Informal International lawmaking and accountability in Brazil. In: BERNAN, A. et al. (Ed). *Informal international lawmaking*: case studies: the Hague: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012. p.141 – 178.

NASSER, Salem H. *Fontes e normas do direito internacional*: um estudo sobre a soft law. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PRADO, Viviane M; SAMPAIO, Luiza S. *Enforcing international financial standards* in Brazil: limits and possibilities for adoption of IOSCO principles. Disponível

em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11839/RPS_95_versão%202.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 out. 2015.

RACHMAN, Nora; PRADO, Viviane M; COELHO, Alexandre R. *Internalização dos padrões regulatórios internacionais no Brasil*: o caso IOSCO. 2015. (no prelo).

SLAUGHTER, Anne-Marie. Everyday global governance. *Research Library Core*, v. 132, n. 1, p. 83-90, 2003.

VERDIER, Pierre-Hugues. The political economy of international financial regulation. *Indiana Law Journal*, v. 88, p. 1461, 2013.

VERDIER, Pierre-Hugues. Transnational regulatory network and their limits. *The Yale Journal of International Law*, v. 34, n. 1, p. 113-172, 2009.

ZARING, David. Finding legal principle in global financial regulation. *Journal of International Law*, Virginia, v.53, n.3, p. 683-721.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Migração de trabalhadores intelectuais brasileiros para o mercado internacional: identificação de atos de aliciamento de empregados e mecanismos legais para impedir a apropriação tecnológica e concorrência desleal

Migration of brazilian intellectual workers in the international market: identification of enticing employees acts and the legal mechanisms to cease the appropriation of technology and unfair competition practices

José Carlos Vaz e Dias

João Marcelo Sant'Anna da Costa

Migração de trabalhadores intelectuais brasileiros para o mercado internacional: identificação de atos de aliciamento de empregados e mecanismos legais para impedir a apropriação tecnológica e concorrência desleal*

Migration of brazilian intellectual workers in the international market: identification of enticing employees acts and the legal mechanisms to cease the appropriation of technology and unfair competition practices

José Carlos Vaz e Dias**

João Marcelo Sant'Anna da Costa***

RESUMO

O objetivo deste artigo é examinar a prática da abordagem exacerbada de empregado da concorrência, também denominada de “aliciamento de empregados”, bem como determinar os seus elementos definidores de forma a distanciá-los do uso coloquial e impreciso utilizado pela imprensa brasileira todas as vezes em que funcionários qualificados de empresas brasileiras são abordados por concorrente estrangeiros. Essa prática é classificada como uma forma especializada para promoção da migração de profissionais qualificados para outros territórios ou empresas afiliadas de multinacionais. Em relação a esse exame, serão explicitados os mecanismos disponíveis na legislação brasileira e possíveis estratégias contratuais utilizadas por empresários e operadores de direito para estancar a “fuga de cérebros” e impedir práticas de concorrência desleal baseadas no aliciamento e recrutamento de trabalhadores intelectuais, bem como apropriação de conhecimentos tecnológicos e confidenciais relevantes. A relevância deste artigo advém do valor inestimável para o desenvolvimento do mercado de inovação tecnológica, pois um dos efeitos de crises econômicas em países subdesenvolvidos é a migração de trabalhadores para mercados economicamente estáveis. A presente crise econômica brasileira vem dando causa a “fuga de cérebros” ou de trabalhadores de alta competência para outros países, o que muitas vezes abafa a prática do “aliciamento de empregados”. Essa “fuga de cérebros” afeta a competitividade de empresários brasileiros e explicita a vulnerabilidade de informações confidenciais e/ou privilegiáveis competitivas divulgadas para concorrentes. Observa-se que a “fuga de cérebro” vem sendo utilizada para apropriar informações tecnológicas e operacionais de empresários e as práticas para essa apropriação vão do aliciamento de trabalhadores e a corrupção de empregados à violação às informações confidenciais. A metodologia dedutiva utilizada, com auxílio do Direito Comparado, permitiu concluir que

* Recebido em 15/04/2016
Aprovado em 07/06/2016

** José Carlos Vaz e Dias é Doutor em Direito da Propriedade Intelectual e Investimento Estrangeiro pela Universidade de Kent –Inglaterra. Professor Adjunto em Direito da Propriedade Intelectual da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e sócio do escritório Vaz e Dias Advogados & Associados. E-mail: jose.dias@vdav.com.br.

*** João Marcelo Sant'Anna da Costa é mestrando da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e sócio do escritório J.G. Assis de Almeida & Associados. E-mail: jmasc@aaalaw.com.br.

há mecanismos contratuais para estancar essa “fuga de cérebros” e que tais mecanismos são, igualmente, utilizados nos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Palavras-chave: Aliciamento. Corrupção. Concorrência. Desleal. Confidencialidade. Empregado.

ABSTRACT

The objective of this article is to examine the practice based on the intense approach of employees of the competition, also classified as “enticing and recruitment of employees”, as well as to determine the elements that define this practice. Such practice is a manner of promoting the specialized migration of qualified professionals to other regions and affiliated companies of transnationals. This examination highlights the importance to clarify this practice from the common and imprecise use by the Brazilian press every. Every time that a qualified worker of Brazilian companies are approached for recruitment by a foreign competitors, it is alleged the unfair competition and dishonest enticing. When examining this practice, available mechanisms by the Brazilian legislation and possible contractual strategies used by companies and attorneys will be specified to cease the “brain drain” and the unfair competition based on enticement and recruitment of intellectual workers, as well as the appropriation of technological knowledge usually protected by confidentiality. The importance of the article comes from the priceless value of knowledge to the development of the innovation market, since one of the effects of economic crises in underdeveloped countries is the migration of workers to stable markets. The existing economic crises is highlighting the possible “brain drain” or Brazilian workers highly specialized to other countries and its effects. This “brain drain” affects the competitiveness of Brazilian companies and evidences the vulnerability of confidential or privileged competitive information disclosed to competitors. It has been realized that the “brain drain” has been used to appropriate technological and operational information of companies. Among the main practices for this appropriation are enticing away, corruption of workers and the violation of confidential information. Deductive methodology with the aid of Comparative Law may conclude that there are contractual mechanisms to stop this “brain drain” and that such mechanisms are also used in foreign legal systems.

Keywords: Employee. Enticing. Corruption. Competition. Confidential. Information. Unfair Competition.

1. INTRODUÇÃO

Com o agravamento da crise econômica brasileira neste ano de 2016 e as perspectivas nada animadoras de retomada do crescimento para os próximos 5 anos, as preocupações e implicações sobre a “fuga de cérebros” (brain drain) para os países desenvolvidos voltaram a ser parte de matérias jornalísticas.¹

Mesmo reconhecendo que a migração de cérebros para os países desenvolvidos sempre foi uma realidade que acompanhou o desenvolvimento econômico brasileiro, em vista do notório crescimento inconstante e da reconhecida capacidade criativa e empreendedora dos trabalhadores intelectuais brasileiros na solução de problemas empresariais, foi identificado um item adicional que agrava, atualmente, a “fuga de cérebros”: a falta de esperança no futuro do Brasil.² A presente crise econômica traz à tona, mais uma vez, o nefasto efeito das difíceis condições econômicas, sociais e políticas sobre a autoestima dos brasileiros e a falta de esperança no futuro com um conceito muito negativo sobre a sociedade brasileira. Esse elemento pode ser comparado, em um grau maior, ao sentimento prevalecente dos brasileiros dos anos 50, tão chamado “complexo de vira-lata” e da descrença da população nos anos 80 devido à espiral inflacionária.

Esse cenário de preocupação com a “fuga de cérebros” no Brasil explicita uma realidade internacional observada desde os anos 60, em que diversos estudos apontaram para uma verdadeira diáspora de competências de países subdesenvolvidos para aqueles desenvolvidos e os seus efeitos³, chegando-se a mencionar a

1 Veja: Crises econômica e política no Brasil levam brasileiros para o exterior. Disponível em: <<http://g1.globo.com/globonews/noticia/2016/01/crises-economica-e-politica-no-pais-levam-brasileiros-para-o-exterior.html>>. Acesso em: 02 abr. 2016. Veja também: Fuga de bons cérebros brasileiros para o exterior tende a aumentar. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2014/08/28/fuga-de-bons-cerebros-brasileiros-para-o-exterior-tende-a-aumentar.htm>>. Acesso em: 2 abr. 2016.

2 Veja: VÂNIA, Lúcia. Êxodo: cérebros que se vão. Falta de perspectivas de melhorias na situação atual Disponível em: <<http://www.dm.com.br/opiniao/2016/02/exodo-cerebros-que-se-vaio.html>>. Acesso em: 2 abr. 2016.

3 A partir de 1960, houve uma “inversão de tendência migratória”

existência de um processo de transferência inversa de tecnologia.⁴

Conforme trabalho conjunto realizado pela OCDE e UNDESA para o “Diálogo de Alto Nível das Nações Unidas Sobre Migração e Desenvolvimento” realizado nos dias 03 e 04/10/2013, estima-se que o número de imigrantes nos países da OCDE aumentou 70% na última década, tendo atingido o número de 27 milhões de pessoas no período 2010/2011 e parte significativa era composta por profissionais intelectuais e altamente qualificados.⁵

Esses dados e estudos específicos⁶ evidenciam as

no Brasil, passando a ser polo emissor de emigrantes, principalmente trabalhadores instruídos e detentores de conhecimentos tecnológicos. ZAHREDDINE, Danny; REQUIÃO, Ricardo Bezerra. Brasil e o regime internacional de proteção aos trabalhadores migrantes. In: ANUÁRIO DE DIREITO INTERNACIONAL, 9. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Brasil-e-o-Regime-Internacional-de-Prote%C3%A7%C3%A3o-aos-Trabalhadores-Migrantes.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2016.

4 O termo “transferência de tecnologia” deve ser entendido como o processo de acesso tecnológico junto aos detentores de tecnologia, normalmente em países subdesenvolvidos, tendo como contrapartida o pagamento de remunerações mensais (royalties) pela exploração de tecnologia importada. Esse processo de transferência de tecnologia entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos foi intenso nos anos 70, 80 e 90, o que resultou em diversos conflitos no comércio internacional e retaliações comerciais. Vide: BOSTON COLLEGE LAW SCHOOL. *Brazil's Technology Transfer Policies: at odds with economic goals*. *Boston College Third World Law Journal*, v.4, p. 99-133, 1983. p. 110-111. XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. O termo “transferência inversa de tecnologia” foi utilizado, na década de 60, por meio da Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento (CNUCED), como um processo de transferência de conhecimento de países subdesenvolvidos para desenvolvidos, também denominado de “brain drain”. SANTOS, Américo Ramos dos. *Transferência inversa de tecnologia: conceitos e características principais*. Disponível em <<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223461920T1jLY7de5Xm57DU0.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2016. p. 101-124.

5 Conforme dados obtidos da publicação, mais de 30% dos imigrantes transferidos para os países da OCDE eram altamente instruídos, sendo que parte significativa era composta por mulheres. Observou-se no estudo que a “fuga de cérebros” ocorreu, principalmente, em países pequenos ou países insulares da África, Caribe e América Latina. Países do BRICs tiveram taxas baixas de emigração de indivíduos altamente qualificados. Não obstante, essa taxa atinge somente 3.5% da população flutuante. Veja a publicação: Migração Mundial em Números. Uma contribuição conjunta do UNDESA e da OCDE para o Diálogo de Alto Nível das Nações Unidas sobre Migração e Desenvolvimento, 3 e 4 de outubro de 2013. Disponível em: <<https://www.oecd.org/els/mig/PORTUGUESE.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2016

6 Vide trabalho promovido e publicado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), que releva dados específicos sobre migração de trabalhadores, as condições desses trabalhadores e identi-

razões do êxodo de competências e explicitam as implicações econômicas, políticas e sociais relevantes, sendo que a emigração de pessoas altamente qualificadas ou “fuga de cérebros” é um assunto de grande interesse para o comércio internacional. Ela afeta a capacidade produtiva de empresários⁷ assim como a continuidade no desenvolvimento econômico de países, principalmente aqueles com desenvolvimento menor ou precário.⁸

Em relação a esses estudos acima referenciados, é notória a influência das crises econômicas sobre “fuga de cérebros”, bem como a vulnerabilidade das competências intelectuais face à abordagem e recrutamento de mão de obra qualificada por empresários estrangeiros através da oferta de benefícios sociais e financeiros irrecusáveis. Tal vulnerabilidade afeta os empresários brasileiros que empregam e formam trabalhadores intelectuais. Em vista da competitividade extensiva das empresas ou sociedades empresárias brasileiras, esses trabalhadores passam a ser detentores de tecnologias competitivas ou a possuir conhecimentos técnicos ou operacionais do empresário.

ficação de política a serem adotadas pelos países integrantes da OIT. Essas políticas têm por base a dignidade humana e a oportunidade para trabalhadores migrantes e seus familiares nos países imigrados. Trabalhadoras e Trabalhadores migrantes: Alcançar a Igualdade de Direitos e Oportunidades. Trabalho Digno. Um Mundo Melhor Começa Aqui. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/gender_december.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2016.

7 As palavras “empresário” e “sociedade empresária” são utilizadas como referência ao termo coloquial “empresa”. O uso dessas palavras neste texto jurídico decorre da prevalência da Teoria da Empresa no direito comercial, que compreende as relações comerciais dentro de uma concepção maior denominada atividade empresária. Conforme o Código Civil de 2002, o empresário ou a sociedade empresária é o sujeito de direito que executa a atividade econômica, profissional e organizada (essa atividade é chamada de empresa). COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2007. V.1. p.16-28.

8 A emigração de trabalhadores, principalmente composta por profissionais altamente qualificados, pode ser benéfica para países com economia menor através de remessas de fundos para o seu país de origem, seja para a manutenção de família ou para o acúmulo de valores para aposentadorias para investimentos futuros em negócios próprios. Acredita que no ano de 2007, as remessas para os países em via de desenvolvimento alcançaram a cifra de US\$ 240 milhões de dólares americanos. Vide publicação da OCDE de 2009 denominada “Migração Internacional: A Face Humana da Globalização”. Sumário em Português, disponível em: <<http://www.oecd.org/insights/43568967.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2016. Veja: “Fuga de Cérebros é maior na América Latina, diz Estudo”. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/06/090622_braindrain_pu.shtml>. Acesso em: 03 abr. 2016.

A contratação de trabalhadores intelectuais por concorrentes no mercado internacional põe em risco a confidencialidade e a exclusividade das informações secretas, proprietárias e competitivas de empresários brasileiros. Uma grande parte de conhecimentos tecnológicos está expressa na forma não escrita, ou seja, mantidos dentro dos cérebros de empregados específicos. Nesse raciocínio, a contratação desses empregados pode facilitar a divulgação e a transferência de informações competitivas essenciais, principalmente para empresários estrangeiros, interferindo, assim, no diferencial competitivo do empresário detentor de tecnologia e influenciando a concorrência em áreas tecnológicas sensíveis.

A vulnerabilidade pode ocorrer até mesmo quando a abordagem, a oferta e o recrutamento são realizados por filiais ou subsidiárias de multinacionais no território brasileiro. Nesses casos, os trabalhadores intelectuais abordados são mantidos no Brasil, mas o seu conhecimento competitivo é transferido à matriz estrangeira de forma desautorizada⁹. Mais ainda, a transferência ocorre sem que haja o pagamento de royalties para a empregadora brasileira, detentora desses direitos.

O recrutamento de profissionais altamente qualificados de empresas ou sociedades empresárias brasileiras por empresas estrangeiras, com a proposta de apropriação de conhecimento, vem ocorrendo, constantemente, no Brasil, o que se acredita ocorrer, também, em outros países subdesenvolvidos. Pode-se afirmar que o recrutamento desse tipo de trabalhador pode ser um meio fraudulento empresarial para aquisição tecnológica, pois a intenção é o acesso às informações confidenciais e/ou privilegiadas da concorrência.

Mesmo afetando a competitividade empresarial no mercado internacional, o recrutamento ou denominado “aliciamento de empregados” ou de profissionais qualificados por concorrentes é um tema pouco explorado pela doutrina jurídica e internacional.¹⁰ Por essa falta de

estudo, existe, apenas, uma percepção de que o “aliciamento de empregados” não é um propulsor da migração em massa no mercado internacional.

No entanto, entende-se que essa prática é impactante empresarialmente, na medida em que subtrai ativos intangíveis de empresários brasileiros – os trabalhadores ou profissionais altamente qualificados – e podem afetar economia de países. Conhecimentos tecnológicos competitivos são transferidos para o concorrente, principalmente aqueles situados nos países desenvolvidos. Dessa forma, nesse tipo de prática empresarial, não se fala em fluxo migratório em massa, mas em fluxo migratório especializado e impactante na competitividade empresarial.

Indaga-se, nessa perspectiva, se existem instrumentos legais para impedir o êxodo de trabalhadores intelectuais brasileiros para outros mercados ou mesmo para empresários estrangeiros ou “empresas estrangeiras”, uma vez que inexistem convenções internacionais específicas sobre a matéria, principalmente quando a migração decorre de abordagem desleal de trabalhadores intelectuais com o intuito de apropriação indevida de conhecimentos tecnológicos.

Face à relevância do tema, “o aliciamento de empregados” ou a migração de profissionais especializados para outras empresas possui luz própria e será abordado neste artigo sob a perspectiva dos instrumentos jurídicos e contratuais existentes na legislação brasileira.

Nessa perspectiva, o presente trabalho tem por foco o estudo dos elementos formadores do “aliciamento de empregados”, assim entendido como oferecimento de proposta financeira indecentemente satisfatória a trabalhador de outrem por um concorrente, que seja capaz de convencê-lo a rescindir o atual contrato de trabalho para unir-se a um concorrente no Brasil ou no exterior, efetivando a “fuga de cérebro”. Este trabalho procurará abordar quais são os comportamentos vedados ou permitidos sob esse tipo e também quais são os instrumentos jurídicos e contratuais que podem ser utilizados pelos empresários para reduzir a vulnerabilidade decorrente de crises econômicas, o êxodo de trabalhadores intelectuais e frear a apropriação indevida de informações competitivas confidenciais decorrente da contratação de trabalhadores intelectuais relevantes.

GANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Policy coherence for development 2007: migration and developing countries*. Paris: OECD, 2007.

9 Veja: As demissões na EMBRAER e a Questão Política. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/as-demissoes-na-embraer-questao-politica/>>. Acesso em: 04 abr. 2015. Veja também: Bombardier Leva Cérebros da EMBRAER. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,bombardier-leva-cerebros-da-embraer,320070>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

10 Os estudos realizados sobre migração de trabalhadores especializados focam essencialmente no impacto desse tipo de migração, ou seja, o fenômeno do “brain drain” nos países que recebem esse tipo de empregados ou em políticas trabalhistas para recepcionar os imigrantes intelectuais. Veja o livro publicado pela OCDE: OR-

Atenção especial será concedida ao exame das formas de recrutamento de trabalhadores no Brasil, seja para fins de emigração ou mesmo para a transferência em outras localidades do Brasil. Tal prática é denominada diferentemente em legislações brasileiras esparsas, sendo classificada como “aliciamento de empregados” ou “aliciamento de trabalhadores” no Código Civil e Código Penal e como “corrupção de empregado” pela Lei da Propriedade Industrial.

Tendo em vista que o “aliciamento de empregados” pressupõem, necessariamente, atos de sedução e convencimento de empregados para trabalhar, necessariamente, para a concorrência, essas práticas serão examinadas dentro de um cenário de intensa competição do mercado brasileiro e também internacional.

Após a análise da prática de “aliciamento de trabalhador” e abordagem da legislação aplicável, será assegurado um exame peculiar dos mecanismos legais e contratuais que empresários brasileiros podem utilizar, no seu dia a dia, para restringir o aliciamento de trabalhadores intelectuais, principalmente para empresas estrangeiras.

2. A CONSTRUÇÃO DO ALICIAMENTO DE TRABALHADOR SOB A PERSPECTIVA DO COMÉRCIO INTERNACIONAL, CONCORRÊNCIA E RESTRIÇÃO À EMIGRAÇÃO

O conceito de “aliciamento de trabalhador” vem sendo construído no direito brasileiro essencialmente sob 2 (duas) perspectivas independentes, mas que possuem um íntimo relacionamento jurídico. A primeira encontra-se baseada no combate à deslealdade na concorrência e no comércio internacional. A segunda, na proteção das relações trabalhistas.

Essas perspectivas podem ser, claramente, observadas pelo desenvolvimento histórico da matéria, pois o Código Comercial Brasileiro de 1850¹¹ já abordava o aliciamento em concepções distintas e determinava os elementos para a sua caracterização, logicamente atreladas às atividades comerciais e à intensidade do comércio internacional prevaletentes à época.

11 Esse Código determina o direito de qualquer pessoa, que não esteja vedada, a comerciar no território brasileiro e regula diversas atividades negociais, tais como o escambo, a locação comercial, os juros comerciais, dentre outros.

Por meio do exame do artigo 500 do Código Comercial de 1850¹², ainda em vigor face ao disposto no art. 2045 do Código Civil, observa-se a preocupação com os efeitos da perda de empregados/prestadores nas atividades marítimas e comércio internacional, pois se impõe uma vedação ao capitão de embarcação brasileira em seduzir e descaminhar marinheiro matriculado em outra embarcação. Essa disposição evidencia, também, a prevenção aos atos desonestos na concorrência, pois a capacitação profissional relevada (marinheiros) apresenta qualificações: mão de obra abordada é específica às atividades de carga marítima e necessárias para as embarcações e comércio internacional.

A justificativa para esse regramento incidente às embarcações decorre do fato de essa prática de aliciamento afetar e desvirtuar o comércio marítimo brasileiro. Assim, a sedução e o descaminho de marinheiro matriculado, por meio de promessas e benefícios, podem ser classificados como atos que afetam a justa e leal concorrência nas atividades marítimas. A referida disposição encontra-se explicitada da seguinte forma:

Art. 500. O capitão que seduzir ou desencaminhar marinheiro matriculado em outra embarcação será punido com multa de cem mil-réis por cada indivíduo que desencaminhar, e obrigado a entregar o marinheiro seduzido, a bordo do seu navio, e se a embarcação por esta falta deixar de fazer-se à vela, será responsável pelas estadias de demora.

Já o art. 244 do referido Código Comercial,¹³ revogado pelo Código Civil de 2002, determinava uma vinculação trabalhista prévia e regular para a prática do aliciamento, na medida em que vedava os comerciantes de aliciarem empregados ou operários de outras fábricas, quando se encontrarem contratados por escrito, como segue:¹⁴

12 O Código Comercial Brasileiro é entendido pela Lei no. 556, de 25 de junho de 1850. O art. 1º. A 459 dessa Lei foram revogados pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, também denominada Código Civil. O Código Comercial regula o direito de qualquer pessoa, que não esteja vedada, a comerciar no território brasileira e especifica as diversas atividades negociais nas transações marítimas internacionais, tais como o escambo, a locação comercial, as embarcações e os seguros marítimos, os naufrágios e salvador, dentre outros.

13 Esse artigo foi revogado pelo Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

14 Deve ser observado que o art. 244 insere-se no Título X “Da Locação Mercantil”, que também tratava da locação de serviços ou contratação temporária de uma pessoa para execução de serviços específicos. A presença do art. 244 com expressa referência aos empregados de fábrica, deve ser apreendida sob a perspectiva da ausência àquela época de leis trabalhistas uniformizadas.

Art. 244. O comerciante empresário de fábrica, seus administradores, diretores e mestres, que por si ou por interposta pessoa aliciarem empregados, artífices ou operários de outras fábricas que se acharem contratados por escrito, serão multados no valor do jornal dos aliciados, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, a benefício da outra fábrica

O objetivo desse regramento era evitar a apropriação indevida de ativo, indiscutivelmente, importante à época: trabalhador treinado e formado dentro de uma empresa.

Não obstante as diferentes concepções explicitadas (comércio internacional/concorrência e trabalhista), existem elementos específicos formadores dos tipos jurídicos e de intersecção para evitar a prática de concorrência desleal, seja no comércio internacional ou nas relações trabalhistas. Dentre eles está a qualificação do ato praticado, qual seja o de seduzir e convencer pessoa física da concorrência mediante oferecimento de promessas e benefícios financeiros. Além disso, requer-se que a pessoa seduzida esteja vinculada, contratualmente, com terceiro para a execução de serviços específicos. Presume-se, também, que as funções exercidas pelo empregado ou prestador de serviços seduzido tenham compatibilidade com as atividades comerciais exercidas pelo empresário sedutor. Isso significa que o sedutor e a empresa ou embarcação da pessoa seduzida atuam em mesma atividade comercial.

Cumpra salientar, também, que o Código Penal de 1890¹⁵ continha regramento específico sobre o aliciamento de trabalhador, ressaltando-se que o tipo penal se baseou na sedução e recrutamento de trabalhadores para deixarem os seus postos de trabalho e associarem à concorrência, mediante promessas ou coação, como segue:

Art. 205. Seduzir, ou aliciar, operários e trabalhadores para deixarem os estabelecimentos em que forem empregados, sob promessa de recompensa, ou ameaça de algum mal:

Penas - de prisão celular por um a três meses e multa de 200\$ a \$500.

O aliciamento de trabalhador dentro de uma concepção de combate à concorrência desleal no comércio atrelado à proteção do trabalhador como ativo comercial relevante, nos termos do Código Penal de 1890, pode ser reforçado pelo fato desse tipo penal ter sido

tratado como crime “Contra o Livre Gozo e Exercício dos Direitos Individuais”, na epígrafe “Dos Crimes Contra a Liberdade de Trabalho”. Nessa concepção, procura-se privilegiar os bens jurídicos de interesse individual incluindo a defesa contra atos desleais.¹⁶

A conexão do aliciamento às relações trabalhistas e a prevenção à emigração de trabalhadores para outras localidades brasileiras e no exterior ganhou contornos mais incidentes somente com a prevalência da concepção filosófica e política intervencionista do Estado na economia, a partir da Constituição Federal de 1937. Classificada como constituição econômica, a Constituição de 1937 abriu portas para o dirigismo estatal e o uso de diversos institutos jurídicos para a implementação de políticas baseadas no equilíbrio social e econômico.

Esse dirigismo também pode ser visto na área empresarial que, seguindo a nova estruturação do Código Penal de 1940¹⁷, estabeleceu uma nova abordagem ao “aliciamento de trabalhadores”. Essa prática passou a ser concebida como um delito e crime contra a organização do trabalho,¹⁸ segundo as rubricas laterais do

16 Deve-se mencionar que esse entendimento da proteção da lealdade da concorrência não poderia ser diferente em vista da prevalência à época do liberalismo econômico e filosófico e da garantia dos direitos para cada indivíduo explorar atividades comerciais e assegurar o lucro sem relesar a ordem social e o interesse público. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva. 2001. V.7. p. 3-10. Ainda, nas palavras de Nelson Hungria em relação ao pensamento e econômico prevalente à época do Código Comercial de 1890: “Não pode haver geral bem-estar econômico e não se reconhece a cada indivíduo o direito de ser o árbitro exclusivo do seu próprio interesse. Este, o cânon fundamental da economia liberal. Segunda esta, os interesses individuais em contraste acabam sempre por acomodar-se, servindo inconscientemente ao bem-estar coletivo. Qualquer ingerência do Estado para constringer a ação individual em um rumo diverso daquele em que se teria orientado, se deixada a si mesma, resultará contrária ao interesse geral. O Estado só deve intervir quando se torne absolutamente necessária a remoção de algum obstáculo à livre expansão das atividades industriais”. HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1959. V.8. p. 17.

17 Decreto-lei nº.2.848, de 7 de dezembro de 1940.

18 A ideologia da interferência estatal na sociedade e na produção, durante o período entre 1930 a 1945, é denominada Corporativismo, que se caracterizava pela ordem e obediência de cada indivíduo, trabalhador e comerciante a uma estrutura hierárquica definida. A sociedade é encarada como orgânica e promotora do bem comum, e cada indivíduo possui uma função ou papel específico a cumprir. Veja ERIKSON, Kenneth Paul. *Sindicalismo no processo político do Brasil*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1979. p. 36. Ainda, conforme expresso pelo Ministro do Trabalho Francisco Campos, em 1940, na Exposição de Motivos de 04/11/1940: “A proteção jurídica já não é concedida à liberdade o trabalho propriamente, mas à organização do trabalho, inspirado não somente na defesa e no ajustamento dos direitos e interesses em jogo, mas, também, e principalmente no

15 Decreto 847, de 11 de outubro de 1890, revogado pelo Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (denominado Código Penal de 1940).

“aliciamento para o fim de emigração” (arts. 206) e do “aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional” (art. 207). Pela leitura dos referidos artigos na esfera penal, observa-se que foram adicionados novos elementos ou qualificações à prática do “aliciamento de trabalhadores”, ou seja, estendendo o conceito do “aliciamento”, qual seja a proposta de impedir a emigração ao exterior ou a outra localidade no Brasil. O art. 206 do CP chama atenção pela relevância do tipo subjetivo, que é o recrutamento com a intenção de levar o trabalhador para outro território estrangeiro, senão vejamos: “Art. 206. Recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro”.

Para a configuração do crime, o recrutamento deve se conformar à rubrica lateral, qual seja, o “aliciamento para o fim de emigração”. Assim, exige-se na ação nuclear desse tipo penal a sedução, o convencimento e a atração de trabalhadores vinculados contratualmente a outro empregador. Isso significa que a pessoa física desvinculada a um empresário, na concepção trabalhista, descaracteriza o tipo penal.

Ainda, a sedução e o recrutamento devem ser realizados mediante fraude.¹⁹ Isso significa que o tipo penal do art. 206 não veda a sedução, o convencimento por meio de ofertas e promessas para trabalho no exterior, pois são práticas comumente adotadas para contratação de empregados. A análise e aceitação de oferta por melhores condições de trabalho integram o direito do trabalhador, bem como de empresários realizarem novas contratações e melhorarem o seu quadro de funcionários.

A “fraude” como elemento determinante para caracterização do tipo penal foi inserida somente em 1993, pela Lei n.º. 8.683, de 15/07/1993) e entende-se que essa inserção decorreu da necessidade de adequar

sentido superior do bem comum de todos. Atentatória, ou não, da liberdade individual, toda ação perturbadora da ordem jurídica, no que concerne ao trabalho, é ilícita e está sujeita a sanções repressivas, seja de direito administrativo, seja de direito penal. Daí, o novo critério adotado pelo projeto, isto é, trasladação dos crimes contra o trabalho, do setor dos crimes contra a liberdade individual para uma classe autônoma, sob a já referida rubrica.”

19 Vide: JT condena todos os envolvidos no aliciamento de mão de obra para trabalho no exterior sem autorização legal. Disponível em: <<http://www.pelegrino.com.br/noticias/ver/2012/12/06/jt-condena-todos-os-envolvidos-no-aliciamento-de-mao-de-obra-para-trabalho-no-exterior-sem-autorizacao-legal>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

a norma penal à dinâmica da globalização de mercado. Com a globalização, houve uma flexibilização do processo de contratação de mão de obra no exterior, bem como uma maior oportunidade para trabalhadores buscarem desenvolver-se profissionalmente e socialmente, por meio de melhores condições de trabalho e salariais.²⁰ Portanto, oferecimento de melhores condições de trabalho, sem a caracterização de meio ardil ou fraudulento, não é classificado “aliciamento para o fim de emigração”.

No entanto, o delito se caracteriza se essa prática ocorrer fora dos costumes de cada setor e evidenciar a deslealdade e a adoção de meios fraudulentos e enganadores para seduzir empregados. Mesmo inexistindo decisões judiciais ou divagações doutrinárias sobre o conceito de fraude no aliciamento para fins de emigração ao exterior, pode-se inferir que ocorreria aliciamento mediante fraude quando (i) houver desrespeito às leis que regulamentam a transferência de mão de obra brasileira ao exterior (Lei 7.064/82 e decreto regulador); (ii) oferecer promessa que não pode ser cumprida em vista das condições ofertadas; (iii) enviar trabalhadores para outros países com visto de turista para arrematá-los às leis trabalhistas desses países ou mesmo não realizar o pagamento dos direitos trabalhistas no Brasil ou no local do envio dos técnicos; (iv) convencer a execução de trabalho no exterior embasadas em confabulações catastróficas da condições econômicas do Brasil.²¹

Justifica-se esse tipo penal pela tutela do trabalhador brasileiro ou estrangeiro, aqui residente, para assegurar a promoção das atividades empresariais locais, a ordem econômica brasileira e o bem-estar social.

Em complemento ao art. 206, deve-se relevar o disposto no art. 207 do CP, denominado “aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional”, que tipifica a seguinte conduta ilícita: Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-lo a outro local no Brasil. Inicialmente, é importante ressaltar que o tipo penal previsto nes-

20 Em complemento à vedação do aliciamento de empregados mediante fraude, foram promulgadas a Lei 9.099, de 26/09/295 e o Decreto n. 5017, de 12/03/2004, que impedem o tráfico de menores e estabelecem medidas de fronteira para reprimir o tráfico de pessoas. Essas regras e do art. 206 CP devem ser analisados dentro de uma política governamentais para prevenção, repressão e punição de tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças.

21 Consultar caso Embraer versus Gulfstream. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/mercados,embraer-processa-a-gulfstream-por-funcionarios,20060912p16999>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

se artigo não trata de violação à concorrência ou afronta ao comércio internacional, não sendo esse o bem tutelado. Na verdade, ele objetiva preservar o equilíbrio populacional nas regiões brasileiras, evitar o desajuste econômico e impedir a exploração do trabalhador hipossuficiente²².

Para análise desse dispositivo legal, deve se ter em mente que o Brasil era extremamente rural e agrícola nas décadas que antecederam a promulgação do Código Penal, em 1940. Assim, interessava ao Legislador infraconstitucional impedir que trabalhadores rurais de uma fazenda fossem aliciados para trabalhar em fazenda de outra região do país, o que poderia prejudicar a economia altamente dependente, por exemplo, do ciclo do café,²³

Além disso, a manutenção desse dispositivo se justificou ao longo dos anos seguintes, pois o Brasil passou por uma transformação industrial que gerou forte êxodo rural, com deslocamento do centro econômico do campo para os centros urbanos.²⁴ Em termos regionais, o Brasil experimentou um aumento da desigualdade entre regiões, com a concentração de riqueza na região Sudeste, o que gerou o deslocamento de mão de obra, por exemplo, da região Nordeste para a região Sudeste. Além disso, o próprio Governo Federal incentivou durante anos a ocupação da região Norte, seja por conta da exploração de minério, seja por conta da exploração agrícola ou seringueira da floresta amazônica. Esse foi outro fator de fomento ao êxodo interno, sempre descontrolado.

Atualmente, o art. 207 do Código Penal se concreti-

za quando interpretado em conjunto com seu parágrafo primeiro, incluído pela Lei nº 9.777/98, que expõe que “*incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem*”. Ou seja, o bem tutelado pelo caput do art. 207 ainda é a organização do trabalho e os efeitos dela para economia e organização territorial. Entretanto, o aliciamento de trabalhadores passa a ser vedado, também, sempre que houver emprego de fraude ou aproveitamento da condição de hipossuficiência do trabalhador e violação a direitos humanos²⁵.

Vê-se com clareza, portanto, que a vedação à conduta de aliciamento de trabalhador prevista no Código Penal teve seu escopo ampliado. Ela objetiva, também, impedir fraudes, assegurar a manutenção de atividade produtiva, resguardar o trabalhador e proteger o bem maior da valorização do trabalho humano para uma existência digna. Tais objetivos foram reafirmados por julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), que procuram explicar as circunstâncias fáticas em que o art. 207 é plenamente aplicável:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. CRIMES DE REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO E DE ALICIAMENTO DE TRABALHADORES. DESNECESSIDADE DE VIOLÊNCIA FÍSICA PARA A OCORRÊNCIA DO DELITO. PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO BASTA A REITERADA OFENSA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR, VULNERANDO SUA DIGNIDADE COMO SER HUMANO. PRESCRIÇÃO QUANTO AO DELITO DE FRUSTRAÇÃO DE DIREITO TRABALHISTA. DENUNCIADO COM IDADE SUPERIOR A SETENTA ANOS. RECEBIMENTO PARCIAL DA DENÚNCIA. [...]

22 Veja reportagem publicada em: <<http://www.infonet.com.br/cidade/ler.asp?id=156250>>. Acesso em: 21 mar. 2016. Conforme explicitado por Rodrigo Colnago, o bem jurídico tutelado é a manutenção dos trabalhadores em seus locais de origem, de forma a impedir a escassez de mão de obra e o despovoamento de regiões específicas. COLNAGO, Rodrigo. Direito Penal: parte Especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 156.

23 GRAU-KUNTZ, Karin. Da defesa da concorrência. *Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 9, p. 502, jan. 2002. Existe, também, o dirigismo estatal na economia para a promoção industrial. A manutenção de empregados de fábricas em cidades e regiões específicas facilitava a organização do trabalho.

24 Um dos fundamentos da industrialização brasileira, durante a Política de Substituição de Importação, a partir de 1940, foi a organização do trabalho em bases racionais, que permitia o estabelecimento da normalidade da ordem social e política e buscava reduzir os conflitos no ambiente de trabalho. MARTINS, Heloisa Helena Teixeira de Souza. *O estado e a burocratização do sindicato no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1989. p. 24-26.

25 Para informações mais concretas ver: Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/terceirizada-da-petrobras-condenada-por-aliar-estocar-trabalhadores-para-obra-da-estatal-em-sp-2897001>>. Acesso em: 21 mar. 2016. Ainda, constitui forte indicio de aliciamento, nos parâmetros do art. 207 do Código Penal o recrutamento para trabalho em outra localidade por meio de transporte irregular e pela não formalização de registro de empregados. Veja: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1985. p. 389-390. Damásio S. de Jesus classifica como aliciamento o recrutamento de mulheres para trabalho em outro país como garçonetes, sob a afirmação de altos salários, mas na verdade existe a intenção de disponibilizá-las como prostitutas. JESUS, Damásio E de. *Código penal anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 664-666.

III – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende ser desnecessário haver violência física para a configuração do delito de redução à condição análoga à de escravo. É preciso apenas a coisificação do trabalhador, com a reiterada ofensa a direitos fundamentais, vulnerando a sua dignidade como ser humano (Inq 3.412, Redatora p/ Acórdão: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 12/11/2012). IV – Presentes os indícios de materialidade e autoria, a denúncia foi parcialmente recebida para os crimes de redução a condição análoga à de escravo e de aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional, tipificados nos arts. 149 e 207, caput e § 1º, ambos do Código Penal.²⁶

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO, FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO POR LEI TRABALHISTA, ALICIAMENTO DE TRABALHADORES DE UM LOCAL PARA OUTRO DO TERRITÓRIO NACIONAL E DEIXAR DE PROMOVER AS MEDIDAS NECESSÁRIAS DE PROTEÇÃO À SAÚDE DO EMPREGADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DA MATÉRIA PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL E PELO STJ. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS EXTINTO PELA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. [...]

3. In casu, a) o paciente foi denunciado e teve sua prisão preventiva decretada, em 27/8/2013, pela suposta prática dos crimes previstos no art. 203, caput e § 2º (frustração de direito assegurado por lei trabalhista); art. 207 (aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional); art. 149, caput, (redução a condição análoga à de escravo), todos do Código Penal e art. 16 da Lei 7.802/1989 (deixar de promover as medidas necessárias de proteção à saúde dos empregados), na forma do art. 69, todos do Código Penal. b) Segundo a denúncia, o paciente que é agricultor, frustrou direitos trabalhistas mediante fraude; aliciou trabalhadores de um local para outro do território nacional para trabalhar em fazenda de sua propriedade; sujeitou os trabalhadores à condição degradante de trabalho; submeteu-os à excessivas jornadas de trabalho; deixou de promover as medidas necessárias de proteção à saúde e ao meio ambiente no tocante à exposição de trabalhadores adultos e menores a produtos agrotóxicos sem o fornecimento de equipamentos de proteção; explorou o trabalho infantil de crianças de 13 a 16 anos de idade em condições vedadas pela legislação trabalhista. As condições a que eram submetidos

os trabalhadores foram objetos de diversas notificações em fiscalizações realizadas por fiscais do Ministério do Trabalho e Emprego. c) A prisão preventiva restou devidamente fundamentada nas hipóteses legais, sobretudo para garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, em razão das reiteradas condutas ilícitas cometidas, da gravidade em concreto do crime e do grande poder de influência que o paciente exerce sobre as vítimas. [...]”²⁷

Cumprido relevar, também, nesse ponto, que o aliciamento de trabalhadores no Código Penal, seja para fins de emigração ou não, é classificado como crime comum, na medida em que qualquer pessoa pode praticar esse delito. Não obstante, pode-se afirmar, na realidade, a tentativa de impedir a prática incessante dos atravessadores ou “gatos” (intermediários com influência junto aos trabalhadores em uma atividade específica), o que, conseqüentemente, atinge os empresários ou concorrentes interessados no recrutamento ilícito. Dessa forma, existe, subsidiariamente, uma intenção em vedar a prática da concorrência desleal e a apropriação indevida de conhecimentos tecnológicos por meio da abordagem com fraude para levar trabalhar a outra localidade (incluindo território internacional) mesmo sendo o bem jurídico a ser tutelado aquele interesse do estado em manter os trabalhadores em seus locais de origem.

Não obstante a relevância dos arts. 206 e 207 do CP face à garantia dos direitos fundamentais, previstos pela Magna Carta de 1988, deve-se relevar que a adição do propósito do aliciamento na lei penal atual – fins de emigração ou levar trabalhadores de um local para outro no território nacional – pode acarretar a confusão quanto ao conceito conhecido nas atividades empresariais como “aliciamento de trabalhador”.

Como poderá ser observado adiante, o aliciamento de trabalhadores (também de prestadores de serviços), na esfera criminal, envolve necessariamente 5 elementos determinantes: (i) a preexistência de uma relação trabalhista ou de prestação de serviço (locação de serviço ou empreitada); (ii) o terceiro aliciador, normalmente concorrente do empregador ou do contratante dos serviços, sujeito ativo do aliciamento, (iii) o empregado ou prestador aliciado, sujeito passivo da conduta praticada; (iv) o empregador do aliciado, prejudicado pelo aliciamento e (v) a transferência do empregado aliciado de

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito. Inq 3564. Segunda Turma. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 de agosto de 2014.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 119645. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 18 de fevereiro de 2014.

uma localidade para outra, principalmente para o exterior.

No entanto, a identificação desses elementos não é suficiente para definir com precisão os parâmetros do “aliciamento de trabalhadores”, pois se torna necessário adicionar contornos concorrenciais e de práticas do comércio internacional.

3. OS LIMITES DO RECRUTAMENTO DE TRABALHADOR NO ÂMBITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Para a análise do conceito de aliciamento de trabalhador, é necessário compreender, primeiramente, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) esforçou-se para proteger os direitos sociais de segunda geração, tal como o direito ao trabalho. Já em seu art. 1º, inciso IV, a CRFB/88 deixou claro que Estado brasileiro tem como fundamento “*os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*”.

Como corolário desse fundamento, o art. 5º da CRFB/88 incluiu entre os direitos individuais e coletivos dos cidadãos o direito ao “*livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”. Ainda no Título sobre Direitos e Garantias Fundamentais, a CRFB/88 destacou o art. 7º para conferir *status* constitucional a direitos dos trabalhadores e, para instrumentalizar e ratificar esses direitos, a CRFB/88 optou pelo “*reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho*”.

Em seguida, a CRFB/88 deixou claro, no Título relativo à ordem econômica e financeira, que a ordem econômica teria como alicerces a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, bem como teria como finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, nunca perdendo de vista o direito de aventurar-se em atividades comerciais, incluindo de comércio internacional, bem como o princípio da livre concorrência.²⁸

28 Coube ao legislador infraconstitucional encontrar uma forma de harmonizar esses dois valores máximos do Estado brasileiro. Se por um lado não seria possível restringir o direito do cidadão ao trabalho, de outro lado, tampouco, seria possível impor óbices desnecessários à livre concorrência ou à livre iniciativa. Assim, o equilíbrio entre esses dois princípios foi encontrado sob a forma de exigência de condutas que respeitassem a lealdade e a boa-fé

Acredita-se que seja dentro dessa perspectiva constitucional e construção legislativa que o aliciamento deve ser conceituado, sendo compreendido como a prática empresarial composta pelo conjunto de atos previamente ordenados por um concorrente com o propósito de persuadir um empregado ou prestador de serviço a deixar o seu emprego/contrato de serviço para passar a laborar para o concorrente, de forma direta ou indireta. Dentre esses atos ordenados, estão a sedução, a provocação, a incitação e o convencimento, que ocorre necessariamente pela promessa de recompensa, melhores condições de vida e benefícios pecuniários.²⁹

Entende-se que a abordagem pontual por um empresário ou seu preposto ao trabalhador na concorrência, para o propósito de recrutamento, não é, necessariamente, considerado aliciamento. Essa assertiva decorre da livre iniciativa e livre trabalho, previstos pela Magna Carta de 1988, que asseguram a qualquer cidadão a possibilidade de buscar melhorias no trabalho e em sua vida social por meio do recebimento, análise, negociação, recusa ou aceitação de proposta da concorrência. Pode-se afirmar que a concorrência é salutar para o mercado, seja para os consumidores ou trabalhadores, pois assegura o exercício do livre arbítrio e a procura por melhores condições de trabalho, o que necessariamente atrela a ascensão social dos trabalhadores.

Em relação a essa mesma concepção constitucional, o recrutamento de trabalhador deve ser examinado casuisticamente e com cautela, relevando os fatos que envolvem a abordagem com promessa, ponderando-se as peculiaridades dos atos de intermediários (aliciadores) e de trabalhadores (aliciados), os seus efeitos no mercado relevante e as práticas costumeiras. Recomenda-se

nas relações sociais e jurídicas. Foi exatamente com esse intuito que se criou a proibição ao aliciamento de trabalhadores, que tem o propósito de subtrair conhecimento tecnológico de concorrente. BARROS, Cássio de Mesquita. Cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho. *Revista do Instituto dos Advogados*, São Paulo, v. 8, p. 322-336, jul./dez. 2001.

29 Entende-se que o aliciamento é a prática de “seduzir, incitar com promessas, enganar quase sempre por o fim ilícito”. Vide: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo, 1978. V. 6. p. 39. Podem ser inseridos no conceito desse ilícito a contratação com o propósito de apropriação indevida de informação tecnológica ou negocial do concorrente, o recrutamento por meio do adiantamento de pequena parte em dinheiro ao trabalhador emigrante, para atender de imediato às suas necessidades, mas com obrigação de reembolso etc. O simples ato preparatório da emigração, da transferência para outro território e para outro concorrente é incriminado como aliciamento na lei civil e penal. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1959. V.8. p. 51-52.

que seja examinado inclusive o grau de concorrência do mercado em exame e as suas necessidades, tal como a escassez ou abundância temporária de mão de obra.

Mesmo com a recomendação de análise casuística dos fatos envolvendo o alegado aliciamento, não seria incorreto afirmar que ele passa necessariamente por atos de sedução³⁰ contínuos ou esporádicos, mas sempre deliberados para convencer ou perverter um trabalhador/prestador de serviço a adotar um comportamento específico que, normalmente, não seria adotado. Portanto, o comportamento comissivo do aliciamento envolve um conjunto de abordagens e propostas indecentemente satisfatórias para o empregado-aliciado,³¹ independentemente de propostas de melhoria de vida ser verdadeira ou não ou de prática de fraude.

Nesse mesmo sentido, o aliciamento pode assumir uma roupagem mais específica quando enquadrada como um tipo penal, nos termos do art. 206 e 207 do CP ou mais ampla conforme previsto no Código Civil, em que o aliciamento passa a ser uma a conduta de um indivíduo que tenta persuadir outro indivíduo a praticar um ato, que já havia sido acordado com um terceiro, não mais para aquele terceiro, mas para si (o indivíduo persuasivo).

O Código Civil, por exemplo, apesar de não tratar de trabalhador, traz em seu art. 608 uma disposição similar à da proibição de aliciamento de trabalhadores³², na medida em que veda a sedução de prestadores de serviços que já tenham se obrigado, por contrato escrito, a prestar os mesmos serviços a outrem. Trata-se de dispositivo que extrai fundamento do princípio da boa-fé e da função social do contrato, institutos que o Código Civil pretendeu preservar de forma abrangente.³³

Veja-se que o Código Civil resguarda a liberdade do prestador de serviço, uma vez que ele não estará

impedido de desfazer o ajuste, e ainda o exime de responsabilidade extracontratual por eventual reparação de danos. Com efeito, o Código Civil especifica que o terceiro prejudicado terá direito à reparação, mas estabelece que caberá ao aliciador, como consequência de seu ato, pagar o uma indenização prefixada equivalente à remuneração que o prestador de serviço receberia durante dois anos pelo pacto desfeito com o terceiro. Note-se ainda que, como a indenização é prefixada, não há necessidade de o terceiro lesado demonstrar em um primeiro momento a extensão do dano.

Importante destacar, porém, que não é qualquer pessoa que pode ser considerada aliciadora para fins do Código Civil. A *ratio* desse dispositivo é proibir a figura do “terceiro cúmplice”³⁴, ou seja, para ser considerado como aliciador, o indivíduo persuasivo deverá ter (i) conhecimento prévio do contrato anterior e (ii) vontade manifesta de aliciar³⁵. Pode-se agregar a esses critérios o caráter concorrencial, pois a abordagem, o aliciamento e o recrutamento de mão de obra alheia pressupõe, normalmente, o conhecimento dos serviços executados e a valia para as suas necessidades e atividades.

Silvio Venosa relata que vários aspectos devem ser analisados para a caracterização do aliciamento de mão de obra alheia (chamamos de espécie de aliciamento de trabalhador), dentre elas a verificação da prestação exclusiva ou não dos serviços, como segue:³⁶

Há, no entanto, aspectos que devem ser considerados no caso concreto: a especialidade ou não da prestação; o grau de especialização do sujeito; a exclusividade nessa prestação de serviços etc. Se não há cláusula de exclusividade e o prestador continua a atender eficazmente a ambos contratantes, por exemplo, não haverá, em tese, possibilidade de indenização. Há prestação de serviço cuja atividade é precipuamente atender

30 Etimologicamente “seduzir” vem do latim “seduction” ou de ação exercida por meio de pressões sociais ou biológicas para o convencimento. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Sedu%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

31 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte especial. 9. ed. Niterói: Impetus, 2013. V. 3. p. 424-426.

32 Dispositivo similar existia no art. 1.235, do Código Civil de 1916, que se preocupava com as atividades rurais, que eram essenciais para o desenvolvimento econômico brasileiro à época.

33 Não obstante essa disposição, existem autores que defendem que o aliciamento de mão de obra alheia, conforme prevista no art. 608 do Código Civil, deveria estar disposta no capítulo da responsabilidade aquiliana, por ser mais ampla e não mais específica às atividades agrícolas. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: contratos em espécie. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. V.3. p. 191-192.

34 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 821, n. 919, mar. 2004.

35 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. V.2. p. 339-341

36 O aliciamento de técnicos e a indenização prevista no art. 608 pode não se concretizar quando não são especializados e a atividade do prestado consiste essencialmente em atender vários contratados ou clientes. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. V.2. Páginas sobre comentários ao art. 608 C.C.

a vários clientes. No entanto, imagine-se a situação de técnico, de alta especialização, que se vincula com exclusividade para a manutenção de um equipamento perante um dono do serviço. O aliciamento por terceiro, concorrente no mesmo mercado, nesse caso, gerará dever de indenizar.

Cabe ressaltar, ainda, que o aliciamento não se presume, ele deve ser provado e, nesse particular, as regras de distribuição do ônus da prova são plenamente aplicáveis³⁷. Por mais que, em determinadas situações, o dano possa ser presumido, o aliciamento é uma prática positiva e comissiva, direta ou por preposto, sobre o empregado de um concorrente, e como tal deve ser devidamente provada em vez de limitar-se a especulações.

A conclusão a que se chega é a de que a prática de aliciamento de empregado é vedada no ordenamento jurídico quando ela for individualizada e quando houver risco de concorrência desleal. A abordagem e sedução de pessoas indeterminadas, de forma abrangente e genérica, não devem ser consideradas aliciamento de trabalhador ou empregado. Há que, necessariamente, ocorrer uma atitude de convencimento específica a um empregado importante (não qualquer empregado), a sedução e o oferecimento de vantagem superior ao do empregador concorrente³⁸.

Nesse raciocínio, buscou-se identificar os elementos essenciais da prática do aliciamento de trabalhadores e, conseqüentemente a sua definição, por meio da pontuação das diferentes legislações infraconstitucionais aplicáveis à matéria. No entanto, o efetivo enquadramento passa pela análise casuística das peculiaridades de cada abordagem, sedução e recrutamento de trabalhadores ou de mão de obra alheia.

Não obstante esses pontos conclusivos preliminares, releva-se o disposto nos arts. 206 (principalmente) e 207 do Código Penal, que buscam pontuar condutas específicas e tipificadas com o propósito de tutelar bem jurídico com forte natureza de interesse público, como é a proteção da ordem econômica e desenvolvimento brasileiro baseado na vedação da emigração de mão de obra especializada.

4. O ALICIAMENTO NO AMBIENTE CONCORRENCIAL

A análise do aliciamento sobre a concepção dos atos de concorrência desleal, além da compreensão como crime contra a organização do trabalho, ocorre face à realidade concorrencial intensa do mercado brasileiro e presença maciça das afiliadas das sociedades estrangeiras³⁹, em que os agentes econômicos utilizam quaisquer instrumentos comerciais para buscar um diferencial competitivo, muitas vezes de natureza desleal. Nesse raciocínio, a concorrência desleal terá como base o recrutamento de empregado detentor de conhecimento tecnológico relevante e privilegiável de um concorrente, para fins ou não de migração, uma vez que o aliciamento visa, nesse sentido, à apropriação indevida de conhecimento tecnológico relevante e competitivo.

Nessa perspectiva, a identificação dos elementos formadores da prática de aliciamento de trabalhadores e o tratamento jurídico ganham contornos adicionais em vista do aumento da concorrência no território brasileiro e a dependência da competitividade empresarial no desenvolvimento de novas tecnologias.

Em um ambiente competitivo, empresários buscam utilizar todos os instrumentos para a atração de clientela e o aumento do lucro. Assim, eles não medem esforços para eliminar concorrentes e tornarem-se a única opção aos consumidores em um mercado relevante.⁴⁰ Neste contexto, os empresários encontram-se resguardados pela Constituição Federal de 1988 e pelas legislações ordinárias a exercerem os seus recursos competitivos para expandir-se no mercado. No entanto, quando adotam atos que desvirtuam a lealdade concorrencial ou expressem a apropriação fraudulenta de intangíveis e clientela (também chamada de 'dirty tricks')⁴¹, as legislações de combate à concorrência desleal são chamadas para a correção e a retomada da ética concorrencial.

39 Art. 1099 do Código Civil "Art. 1.099. Diz-se coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la."

40 Quando o êxito de um empreendedor no mercado decorre da eficiência, mesmo que esse sucesso restrinja a concorrência, incluindo a implementação de estratégias de precificação e a valorização da marca, exsurge um resultado positivo para a coletividade. Com tal êxito, todos os empresários passam a receber estímulos constantes para aperfeiçoar a sua capacidade competitiva. O consumidor converte-se em destinatário final dos benefícios da regularidade desse processo. DIAS, José Carlos Vaz e. Enquadramento e tratamento da prática de preço predatório no Brasil. *Revista de Propriedade Intelectual: Direito Contemporâneo e Constituição*, v. 1, p. 249-278, 2014.

41 DELMANTO, Celso. Crimes de concorrência desleal. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975. p. 3-30.

37 Nesse sentido, ver processo n. 0000149-95.2014.5.02.0075 do TRT-SP.

38 Ver caso *Embraer versus Gulfstream*: Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/mercados,embraer-processa-a-gulfstream-por-funcionarios,20060912p16999>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

Podem ser coletados da doutrina e jurisprudência, os pressupostos para a constatação da concorrência desleal, valendo-se ressaltar os ensinamentos de Carlos Alberto Bittar, que identificou os seguintes elementos caracterizadores de atos desleais: (i) constatação de ato contrário à concorrência, relevando-se a agressividade competitiva e peculiaridade de cada mercado; (ii) a existência de colisão de interesses em função de concorrência territorial e mercadológica; (iii) a comprovação de clientela, mesmo aquela em potencial e (iv) a constatação da negligência, imprudência e imperícia do concorrente desleal.⁴²

Face aos pressupostos de formação acima especificados, a prática do aliciamento de trabalhadores pode ser também enquadrada como ato de concorrência desleal e utilizada para evitar a migração de trabalhadores para outros países, bem como para impedir o recrutamento para afiliadas de empresas estrangeiras quando explicitada a tentativa de usurpação de intangíveis utilizados na concorrência.

Relembra-se, nesse ponto, que o aliciamento é um conjunto de atos contínuos e deliberados para convencer o empregado a romper a sua relação com terceiro e unir-se ao concorrente-aliciador. A concatenação direcionada de atos de sedução é ensejadora da caracterização da conduta de antijuridicidade, principalmente por envolver astúcia, e atos ardilosos, sendo importante relevar, no entanto, que a oferta comum de trabalho para empregado da concorrência é classificada em um primeiro momento um ato lícito,⁴³ sendo necessário o exame casuístico da situação ensejadora do aliciamento.⁴⁴

42 BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria prática da concorrência desleal*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 49

43 Conforme decisão judicial emitida pela 4ª. Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a oferta de melhores salários a funcionários altamente qualificados da concorrência não é classificado crime de concorrência desleal, como segue: CRIME CONTRA A PROPRIEDADE INDUSTRIAL – Concorrência Desleal – Descaracterização – Agente que passa a integrar quadro de funcionários de empresa concorrente e oferece melhores salários e condições de trabalho a empregados do seu ex-empregador – Conduta característica do próprio mercado de trabalho e da livre concorrência – Interpretação do art. 195, IX, da Lei 9.279/96”. SER 1.113.859/2 – 4ª.Câm. – j. 20.10.1998 – rel. Juiz Devienne Ferraz. Publicado na Revista dos Tribunais. Ano 88, v. 761. p. 631-633, São Paulo.

44 Em acórdão emitido pela 5ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, os desembargadores se debruçaram sobre vários aspectos relacionados à alegação de aliciamento de empregados, dentre elas está o afastamento do alicia-

Ainda, é dispensável a comprovação do dolo ou fraude por parte do concorrente, sendo, apenas, necessária a atitude ativa ou passiva de causação de dano a terceiro. Essa assertiva mostra-se coerente com a Teoria da Responsabilidade Civil e Teoria dos Atos Ilícitos, que regem o combate dos atos de concorrência desleal em face da ausência de lei cível específica sobre a matéria.

As ações de sedução, convencimento e recrutamento de empregado/prestadores de serviços são direcionadas para a subtração de ativo competitivo do concorrente, qual seja o empregado individualizado, e, normalmente, acompanhadas de artimanhas. Assim, não se pode falar em concorrência desleal no caso de aliciamento de empregado irrelevante para as atividades empresariais do aliciador. Portanto, a relevância do empregado aliciado para as atividades empresariais do empregador deve ser comprovada, seja em face de seu conhecimento sobre determinada tecnologia competitiva ou procedimento operacional, seja face às peculiaridades de sua função dentro da empresa ou do mercado relevante. Isso significa que a gradação do trabalhador aliciado é importante elemento para a caracterização do ilícito concorrencial sob a rubrica do aliciamento de trabalhador.⁴⁵

Inserese nessa gradação o empregado intelectual, que é aquele contratado por um empresário para o desenvolvimento de conhecimentos tecnológicos, nos termos do art. 88 a 93 da Lei n. 9279/96 (Lei da Propriedade Industrial)⁴⁶ ou detentor de informações técnicas privilegiáveis e confidenciais de um empresário. Assim, a abordagem e a tentativa de recrutamento de empregado detentor de conhecimentos técnicos ou operacionais de um empresário devem ser realizadas com muita cautela, pois podem ser enquadradas como artifício, atitude ardilosa e astuta da concorrência para usurpar e

mento em vista da política de redução do quadro de funcionários adotado pelo empresário/empregador do trabalhador aliciado. Essa política de redução permitiu que empresários pudessem ofertar melhores condições de trabalho para os empregados do empregador aliciado. Acórdão em Apelação Cível no. 197.899.4/0 – Araraquara. Julgamento em 27 de maio de 2009.

45 O recrutamento de uma atendente de telefone ou de funcionária que serve café aos empregados não seria classificado como prática ilícita, pela ausência de importância na competitividade de um empresário. Não obstante, o conhecimento notório da atendente de telefone da listagem de clientes de um empresário pode ser alegado, por exemplo, para justificar a ilicitude na abordagem e sedução da concorrência.

46 Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996.

ter acesso às informações privilegiáveis competitivas ou destruir atividades tecnológicas existentes.⁴⁷

Cumpra relevar que o combate de aliciamento de trabalhador intelectual conta com suporte de dispositivos legislativos auxiliares, como é o caso dos incisos XI e XII da Lei 9.279/96, que vedam a violação às informações classificadas como confidenciais da seguinte forma:

Art. 195. Comete Crime de Concorrência quem: [...]

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

Releva ressaltar a ilicitude dos atos praticados mediante fraude, que pode incluir o aliciamento de trabalhadores com o propósito de acesso às informações confidenciais de concorrente. As informações confidenciais são dados, conhecimentos, técnicas utilizáveis nas atividades industriais e operacionais que atendem a 3 (três) requisitos básicos, quais sejam: (a) as informações devem preencher o requisito da novidade e, portanto, não podem integrar o conjunto de conhecimentos já encontrado no mercado (“estado da técnica”); (ii) as informações devem relacionar-se às atividades empresárias e, assim, não envolvem informações profissionais ou de natureza pessoal; (iii) elas devem ser confidenciais e não divulgadas e (iv) devem ser tratadas como informações confidenciais, sendo importante evidenciar as barreiras

47 Essas atividades destrutivas podem ocorrer quando a contratação de empregados intelectuais objetiva dificultar ou comprometer a continuidade de pesquisas tecnológicas que garantirão um diferencial na concorrência. Conforme determinado por José Henrique Pierangeli: “O artifício distingue-se do ardil. O artifício caracteriza-se pelo emprego de um aparato que, pelo menos aparentemente, modifica o aspecto material da coisa valendo como exemplo o documento falso, o disfarce, a modificação por aparelhos mecânicos ou elétricos, enquanto o ardil caracteriza-se pela astúcia, manha, sutileza, artimanha, ardileza, e que apresenta, prioritariamente, um aspecto mais intelectual e que dirige diretamente à psique da vítima, servindo de exemplo a conversa enganosa que, às vezes, pode se caracterizar pela mentira, desde que hábil a enganar”. PIERANGELI, José Henrique. Crimes de Concorrência Desleal: Lei 9.279, de 14.05.1996 – Art. 195. Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 86. v. 738, 1997. p. 477.

existentes para o acesso a terceiros não autorizados.⁴⁸

Chega-se, enfim, à expressa proibição de aliciamento de trabalhadores contida na Lei nº 9.279/96. O art. 195 da referida Lei tipifica crimes de concorrência desleal e, em seus incisos IX e X, dá exemplos de condutas relativas ao aliciamento de trabalhadores que passam a ser expressamente vedadas pelo ordenamento jurídico. O inciso IX trata da conduta ativa do indivíduo que “*dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem*”. Já o inciso X trata da conduta passiva do empregado que “*recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador*”.

Revela-se, portanto, que o empregado aliciado, quando aceita a vantagem advinda do aliciamento, age como sujeito passivo da conduta de aliciamento, em prejuízo ao seu empregador, terceiro prejudicado. Dessa forma, o estudo da prática de aliciamento de trabalhador para fins da Lei de Propriedade Industrial encontra-se, intrinsecamente, ligado ao estudo dos atos de concorrência desleal, podendo, inclusive, ser compreendido que a prática de aliciamento de trabalhador só repercutirá no âmbito do Direito da Propriedade Industrial se, por meio da mesma conduta, também se verificar a prática de concorrência desleal.

Isto porque, no âmbito da propriedade industrial, principalmente em questões de inovação e alta tecnologia, se estará a tratar, via de regra, de profissionais capacitados e com grau elevado de especialização. Por isso, é necessário se atentar para o fato de que o mercado de trabalho para tais profissionais é restrito – mantendo-se, obviamente, dentro da área de sua regular atuação – sendo razoável e até mesmo esperado que, desgostoso com seu atual trabalho, o empregado procure melhor colocação em sociedade empresária concorrente.

Assim, é imprescindível que, nessa seara, seja constatado mais do que uma abordagem intensa de trabalhador. Deve-se verificar se esse ato, também, resultou em

48 FISCHER, Georges Charles. Trade Secrets Protection in Brazil. *Les Nouvelles*, p. 169-171, dez. 1987. Veja: PIERANGELI, José Henrique. Crimes de Concorrência Desleal: Lei 9.279, de 14.05.1996 – Art. 195. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano 86. v. 738, p. 488-492 1997. As informações privilegiáveis (mas não secretas) são aquelas cujo acesso é restrito a um pequeno número de pessoas, que se comprometem a não divulgá-las mediante acordos específicos de não divulgação. Essas informações são comumente denominadas “know-how”.

um ato de concorrência desleal, gerando, por exemplo, perda de clientela ou utilização de informações confidenciais. A título de ilustração, veja-se o seguinte julgado:

EMPRESARIAL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. Ex-empregados de empresa fabricante de equipamentos de construção civil altamente especializados e destinados a grandes obras que constituem sociedade empresária de representação comercial de concorrente da ex-empregadora. Não provados emprego de meio fraudulento para desvio de clientela nem apropriação de *know how* - sendo, aliás, um dos ex-empregados inventor do aludido equipamento - não se caracteriza concorrência desleal. Apelo conhecido e desprovido. Unânime⁴⁹.

No caso acima mencionado, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu lícita a saída de empregados, altamente especializados, para operar para um concorrente do antigo empregador, por intermédio de pessoa jurídica criada por eles. Isso porque, no entender dos ilustres desembargadores, não restou caracterizada a prática de ato de concorrência desleal, na medida em que não teria sido provada a utilização de meio fraudulento para desvio de clientela, tampouco apropriação de *know-how*.

Diante disso, pode-se apontar mais uma característica do conceito de aliciamento de trabalhador. Na medida em que não é qualquer empregado que tem capacidade de desviar clientela, apropriar-se de *know-how* ou, por exemplo, ter acesso a informações confidenciais ou segredo de negócio, o aliciamento de trabalhador só será vedado se o empregado aliciado for justamente um indivíduo capaz de causar esse tipo de lesão ao seu antigo empregador e, conseqüentemente, ato de concorrência desleal. Inclua-se, aí, o trabalhador intelectual.

Quanto ao particular, vale mencionar discussão ocorrida no CADE durante o julgamento do Ato de Concentração nº 08012.000777/2005-60. O seguinte trecho do voto vencedor proferido pelo Conselheiro Relator Ricardo Villas Boas Cueva é elucidativo:

No presente caso, a limitação à “não contratação/não aliciamento”, conforme consta da cláusula 3.5 “b”, é perfeitamente razoável, já que sua existência, de regra, não implica em ofensa ao livre exercício do trabalho. Da cláusula se extrai que os vendedores (pessoas físicas que alienaram suas participações) se comprometem a não aliciar ou contratar empregados da DIXIE por um período

temporalmente delimitado em 05 (cinco) anos [...]. Neste caso, a cláusula em questão trata de situação na qual o alienante do negócio se compromete a não aliciar ou contratar empregados da sociedade alienada, não se vislumbrando ofensa à liberdade ao trabalho. Pelo contrário, há de se perceber que tal cláusula, devidamente limitada por razoável período (cinco anos), não implica em ofensa ou óbice a eventual livre exercício do trabalho ou profissão.

Como se vê, o voto vencedor compreendeu que a existência de cláusula de não contratação/não aliciamento de trabalhadores em favor de sociedade alienada, inserido em contrato de compra e venda de participação societária, não ofende a liberdade de trabalho e não ofende a concorrência, principalmente, se delimitada no tempo.

No entanto, o voto-vista proferido pelo Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe, proferido no mesmo julgamento acima referido, foi mais além:

No Contrato de Compra e Venda de Ações firmado pelas requerentes, a (sic) cláusula de não aliciamento/não contratação impede que quaisquer empregados da sociedade transacionada sejam aliciados ou contratados pela empresa vendedora ou que de alguma forma transformem-se em seus concorrentes, por período limitado.

Entendo que a preservação do acordo por meio desses dispositivos só teria sentido se a restrição fosse delimitada a empregados especializados, a conselheiros ou diretores da sociedade, porque são cargos que representam conhecimentos mais aprofundados a respeito dos segredos da empresa. Não há motivos para que abarque todos os trabalhadores, de forma generalizada.

Pelos motivos expostos, portanto, voto pela aprovação da operação, determinando a exclusão da expressão “empregados” da cláusula de não aliciamento/não contratação (3.5 “b”) [...]

O excerto colacionado expõe o entendimento que se defende nesse trabalho. A vedação ao aliciamento de trabalhadores, por cláusula contratual ou por aplicação de um dos dispositivos legais acima elencados, não pode ser interpretada de forma genérica ou muito abrangente, sob pena de violar a liberdade do exercício da profissão e, por conseguinte, os direitos fundamentais do trabalhador. Por isso, referida vedação só faz sentido se se limitar ao aliciamento ou à contratação de profissionais especializados ou que, por cargo ocupado, tenham grau maior de informação e, por essa razão, sejam capazes de concorrer deslealmente com a sociedade que deixariam para trás.

Esse entendimento coaduna-se com o atual estágio de desenvolvimento econômico brasileiro e de globali-

49 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação Civil n. 2006.001.10375*. Terceira Câmara Cível. Relator: Des. Fernando Foch Lemos. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 2006.

zação de mercado (e até mesmo de inovação aberta)⁵⁰, em que empresas buscam, nos diversos mercados internacionais, competências específicas atreladas às suas necessidades empresariais. Portanto, é legítima, em um primeiro momento, a abordagem consistente e a apresentação e proposta para trabalhador da concorrência, mas será ilegítima se a abordagem for desproporcional e/ou evidenciar o interesse em apropriar conhecimento alheio ou até mesmo a execução de atividades que visem à destruição de atividades de produção tecnológica, como é o caso de inovação.

5. MECANISMOS PARA PREVENIR OU IMPEDIR A PRÁTICA DO RECRUTAMENTO ILÍCITO

Como exposto até aqui, o aliciamento de trabalhador é uma conduta que beira a prática de ato de concorrência desleal e, a depender da gradação ou importância do empregado aliciado ou de outras circunstâncias fáticas, pode até mesmo ultrapassar o limite da livre manifestação de vontade e infringir a livre concorrência. Desse modo, é relevante analisar se o ordenamento jurídico brasileiro oferece instrumentos, ainda que de inspiração internacional, capazes de impedir essa prática e se esses mesmos instrumentos jurídicos podem conferir segurança às relações que se desenvolvem entre concorrentes e seus empregados.

A identificação desses mecanismos serve, inclusive, para pontuar como empresas ou sociedades brasileiras podem se portar na proteção contra o aliciamento de seus empregados por empresas estrangeiras, principalmente quando envolver a migração de trabalhadores para outros países.

Note-se que existem riscos para todos os sujeitos envolvidos nessa relação jurídica. De um lado, o empregador precisa ter segurança de que não vai perder repentinamente, para uma sociedade concorrente, um empregado especializado e importante, como um alto executivo, no qual ele investiu em formação, apresentou a clientes e confidenciou informações sigilosas. A seu turno, o empregado precisa ter garantido o seu direito ao livre exercício da profissão para a qual tanto se preparou e deve ter garantido o seu direito de ser justamen-

te retribuído pelo emprego de sua força de produção. Por fim, também o concorrente precisa ter a segurança de que não está a violar um direito objetivo de seu concorrente ao contratar um profissional especializado que se apresenta aberto a propostas perante o mercado.

Para um país, deve-se assegurar que a perda relevante de trabalhador em um processo produtivo para outros países não afete a competitividade do mercado. Essa questão é de tal forma relevante para a competitividade da economia de um país, que o Parlamento Europeu, em 25 de Março de 2010, editou Resolução para tratar dos efeitos da crise financeira e econômica mundial nos países em desenvolvimento e na cooperação para o desenvolvimento. Na referida Resolução, o Parlamento Europeu declarou que tomava nota, com apreensão, que uma nova deterioração do bem-estar econômico dos países em desenvolvimento poderia levar a níveis inaceitáveis de desemprego e ao aumento da migração econômica. Por meio da mesma Resolução, o Parlamento Europeu assinalou que tais fluxos migratórios podem levar à fuga de cérebros das nações em desenvolvimento e prejudicar o seu futuro crescimento econômico⁵¹.

Dessa forma, um dos instrumentos jurídicos que se apresenta para prevenir ou impedir a prática de aliciamento de trabalhadores é a cláusula de não concorrência. Essa cláusula é largamente utilizada no Brasil de forma consensual e, conseqüentemente, inserida no contrato de trabalho celebrado entre empregador e empregado (ou nos contratos de prestação de serviços, como nos casos de executivos que se valem de pessoas jurídicas para receberem suas remunerações). A referida cláusula também é largamente adotada em outros países, como, por exemplo Portugal, que chegou a positivá-la no seu Código de Trabalho, reformado no final da primeira década do terceiro milênio. No Brasil, tal cláusula não possui expressa previsão legal, porém, por imposição doutrinária e jurisprudencial, deve atender a requisitos para que seja reputada como válida⁵².

Em primeiro lugar, a obrigação de não fazer imposta pela cláusula de não concorrência deve ser limitada no tempo, isto é, o prazo pelo qual o empregado não

50 KAPCZYNSKI, Amy. The access to knowledge mobilization and the new politics of intellectual property. *Yale Law Journal*, v. 804. p. 803-885, 2007. p. 820-850.

51 C.f.: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2010-0089&language=PT&ring=A7-2010-0034>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

52 DELBIN, Gustavo Normanton; RIBEIRO, André de Melo. Empréstimo de atletas e a cláusula de não-concorrência. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 13, p. 600, out./dez. 2009.

poderá trabalhar para um concorrente de seu antigo empregador não pode ser eterno, tampouco ser demasiado, caso contrário violaria o direito ao livre exercício da profissão⁵³. Normalmente, o prazo das cláusulas de não concorrência varia de 40 dias (motivo pelo qual essa cláusula é também conhecida por “cláusula de quarentena”) a 2 anos. Nada impede, contudo, que, diante de circunstâncias fáticas especiais, um prazo maior seja considerado necessário.

Em segundo lugar, a cláusula deve expor com clareza o exato escopo ou tipo de trabalho que o empregado não pode desenvolver. Dessa forma, se um empregado atua como engenheiro químico coordenando testes de novos produtos em uma indústria alimentícia, ele não feriria o dever de lealdade e boa-fé se, encerrado seu vínculo empregatício, passasse a trabalhar como diretor de administração (recursos humanos, contabilidades etc.) em uma indústria do mesmo ramo ou se ele passasse a trabalhar como engenheiro químico coordenando testes em indústria farmacêutica, pois, nessas hipóteses, presume-se não haver risco de concorrência desleal.

Em terceiro lugar, a cláusula deve conferir ao empregado uma justa remuneração pelo prazo de duração da obrigação de não fazer. Essa remuneração não é o salário, ainda que alto, já pago ao empregado durante a existência do vínculo. Essa remuneração também não se confunde com o “bônus” a que o empregado faria jus por cumprimento de metas ou outras condições pactuadas previamente com o empregador. A remuneração tratada neste artigo tem que ser específica e proporcional ao período em que o empregado terá que cumprir a “quarentena”. A ausência de previsão de remuneração específica e proporcional, bem como o seu não pagamento tempestivo são causas de anulabilidade da cláusula de não concorrência, pois apenas essa justa remuneração justificaria a restrição ao direito de livre exercício da profissão.

Em quarto lugar, a cláusula deve limitar geograficamente o território no qual a obrigação de não fazer deve ser cumprida e essa limitação geográfica deve se coadunar com a área territorial de atuação do empregador. Logo, se o empregador é uma sociedade com atuação regional, a cláusula não pode limitar o exercício da profissão pelo empregado em outra região do país, mesmo em sociedade do mesmo ramo de atuação do

empregador, pois, neste caso, não haveria concorrência entre as duas sociedades. Mais uma vez, trata-se de não permitir ampla e desnecessária limitação de um direito constitucional.

Questão curiosa diz respeito ao limite geográfico de cláusula de não concorrência em casos de multinacionais. Ou seja, se o empregado trabalha para uma multinacional na Ásia e se transfere para uma multinacional concorrente na América Latina, isso representaria concorrência desleal?

A resposta pode estar na abrangência do mercado de atuação do empregador do empregado aliciado e na abrangência do mercado de atuação do aliciador. Se a abrangência competitiva é internacional, como é o caso da EMBRAER, BOMBARDIER, SAAB dentre outras envolvidas na produção de aviões, a cláusula de não concorrência seria plenamente aplicável, válida e eficaz.

Para os que entendem que essa transferência pode ser vedada pela cláusula de não concorrência, pesa questões como confidencialidade, segredo de negócios e apropriação de *know-how*. Para os que discordam, há o argumento de que o empregado não fará concorrência desleal na medida em que não haverá apropriação de clientela, por se tratar de regiões distintas. Inevitavelmente, essa discussão dependerá da análise das circunstâncias fáticas, mas parece-nos que, no Brasil, a presunção, relativa, seria pela ausência de qualquer violação ao dever de não concorrência, transferindo ao empregador o ônus de provar o contrário, haja vista a garantia constitucional ao livre exercício da profissão.

Por fim, a cláusula de não concorrência deve ser pactuada preferencialmente no próprio contrato de trabalho, que estabelece o vínculo contratual e as obrigações a serem assumidas pelas partes contratantes. De todo modo, ainda que seja pactuada em documento apartado, deve ser ajustada no início da relação empregatícia, sob pena de ser reputada inválida. Entende-se que, se ela for ajustada após o início da relação de trabalho, o empregado já está vulnerável e o seu consentimento será sempre viciado pelo receio de demissão. Vale informar, ainda, que o documento assinado com data retroativa poderá ser facilmente impugnado pelo empregado⁵⁴, haja vista que a Justiça do Trabalho julga com base na verdade real e primazia da realidade.

53 Consultar: TRT-2ª Região, Ac. 20040281579, Processo 02243200038102009, Rel. Des. Sérgio Pinto Martins.

54 Vide acórdão do TST: RR nr. 1948-28.2010.5.02.0007, 1ª Turma, julgamento em: 21 maio 2014.

Deve ser ressaltado ainda que o art. 482 da CLT estabelece que o empregado que praticar atos de concorrência com o empregador ou violar segredo de empresa poderá ser demitido pelo empregador por justa causa. Em virtude desses atos, o empregado pode, inclusive, perder direito ao bônus eventual que estivesse esperando (esse bônus é diferente do bônus por cumprimento de metas). Todavia, mesmo nesses casos, o empregador poderá exigir o cumprimento da cláusula de não concorrência pelo empregado, haja vista que a cláusula permanecerá hígida após o encerramento do vínculo empregatício.

Na verdade, após ser livremente pactuada pelas partes, a cláusula confere ao empregador a faculdade de exigir o seu cumprimento ou dispor desse direito subjetivo. Da mesma forma, a qualquer momento, o empregador pode renunciar ao direito de exigir do empregado o seu cumprimento e, por consequência, ficar livre da obrigação financeira retributiva.

Não obstante, ainda que a cláusula de não concorrência preencha todos os requisitos acima listados, a análise da sua violação pelo empregado depende da verificação, em concreto, de circunstâncias fáticas específicas⁵⁵. Com efeito, deve ser verificado se a nova atividade exercida pelo empregado é capaz de causar prejuízo concreto (não genérico) ao empregador, se o concorrente para o qual o empregado foi trabalhar pode efetivamente colocar em risco a atividade do empregador original, se esse risco é específico à atividade empresarial ligada às funções anteriormente exercidas pelo empregado.

Por exemplo, deve ser analisado se o empregado terá contato com clientela que ele conheceu por conta da atividade desempenhada no antigo empregador, como também se utilizará informações específicas sobre o empregador ou *know-how* particularmente típico do empregador que se colocado em prática por outra do mesmo ramo poderá causar prejuízo àquele. Ato seguinte, deverá ser apurado ainda o real prejuízo ao antigo empregador, que deverá ser demonstrado e avaliado no caso concreto.

Além da cláusula de não concorrência, existe outra forma de o empregador reduzir os riscos de exposição após o término do contrato de trabalho de um empregado. Trata-se da cláusula de não solicitação ou

não aliciamento, igualmente não positivada em Lei, mas consensualmente ajustável. Por meio dessa cláusula, o empregador pode ajustar com o empregado outra obrigação de não fazer, qual seja, a de não aliciar, solicitar, convidar, persuadir ou seduzir outros empregados, clientes e fornecedores.

É que o empregado que rescinde seu contrato de trabalho para atuar em sociedade concorrente pode tentar aliciar outros empregados de seu antigo empregador a fazerem o mesmo, como também se valer de contatos feitos enquanto empregado para desviar clientela e fornecedores. É provável que o empregado em questão saiba quais empregados, clientes e fornecedores são importantes para competitividade do seu antigo empregador e, valendo-se de conhecimento obtido internamente, alicie tais pessoas, ferindo o dever de lealdade, boa-fé e praticando ato de concorrência desleal.

Apesar de não estar positivada, entende-se que essa cláusula deve observar os mesmos requisitos exigidos para a cláusula de não concorrência, à exceção da justa remuneração. A justificativa para tanto não poderia ser diferente: observância aos ditames da boa-fé e lealdade. Entende-se ainda que essa cláusula de não solicitação não pode servir de impeditivo para o desenvolvimento de novas sociedades, não podendo criar óbice à livre concorrência. Logo, a depender das circunstâncias do caso concreto, como em um mercado muito especializado, ela poderá ser atacada sob o argumento de estar a impedir a contratação de empregados por uma nova sociedade concorrente e de estar a gerar reserva de mercado para a sociedade empregadora original.

Outra cláusula usual na relação de emprego e que importa ao tema deste trabalho é a cláusula de confidencialidade. O dever de confidencialidade do empregado encontra-se expresso no art. 482 da CLT, acima mencionado, e no art. 195, XI, da Lei 9.279/96, que considera crime de concorrência desleal a divulgação, exploração ou utilização, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que o empregado teve acesso mediante relação empregatícia, mesmo após o término do contrato. No mesmo sentido, é possível mencionar o art. 154 do Código Penal.

Apesar da previsão expressa em Lei, é usual que os contratos de trabalho de altos executivos e empregados

55 A título de curiosidade, ver processo: n. 2002.002.11602 do TJ/RJ.

especializados contenham cláusula de confidencialidade a especificar que tipo de informações ou dados são confidenciais durante e após o contrato de trabalho, bem como o período pelo qual tais informações ou dados devem ser mantidos em sigilo. Essa cláusula é perfeitamente válida diante do ordenamento jurídico brasileiro, apenas exigindo-se que tais informações ou dados tenham sido obtidos pelo empregado única e exclusivamente a serviço do empregador, que o prazo de duração seja razoável e compatível com a relevância de tais informações e que as informações sejam realmente confidenciais ou constituam segredo de negócio.

Deve ser registrado, contudo, que a obrigação de manter segredo e confidencialidade com relação às informações de fórmulas e invenções nos produtos industrializados ou comercializados pelo empregador abrange a qualquer empregado, independente de constar de forma expressa ou não em seu contrato de trabalho.

Ressalte-se que os requisitos listados como exigência de validade para as cláusulas especiais acima especificadas foram construídos a partir de um esforço doutrinário e jurisprudencial. Para tanto, ambas as fontes de Direito, valeram-se do Direito Comparado, pois diversos países estão à frente do Brasil nessa questão e já possuem entendimento consolidado sobre a validade de diversas cláusulas especiais laborais. Além da Organização Internacional do Trabalho, França, Itália, Espanha e Estados Unidos também já se pronunciaram a favor da validade, por exemplo, da cláusula de não concorrência.

Em virtude da globalização e maior interação dos mercados, é natural que países com maior interação econômica verifiquem a necessidade de aproximação das normas trabalhistas com vistas a permitir o deslocamento de empresas e empregados, sem prejuízo da economia integrada. Na Comunidade Europeia, por exemplo, o Parlamento Europeu editou a Diretiva 96/71/CE, de 1996, através da qual regulamentou o destacamento de trabalhadores entre seus Estados-Membros e, para preservar os direitos sociais dos trabalhadores, determinou que os Estados-Membros adotassem normas básicas sobre condições de trabalho e emprego.

Em 2001, o Conselho Europeu editou a Diretiva 2001/23/CE relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos. Recentemente, já em

2016, a Comissão Europeia aprovou proposta de revisão da Diretiva 96/71/CE, de 1996, o que demonstra a preocupação recorrente com as condições de trabalho e emprego para o desenvolvimento do mercado comum.

Em adição, a Comissão das Comunidades Europeias editou, em 2006, o Livro Verde para modernizar o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI⁵⁶. Com a edição do aludido Livro Verde, a Comissão lançou o debate público na União Europeia, a fim de perspectivar a evolução do direito do trabalho em consonância com o objetivo da estratégia de Lisboa, de 2000, sobre o crescimento sustentável com mais e melhores empregos

Na esteira desse debate sobre a evolução do Direito do Trabalho, Portugal promulgou, já na segunda década do século XXI, seu novo Código do Trabalho. Em seu art. 136, o aludido diploma legal estipula os requisitos que devem ser observados para que o “pacto de não concorrência” seja considerado válido, a saber, o limite temporal de dois anos (ampliado para três se for empregado em cargo de confiança com acesso a informações sensíveis à competitividade do empregador), a necessidade de ser ajustado por escrito, tratar-se de atividade que possa causar prejuízo ao empregador e haver compensação financeira (sobre a qual podem ser descontadas despesas do empregador com a formação do empregado).

O mesmo Código do Trabalho de Portugal entende inexistir limitação excessiva à liberdade de trabalho no chamado “pacto de permanência”. Segundo o art. 137, *“as partes podem convenionar que o trabalhador se obriga a não denunciar o contrato de trabalho, por um período não superior a três anos, como compensação ao empregador por despesas avultadas feitas com a sua formação profissional”*. Hipóteses como a regulamentada pelo referido artigo português são recorrentes no Brasil, por exemplo, como auxílio pago pelo empregador para os estudos do empregado no exterior. Todavia, diferente do país lusitano, doutrina e jurisprudência brasileiras entendem que esse pacto de permanência não é válido, na medida em que consiste em limitação excessiva ao livre exercício da profissão, devendo eventual litígio se resolver em perdas e danos, jamais em obrigação de não fazer.

Por outro lado, o Código do Trabalho de Portugal possui previsão legal expressa a declarar nula a cláusula

56 C.f.: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52006DC0708>>. Acesso em 06 jun. 2016.

de não solicitação. Seu art. 138, que trata da “limitação da liberdade de trabalho” *estabelece ser “nulo o acordo entre empregadores, nomeadamente em cláusula de contrato de utilização de trabalho temporário, que proíba a admissão de trabalhador que a eles preste ou tenha prestado trabalho, bem como obrigue, em caso de admissão, ao pagamento de uma indemnização”*. Nesse sentido, o Código do Trabalho de Portugal compreende que a cláusula de não solicitação gera uma limitação excessiva ao livre exercício da profissão, entendimento que não é seguido no Brasil.

Em outras palavras, nota-se que a comunidade europeia tem avançado no debate dos instrumentos jurídicos que podem ser utilizados no contrato de trabalho para prevenir ou impedir a prática de aliciamento de trabalhadores. Além de estimular o debate sobre a possibilidade de diferentes tipos de relações contratuais, bem como de direitos aplicáveis a todos os trabalhadores, a Comunidade Europeia tem criado bases mínimas comuns a serem adotadas por legislação ou convenção coletiva em seus Estados-Membros de modo a reduzir as desigualdades, inclusive salariais, entre os países e reduzir o poder de sedução de determinados empregadores. O objetivo, por óbvio, é favorecer a criação de empregos locais e beneficiar tanto trabalhadores como empresas, facilitando as transições no mercado do trabalho, mas também apoiando a aprendizagem ao longo da vida laboral e o desenvolvimento da criatividade de toda a mão de obra comunitária.

A conclusão a que se chega é que existem instrumentos jurídicos e contratuais adequados para impedir a prática do aliciamento de empregados, principalmente quando ela tem por escopo a absorção ilícita de conhecimentos tecnológicos da concorrência ou atividades destrutivas, como pesquisa técnica concorrente.

Não obstante ser questionável a abrangência territorial dessas cláusulas, sendo imprescindível, portanto, a análise casuística de cada abordagem exacerbada de trabalhador pela concorrência, é importante que o Brasil lance mão de tais expedientes sob pena de permanecer enfraquecido perante outras economias estrangeiras, inclusive já organizadas em blocos econômicos para se protegerem contra essa prática de aliciamento.

Tendo em vista que, no Brasil, esses instrumentos jurídicos ainda são utilizados essencialmente por livre iniciativa dos empresários, pode-se vislumbrar a exploração por parte do governo brasileiro para a elaboração de políticas mais consistentes para impedir o aliciamento

de empregados, tal como ocorreu no caso do art. 206 do Código Penal. É importante lembrar que, em relação a essa abordagem criminal, é clara a deliberação do Estado para impedir o uso de meios ardis e fraudulentos para apropriação de mão de obra alheia que efetive a transferência de mão de obra brasileira para o exterior. Entretanto, é preciso que o Brasil vá além. Se o mundo, principalmente a União Europeia, tem estimulado o debate sobre tais instrumentos e seus impactos na flexibilização da economia, o Brasil não pode fechar os olhos para essas possibilidades, sob pena de facilitar a migração de trabalhadores e de empresas para outros mercados, dificultar o desenvolvimento da economia local, porém globalizada, e impedir o desenvolvimento nacional e manutenção da mão de obra especializada no país, principalmente do empregado altamente especializado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem exacerbada de trabalhadores altamente qualificados por concorrentes, para fins de contratação vem integrando matérias jornalísticas para explicitar a vulnerabilidade de algumas empresas ou sociedades brasileiras na possível perda de seus ativos intelectuais detidos por seus trabalhadores. Mesmo reconhecendo o impacto para a competitividade da indústria brasileira, inexistem estudos sobre essa abordagem ou da prática, também, denominada “aliciamento de empregados” ou que venham a definir e identificar os seus elementos.

Mesmo não parecendo ser promotora de fluxos migratórios em massa ou inexistindo registro de quantos casos migratórios decorrem dessa prática, o “aliciamento de empregados” ou mesmo a prática realizada na concorrência ou para fins migratórios podem ser nefastos. A subtração de empregados altamente qualificados pode ser acompanhada de conhecimentos competitivos do concorrente, normalmente na forma de informações confidenciais. Isso significa que a integração do empregado aliciado na concorrência parece ser um passo anterior à apropriação de conhecimentos competitivos.

Por outro lado, indaga-se se quais seriam as abordagens de empregados com oferecimento de melhores condições de trabalho classificadas como “aliciamento de empregado” e/ou envolvendo a deslealdade comercial. A fixação dos elementos formadores do aliciamento

to de trabalhadores e, conseqüentemente, a sua definição tornaram-se relevantes em vista das imprecisões decorrentes do uso corriqueiro desta prática e exploração na mídia impressa. Além disso, inexistem convenções, acordos ou protocolos internacionais específicos sobre a matéria.

Pelo trabalho exposto, o “aliciamento de empregados” apresenta diversas definições e interpretações decorrente da abordagem diferenciada outorgada pelo Código Penal, Código Comercial e Código Civil. Cada legislação aborda o aliciamento sob uma perspectiva diferente. As legislações infraconstitucionais, principalmente os tipos penais presentes nos arts. 206, 207, incisos IX e X do art. 195 da Lei 9.279/96 explicitam esses elementos, as características, bem como a configuração de finalidades específicas exigidas pela lei. Não obstante, não são capazes de preencher as lacunas e imprecisões no tratamento do aliciamento de empregado, face ao atual nível de competitividade dos empresários e concorrência no mercado brasileiro. Quanto mais intensa a concorrência, mais imprecisos os elementos caracterizadores e mais relevante passa a ser a análise casuística dos fatos alegados e apresentados para a caracterização do aliciamento.

Torna-se indispensável, assim, que a abordagem exacerbada de empregados seja analisada casuisticamente, relevando questões relacionadas à concorrência, ética ou moral comercial e costumes do comércio internacional, principalmente quando empregado altamente qualificado for aliciado por empresas brasileiras afiliadas de empresas estrangeiras.

Não obstante, foi possível identificar no presente trabalho os elementos essenciais e formadores do “aliciamento de empregados”. Conclui-se, também, que o aliciamento de trabalhadores pode ser classificado como uma nova forma de apropriação de informações confidenciais e privilegiáveis de empresas, principalmente aquelas situadas nos países subdesenvolvidos. Por meio do assédio, sedução e recrutamento de empregados intelectuais e detentores de Informações confidenciais, empresários estrangeiros, principalmente as multinacionais podem adquirir conhecimentos relevantes e comprometer a competitividade de concorrentes. Portanto, o aliciamento de trabalhadores é um tema relevante no comércio internacional e concorrência.

Com a definição da prática, foi concedida atenção especial para os instrumentos jurídicos e aqueles meca-

nismos contratuais auxiliares, que podem ser utilizados pelos empresários para reduzir a vulnerabilidade decorrente do “aliciamento de empregado” e frear a apropriação indevida de informações competitivas confidenciais por meio da contratação de trabalhadores intelectuais relevantes. Neste ponto, ressaltam-se as obrigações de confidencialidade assumidas pelo empregado altamente qualificado, o pacto de não concorrência e a “cláusula de não solicitação”. Este último mecanismo jurídico é encontrado no Código do Trabalho de Portugal, não tendo sido testado no território brasileiro, por meio de negociações entre empregador/empregados e dos pactos contratuais.

Acredita-se que esse trabalho serve como ponto de partida para um estudo mais aprofundado sobre o “aliciamento de empregado” como elemento relevante para identificar os motivos de processos migratórios de mão de obra especializada, principalmente nesse ambiente de mercado globalizado em que vivemos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Patricia Maria da Silva. *Uso de marcas como indicadores estatísticos de ciência e tecnologia: estudo de casos das marcas coletivas no Brasil*. Disponível em: <<http://nbcgib.uesc.br/nit/ig/app/papers/0315093107138519.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

BARROS, Alberto da Rocha. *Origens e evolução da legislação trabalhista*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1969.

BARROS, Cássio de Mesquita. Cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho. *Revista do Instituto dos Advogados*, São Paulo, v. 8, p.326, jul./dez. 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva. 2001. V.7.

BROWNE, Benny. Brain-power: Use it or lose it! *Les Nouvelles*, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria prática da concorrência desleal*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

COLNAGO, Rodrigo. *Direito penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DELBIN, Gustavo Normanton; RIBEIRO, André de Melo. Empréstimo de atletas e a cláusula de não-concorrência. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 13, p. 600, out./dez. 2009.

- DELMANTO, Celso. *Crimes de concorrência desleal*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1975.
- ERIKSON, Kenneth Paul. *Sindicalismo no processo político do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1979.
- FISCHER, Georges Charles. Trade Secrets Protection in Brazil. *Les Nouvelles*, dez. 1987.
- GODINHO, Manuel Mira; MENDONÇA, Sandro; PEREIRA, Tiago Santos. Trademarks as an indicator of innovation and industrial change. *Research Policy*, v. 33, n. 9, p. 1385, 2004.
- GRAU-KUNTZ, Karin. Da defesa da concorrência. *Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 9, p. 502, jan. 2002.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 9. ed. Niterói: Impetus, 2013. v. 3.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 8.
- JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MARTINS, Heloisa Helena Teixeira de Souza. *O estado e a burocratização do sindicato no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1989.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1985.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Policy coherence for development 2007: migration and developing countries*. Paris: OECD, 2007.
- PIERANGELI, José Henrique. Crimes de concorrência desleal: Lei 9.279, de 14.05.1996, Art. 195. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano 86. v. 738, 1997.
- REALE JUNIOR, Miguel. Concorrência desleal e interesse difuso no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, n. 49, p. 5-13, 1993.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Doutrina do terceiro cumplice: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 821, n. 919, mar. 2004.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SANTOS, Américo Ramos dos Santos. *Transferência inversa de tecnologia: conceitos e características principais*. Disponível em: <<http://analisesocial.ics.ul.pt/docmentos/1223461920T1jLY7de5Xm57DU0.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2016.
- SCHRICKER, Gerhard. Twenty-five years of protection against unfair competition. *International Review of Competition Law*, v. 26, n. 6, 1995.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.2.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v.3.
- XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- KAPCZYNSKI, Amy. The access to knowledge mobilization and the new politics of intellectual property. *Yale Law Journal*, v. 804. p. 803-885, 2007.
- ZAHREDDINE, Danny; REQUIÃO, Ricardo Bezerra. Brasil e o regime internacional de proteção aos trabalhadores migrantes. In: ANUÁRIO DE DIREITO INTERNACIONAL, 9. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Brasil-e-o-Regime-Internacional-de-Prote%C3%A7%C3%A3o-aos-Trabalhadores-Migrantes.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2016.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

The easier way to have “better law”? The most-significant-relationship doctrine as the fallback conflict-of-law rule in the people’s republic of china

Chi Chung

The easier way to have “better law”? The most-significant-relationship doctrine as the fallback conflict-of-law rule in the people’s republic of china*

Chi Chung**

ABSTRACT

Examining statutory law and its application in the People’s Republic of China, this article questions the idea that standards are the easier way for a jurisdiction to have “better law,” and cautions against the questionable exercise of official discretion, ostensibly authorized by law in the form of a standard. The PRC’s conflict-of-law statute came into effect in 2011. Article 2, Section 2 sets the most-significant-relationship doctrine as the fallback rule for the entire choice-of-law field. In other words, when no other choice-of-law rule is applicable in a particular case, a people’s court of the PRC will apply the law of the place that the PRC court deems to have the most significant relationship with the immediate case. Some scholars have considered Article 2, Section 2 an important innovation. However, as demonstrated by this Article, since Article 2, Section 2 took effect in 2011, it has been applied in a questionable manner. Drawing on the rule-versus-standard literature, this article cautions against the questionable exercise of official discretion, ostensibly authorized by law in the form of a standard.

Keywords: conflict of law rule, choice of Law, China

1. INTRODUCTION

By examining a statutory law and its application in the People’s Republic of China,¹ this article questions the idea that standards are the easier way for a jurisdiction to have “better law,” and cautions against the questionable exercise of official discretion, ostensibly authorized by law in the form of a standard. Article 2, Section 2 of the PRC’s conflict-of-law statute,² effective since 2011, sets the most-significant-relationship doctrine as the fallback³ rule for the entire choice-of-law field. In other words, when no other choice-

1 This article discusses the law of the People’s Republic of China (PRC), not the law of the Republic of China (ROC) on Taiwan. For more background and discussion on the relationship between the PRC and the ROC, see e.g., CHI, Chung. International law and the the extraordinary interaction between the people’s Republic of China and the Republic of China on Taiwan. *Indiana International and Comparative Law Review*, v. 19, n. 2, p. 233-322, 2009.

2 For more discussion of the PRC’s conflict-of-law statute, see e.g., BASEDOW, Jürgen; PIBLER, Knut B (Ed). Private international law in Mainland China, Taiwan and Europe. Tubingen: Mohr Siebeck, 2014.

3 I choose the word “fallback” as the translation of the Chinese phrase “兜底” (dou di). See e.g., LIU, Xiangshu. On the Closest Connection Principle as a Judicial Principle (*lun zui miqie lianxi de sifa yuanze hua*), *Modern Law Science (xiandai faxue)*, v. 34, p.132, 2012. The word “fallback” is also used by Joseph Singer, a scholar in the United States; see *infra* note 54 and accompanying text.

* Recebido em 18/04/2015
Aprovado em 30/03/2016

** Assistant Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica, Taiwan; S.J.D. and LL.M., Harvard Law School; LL.B., National Taiwan University. E-mail: cchung@gate.sinica.edu.tw

-of-law rule is applicable in a particular case, a people’s court of the PRC will apply the law of the place that the PRC court deems to have the most significant relationship with the immediate case. Some scholars considered Article 2, Section 2 an important innovation. However, as demonstrated by this article, since Article 2, Section 2 took effect in 2011, it has been applied in a questionable manner. Drawing on the rule-versus-standard literature, this article cautions against the questionable exercise of official discretion ostensibly authorized by law in the form of a standard. Put differently, it may seem reasonable to distill the abstract idea that the most-significant-relationship doctrine animates the whole field of choice of law, but such an abstract idea should be refined to suit the needs of a contemporary society for certainty and predictability.

The phrase “better law” in the title of this article warrants more explanation. In the United States, the phrase “better law” was used in debates in the 1980s on the choice-of-law methodology.⁴ This article uses the phrase “better law” to refer to the degree to which a particular legal rule is desirable. As will be argued in the following pages, there is no easier way to design a desirable legal rule.

2. THE PRC’S FALLBACK CONFLICT-OF-LAW RULE

For the purpose of building a legal system after its Cultural Revolution,⁵ the PRC rapidly enacted many statutes and promulgated many regulations, created government institutions to make and apply the law, and educated a significant number of lawyers.⁶ To shorten the learning curve, the PRC has looked to other states for example and advice, and some foreign states and individuals do offer advice to the PRC.⁷ Although ad-

vised by foreigners, the PRC undoubtedly has the final say on the design of its own legal institutions and has to make its own decisions, of which the most-significant-relationship doctrine is a vivid example.

2.1. The “Innovative” Statutory Fallback Rule

Scholars and officials in the PRC did not invent the most-significant-relationship doctrine; instead, it is a well-established doctrine in the field of the choice of law.⁸ For example, in the United States, in Restatement (Second) of Conflict of Laws, § 6 “Choice-of-Law Principles,” published by the American Law Institute, consists of two subsections:

- (1) A Court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law.
- (2) When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include
 - (a) the needs of the interstate and international systems,
 - (b) the relevant policies of the forum,
 - (c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue,
 - (d) the protection of justified expectations,
 - (e) the basic policies underlying the particular field of law,
 - (f) certainty, predictability, and uniformity of result, and
 - (g) ease in the determination and application of the law to be applied.

ing for Legal Professionalism in the People’s Republic of China, in *East Asian Law: Universal Norms and Local Cultures* 182 (Arthur Rosett et al. eds., 2003); Jacques deLisle, *Lex Americana?: United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post-Communist World and Beyond*, 20 *U. Pa J. Int’l Econ. L.* 179 (1999); Matthew C. Stephenson, *A Trojan Horse behind Chinese Walls? Problems and Prospects of U.S.-Sponsored ‘Rule of Law’ Reform Projects in the People’s Republic of China*, 18 *UCLA Pac. Basin L.J.* 64 (2000) (describing foreign legal assistance and its accompanying problems).

8 Although the most-significant-relationship doctrine is well established in the field of choice of law, it was not the approach adopted in the First Restatement. See e.g., RICHMAN, William M; REYNOLDS, William L. *Understanding Conflict of Laws*. 3. ed. rev. Lexisnexis, 2002. p. 182-83, 205-09.

4 See *infra* notes 56 and accompanying text.

5 For more about the PRC’s Cultural Revolution, see e.g., MAC-FARQUHAR, Roderick; SCHOENHALS, Michael. *Mao’s Last Revolution*. Harvard: Harvard University, 2006).

6 See e.g., *The Evolution of Law Reform in China: An Uncertain Path* (Stanley B. Lubman ed., 2012); Stanley B. Lubman, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao* (1999); Jianfu Chen, *Chinese Law: Context and Transformation* (2008); Pitman B. Potter, *China’s Legal System* (2013); *Law and Institutions of Modern China* (Sanzhu Zhu ed., 2011); Ronald C. Keith et al. eds., *China’s Supreme Court* (2014).

7 See e.g., William P. Alford, *Of Lawyers Lost and Found: Search-*

Despite its well-established status, the most-significant-relationship doctrine as stipulated in Article 2, Section 2 of the PRC’s conflict-of-law statute (effective since 2011), is unique in setting the most-significant-relationship doctrine as the fallback rule for the entire field of the choice of law. When no other choice-of-law rule is applicable in a particular case, a PRC court applies the law of the place that the PRC court deems to have the most significant relationship with the immediate case.⁹

The PRC’s conflict-of-law statute (effective since 2011) is the Law of the People’s Republic of China on Application of Laws to Foreign-Related Civil Relations¹⁰ (*zhonghua renmin gonghe guo shewai minshi guanxi falu shiyong fa*; hereafter referred to as the Statute on FRCR). The Statute on FRCR was promulgated by the Standing Committee of the National People’s Congress (*quanguo renmin daibiao dahui changwu weiyuan hui*), and made public by Order No. 36 of the President of the People’s Republic of China on October 28, 2010.¹¹ It went into effect on April 1, 2011.¹²

The Statute on FRCR consists of eight chapters: (1) general provisions; (2) subjects of civil relations;¹³

(3) marriage and family; (4) succession; (5) property rights; (6) creditor’s rights; (7) intellectual property rights; and (8) supplementary provisions. Article 2 consists of two sections. Section 1 states that “Laws applicable to foreign-related civil relations shall be determined in accordance with this Law,” and that “provisions on the application of laws to foreign-related civil relations otherwise prescribed in other laws shall prevail.” Section 2 states that “In the absence of provisions on the application of laws to foreign-related civil relations as prescribed in this Law and other laws, laws having the most significant relationship with the foreign-related civil relation in question shall apply.”

According to Mo Zhang, associate professor at the Temple University School of Law, the most-significant-relationship doctrine, sometimes referred to as the closest connection principle in the relevant literature, was first introduced in the PRC as a choice of law rule in the PRC’s 1985 Foreign Economic Contract Law.¹⁴ The 1985 Foreign Economic Contract Law was later replaced by the Contract Law.¹⁵ The 1986 Civil Code, meanwhile, applied the most-significant-relationship doctrine to family maintenance.¹⁶ The PRC’s 1999 Contract Law also provides that, where the parties have not chosen a law to apply in contractual disputes, the law of the country to which the contract is most closely connected shall apply.¹⁷ Although the most-significant-relationship doctrine was previously part of the PRC’s law, it was not the fallback rule for the entire field of choice of law until the 2011 enactment of the Statute on FRCR.

Some scholars claim that the PRC’s enactment of the Statute on FRCR made a significant contribution to legal scholarship by designating the most-significant-relationship doctrine the fallback rule for the entire field of choice of law. For example, Guangjian Tu, assistant professor at the School of Law, University of Macau opines that “[o]ne of the most important innovations found in this new legislation is that the clo-

9 It should be noted that Article 2, Section 2 is not the only occurrence of the most-significant-relationship doctrine in the Statute. Article 6 states, “In the event that laws of a given foreign country apply to the foreign-related civil relation in question, if different regions of the foreign country are governed by different laws, laws of the region having the most significant relationship with the foreign-related civil relation shall apply.” Article 19 states, “In the event that *lex patriae* applies in accordance with this Law, where a natural person has two (2) or more nationalities, *lex patriae* of the country with his/her habitual residence shall apply; where no country of nationality has his/her habitual residence, *lex patriae* of the country having the most significant relationship with him/her shall apply. In the case of stateless natural persons or natural persons without clear nationality, laws of their habitual residence shall apply.” Article 39 states, “In the case of marketable securities, laws of the place of realization of the rights of such securities or other laws having the most significant relationship with the securities shall apply.” Article 41 states that “The parties concerned may choose the laws applicable to a contract by agreement. Where the parties have made no such choice, laws of the habitual residence of the party whose performance of obligations best reflects the characteristics of the contract or other laws having the most significant relationship with the contract shall apply.”

10 THE TRANSLATION was done by Westlaw China (*Wan Lu*). Available: <<http://www.westlawchina.com/>>. Access on: 19 Mar. 2016), a commercial publisher. The translation is not official and has no legal effect. Only the Chinese version is legally binding.

11 The President of the People’s Republic of China, on October 28, 2010, was Hu Jintao. See also supra note 10.

12 See supra note 10.

13 Westlaw China translates the title of the second chapter—*Min-*

shi Zhuti—as “civil subjects.” See supra note 10. I think “subjects of civil relations” would be a better translation.

14 ZHANG, Mo. Codified choice of law in china: rules, processes and theoretic underpinnings. *Journal of International Law and Commercial Regulation*, North Carolina, v. 37, n. 1, p. 83-101, 2011.

15 YU Shuhong; XIAO Yongping; WANG Baoshi. The closest connection doctrine in the conflict of laws in China, v. 8, n.2, p. 423-439, June 2009.

16 ZHANG, supra note 15.

17 ZHANG, supra note 15.

sest connection test has been expressly established as a salient principle for the whole system.”¹⁸ To consider another example, Mo Zhang, associate professor at the Temple University School of Law, opines that “[i]n contrast to previous choice of law legislation in China, the Choice of Law Statute [i.e. the Statute on FRCR] raises the level of importance of the ‘closest connection’ rule from a specific provision to a principle of general application.”¹⁹

Although Tu recognizes Article 2, Section 2 of the FRCR as one of the most important innovations, he had reservations about its application in the PRC courts:

While it may be true, as many said during the reading of the drafts, that the introduction of the closest connection principle as basic to the whole system is the modern trend, one may question how effectively this test can be applied by courts in practice. Given that Chinese judges are normally not experienced in dealing with foreign-related cases, it was argued, and has been shown, that this test has been applied unsatisfactorily in the context of contract law where China first introduced it. The expansion of this open-ended test would surely be a challenge for many inexperienced Chinese judges when confronted with foreign-related cases.

In a 2009 article in Chinese Journal of International Law, three scholars teaching in the Law School of Wuhan University, China, suggested that the PRC, in its future legislation, should “adopt the closest connection doctrine [i.e., the most-significant-relationship doctrine] as a general principle.”²⁰ Their suggestion, however, was not based on a positive assessment of the performance of the closest connection principle in Chinese courts. Instead, they offer a rather scathing criticism of the closest connection principle as applied in PRC courts:²¹

Generally Chinese courts decide the country of closest connection based on contacts counting. The Chinese courts usually list the contacts with China. They neither study the contacts with other countries nor compare the quality and weight of each contact. Furthermore, there is a “forum-oriented” tendency in Chinese judicial practice. The above-mentioned cases

demonstrate that forum law is usually applied under the closest connection rule...

After this criticism, however, the three authors offer a short paragraph that purports to justify the PRC courts’ practice:²²

In addition to the reason of promotion of national interests, the application of the *lex fori* can usually be justified by other interests. Sometimes it is argued that the *lex fori* provides the best results for the parties from the point of view of substantive law. It may also have procedural advantages. Therefore, the application of this rule usually leads to the application of Chinese law in practice.

Then, the three authors state that “[t]he closest connection doctrine [the most-significant-relationship doctrine] plays a very important role in Chinese law”²³ and that “[w]e take the view that this rule may be taken as a general principle on the choice of law in future Chinese legislation.”²⁴

2.2. The Cases Where the Fallback Rule Was Applied

Since 2011, the year in which Article 2, Section 2 took effect, it was applied in approximately a dozen cases.²⁵ In the following pages, I will divide these cases into three categories.

The first category concerns foreign-related contracts to which Article 41 of the FRCR (instead of Article 2, Section 2) should have been applied. In a representative case concerning a franchise contract, the plaintiff was a corporation in Shanghai City and the defendant was a resident of Taiwan.²⁶ The court found that the plaintiff and defendant signed a franchise contract (*chengbao jingying xieyi*) on December 31, 2010, in which the plaintiff authorized the defendant to operate its photography department, offered a house for the operation, and

22 See YU et al., supra note 16, at 437.

23 See YU et al., supra note 16, at 437.

24 See YU et al., supra note 16, at 437.

25 As the PRC has no centralized reporting system for court cases, I have to rely on databases created by the private sector. When using Westlaw China (*wanlu*) with “the FRCR” (*shevai minshi guanxi falu shiyong fa*) and “the closest connection” (*zui miqie lianxi*) as keywords, only a few cases mention Article 2, Section 2 of the FRCR.

26 Chang Min Er Shang Chu Zi Judgment N. 26 (People’s Ct. of the Changning District, Shanghai City, June 12, 2012) *Lawyee*. Available in: <<http://www.lawyee.net>>. Access: Fe. 13, 2016). (P.R.C.).

18 TU, Guangjian. China’s new conflicts code: general issues and selected topics. *American Journal of Comparative Law*, v. 59, n. 2, p. 563-590, spring 2011. p. 566.

19 See ZHANG, supra note 15, 101-102 (2011).

20 See YU et al., supra note 16.

21 See YU et al., supra note 16, at 436-37.

received from the defendant RMB\$1,500,000 annually. The defendant defaulted on the contract in September 2011 and the plaintiff sued the defendant on December 27, 2011. The court’s analysis of the choice-of-law issue was short. The court stated that “the current case is a Taiwan-related business franchise contract dispute,”²⁷ that “the place of performance as stipulated in the contract between plaintiff and defendant is Shanghai City,”²⁸ and that “in accordance with the closest connection principle... the law of the People’s Republic of China should be applied in the current case.”²⁹ Then, at the end of the judgment, the court cited Article 2, Section 2 of the FRCR, instead of Article 41.

As stated earlier, Article 2, Section 2 of the FRCR is a fallback rule, applicable only when no other choice-of-law rule applies. Instead of applying Article 2, Section 2, the PRC court should have applied Article 41 of the FRCR. Certainly, the most-significant-relationship doctrine appears in Article 41 as a directive for PRC courts when the parties to the contract do not choose the applicable law by mutual agreement.³⁰ Nonetheless, the most-significant-relationship doctrine in Article 2 and that in Article 41 are different in terms of their scope and effects. The same problem also appears in a judgment delivered by the First Intermediate People’s Court of Shanghai City³¹ and a judgment delivered by the High People’s Court for Fujian Province.³² In a judgment delivered by the People’s Court of the Changning District, Shanghai City, in 2013, the court cited both Article 2 and Article 41, but this contradicts their irreconcilable language.³³ The correct³⁴ approach, I suggest, is to cite

only Article 41 when choosing the applicable law for foreign-related contracts. In fact, the PRC courts have done so in a number of judgments.³⁵

The second category concerns disputes arising from share transfers (*guquan zhuanrang jiu fen*). In a judgment delivered on October 14, 2011, the High People’s Court of Tianjin applied Article 2, Section 2 of the FRCR as a critical step in its choice-of-law analysis.³⁶ In this case, the plaintiff sued a corporation (hereafter referred to as the defendant-corporation) and its sole (*duyi*) shareholder (hereafter referred to as the defendant-shareholder), claiming that the plaintiff, instead of the defendant-shareholder, was the sole shareholder of the defendant-corporation. The court stated that, because one of the defendants was incorporated in the State of Samoa (*samoya dili guo*), the subject (*zhuti*) was foreign-related³⁷ and that, therefore, jurisdiction and choice-of-law issues should be decided in accordance with the rules that govern foreign-related civil relations. The court added that the case was a “dispute about the shareholder status”³⁸ and opined that “no choice-of-law rules exist for that type of legal relationship in the law of our country.”³⁹ The court, therefore, applied Article 2, Section 2 of the FRCR, stating that because the plaintiff and defendant-corporation were “resident in the People’s Republic of China,”⁴⁰ the law of the People’s Republic of China should be applied. The court ruled against the plaintiff due to lack of sufficient evidence.

The court’s reasoning in this instance is questionable. Article 14, Section 1 of the FRCR provides that:

[l]aws of the registration place shall apply to the capacity for civil rights, capacity for civil conduct, organization structure, shareholders’ rights and obligations and other matters of a legal person and the branch offices thereof.⁴¹

27 The original text is as follows: *ben an xi shetai qiye chengbao jingying betong jiu fen*.

28 The original text is as follows: *yin yuan bei gao shuang fang betong luxing di zai shanghai shi*.

29 The original text is as follows: *gu genju zhui miqie lianxi yuanze . . . ben an yingdang shiyong zhonghua renmin gonghe guo falu*.

30 See supra note 9 for the language of Article 41 of the FRCR.

31 Hu Yi Zhong Min Si Shang Zhong Zi Judgment No. S2132 (The First Intermediate People’s Ct. of Shanghai City, February 21, 2014) *Westlaw China (wanlu)*. Available in: <<http://www.westlawchina.com>>. Access: Feb. 13, 2016 (P.R.C.).

32 Min Min Zhong Zi Judgment No. 190 (High People’s Ct. of Fujian Province, May 17, 2011) *Westlaw China (wanlu)*, Available in: <<http://www.westlawchina.com>>. Access: Feb. 13, 2016 (P.R.C.).

33 Zhang Min Er Shang Chu Zi Judgment No. S808, (People’s Ct. of the Changning District, Shanghai City) *Westlaw China (wanlu)*. Available in: <<http://www.westlawchina.com>>. Access: Feb. 13, 2016 (P.R.C.).

34 The word “correct” is chosen to denote the range of interpretation permitted by the language of Articles 2 and 41. I am not urging a strict style of reasoning by the method of deduction.

35 An example is: Pu Min Er Shang Chu Zi Judgment No. S292 (People’s Court of the Putuo District, Shanghai City) *Westlaw China (wanlu)*. Available in: <<http://www.westlawchina.com>>. Access: Feb. 13, 2016 (P.R.C.).

36 Jin Gao Min Si Zhong Zi Judgment No. 28 (High People’s Ct. of the Tianjin City, October 14, 2011) *Westlaw China (wanlu)*, Available in: <<http://www.westlawchina.com>>. Access: Febr. 13, 2016 (P.R.C.).

37 The word “foreign-related” in Chinese is as follows: *juyou shewai yinsu*.

38 The original text is as follows: *gudong zige queren jiu fen*.

39 The original text is as follows: *gaizhong falu guanxi de zhunju fa shiyong woguo falu meiyou xiangying de chongtu guifan yuyi guiding*.

40 The original text is as follows: *zhusuo di junzai zhonghua renmin gonghe guo jingnei*.

41 This is the translation provided by Wanlu, the commercial publisher, and therefore not legally binding. The Romanization of

The plaintiff sued the defendants—a corporation and its sole shareholder—to assert his rights and obligations as the sole shareholder of one of the defendants. This fits well with the language of Article 14, Section 1 of the FRCR. Even though the plaintiff sought to assert his rights as a shareholder of the defendant-corporation, the defendants disputed this status. This may have affected the PRC court’s decision on whether Article 14, Section 1 could be applied. Nonetheless, it would be better if such issues were explicitly discussed in the judgment. Four other judgments have been rendered that apply Article 2, Section 2 of the FRCR in a similar fashion.⁴² In one judgment between a Japanese buyer and a Japanese seller of the shares of a corporation that was incorporated in the PRC, PRC law was determined to be applicable on the basis of Article 41 of the FRCR rather than on the basis of Article 2 of the FRCR.⁴³ As noted earlier, Article 41 applies to disputes that arise from contractual relationships; therefore, in applying Article 41, the PRC court characterized the case as one arising from a contractual relationship. In other words, since the PRC court found a rule in the FRCR that could be applied, it did not apply Article 2, the fallback rule.

The third category concerns the characterization issue. In a judgment delivered by High People’s Court for Beijing City, the plaintiff (creditor) claimed that the defendant, as a controlling shareholder of the corporation (debtor), hurt the rights of the plaintiff.⁴⁴ The

plaintiff relied on Article 20 of the PRC’s Corporation Law; the court asserted that, in accordance with Article 2, Section 2 of the FRCR, the PRC law was most closely connected to the case and should, therefore, be applied. The reason that Article 2, Section 2 of the FRCR was needed, in the opinion of this article, is that the court cannot comfortably characterize the case and also apply the choice-of-law rules set out in the FRCR. Since the loan contract existed between the plaintiff and the corporation, not between the plaintiff and the defendant, it was less possible for the court to characterize the case as a contract and then apply Article 41. However, it is not so unimaginable to characterize the case in such a way that the choice-of-law rules in the FRCR may be readily applicable. If the court characterizes the case as one for tort liabilities, then it should apply Article 44 of the FRCR. If it characterizes the case as one of shareholder’s obligations, then it should apply Article 14. In accordance with PRC law, pursuant to Article 8 of the FRCR, should have been decided upon such characterization issues, by the High People’s Court for Beijing City. Instead, the High People’s Court for Beijing City chose to resort to Article 2, Section 2; the judgment itself does not explain how the court addressed the characterization issue, and, by extension, why Articles 44 and Article 14 cannot be applied.

In short, Article 2, Section 2 and its current application by the PRC’s courts does not seem consistent. The lessons that we may derive from Article 2, Section 2 and its current application by the PRC’s courts, however, are deeper and broader.

3. BETWEEN STANDARDS AND RULES

3.1. Standards and Rules Abstractly Compared

The earliest scholarship comparing standards and rules seems to be that published by Roscoe Pound in 1922.⁴⁵ Pound was concerned with the application of

Article 14, Section 1 is as follows: faren ji qi fenzhi jigou de minshi quanli nengli minshi xingwei nengli zhzhi jigou gudong quanli yiwu deng shixiang shiyong dengji di falu.

42 Yu Gao Fa Min Zhong Zi Judgment No. 119 (High People’s Court for Chongqing City, September 19, 2011), Westlaw China (wanlu), Available in: <<http://www.westlawchina.com>>. Access: Feb. 13, 2016 (P.R.C.); Da Min Si Chu Zi Judgment No. 32 (Intermediate People’s Court for Dalian City, Liaoning Province, January 22, 2013), Westlaw China (wanlu), Available in: <<http://www.westlawchina.com>>. Access: Feb. 13, 2016 (P.R.C.); Zhe Shang Wai ZHONG Zi Judgment No. 73 (High People’s Court for Zhejiang Province, November 28, 2013), Westlaw China (wanlu). Available in: <<http://www.westlawchina.com>>. Access: Feb. 13, 2016 (P.R.C.); Yue Gao Fa Min Si Zhong Zi Judgment No. 13 (High People’s Court for Guangdong Province, March 20, 2014), Westlaw China (wanlu). Available in: <<http://www.westlawchina.com>>. Access: Feb. 13, 2016 (P.R.C.).

43 Hu Yi Zhong Min Si Shang Zhong Zi Judgment No. S117 (First Intermediate People’s Court of Shanghai City, April 10, 2012), Westlaw China (wanlu). Available in: <<http://www.westlawchina.com>>. Access: Feb.13, 2016 (P.R.C.).

44 Gao Min Zhong Zi Judgment No. 1272 (High People’s Court for Beijing City, December 2013), *Westlaw China (wanlu)*. Available in: <<http://www.westlawchina.com>>. Access: Feb. 13, 2016 (P.R.C.).

45 The earliest discussion found by Louis Kaplow is in POUND, Roscoe. *An Introduction to the Philosophy of Law*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1922. p.115-123; KAPLOW, Louis. *Rules Versus Standards: an economic analysis*, *Duke Law Journal*. v. 42, p. 557-629, 1992. Pound was an important scholar in the United States and was influential in the Republican period of China. See e.g., KRONCKE, Jedidiah J. *Roscoe Pond in China: a lost precedent for the*

law and pointed out that “unless the word rule is used in so wide a sense as to be misleading, such a definition, framed with reference to codes or by jurists whose eyes were fixed upon the law of property, gives an inadequate picture of the manifold components of a modern legal system.”⁴⁶ Rules, he argued, are “definite, detailed provisions for definite detailed states of fact.”⁴⁷ He continued by proposing that, “three characteristics may be seen in legal standards:

(1) They all involve a certain moral judgment upon conduct. It is to be ‘fair,’ or ‘conscientious,’ or ‘reasonable,’ or ‘prudent,’ or ‘diligent.’

(2) They do not call for exact legal knowledge exactly applied, but for common sense about common things or trained intuition about things outside of everyone’s experience.

(3) They are not formulated absolutely and given an exact content, either by legislation or by judicial decision, but are relative to times and places and circumstances and are to be applied with reference to the facts of the case in hand.”⁴⁸

Turning to choice-of-law scholarship, Professor Willis L.M. Reese, a Columbia University professor and Reporter for Restatement (Second) of Conflict of Laws, wrote in 1972 that “[t]he principal question in choice of law today is whether we should have rules or an approach.”⁴⁹ Reese defines a “rule” as a “a formula which once applied will lead the court to a conclusion”⁵⁰ and an “approach” as “a system which does no more than state what factor or factors should be considered in arriving at a conclusion.”⁵¹ Reese stresses that the time for precise rules has not come for certain areas:⁵²

All that can presently be done in these areas [where the difficulties and complexities involved have prevented the courts from formulating a precise rule] is to state a general principle, such as application of the local law “of the state of most significant relationship”, which provides some clue to the correct approach but does not furnish precise answers. In these areas, the courts must look in each case to the underlying factors themselves in order to arrive at a decision which will best accommodate them.

Discussing the relationship between policy and law and urging courts to develop rules that best accommodate multistate and local law policies Willis Reese wrote the following in 1972:⁵³

Policies underlie and are responsible for all rules of law. It is the policy which first comes to light. Thereafter, the policy may be embodied in a statute or it may be given effect by judicial decision. Policies are difficult to apply in their raw state, since their proper range of application may be uncertain. Even more importantly, a policy rarely stands alone; there will usually be one or more countervailing policies and consequently there will be the problem of determining the extent to which one policy should be furthered at the expense of another. The task of defining the policy’s scope of application or of providing proper accommodation for conflicting policies bears close analogy to the choice of law problem of determining how best to accommodate multistate and local law policies, including the question of which state has the greatest concern in the decision of the particular issue. In at least most areas of the law, the constant aim of the courts has been to translate policies into rules as quickly as possible for the reason, among others, that rules are more precise and hence provide greater certainty and predictability than do policies and also are far easier for the courts to apply. Should the aim of the courts not be the same in choice of law?

No, scholars and legislators in the PRC do not compare rules and policies in the way Reese did; they simply have not discussed the subject that way. In order to ex-

liabilities of American legal exceptionalism. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 38, n. 1, p.1-67, 2012. Pound’s discussion of rules and standards dates back to the Roman jurist Cicero.

46 POUND, supra note 46, at 115.

47 POUND, supra note 46, at 115.

48 POUND, supra note 46, at 118.

49 REESE, Willis L. M. *Choice of Law: rules or approach*. *Cornell Law Review*, v. 57, n. 3, p. 315-334, Feb. 1972. p. 318-319.

50 See REESE, supra note 50, at 315.

51 See REESE, supra note 50, at 315.

52 As set out earlier, Section 6 of the Restatement (Second) lists a number of factors that a court should consider when deciding the choice-of-law issues. In the “Comment on Subsection (2),” the Reporter of the Second Restatement states the following:

Those chapters in the Restatement of this Subject which are concerned with choice of law state the rules which the courts have evolved in accommodation of the factors listed in this Subsection. In certain areas, as in parts of Property (Chapter 9), such rules are

sufficiently precise to permit them to be applied in the decision of a case without explicit reference to the factors which underlie them. In other areas, such as Wrongs (Chapter 7) and Contracts (Chapter 8), the difficulties and complexities involved have as yet prevented the courts from formulating a precise rule, or series of rules, which provide a satisfactory accommodation of the underlying factors in all of the situations which may arise.

53 See supra note 50, at 318-19.

plain their difference, I propose the following hypothesis: Scholars and legislators in the PRC are tasked with designing rules, not making policies. First of all, PRC courts cannot “translate policies into rules” as courts in the United States do. Secondly, policymaking in the PRC remains more sensitive than “rule-designing” or “rule-applying.” Given the above-mentioned absence of precise rules on some issues, it seems reasonable to design Article 2, Section 2 of the FRCR to provide a fallback rule for the entire field of choice of law.

Moreover, scholars and legislators in the PRC are not alone in proposing a fallback rule for the entire field of choice of law. Joseph William Singer, a professor at Harvard Law School, wrote in 1991 that, since choice law is not likely to construct “principles that will govern all kinds of cases,”⁵⁴ it is crucial to have a fallback position when no principle applies to govern the case.⁵⁵ In an article published in 1989, Joseph William Singer, a professor at Harvard Law School, argued that the difference between rules and standards, albeit significant, is “much less than is commonly supposed; whatever method we adopt in real world disputes will necessarily combine rules and standards.”⁵⁶ On the one hand, Singer argued that rule systems require standards, since rule systems create characterization problems, cannot be comprehensive, work only as long as they accord with contemporary notions of social justice, and employ standards as exceptions or as supplements.⁵⁷ At the same time, he argued that standards generate rules through both the development of case law over time and the practice of law by lawyers.⁵⁸

Singer, therefore, argued for a “better law” approach for adjudicating conflict-of-law cases. Singer’s argument rests on two bases. The first is a factual one. Singer argued that “most courts consider, either explicitly or implicitly, which set of applicable laws is better as a matter of social policy and justice.”⁵⁹ The second basis rests on a combination of factual and normative dimensions.

Singer argued that “there is no way to determine the basic policy of an entire field of law, like torts or contracts, without making value judgments about which substantive policies should be favored; that is, without identifying the better law.”⁶⁰ Put differently, the better law approach directs judges to consider, when adjudicating conflict-of-law cases, which set of applicable laws is better as a matter of social policy and justice. Further, Singer is not alone in the academia to argue for the better law approach.⁶¹ Some scholars argue that, in terms of the forms of law, standards are better than rules. It should be noted, though, that Singer states that the debate between rules and standards is not as real or useful as it appears. Singer is also in support of the ideal of the rule of law. The simple statement that standards are better than rules runs the risk of oversimplification. However, when PRC law treats the most-significant-relationship doctrine as the fallback rule for the whole field of choice of law, and some scholars reach the conclusion that it is an “innovation,” they prefer standards to rules.

Value judgments, Singer argued, are necessary. As discussed earlier, the Second Restatement sets out the concept of “basic policies underlying the particular field of law.”⁶² Willis L. M. Reese, a professor at Columbia University and Reporter for Restatement (Second) of Conflict of Laws, wrote in 1982 that “the basic policy underlying most areas of torts is to afford compensation to the plaintiff and, thus, by reason of the prevalence of liability insurance, to spread the risk of loss.”⁶³ Reese also wrote in 1982 that “[t]he basic policy in the field of contracts is to protect the justified expectations of the parties.”⁶⁴ In 1989, Singer disagreed, holding that “the

54 SINGER, Joseph William. Facing real conflicts. *Cornell International Law Journal*, v. 24, p. 197-200, Spring, 1991.

55 SINGER, Joseph William. Facing real conflicts. *Cornell International Law Journal*, v. 24, p. 197-200, Spring, 1991.

56 SINGER, Joseph William. *Real Conflicts*. *Boston University Law Review*, v. 69, n. 3, Jan. 1989. p. 7-8. It should be noted that Singer used the word “we” to describe his colleagues in the United States, not conflict-of-law scholars in other places.

57 *Id.*, at 9-19.

58 *Id.*, at 19-22.

59 SINGER, Joseph William. A pragmatic guide to conflicts. *Boston University Law Review*, v. 70, p. 731-735, Nov. 1990.

60 SINGER, Joseph William. A pragmatic guide to conflicts. *Boston University Law Review*, v. 70, p. 731-735, Nov. 1990.

61 *Id.*, at footnote 14, Singer cites the following authorities: WEINBERG, Louise. On Departing from Forum Law. *Mercer Law Review*, v. 35, n. 595, p. 600-635, 1984. p. 600; WEINTRAUB, Russell. Commentary on the Conflict of Laws, §6.27, at 342-45. 3. ed. California: Foundation, 1986; REESE, Willis. The Law Governing Airplane Accidents. *Washington and Lee Law Review*, v. 39, n. 4, p. 1303-1323, Jan. 1982. p. 1305 (1982).

62 See Restatement (Second) of Conflict of Laws § 6(2)(e) (1971).

63 REESE, supra note 61, at 1305.

64 *Id.* Some of these policies are discussed by Reese, the Reporter of the Second Restatement, in the “Comment on Subsection (2)”:

Legislatures usually legislate, and courts usually adjudicate, only with the local situation in mind. They rarely give thought to the extent to which the laws they enact, and the common law rules they enunciate, should apply to out-of-state facts. When there are no adequate directives in the state or in the case law, the court will take account of the factors listed in this Subsection in determining the

law of torts represents a compromise between the policy of requiring people to compensate others when they harm them and the policy [of] allowing people to act freely without regard to the interests of others.”⁶⁵ Singer added that contract law constitutes “a compromise between the policy of regulating agreements as a way to promote social goals, protecting the actual—rather than the formally expressed—expectations of the parties or limiting the ability of powerful persons to coerce vulnerable persons to enter onerous arrangements.”⁶⁶ Singer also argued that states “do not have a shared policy, and it is misleading to pretend that they do.”⁶⁷

After identifying the policies that underlie these legal rules, Singer proposed that judges investigate which policies should prevail in the particular cases, explaining his reasons as follows:⁶⁸

The proper way to analyze the policies underlying the conflicting substantive laws in a conflicts case is to be generous and honest in recognizing the conflicting state and individual interests. We should recognize that one state’s compensation and deterrence policy conflicts with the other state’s policy of freeing actors from the threat of ruinous liability. One state’s policy of enforcing agreements conflicts with the other state’s policy of regulating its market arrangements to prevent undue coercion or to promote various social goals. We should recognize these conflicting interests first. Once we have done this, we can ask which policy should prevail in these kinds of cases, and why.

state whose local law will be applied to determine the issue at hand. Varying weight will be given to a particular factor, or to a group of factors, in different areas of choice of law. So, for example, the policy in favor of effectuating the relevant policies of the state of dominant interest is given predominant weight in the rule that transfers of interests in land are governed by the law that would be applied by the courts of the situs (see §§223-243). On the other hand, the policies in favor of protecting the justified expectations of the parties and of effectuating the basic policy underlying the particular field of law come to the fore in the rule that, subject to certain limitations, the parties can choose the law to govern their contract (see §187) and in the rules which provide, subject to certain limitations, for the application of a law which will uphold the validity of a trust of movables (see §§269-270) or the validity of a contract against the charge of commercial usury (see §203). Similarly, the policy favoring uniformity of result comes to the fore in the rule that succession to interests in movables is governed by the law that would be applied by the courts of the state where the decedent was domiciled at the time of his death (see §§260 and 263).

65 SINGER, *Real Conflicts*, supra note 56, at 46.

66 Id.

67 Id.

68 Id., at 48.

Although Singer based his analysis on the context of the United States, where there are inter-state conflicts between the laws of the states, his call for candid recognition of conflicting interests and policies resonates well internationally. While the context of this article differs from the context from which Singer drew his analysis, there are still conflicting interests and a tendency to mask these conflicting interests. In the court judgments discussed earlier, some PRC courts avoided applying the precise rules of the FRCR and chose to apply Article 2 instead. If it is a result of deliberate avoidance, then Article 2 serves to help some PRC judges mask their true beliefs when rendering the judgments. If it is a result of inadvertent mistakes, then the characteristics of standards such as the most-significant-relationship identified by Pound in 1922 help explain such mistakes. Article 2 may require more intuition about the “most significant relationship” than “exact legal knowledge,” and, as such, Article 2 also serves to help some PRC judgments mask their true beliefs when rendering the judgments.

It should be noted that most scholars cited so far are concerned primarily with the context of the United States. In the next section, I will draw upon their discussion of the U.S. law to reflect upon the PRC context.

3.2. The Standard/Rule Comparison and the PRC’s Fallback Rule

As stated earlier, Pound posited that three characteristics are generally found in legal standards. The most-significant-relationship doctrine in Article 2, Section 2 of the PRC’s FRCR does not involve a moral judgment as clear as “fair,” or “reasonable,” but it does involve the idea that it is more legitimate than otherwise to consider the law of the jurisdiction whose relationship to the immediate case is most significant. The application of the most-significant-relationship doctrine does not call for exact legal knowledge, at least as demonstrated by the cases discussed earlier, but, rather, for “common sense about common things or trained intuition about things outside of everyone’s experience.”⁶⁹

As described earlier, Singer argued that standards generate rules through both the development of case law over time and the practice of law by lawyers. Singer’s argument does not seem to travel from the U.S. con-

69 See POUND supra note 46, at 118.

text to the PRC context. First, the PRC legal system, unlike the U.S. system, does not have a *stare decisis* doctrine.⁷⁰ Second, if the PRC courts are not sufficiently predictable in applying the PRC law, then it would be fairly difficult for PRC lawyers to predict what the PRC courts would do in adjudication. In the first category of cases, those that concern foreign-related contracts, the PRC courts should have applied Article 41 of the FRCR, instead of Article 2. In the second category of cases, those that concern disputes arising from share transfer, PRC courts should have applied Article 14 of the FRCR, instead of Article 2 of the FRCR. In the third category, a case that concerns the characterization issue, the PRC court should have applied either Article 44 of the FRCR or Article 14 of the FRCR instead of Article 2. A possibility is to understand the current situation as a temporary one, as in the case of a circuit split in the U.S.—where different circuit courts ruled differently, and to wait for the Supreme People’s Court to rule on the issue. Another possibility is to understand the contemporary PRC legal system as uncondusive to prediction.

Weighing the pros and cons of standards and rules is not the purpose of this article; nor does an abstract evaluation provide a helpful guide to legislators, lawyers, or judges. Instead, these concepts are unnecessary abstractions. It may seem reasonable to distill the abstract idea that the most-significant-relationship doctrine animates the whole field of choice of law, and doing so may serve the purpose of placing an emphasis on “applying” the law—albeit a standard, the most-significant-relationship doctrine in Article 2, as opposed to making policy decisions.⁷¹ I respectfully contend that the abstract idea itself, however, should be refined to suit the needs of a contemporary society for certainty and predictability. As stated earlier, in a number of areas of law, the most-significant-relationship doctrine has been transformed into specific choice-of-law rules.⁷² Although the most-

-significant-relationship doctrine has been incorporated in Section 6 of the Restatement (Second),⁷³ Reese, the Reporter, in the Restatement and in academic articles, cautiously argues for the need to develop precise rules over time. To be sure, Singer holds that there is a need for a fallback rule,⁷⁴ but he does not argue that the most-significant-relationship doctrine, as stipulated by Article 2, Section 2 of the FRCR, should be that fallback rule. In addition, Singer argues for the candor about the policies involved, which can become masked by the ostensibly mechanical application of the most-significant-relationship doctrine as stipulated by Article 2, Section 2.

4. FINAL CONSIDERATIONS

Examining a statutory law and its application in the People’s Republic of China, this article questions the idea that standards are an easier way for a jurisdiction to create “better law” and cautions against the questionable exercise of official discretion ostensibly authorized by law in the form of legal standards. Article 2, Section 2 of the PRC’s conflict-of-law statute, effective since 2011, sets the most-significant-relationship doctrine as the fallback rule for the entire field of the choice of law. Although some scholars have considered Article 2, Section 2 an important innovation, this article demonstrates that, when the PRC courts applied it, the reasoning behind the judgments were not without problems. This Article asks the following question: Absent persuasive reasoning, how is the current application of Article 2, Section 2 different from a questionable exercise of official discretion ostensibly authorized by Article 2, Section 2?

Some may argue that, given the fact that the most-significant-relationship doctrine as the fallback rule (Article 2, Section 2) has, in reality, been applied to very few cases in the PRC, it is not worth serious investigation. I respectfully disagree. Article 2, Section 2 was a statutory rule that the PRC government purports to

70 See e.g., the Web site of Stanford Law School, China Guiding Cases Project, Available in: <<https://cgc.law.stanford.edu/>>. Access: Feb. 16, 2016; AHL, Björn. Retaining judicial professionalism: the new guiding cases mechanism of the supreme people’s court. *China Quarterly*, v. 217, p. 121-139, Mar. 2014.

71 Scholars and practitioners in the PRC after the Cultural Revolution have reasons to emphasize legal reasoning over policy decisions. Put differently, policy decisions have to be made in the political system of the PRC. See e.g., Political Governance in China (Tony Saich ed., 2014); Politics in China: An Introduction (William A. Joseph ed., 2d ed., 2014).

72 Put another way, the most-significant-relationship doctrine

may be considered another way to describe the rationale for “departing from forum law.” See e.g. WEINBERG, Louise. On Departing from Forum Law. *Mercer Law Review*, v. 35, n. 595, p. 600-635, 1984.

73 It should be noted that Article 2, Section 2 of the FRCR of the PRC is different in scope from Section 6 of the Restatement (Second).

74 See SINGER, supra note 54.

take seriously. As it is a choice-of-law rule of the PRC, albeit a fallback one, the business and society outside of the PRC have to take Article 2, Section 2 seriously since they are likely to encounter its application in PRC courts or arbitration panels⁷⁵ that apply the PRC’s choice-of-law rules.

In addition, some may argue that forum law—i.e., the law of the place where litigation occurs—should always govern and that, therefore, the choice-of-law reasoning set out by the PRC courts does not matter much. This argument ostensibly “helps” PRC scholars and courts, but they are more likely to oppose it. However brief the reasoning of a PRC judgment is, reasoning *is* an element of the judgments delivered by the PRC courts, and reasoning *will* remain essential to the judgments that the PRC courts deliver. Absent proper and persuasive reasoning, a “judgment” can simply become a command of the powerful, which is contrary to the very idea of “law” itself. To be sure, the Chinese Communist Party remains influential in the PRC courts⁷⁶ and the “socialist” rule of law purports to be different from other conceptions of “rule of law.”⁷⁷ Even though the reasoning offered in the judgments of the cases examined in this article does not accord squarely with the wordings and structure of the FRCR, the PRC courts do try to provide a rationale for their judgments.

The FRCR is a statute enacted by the People’s Republic of China, but it does not apply in either Hong Kong or Macau,⁷⁸ nor does the FRCR have legal effects on Taiwan.⁷⁹ At first glance, people outside the PRC

may seem to have no interest in the development and application of the FRCR by the PRC courts. To the surprise of casual observers, however, the private-law consequences of cross-border activities such as business, marriage, and adoption to a significant extent depend on the proper functioning of foreign legal systems.⁸⁰ It takes time and effort to develop “better law,” and it takes no less time and effort to identify better law when adjudicating a choice-of-law situation. There is no easier way to have better law.

75 See e.g., FAN, Kun, *Arbitration in China: a legal and cultural analysis*. Hong Kong: Chinese University, Feb. 2013.

76 See e.g., ZHU, Suli. *The party and the courts, in judicial independence in China: lessons for global rule of law promotion*. Cambridge: Randall Peerenboom, 2010.

77 See e.g., CHEN, Albert H. Y. Toward a legal enlightenment: discussions in contemporary China on the rule of law. *Pacific Basin Law Journal*, v. 17, n. 2-3, p. 125-146, 1999. p. 136

78 See e.g., CHEN, Albert H. Y.; CHEUNG, Anne S. Y. Debating rule of law in the Hong Kong special administrative region, 1997-2002. In: PEERENBOOM, Randall (Ed.). *Asian discourses of rule of law: theories and implementation of rule of law in twelve Asian Countries, France and the U.S.* 250. London: Routledge, 2004. p. 250-285; DELISLE, Jacques; LANE, Kevin P. Hong Kong’s Endgame and the Rule of Law (I): The Struggle over Institutions and Values in the Transition to Chinese Rule. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 18, n. 1, p. 195-254, Spring 1997; DELISLE, Jacques; LANE, Kevin P. Hong Kong’s endgame and the rule of law (II): the battle over the people and the business community in the transition to chinese rule. *Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 1525-1746, 2004.

79 See e.g., CHI, Chung, *supra* note 1. See also, CHI, Chung. Conflict

of Law Rules between China and Taiwan and Their Significance. *Journal of Civil Rights and Economic Development*, v. 22, n. 3, p. 559-594, Dec. 2008.

80 See e.g., COHEN, Jerome A. Settling International Business Disputes with China: Then and Now. *Cornell International Law Journal*, v. 47, p. 555-568, 2014; MNOOKIN, Robert H.; KORNHAUSER, Lewis. Bargaining in the shadow of the law: the case of divorce. *The Yale Law Journal*, v. 88, n. 5, p. 950-997, Apr. 1979; CHI, Chung. The judicial determination of the validity of arbitration agreements in the people’s Republic of China. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, v. 3, n. 1, p.99-122, May 2010.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Reflexos jurídicos da governança global subnacional: a paradiplomacia e o direito internacional: desafio ou acomodação

Juridical consequences of global governance subnational: paradiplomacy and international law: challenge or accommodation

Valéria Cristina Farias

Fernando Rei

Reflexos jurídicos da governança global subnacional: a paradiplomacia e o direito internacional: desafio ou acomodação*

Juridical consequences of global governance subnational: paradiplomacy and international law: challenge or accommodation

Valéria Cristina Farias**

Fernando Rei***

RESUMO

A paradiplomacia é o envolvimento de estados, regiões, províncias, departamentos, comunidades e cidades, em atividades de relações internacionais, de forma individual ou por meio de redes, impulsionado pela vontade ou necessidade de buscar novas e melhores oportunidades sociais e econômicas, no âmbito daqueles interesses que podem ser perseguidos com base nas atribuições de competências outorgadas na estrutura federativa em que essas unidades se encontram vinculadas. Embora tenha se consolidado no cenário das relações internacionais, a ascensão desses novos atores passou a suscitar um questionamento acerca da necessidade de reconhecimento pelo Direito Internacional, que atribui personalidade jurídica e reconhece validade apenas às relações travadas entre Estados e Organizações Internacionais. Este artigo pretende analisar se o reconhecimento da paradiplomacia pelo Direito Internacional é indispensável para garantir segurança às atividades desenvolvidas, concluindo que, embora relevante, a atividade prescinde de validação jurídica, pois encontra legitimidade no fenômeno da governança global.

Palavras-Chaves: Paradiplomacia. Direito internacional. Segurança jurídica. Governança Global.

ABSTRACT

Paradiplomacy is the involvement of federal units - states, cities, regions - in external relations activities, either individually or in networks, driven by the desire or need to seek new and better social and economic opportunities within those interests that may be pursued based on the competencies assignments granted in the federal structure in which these units are linked. Although it has been established in international relations scenario, the rise of these new actors began to raise a questioning of the need for recognition by international law, which grants legal personality and recognizes valid only to relations between waged States and International Organizations. This article analyzes the recognition of paradiplomacy for international law is es-

* Recebido em xx/xx/2016
Aprovado em xx/xx/2016

** Procuradora do Estado de São Paulo; mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos; doutoranda em Direito Internacional Ambiental pela Universidade Católica de Santos; professora titular da Universidade Paulista – campus Santos e professora da Escola Superior de Administração, Marketing e Comunicação – campos Santos. Email: val_c_farias@ig.com.br

*** Professor Associado do Programa de Doutorado da Universidade Católica de Santos. Professor Titular de Direito Ambiental da Fundação Armando Álvares Penteado-FAAP. Diretor Científico da Sociedade Brasileira de Direito Internacional do Meio Ambiente- SB-DIMA. Email: fernandorei@ig.com.br

essential to ensure safety to the activities, concluding that, although relevant, dispenses activity of legal validation, as is the legitimacy of global governance phenomenon.

Keywords: Paradiplomacy. International Law. Legal Security. Global Governance.

1. INTRODUÇÃO

O estudo pretende discutir a problemática de inserção dos governos subnacionais nos processos de discussão e enfrentamento de problemas globais e a necessidade de reconhecimento dessa inserção pelo Direito Internacional (DI).

O caráter indivisível de boa parte dos problemas globais (meio ambiente, mudanças climáticas, biodiversidade, desenvolvimento sustentável) exige enfrentamento coletivo e multilateral, que não se conforma com a prevalência estatal, reconhecendo a pertinência e relevância de outras contribuições. A magnitude desses interesses globais não permite que a tutela fique limitada apenas à esfera estatal, exigindo ações de cooperação que, na maioria das vezes, só podem se desenvolver por meio de sistemas de governança que admitam e convivam com diversos níveis de atuação (não governamentais, estatais ou infraestatais)¹. O exercício da governança não só intensifica e enriquece o debate internacional como propicia a emergência de novos atores tão importantes quanto os Estados-nação.

Nesse sentido, muitos são os agentes que se mobilizam, contribuindo com informações técnicas, cobrando e exigindo medidas efetivas por meio de um processo de legitimação voluntária da sociedade, como é o caso das organizações não governamentais, o setor privado e os governos subnacionais².

Esse trabalho se limitará a analisar a participação dos entes subnacionais, que conquistam cada vez mais espaço nas relações internacionais por meio de ações cooperadas, desenvolvidas isoladamente ou por meio de redes transnacionais, demonstrando, de forma já não

tão incipiente, o potencial de influenciar na tomada de decisão nos fóruns internacionais³.

Inobstante a ascensão dos governos subnacionais, a agenda internacional dos problemas globais continua sendo conduzida internacionalmente entre Estados e organizações internacionais no âmbito da ONU, únicos sujeitos reconhecidos formalmente pelo DI, o que vem estimulando estudos acerca da necessidade de reconhecimento jurídico dessa atuação, porque, embora se possa afirmar que o debate internacional conversa de forma harmônica com os dados científicos e com as contribuições trazidas pelos interessados diversos, esses novos atores que surgiram e estão angariando espaço não possuem voto, mas se revelam protagonistas ativos no cenário global, “embaralhando” a exclusividade dos Estados nas relações internacionais⁴.

O presente artigo se propõe a analisar como a paradiplomacia contribui e influencia na solução ou gerenciamento desses problemas globais e como o DI vem incorporando, ou não, o novo modelo de cooperação e de enfrentamento de complexas questões globais.

Para tanto, o artigo foi estruturado em quatro seções. A primeira traça os contornos conceituais da paradiplomacia, ressaltando sua importância como marco teórico das relações internacionais. A segunda analisa o tratamento jurídico do fenômeno pelo DI. A terceira seção buscará explicar aspectos relativos à governança global e suas implicações no exercício da paradiplomacia. A quarta pretende discutir a validade internacional dos acordos firmados por governos subnacionais, seus impactos na política externa nacional e a legitimação dessa atuação sob o prisma da governança multinível, finalizando com as conclusões desse estudo.

2. PARADIPLOMACIA

Nos últimos anos, a atuação internacional dos governos subnacionais se desenvolve em proporções

1 REI, Fernando; SETZER, Joana; CUNHA, Kamyla. A Rio+20 e o quadro institucional pelo desenvolvimento sustentável: o papel dos governos subnacionais na governança ambiental global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 129-140, 2012.

2 DEDUERWAERDERE, Tom. *The contribution of network governance to sustainable development*. Belgique: Université Catholique de Louvain Fonds National de la Recherche Scientifique, 2005.

3 HOFMAN, Matthew J. *Climate Governance at the Crossroads*. New York: Oxford University Press, 2011 e HAPPAERTS, Sander; VAN DEN BRANDE, Karoline; BRUYNINCKX, Hans. Governance for Sustainable Development at the Inter-subnational Level: The Case of the Network of Regional Governments for Sustainable Development (nrg4SD). *Regional & Federal Studies*, v. 20, n. 1, p. 127-149, 2010.

4 DIAS, Reinaldo. *Um tema emergente nas relações internacionais: a paradiplomacia das cidades e Municípios*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 08 dez. 2014.

geométricas, com reflexos e repercussões políticas que trouxeram à tona o fenômeno da paradiplomacia como o exercício da diplomacia fora da estrutura do Estado-nação, introduzindo novos atores em um contexto internacional de prevalência estatal. A paradiplomacia compreende as relações internacionais realizadas por atores governamentais distintos do governo central (estados, regiões, províncias, departamentos, comunidades, cidades), que podem ou não acompanhar a agenda internacional do Estado-nação⁵. Pressupõe a existência de uma descentralização estatal, desenvolvendo-se com maior tranquilidade em Estados democráticos e federativos que atribuem competências próprias aos governos subnacionais, permitindo que desenvolvam políticas tendentes a alcançar padrões de desenvolvimento adequados para seus territórios⁶, sem, contudo, estar limitada aos Estados federados⁷, bastando que a estrutura interna permita que essas esferas de governo desenvolvam atuações externas, ou seja, relações internacionais de certa forma desvinculada ao governo central.

Acredita-se que a ascensão de novos atores no cenário global iniciou-se no contexto de discussões acerca do novo conceito de federalismo, aproximadamente no final da década de 70 e início de 80⁸. Em 1977, os primeiros estudos desenvolvidos identificaram a presença de outros atores⁹, diversos dos Estados, na complexidade das relações internacionais¹⁰, como decorrência da revolução tecnológica e de informação gerada pela globalização, a redução dos custos com informações e transportes e o estreitamento das relações que alterou

o cenário internacional¹¹. Essa alteração foi decorrente do aumento e facilidade dos fluxos de comunicações e transportes e a proliferação de canais de negociação na discussão de temas de interesses globais sem que se identificasse uma hierarquia na agenda internacional¹². A multiplicidade de atores, canais e temas induzia uma sensível diminuição da prevalência da força militar, facilitando a cooperação pela dependência mútua entre os diversos atores, definida como interdependência complexa¹³. Percebe-se que a inserção dos governos subnacionais no cenário internacional foi percebida, inicialmente, na discussão de assuntos de interesse econômico, impulsionada pela globalização¹⁴.

No final da década de 80 e início de 90, os estudos foram intensificados para tentar compreender a influência dessa atuação¹⁵ no desenvolvimento da política externa dos países, consolidando o termo paradiplomacia como definidor da participação dos governos subnacionais no sistema internacional¹⁶.

5 NUNES, Carmen Juçara da Silva. *A paradiplomacia no Brasil: O caso do Rio Grande do Sul*. 2005. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. p. 30-56.

6 DIAS, Reinaldo. *Um tema emergente nas relações internacionais: a paradiplomacia das cidades e Municípios*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 08 dez. 2014.

7 RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. Relações internacionais Federativas no Brasil. *DADOS: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 1015-1034, 2008.

8 AGUIRRE ZABALA, Inaki. Qué sentido tiene hablar de paradiplomacia? Una encuesta intertextual entorno a un neologismo polisémico. In: LUZARRAGA, Aldecoa F.; KEATING, M. *Paradiplomacia: las relaciones internacionales de las regiones*. Madrid: Marcial Pons, 2001 e COHN, Theodore H.; SMITH, Patrick J. *Subnational Governments as International Actors: Constituent Diplomacy in British Columbia and the Pacific Northwest*. *BC Studies*, Vancouver, n. 110, p. 25-59, Summer, 1996.

9 Organizações internacionais, organizações não governamentais, bancos, corporações e, inclusive, governos subnacionais.

10 KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph. *Power and Interdependence*. World Politics in Transition. Nova York: Longman, 2001.

11 “Multiple channels connect societies, including: informal ties between governmental elites as well as formal foreign office arrangements; informal ties among nongovernmental elites (face-to-face an through telecommunications) and transnational organizations (such as multinational banks or corporations). These channels can be summarized as interstate, transgovernmental, and transnational relations.” KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph. *Power and Interdependence*. World Politics in Transition. Nova York: Longman, 2001.

12 Na visão de Keohane e Nye, a agenda internacional acaba por se confundir com as agendas políticas domésticas: “Yet as the complexity of actors and issues in world politics increases, the utility of force declines and the line between policy and foreign policy becomes blurred: as the conditions of complex interdependence are more closely approximated, the politics of agenda formation becomes more subtle and differentiated”.

13 “In common parlance, dependence means a state of being determine or significantly affected by external forces. Interdependence in world politics refers to situations characterized by reciprocal effects among countries or among actors in different countries.” KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph. *Power and Interdependence*. World Politics in Transition. Nova York: Longman, 2001.

14 SOLDATOS, Panayotis. An explanatory Framework for the Study of Federated States as Foreign Policy Actors. In: MICHELMANN, H. S.; SOLDATOS, P. *Federalism and International Relations: The Role of Subnational Units*. Oxford: Clarendon Press, 1990. p. 34-53 e KEATING, Michael. Regiones y Assuntos Internacionales: Motivos, Oportunidades y Estrategias. In: ALDECOA, Francisco; KEATING, Michael. *Paradiplomacia: Las Relaciones Internacionales de las Regiones*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

15 Duchacek identificou a presença de outros protagonistas, tais como grupos de interesse, comunidades etnoterritoriais, oposição.

16 SOLDATOS, Panayotis. An explanatory Framework for the Study of Federated States as Foreign Policy Actors. In: MICHELMANN, H. S.; SOLDATOS, P. *Federalism and International Relations: The Role of Subnational Units*. Oxford: Clarendon Press, 1990. p. 34-56. No mesmo sentido: COHN, Theodore H.; SMITH, Patrick J. *Subnational Governments as International Actors: Constituent Di-*

Para Soldatos¹⁷, a paradiplomacia é o envolvimento direto ou autônomo das unidades federadas em atividades de relações internacionais cooperativas ou paralelas. A atuação cooperativa seria exercida de forma coordenada, complementar e de suporte às atividades internacionais do Estado, enquanto a paralela seria exercida em substituição ao governo central, reconhecendo a possibilidade de abordagem do tema sob o escopo da cooperação ou do conflito, de tal forma que, não havendo oposição do governo central que viabilize o ingresso das unidades subnacionais nas relações internacionais, essa atividade tenderia a ser coordenada, ocorrendo o conflito somente nas hipóteses de oposição desse ingresso.

As relações internacionais dos governos subnacionais somente poderão ser identificadas como paradiplomáticas se forem exercidas de forma autônoma, não se reconhecendo a ocorrência do fenômeno quando a atividade internacional for realizada por delegação ou dependência do governo central. A esse respeito, o fenômeno da ascensão desses novos atores pode ser classificado em paradiplomacia, quando a atividade internacional observa e respeita os limites de competência dos governos subnacionais, instituídos constitucionalmente, desenvolvendo-se, como o próprio conceito sugere, como uma atuação paralela e de complementação e a protodiplomacia, atividade internacional que tem fins e objetivos separatistas, realizados em oposição aos objetivos diplomáticos do governo central, o que, a princípio, poderia conduzir à ilegitimidade¹⁸.

Arrematando a diferenciação, a paradiplomacia deve ser entendida como um complemento que se presta a projetar internacionalmente a política externa do go-

verno central e não se presta a transformar o Estado. Havendo transformação do Estado é porque o próprio Estado já se encontrava em processo de desintegração, ou seja, a paradiplomacia não seria a causa da desintegração, mas uma consequência¹⁹.

Pode ser percebida por meio de relações transfronteiriças entre governos não centrais contíguos (paradiplomacia regional transfronteiriça); entre atores não contíguos (paradiplomacia transregional); envolvendo atores distantes e até mesmo entre Estados soberanos (paradiplomacia global)²⁰, ou pelo envolvimento de vários governos subnacionais em organizações e redes multilaterais (paradiplomacia multilateral)²¹.

Desenvolve-se como processo dinâmico impulsionado pela vontade ou necessidade de buscar novas e melhores oportunidades, na busca ou manutenção do desenvolvimento social e econômico²², podendo ser decorrente de interesses múltiplos como econômico, político ou até mesmo cultural²³. A princípio, o tema foi entendido como fenômeno percebido em países industrializados²⁴, mas se consolidou como fenômeno da globalização e não necessariamente do desenvolvimento da industrialização.

Com o final da Primeira Guerra Mundial, outros atores, diversos dos Estados, passaram a desenvolver a capacidade para realização de negociações, firmando

plomacy in British Columbia and the Pacific Northwest. *Vancouver BC Studies*, n. 110, p. 25-59, Summer, 1996; CASTELO BRANCO, Álvaro Chagas. *Paradiplomacia e entes não-centrais no cenário internacional*. Curitiba: Juruá, 2008; ONUKI, Janaína; OLIVEIRA, Amâncio Jorge de. *Paradiplomacia e relações internacionais: a experiência da cidade de São Paulo: Centro de Estudos das Negociações Internacionais*, 2013; GRANATO, Leonardo. *Paradiplomacia e relações internacionais: breve abordagem teórica*. 2014. Disponível em: <<http://www.dialogosinternacionais.com.br/2014/08/quarta-do-especialista-paradiplomacia-e.html>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

17 SOLDATOS, Panayotis. An explanatory Framework for the Study of Federated States as Foreign Policy Actors. In: MICHELMANN, H. S.; SOLDATOS, P. *Federalism and International Relations: The Role of Subnational Units*. Oxford: Clarendon Press, 1990. p. 34-53.

18 ARAÚJO, Izabela Viana de. *A governança global e a atuação das redes internacionais de cidades*. São Paulo: Scientific Electronic Library Online (SciELO), 2011.

19 TAVARES, Rodrigo. As relações internacionais do Estado de São Paulo. In: MARCOVITCH, Jacques; DALLARI, Pedro B. A. (Org.) *Relações internacionais de âmbito subnacional: a experiência de Estados e Municípios no Brasil*. São Paulo: Instituto de Relações Internacionais, 2014. p. 12-27.

20 SOLDATOS, Panayotis. An explanatory Framework for the Study of Federated States as Foreign Policy Actors. In: MICHELMANN, H. S.; SOLDATOS, P. *Federalism and International Relations: The Role of Subnational Units*. Oxford: Clarendon Press, 1990. p. 34-53.

21 NEVES, Miguel Santos. Regionalização, paradiplomacia e política externa na era do conhecimento. *JANUS.NET, e-journal of International Relations*, v. 1, n. 1, oct. 2010.

22 CORONEL, Álvaro. *Breve historia de la cooperación descentralizada*. Una mirada de cooperación descentralizada desde Sudamérica. Montevideo: Observatorio Unión Europea – América Latina, 2006. p. 20-43.

23 KEATING, Michael. Regiones y Assuntos Internacionales: Motivos, Oportunidades y Estrategias. In: ALDECOA, Francisco; KEATING, Michael. *Paradiplomacia: Las Relaciones Internacionales de las Regiones*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

24 SOLDATOS, Panayotis. An explanatory Framework for the Study of Federated States as Foreign Policy Actors. In: MICHELMANN, H. S.; SOLDATOS, P. *Federalism and International Relations: The Role of Subnational Units*. Oxford: Clarendon Press, 1990. p. 34-53.

acordos de natureza internacional, processo intensificado com o final da Segunda Guerra, notadamente com a criação da ONU e outros organismos internacionais²⁵. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o multilateralismo das relações internacionais foi interrompido pela Guerra Fria e o antagonismo entre as então superpotências mundiais, representadas pelos Estados Unidos e a antiga União Soviética²⁶. A quebra do sistema internacional bipolar trazido pelo fim da Guerra Fria trouxe novos ares e oportunidades às relações internacionais, permitindo, também, a ascensão de novos atores no cenário global²⁷.

Durante a Guerra Fria, o sistema internacional foi fortemente influenciado pelo confronto entre o modelo capitalista americano, de predominância de capital financeiro e a potência econômica e tecnológica do bloco soviético, substituindo a prevalência dos países europeus enfraquecidos pela Segunda Guerra²⁸. Para garantir liderança no confronto soviético, os Estados Unidos investiram no financiamento da reconstrução do bloco capitalista, notadamente em relação a países da Europa, através da implementação do Plano Marshall²⁹. O

aporte financeiro consolidou o continente europeu no papel de vanguarda, com o desenvolvimento de redes de cidades, como o Conselho dos Municípios e Regiões da Europa, em 1951, criado para promover a integração entre as cidades e evitar o revanchismo e os possíveis novos conflitos pós-guerra. Essas novas relações transfronteiriças, que abrangiam não somente Estados mas também governos subnacionais, é apontada como propulsora de um processo de integração e formação da União Europeia. Utilizando-se de sua força política, os governos subnacionais garantiram participação importante na formação do Comitê das Regiões³⁰ criado pelo Tratado de Maastricht (1992), consolidando a instância das autoridades regionais e locais, numa experimentação paradiplomática na política da União Europeia³¹.

Percebe-se que a paradiplomacia surge “pela descompressão estratégica que se verificou com o fim da Guerra Fria e tem constituído uma alteração silenciosa, mas fundamental, no sistema internacional e na forma como os Estados atuam a nível internacional”³². No entanto, há quem atribua sua origem às atividades desenvolvidas pela cidade de Hong Kong, que, durante intenso conflito entre a colônia e a Grã-Bretanha quanto ao controle do comércio, conseguiu ter reconhecida a sua capacidade para negociar diretamente com Estados estrangeiros, em 1950³³.

A discussão acerca da origem histórica, no entanto, não diminui ou compromete a magnitude e força dessas

25 CASTELO BRANCO, Álvaro Chagas. *Paradiplomacia & entes não-centrais no cenário internacional*. Curitiba: Juruá, 2008.

26 CORONEL, Álvaro. *Breve historia de la cooperación descentralizada*. Una mirada de cooperación descentralizada desde Sudamérica. Montevideo: Observatorio Unión Europea – América Latina, 2006. p. 20-43.

27 Alguns doutrinadores não identificam a paradiplomacia como um fenômeno novo, remontando o termo ao início do mercantilismo e como algo que foi fundamental à civilização, citando-se como exemplo as relações travadas entre cidades italianas e gregas. Salienta-se que, em sentido contrário, deve-se ressaltar que esses entes, embora denominados como cidades, apresentavam estrutura de Estados soberanos e não de entes subnacionais. Castelo Branco identifica os *lânders* alemães como exemplos de entes subnacionais com prerrogativas de representação externa, desde o estabelecimento da Federação Alemã, em 1871. CASTELO BRANCO, Álvaro Chagas. *Paradiplomacia & entes não-centrais no cenário internacional*. Curitiba: Juruá, 2008. Soldatos menciona a cidade de Quebec, que em 1882 designara um representante geral, para atuar em Paris, com o fim de desenvolver relações econômicas com a Europa. SOLDATOS, Panayotis. An explanatory Framework for the Study of Federated States as Foreign Policy Actors. In: MICHELMANN, H. S.; SOLDATOS, P. *Federalism and International Relations: The Role of Subnational Units*. Oxford: Clarendon Press, 1990. p. 34-53.

28 COHN, Theodore H.; SMITH, Patrick J. Subnational Governments as International Actors: Constituent Diplomacy in British Columbia and the Pacific Northwest. *BC Studies*, Vancouver, n. 110, p. 25-59, Summer, 1996.

29 Plano econômico colocado em operação em 1947 e implementado pelo secretário de Estado dos Estados Unidos, George Marshall, que tinha como principal objetivo o fornecimento de auxílio financeiro, através de empréstimos, para a reconstrução dos países capitalistas destruídos pela Segunda Guerra Mundial. Foi idealizado para fortalecer o capitalismo, recuperando e reorganizando a econo-

mia dos países beneficiários, bem como aumentar as relações comerciais entre eles e os Estados Unidos, garantindo a hegemonia do capitalismo sobre o bloco soviético.

30 O Comitê das Regiões é um órgão consultivo composto por representantes eleitos de autoridades regionais e locais dos 28 países da UE. O CR proporciona um espaço de partilha de opiniões sobre a legislação da UE com impacto direto nas regiões e nas cidades. Através do CR as regiões e as cidades têm voz ativa no processo legislativo da UE, garantindo essa instância que os interesses e as necessidades das autoridades regionais e locais sejam devidamente considerados.

31 Nesse sentido, SOLDATOS, Panayotis. An explanatory Framework for the Study of Federated States as Foreign Policy Actors. In: MICHELMANN, H. S.; SOLDATOS, P. *Federalism and International Relations: The Role of Subnational Units*. Oxford: Clarendon Press, 1990. p. 34-53; RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. Relações internacionais Federativas no Brasil. *DADOS: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 1015-1034, 2008.

32 NEVES, Miguel Santos. Regionalização, paradiplomacia e política externa na era do conhecimento. *JANUS.NET, e-journal of International Relations*, v. 1, n. 1, p. 98-99, oct. 2010.

33 NEVES, Miguel Santos. Regionalização, paradiplomacia e política externa na era do conhecimento. *JANUS.NET, e-journal of International Relations*, v. 1, n. 1, p. 98-99, oct. 2010.

relações multilaterais no cenário global que conduzem a “uma tendência à fragmentação do poder” e acomodação desses novos atores nas relações internacionais e com o próprio governo central³⁴. A essas razões soma-se um pontual enfraquecimento do Estado com relação à territorialidade dentro de Estados multinacionais, tais como Canadá, Espanha, Bélgica e Reino Unido³⁵. Para André Lecours³⁶, a atividade internacional dos governos regionais, ou paradiplomacia, tem sido o enfoque de uma modesta, mas crescente literatura, que detalha vários casos e busca descobrir um significado para o fenômeno. Entretanto, e como bem assinala Zeraoui³⁷, apesar da sua prática cotidiana, a paradiplomacia ainda é um fenômeno ignorado pelos internacionalistas em termos da análise teórica. As obras mais recentes apenas descrevem o processo, não buscam explicá-lo, e menos ainda se dedicam a encontrar um fundamento conceitual ou de legitimação.

Na América do Sul e, principalmente no Brasil, a paradiplomacia surge como efeito da “devolução de competências” decorrente da substituição dos regimes autoritários por regimes mais democráticos, com modificação da estrutura estatal e adoção de modelos de gestão descentralizados, permitindo a ascensão dos governos subnacionais nas relações internacionais, fenômeno inviável sob o manto do autoritarismo político³⁸.

Não obstante essa realidade de ascensão dos governos subnacionais como novos atores internacionais, os sistemas jurídicos ainda são reticentes em reconhecer a paradiplomacia e Estados federados (inclusive o Brasil) ainda não a enxergam como estímulo à cooperação capaz de complementar a ação nacional, insistindo em visualizá-la como um risco à autonomia na condução de sua agenda internacional. Apesar de não haver um

modelo institucionalizado de atuação internacional dos estados no ordenamento jurídico pátrio, verifica-se que o processo de democratização do país, iniciado em 1982 com a eleição dos governadores, deu início aos primeiros casos do que poderia se chamar no futuro de “política externa federativa”³⁹.

Mesmo no estudo das relações internacionais, o tema é polêmico. Para o campo das relações internacionais, os atores são classificados em estatais, representados pelos Estados soberanos e não estatais, representados por aqueles que não fazem parte da estrutura dos Estados, sendo certo que os governos subnacionais não se encaixam em nenhuma dessas modalidades, o que levou Salomón e Nunes⁴⁰ a classificarem os governos subnacionais como atores mistos, “em parte livres de soberania, mas em parte condicionados pela soberania que partilham com os demais níveis de governo do Estado a que pertencem”. Em outras palavras, a atividade não se encaixa nos modelos explicativos que a área de conhecimento busca classificá-la.

Analisar se o DI reconhece ou não essa atuação é um ponto sensível de condução do debate, que se faz necessário para verificar eventual comprometimento da segurança jurídica das relações internacionais subnacionais.

O DI e os próprios Estados ainda não conseguiram perceber que a paradiplomacia não pode mais ser vista como fenômeno marginal, pois indispensável para consolidação do *soft power* dos Estados. Por se debruçar sobre assuntos em que a limitação Estatal dificulta o enfrentamento, faz surgir lacunas de poder que admitem preenchimento por outros atores⁴¹, contribuindo para a redução e nivelamento das vulnerabilidades e influenciando acomodações não pela coerção, mas pela persuasão conseguida através da cooperação em todos os níveis⁴².

34 ARAÚJO, Izabela Viana de. *A governança global e a atuação das redes internacionais de cidades*. São Paulo: Scientific Electronic Library Online (SciELO), 2011.

35 KEATING, Michael. Regiones y Assuntos Internacionales: Motivos, Oportunidades y Estrategias. In: ALDECOA, Francisco; KEATING, Michael. *Paradiplomacia: Las Relaciones Internacionales de las Regiones*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 13.

36 LECOURS, André. Paradiplomacy: reflections on the foreign policy and international relations of regions. *International Negotiation*, v. 7, p. 91-114, 2002.

37 ZERAOU, Zidane. Construyendo el concepto de paradiplomacia. In: ODDONE, Nahuel; VÁZQUEZ, Horacio Rodríguez. (Coord.). *Municipios y Cambio Climático: Hacia la construcción de una agenda de paradiplomacia ambiental*. Granada: UIM, 2014.

38 RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. Relações internacionais Federativas no Brasil. *DADOS: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 1015-1034, 2008.

39 CASTELO BRANCO, Álvaro Chagas. *Paradiplomacia & entes não-centrais no cenário internacional*. Curitiba: Juruá, 2008.

40 SALOMÓN, Mônica; NUNES, Carmem. A ação externa dos governos subnacionais no Brasil: os casos do Rio Grande do Sul e de Porto Alegre. Um estudo comparativo de dois tipos de atores misto. *Revista Contexto Internacional*, v. 29, n. 1, p. 99-147, 2007.

41 KOTZIAS, Fernanda Vieira; SILVEIRA, Henrique Lago da. Contribuições da Paradiplomacia para a agenda ambiental da Governança Global: aspectos teóricos e práticos. In: GONÇALVES, Alcindo; REI, Fernando (Org.). *Governança e Paradiplomacia Global*. [Santos]: Universitária Leopoldiana, 2015. p. 11-50.

42 NEVES, Miguel Santos. Regionalização, paradiplomacia e política externa na era do conhecimento. *JANUS.NET, e-journal of International Relations*, v. 1, n. 1, p. 98-99, Oct. 2010.

3. PERSONALIDADE E CAPACIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL DOS GOVERNOS SUBNACIONAIS

A atribuição e reconhecimento de personalidade no campo do DI é um tema polêmico, dividindo-se a doutrina a respeito do assunto.

A concepção estatocêntrica ou interestadual, sustentada no realismo, atribui personalidade jurídica internacional apenas aos Estados porque condiciona o conceito à noção de capacidade para criar normas internacionais, defendendo que a soberania estatal não identifica nenhuma forma de poder além do seu próprio⁴³ e porque os Estados se comportam no cenário internacional de forma anárquica⁴⁴, definindo ajustes convenientes aos seus interesses internos, que acabam sendo impostos, inclusive, se necessário, por meio da força. A limitação desse poder supremo visualizaria um único limite, as relações com outros Estados também soberanos e iguais entre si⁴⁵. Nesse sentido, Keohane e Milner⁴⁶ consideram o Estado como um ator unitário, pelo que eventuais “instituições domésticas” são visualizadas unicamente em nível federal, não admitindo os governos subnacionais como entidades possíveis de reconhecimento no cenário internacional. Do mesmo entendimento compartilham Evans, Jacobson e Putnam⁴⁷, que também não fizeram menção aos governos subnacionais nos modelos analíticos que desenvolveram quando analisaram o plano doméstico das relações internacionais. E, mais recentemente, na mesma linha Dupuy e Viñuales⁴⁸, que os ignoram quando tratam dos atores relevantes do Direito Internacional do Meio Ambiente.

Após a Segunda Guerra Mundial, a criação da ONU iniciou a releitura da concepção contemporânea da sociedade global, ao reconhecer personalidade jurídica aos organismos internacionais. Além disso, a intensificação

das discussões de problemas globais com uma participação alargada pelo exercício da governança provocou um questionamento do DI quanto à importância e existência de outros atores diversos dos Estados, principalmente as organizações não governamentais, empresas e indivíduos, surgindo uma visão moderna que reconhece outros atores, ainda que não dotados dos mesmos poderes e com a plenitude de direitos e deveres concedidos aos Estados⁴⁹. Sob esse prisma, personalidade e capacidade internacional são institutos distintos e a noção de personalidade internacional representa a possibilidade de sujeição à direitos e obrigações somente condicionados a um reconhecimento jurídico. A capacidade internacional, portanto, não estaria somente na possibilidade de formular tratados, ou seja, criar normas internacionais, mas também na possibilidade de efetivar direitos e deveres, por meio de *soft law* ou simplesmente como destinatários de tratados e normas internacionais.

Uma concepção moderna permite uma “conotação passiva”, a fim de analisar a quem o DI é destinado e outra “conotação ativa”, relativa à própria capacidade de atuar no cenário internacional, como, por exemplo, quando um Estado se relaciona com outros Estados ou quando um indivíduo vindica direitos violados perante uma corte internacional⁵⁰. A doutrina moderna desvincula a noção de sujeito de DI da capacidade de formulação de normas, contentando-se com a capacidade de vindicar, de reclamar o cumprimento dessas normas.

Para a Teoria Clássica, ao contrário, somente os Estados e, mais tarde, os organismos internacionais, possuem capacidade jurídica internacional para, atuando de forma ampla, celebrar tratados e elaborar normas internacionais. Da mesma forma, somente os Estados são suscetíveis de adquirir os direitos resultantes desses acordos e de exercê-los, exigindo sua observância, inclusive, pelos meios de solução das controvérsias disponíveis internacionalmente (pacíficos ou coercitivos). Como limita os sujeitos internacionais porque desvincula a noção de sujeito da ideia de tutela e destinação da norma internacional, não reconhece que o DI possa atribuir deveres a outros entes diversos dos Estados e organizações internacionais e tudo que ultrapassa a destinação primária da norma seria meramente derivativo do próprio Estado.

43 MORGENTHAU, Hans J. *A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz*. Brasília: UnB, 2003. p. 1152.

44 STEIN, Arthur A. Coordination and collaboration: regimes in an anarchic world. *International Organization*, v. 36, p. 299-324, 1982.

45 GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. *Governança global e regimes internacionais*. São Paulo: Almedina Brasil, 2011. p. 141-158.

46 KEOHANE, Robert O.; MILNER, Helen V. *Internationalization and Domestic Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 3-24.

47 EVANS, Peter B; JACOBSON, Harold K.; PUTNAM, Robert D. *Double-Edge Diplomacy: International Bargaining and Domestic Politics*. California: University of California Press, 1993.

48 DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge. *International Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

49 SOARES, Guido Fernando. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 141-161.

50 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 367.

Para Alain Pellet⁵¹, entretanto, a possibilidade da participação de estados subnacionais em atos internacionais deve ser analisada sob um duplo enfoque: o da capacidade desse agente celebrar o tratado, e o da imputação do tratado a tal sujeito.

O surgimento da globalização, estreitando fronteiras, deu origem a uma forma diferente de atuação internacional, que ultrapassa a necessidade de celebrar tratados para se permitir e conformar à mera contribuição ou influência na sua elaboração, ainda que de forma incipiente e indireta. Vem se tornando cada vez mais comum os tratados formalmente firmados que acabam envolvendo a participação e colaboração de outros atores, que não detêm todas as prerrogativas inerentes aos Estados e organismos internacionais, mas participam ativamente das discussões, exigem e influenciam posicionamentos⁵², contribuem com informações técnicas e, se violados em seus interesses, recorrem aos órgãos internacionais de proteção.

Assim, a personalidade jurídica internacional não está condicionada à capacidade jurídica e pode ser reconhecida, ainda, que o agente não disponha de capacidade jurídica plena como a reconhecida aos sujeitos formais, porque capacidade é atributo, mas não pressuposto. Todo aquele que possua direitos e deveres reconhecidos pela ordem jurídica internacional, isto é, sejam destinatários das normas jurídicas internacionais, pode ser concebido como sujeito internacional⁵³, porque o conceito é criação da ordem jurídica, pressupondo que essa mesma ordem jurídica existe e é anterior à própria concepção de sujeito internacional. Embora razoável, esse entendimento apresenta uma falha, pois, se a ordem jurídica cria o sujeito, como explicar a figura do Estado, que é anterior ao surgimento da própria ordem jurídica internacional?

Sob outro prisma, a Teoria da Responsabilidade exige a viabilidade do ente ser destinatário de uma sanção internacional para ser reconhecido como sujeito internacional e se essa responsabilização não for possível

também não seria cabível a atribuição do manto da personalidade. O reconhecimento de novos atores exigiria, portanto, que o sujeito fosse titular de um direito, que lhe fosse possível exigir a observância e cumprimento desse direito, incluindo a capacidade de exercício e demanda internacional e, finalmente, que fosse titular de um dever público, reconhecendo-se a possibilidade de praticar um delito internacional.

A discussão oscila, portanto, entre entender o conceito de sujeição internacional como ficção legal ou decorrente da realidade e capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações.

Nada obstante os argumentos da Teoria Clássica, aliados à magnitude dos doutrinadores nacionais que a defendem⁵⁴, não há como ignorar que novos atores internacionais, entre eles os governos subnacionais, estão conquistando cada vez mais espaço no cenário internacional, incluindo a produção legislativa⁵⁵ que incorpora compromissos pautados por regimes internacionais.

A título de exemplo, em 1949, através de consulta sobre “Reparação dos danos sofridos em serviço das Nações Unidas”⁵⁶, envolvendo a morte de Falke Bernadotte, conde sueco que se encontrava em serviço das Nações Unidas, a ONU provocou a Corte Internacional de Justiça a reconhecer a sua própria personalidade. Na ocasião, a Corte reconheceu que a ONU, organização internacional diferente dos Estados que a compõem, também possuía personalidade jurídica internacional, ressaltando que “através de sua história, o desenvolvimento do direito internacional (DIP) foi influenciado pelas exigências da vida internacional” e que “os sujeitos de direito, de um sistema jurídico, não são necessariamente idênticos quanto à extensão de seus direitos, e a sua natureza depende das necessidades da comunidade”⁵⁷.

54 Entre eles, REZEK, Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 181-192.

55 Nesse sentido o artigo 2º da Lei 13.798/2009, que institui a Política Estadual de Mudanças Climáticas do Estado de São Paulo - PEMC, afirma que a mesma tem por objetivo geral estabelecer o compromisso do Estado frente ao desafio das mudanças climáticas globais, dispor sobre as condições para as adaptações necessárias aos impactos derivados das mudanças climáticas, bem como contribuir para reduzir ou estabilizar a concentração dos gases de efeito estufa na atmosfera.

56 Conhecido como “Caso Bernadotte”.

57 SUMMARIES of Judgements, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice. Disponível em: <www.icj-cij.org/docket/files/4/1837.pdf>. Acesso em: 08 set. 2013.

51 PELET, Alain; DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc. *Direito internacional público*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 580.

52 REI, Fernando; GRANZIERA, Maria Luiza. Direito ambiental internacional: novos olhares para a ciência do direito. In: REI, Fernando; GRANZIERA, Maria Luiza. *Direito ambiental internacional: avanços e retrocessos*. 40 anos de Conferências das Nações Unidas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 149-158.

53 MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 333-410.

Essa decisão, de conteúdo pitoresco, pois um órgão jurisdicional da ONU, até ali sem personalidade jurídica, foi consultado para se pronunciar acerca da existência da própria ONU, serve como estímulo à reflexão acerca da necessidade de acomodação do DI, a fim de enxergar a evolução.

Também nessa esteira, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) reconhecia a existência de outros sujeitos diversos dos Estados, em um momento histórico em que o DI somente atribuía personalidade aos Estados (artigo 3º)⁵⁸.

Por sua vez, a possibilidade de Estados despidos de personalidade jurídica internacional também celebrarem tratados foi expressamente reconhecida pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982, ao prever, no artigo 305, inciso 1, alínea “d”, que a Convenção está aberta à assinatura de “todos os Estados autônomos associados que, de conformidade com os seus respectivos instrumentos de associação, tenham competência sobre as matérias regidas pela presente convenção, incluindo a de concluir tratados em relação a essas matérias.”

Em 1986, com o reconhecimento das organizações internacionais pelo DI, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados foi complementada⁵⁹ e outra vez, de forma inovadora, adotou concepção heterogênea dos sujeitos de direito internacional, reconhecendo explicitamente a existência de outros sujeitos diversos dos Estados e organizações internacionais⁶⁰. É certo que

poucos Estados ratificaram o Viena II, no entanto cabe salientar que a pouca adesão não se deu pela não aceitação do seu conteúdo, mas principalmente porque o reconhecimento das organizações internacionais já era um fato consolidado internacionalmente. Daí porque se concluir que a evolução e adaptação do DI não dependem apenas da vontade expressa dos Estados, substanciada em documentos internacionais, podendo consolidar-se por outros meios e principalmente através da doutrina e dos costumes.

Albuquerque Mello⁶¹ classifica os sujeitos internacionais em coletividade estatal (onde se encaixariam os Estados), coletividade interestatal (onde se encaixariam as organizações internacionais), indivíduos (abarcando as pessoas físicas destinatárias de direitos e deveres internacionais) e, por último, o que nos interessa, a coletividade não estatal que representaria uma visão ampla, admitindo qualquer outro agente não relacionado nas espécies anteriores, inclusive os governos subnacionais. Ainda segundo o autor, mesmo que não se atribua capacidade internacional plena à coletividade não estatal, nada impede que participe, ainda que, de forma indireta, dos processos de tomadas de decisões, permitindo-se, inclusive, a defesa contra violações internacionais perante os organismos internacionais de soluções de conflitos⁶².

Cançado Trindade⁶³ acredita na “democratização das relações internacionais” como resultado da conscientização dos múltiplos atores exercida internacionalmente

58 Artigo 3 - Acordos Internacionais Excluídos do Âmbito da Presente Convenção. O fato de a presente Convenção não se aplicar a acordos internacionais concluídos entre Estados e outros sujeitos de Direito Internacional, ou entre estes outros sujeitos de Direito Internacional, ou a acordos internacionais que não sejam concluídos por escrito, não prejudicará: a) a eficácia jurídica desses acordos; b) a aplicação a esses acordos de quaisquer regras enunciadas na presente Convenção às quais estariam sujeitos em virtude do Direito Internacional, independentemente da Convenção; c) a aplicação da Convenção às relações entre Estados, reguladas em acordos internacionais em que sejam igualmente partes outros sujeitos de Direito Internacional (grifo nosso).

59 Complementada pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais.

60 Artigo 3º. Acordos internacionais não compreendidos no âmbito da presente Convenção. O fato de a presente Convenção não se aplicar: i) Nem aos acordos internacionais em que sejam partes um ou vários Estados, uma ou várias organizações internacionais e um ou vários sujeitos de direito internacional que não sejam Estados nem organizações; ii) Nem aos acordos internacionais em que sejam partes uma ou várias organizações internacionais e um ou vários sujeitos de direito internacional que não sejam Estados nem organi-

zações internacionais; [...]” (grifo nosso)

61 MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 338

62 Mazzuoli, embora defenda a classificação moderna de sujeitos de Direito Internacional, não chega a atribuir tal qualidade aos governos subnacionais, asseverando que as coletividades não estatais abarcariam os beligerantes, os insurgentes, os movimentos de libertação nacional e a Soberana Ordem Militar de Malta. Mas adiante, em sua obra, reconhece a existência de sujeitos não formais do Direito Internacional, como “aqueles que, apesar de se situarem à margem do Direito Internacional formal, participam de modo não regulamentado da cena internacional relativamente à ação e tomada de posição em assuntos de interesse global”. Com certeza poderia ter inovado ao reconhecer a magnitude dos governos subnacionais em tal modalidade classificatória, mas se limitou as empresas transnacionais e à mídia global MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 367- 389.

63 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. (Org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: FUNAG, 2007. p. 207-321.

na defesa de valores universais. Embora seu discurso seja no sentido de reconhecer personalidade aos indivíduos, tais fundamentos são perfeitamente adequados para justificação do dilema da sujeição dos governos subnacionais. No mesmo sentido, Kiss e Beurier⁶⁴ também sustentam a visão heterogênea da sujeição internacional, incluindo os indivíduos nessa categoria⁶⁵. Din, Daillier e Pellet admitem que os indivíduos podem ser sujeitos de direito internacional, na modalidade de sujeitos derivados e menores. Derivados porque essa personalidade se fundamenta na vontade do Estado, como prolongamento de estatuto do direito interno e menores porque os direitos e obrigações que lhes atinentes estão expressa e limitadamente estabelecidos nos tratados e regras de costume⁶⁶. Juste Ruiz⁶⁷ por sua vez, reconhece que há oportunidade de se inovar, reconhecendo um fator de progresso numa perspectiva da ciência jurídica, porém adverte que existem elementos de particular dificuldade para a compreensão pelo jurista tradicional. Em nosso país, Mazzuoli⁶⁸ sustenta a personalidade internacional dos indivíduos, mesmo sem a capacidade para participar do processo de formação das normas jurídicas, através de uma atuação internacional que é limitada e dependente das normas criadas pelos Estados e organizações internacionais.

Percebe-se que a personalidade jurídica delimitada pelo DI pode ser distinta da noção de personalidade jurídica do Direito Interno, de tal forma que um determinado ente pode ser reconhecido como sujeito pelo Direito Interno de seu país e não ser reconhecido expressamente pelo DI. Ainda possível que a capacidade jurídica atribuída pelo Direito Interno a um ente determinado não coincida com a atribuída pelo DI⁶⁹.

64 KISS, Alexandre; BEURIER, Jean-Pierre. *Droit International de L'environnement*. Paris: Editions A. Pedone, 2004.

65 Para Rezek, os indivíduos não são sujeitos de Direito Internacional, porque não participam da produção do acervo normativo internacional e tampouco se relacionam de forma direta e imediata com esse corpo de normas. Tampouco lhe garantiria esse *status* o fato de certas normas internacionais criarem direitos e imporem deveres as pessoas REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 183.

66 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Tradução de Vitor Marques Coleho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 579-648.

67 JUSTE RUIZ, José. El régimen internacional para combatir el cambio climático en la encrucijada. In: CARNERO, Rosa Giles. (Coord.). *Cambio Climático, Energía y Derecho Internacional*: perspectivas de futuro. Gijón: Aranzadi, 2012.

68 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 380-385.

69 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional*

Nesse particular, na medida que a doutrina tradicional continua a enxergar os governos subnacionais de forma discreta e dependente do seu respectivo Estado, a governança multinível indica totalmente o contrário⁷⁰ e vários textos internacionais já absorveram o reconhecimento dos governos subnacionais, como é o caso da Agenda 21 (1992), Agenda Habitat (1996), cabendo destaque para o Painei da ONU sobre Sociedade Civil, que no informe final sugere a necessidade de inserção desses governos em sua estrutura. Importante ter em mente que o ordenamento jurídico internacional “não é algo fixo e imutável”, mas produto da evolução das relações sociais, exigindo a interação entre realidade social e norma⁷¹. Há que reconhecer o fenômeno, sem necessariamente exaltar ou diminuir a sua relevância, mas para identificar sua presença e importância em uma série de mudanças que se reclama no DI. Fundamentalmente, a atuação internacional de estados subnacionais encontra-se numa situação de fronteira de reconhecimento, em que as percepções e alteração de definições não impede a capacidade de agir desses governos, particularmente em temas complexos, que reclamam envolvimento múltiplo de atores.

Conformar-se com a visão empoeirada da Teoria Clássica é ignorar a realidade e continuar na contramão das transformações dos debates internacionais, que crescentemente vem admitindo novos atores na discussão das preocupações de escala global que transcendem a dependência da vontade dos Estados, porque são dependentes da incorporação de enfrentamento pelas diversas camadas da sociedade, somente atingível pela via da cooperação multinível.

Ao DI não mais se permite ignorar que “*sub-national diplomacy is emerging as a force to be reckoned with*”⁷², mas um questionamento pertinente e que não pode deixar de ser realizado é se esse reconhecimento é indispensável para atribuir legitimidade e segurança para a atuação paradiplomática.

público. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 380-385.

70 SETZER, Joana. Governança multinível das mudanças climáticas: políticas subnacionais e ações transnacionais em São Paulo. In: REI, Fernando et al. *Direito e desenvolvimento*: uma abordagem sustentável. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 161.

71 GONÇALVES, Alcindo. *O conceito de governança*. Disponível em: <<http://cgca.com.br/userfiles/file/o%20conceito%20de%20governanca%20Alcindo%20Goncalves.PDF>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

72 MOORE, Scott. *California's Sub-national Diplomacy: the right approach*. Harvard: Power and Policy, 2013.

4. GOVERNANÇA GLOBAL E GOVERNANÇA MULTINÍVEL

Embora a discussão acerca do alargamento da concepção de sujeição internacional seja relevante, não é indispensável porque os governos subnacionais estão angariando espaço e defendendo seus interesses sob o manto da governança multinível e à margem do amparo do DI.

A ideia de governança foi instituída pelo Banco Mundial, em 1980, que utilizou, pela primeira vez, o termo “boa governança”, como articulação tendente a ajudar países em desenvolvimento. Com o tempo, passou a designar o próprio desenvolvimento e não somente a ajuda, sendo finalmente atrelado à ideia de desenvolvimento sustentável, em 1992⁷³.

Concebida, a princípio, como um conjunto de relações intergovernamentais, a intensificação da participação de outros atores no cenário internacional alterou o sentido da prevalência estatal, levando Finkelstein⁷⁴ a afirmar que governança global “*appears to be virtually anything*”.

Pode ser definida como meio e processo para administrar problemas de forma ampliada porque permite a participação de Estados e setores privados⁷⁵, mas sem precisar recorrer à adoção da coerção, porque se assenta e desenvolve pela cooperação. Por se basear no consenso e não na imposição da força e poder, seus objetivos e as formas escolhidas para atingi-los tendem a ser mais duradouros. Representa “a soma das várias maneiras como os indivíduos e instituições, públicos e privados, gerenciam seus negócios comuns. É um processo contínuo através do qual, interesses conflitantes ou diversos podem ser acomodados e ações cooperativas podem ser tomadas”⁷⁶.

Governança não é o mesmo que governo, porque não se sustenta por uma autoridade formal e prescin-

de da força para ser aceita e vencer resistências. É a consecução de objetivos comuns, com atribuição de responsabilidades formalmente prescritas ou mecanismos informais estabelecidos através de outros canais de articulação, não necessariamente governamentais, que conduzem os participantes a condutas determinadas e esperadas pelo grupo⁷⁷.

Envolve uma estrutura que pode ser formal ou informal em “processos, interações e tradições que influenciam a forma como o poder é exercido, como as decisões são tomadas, como os cidadãos são engajados ou excluídos e quem ganha legitimidade e influência no processo decisório”⁷⁸. Seus objetivos não são perseguidos pela imposição de autoridade formal, mas por metas comuns estabelecidas e perseguidas através da cooperação porque admite a participação de todos os interessados no sistema em que ela se desenvolve. É um fenômeno mais amplo e diferente de governo, podendo abranger, mas não necessariamente abrangendo instituições governamentais, porque se conforma com mecanismos informais, não governamentais, para, por meio de uma atuação coordenada e de cooperação, convencer pessoas e organizações para atuarem de forma determinada, satisfazendo as necessidades e demandas próprias⁷⁹.

Surge como articulação internacional que responde aos anseios e procura dar respostas a problemas concretos em diversas áreas⁸⁰ e relativiza o poder dos Estados, que passa a ser exercido de forma difusa, por meio de mecanismos de gestão compartilhada, em um processo contínuo e capaz de acomodar interesses conflitantes por meio de ações cooperativas sustentadas no diálogo e consenso. É bom ressaltar que o papel do Estado não desaparece ou é reduzido, alterando-se em “escalas

73 BORGES, André. Governança e política educacional. A agenda recente do Banco Mundial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 18, n. 52, p. 125-217.

74 FINKELSTEIN, Lawrence S. What Is Global Governance? *Global Governance*, v. 1, n. 3, p. 367-373, 1995.

75 “Envolvendo organizações não governamentais (ONG), movimentos civis, empresas multinacionais e mercados de capitais globais” (Comissão sobre Governança Global, 1996)

76 COMISSÃO DE GOVERNANÇA GLOBAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Nossa Comunidade Global: o relatório da comissão sobre governança global*. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

77 ROSENAU, James N. Governança, ordem e transformação na política mundial. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Org.). *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

78 REED, Maureen G.; BRUYNEEL, Shannon. Rescaling environmental governance, rethinking the state: A three-dimensional review. *Progress in Human Geography*, v. 34, n. 5, p. 646-653, 2010. Tradução própria.

79 ROSENAU, James N. Governança, ordem e transformação na política mundial. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Org.). *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

80 DINGWERTH, Klaus; PATTBERG, Philipp. Global Governance as a Perspective in World Politics. *Global Governance*, v. 12, p. 185-203, 2006.

para baixo” para incorporar outros atores, entre eles os governos subnacionais. As competências estatais continuam sendo relevantes para o desenvolvimento dos processos políticos e são indispensáveis para a eficácia da governança descentralizada⁸¹.

No campo da governança é indiferente se esses outros atores gozam ou não de sujeição internacional, porque ela não é uma modalidade de direito positivo e não se desenvolve por meio de normas postas e sancionadas, alargando as fronteiras do DI além dos limites clássicos, numa arquitetura de relações internacionais e não propriamente de Direito⁸². Portanto, ainda que o DI só reconheça os Estados e organizações internacionais como sujeitos de direito, sob o prisma da governança essa noção parece confrontar com o *ius cogens*. Esse conflito, entretanto, é apenas aparente, ou seja, não existe, porque para participar do processo de discussão não se exige personalidade ou capacidade jurídica internacional. A participação dos vários agentes é no sentido de colaborar no processo da cooperação e não na elaboração das normas. É a governança, portanto, que introduz, justifica e legitima a figura do ator não estatal nas relações internacionais e não o Direito, propriamente dito⁸³.

Doutrinariamente, a governança pode ser classificada em governança corporativa⁸⁴, governança sem governo⁸⁵ e governança multinível⁸⁶. A que interessa para o presente trabalho é a última, que pode ser definida como um exercício de negociação internacional desenvolvido por governos subnacionais e atores transnacionais⁸⁷, sob a

dimensão da cooperação vertical e horizontal⁸⁸.

O termo surgiu para conceituar a forma como as decisões eram tomadas na União Europeia⁸⁹, envolvendo uma negociação continuada entre governos de diferentes esferas⁹⁰, em regimes federativos descentralizados, mas “passou a ser utilizado para descrever a cada vez mais densa rede de conexões entre atores que operam desde a esfera supranacional à esfera local de governança, por vezes conduzidas por Estados, mas muitas vezes transpassando-os”⁹¹.

Percebe-se que ela distribui a discussão e consecução do objetivo comum através de relações e trocas de experiências que envolvem diferentes atores, desenvolvem-se em diferentes níveis de governo, tanto na horizontal quanto verticalmente, quebrando o monopólio de solução dos problemas globais pelos Estados⁹², estabelecen-

nacionais de indústria e comércio e ONGs de abrangência nacional; atores subnacionais governamentais, seriam os governos estaduais e municipais; atores subnacionais não governamentais, as ONGs locais e confederações estaduais de indústria e comércio; atores subnacionais transnacionais, as organizações transnacionais compostas por prefeitos ou governadores, ou redes transnacionais de governos subnacionais e atores transnacionais não governamentais, as ONGs internacionais e as redes acadêmicas compostas por membros de dois ou mais Estados, também denominadas comunidades epistêmicas SETZER, Joana. Governança multinível das mudanças climáticas: políticas subnacionais e ações transnacionais em São Paulo. In: REI, Fernando et al. *Direito e desenvolvimento: uma abordagem sustentável*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 152.

88 Yan Filho, citando BACHE, Ian; FLINDERS, Matthew. *In Themes and issues in multi-level governance*. Oxford: Oxford University Press, 2004, acrescenta ser “um sistema de contínua negociação entre governos ligados em diversos níveis territoriais”, além de inseridos dentro de redes políticas que ultrapassam os limites da esfera pública”, de tal forma que “a palavra multinível se refere ao ‘aumento da interdependência de governos operando em diferentes níveis territoriais’, enquanto governança ‘assinala o crescimento da interdependência entre atores governamentais e não-governamentais em vários níveis territoriais’”. YAN FILHO, A. G. Mercocidades e governança multinível no processo de integração regional sul-americano. In: ENCONTRO NACIONAL DA ABRI: Governança global e novos atores, 3., 2011, São Paulo. *Anais...* São Paulo, 2011.

89 No mesmo sentido Piattoni, atribuindo a introdução do termo por Gary Marks, in *Structural Policy in the European Community*, in A. Sbragia, Euro-politics. Institutions and Policymaking in the “New” European Community, Washington, DC, The Brookings Institution PIATTONI, Simona. *Multi-Level Governance in the EU. Does it Work?* Princeton: Princeton University, 2009.

90 Nesse sentido, BULKEKEY, H. Reconfiguring Environmental Governance: towards a politics of scales and networks. *Political Geography*, n. 24, p. 875—902, 2005.

91 SETZER, Joana. Governança multinível das mudanças climáticas: políticas subnacionais e ações transnacionais em São Paulo. In: REI, Fernando et al. *Direito e desenvolvimento: uma abordagem sustentável*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 152.

92 CORFEE-MORLOT, Jam et al. *Cities, Climate Change and Multi-*

81 REED, Maureen; BRUYNEEL, Shannon. Rescaling environmental governance, rethinking the state: a three-dimensional review. *Progress in Human Geography*, v. 34, n. 5, p. 646-653, 2010.

82 HOFMAN, Matthew J. *Climate Governance at the Crossroads*. New York: Oxford University Press, 2011.

83 Nesse sentido: ARAÚJO, Izabela Viana de. *A governança global e a atuação das redes internacionais de cidades*. São Paulo: Scientific Electronic Library Online (SciELO), 2011.

84 Conjunto de práticas e relacionamentos empresariais que se presta a garantir e otimizar o desempenho de uma empresa.

85 Baseia-se no fim do Estado-Nação e a existência de instituições supra e subestatais, com predominância de atores não estatais. GONÇALVES, Alcindo. Impasse nas negociações sobre mudanças climáticas. *Revista Política Externa*, v. 23, n. 03, 2015.

86 Nesse sentido BARROS-PLATIAU; VARELLA, Marcelo Dias; SCHLEICHER, Rafael T. Meio ambiente e relações internacionais: perspectivas teóricas, respostas institucionais e novas dimensões de debate. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 47, n. 2, 2004.

87 Setzer classifica os atores em governamentais e não governamentais, nacionais, subnacionais ou transnacionais. Atores nacionais governamentais seriam as instituições do poder executivo de uma nação; atores nacionais não governamentais seriam as federações

do coordenação policêntrica, ao distribuir os centros de direção e decisão em escalas capazes de incluir redes, governos subnacionais e atores diversos⁹³. Implica um conjunto diversificado de modalidades, desenvolvidas por meio de sistemas de coordenação e negociação entre atores formalmente independentes, mas funcionalmente interdependentes, que se estabelecem em níveis territoriais (supranacional, nacional e subnacional)⁹⁴.

É um sistema de negociação permanente entre diversos atores, num processo ampliado de criação institucional e decisório, determinando a realocação de funções para os governos subnacionais que antes estavam centralizadas no Estado⁹⁵. Atinge seus objetivos “através de ações implementadas de fora para dentro e em escalas espaciais novas”⁹⁶.

Sob a dimensão vertical, sugere a inexistência de um nível único e indiscutível de governo⁹⁷, reconhecendo que os Estados não conseguem implementar estratégias efetivas sem a colaboração dos governos subnacionais. Paradoxalmente, os governos subnacionais também não são eficientes quando operam isoladamente, porque as decisões regionais e locais são essenciais para conceber e implementar estratégias necessárias através de políticas nacionais e internacionais que no mais das vezes exigem mandato e ação coordenada. Em outras palavras, boa parte das políticas públicas que precisam ser implementadas pelo governo central para solução de problemas globais acabam causando impactos locais que não se conformam com mandatos liderados nacionalmente, porque a implementação é inevitavelmente de caráter local⁹⁸. Assim, uma dimensão vertical induz

que as estratégias globais sejam cumpridas por meio de uma implementação coordenada, com hierarquia e prevalência do governo central, mas com a participação e cooperação dos subnacionais.

Já a dimensão horizontal determina que as relações travadas entre cidades, regiões e governos nacionais, por meio das fronteiras organizacionais, possuem legitimidade para influenciar resultados, seja pelo compartilhamento de práticas eficazes, ou pelo estabelecimento de parcerias, troca de informações, induzindo cooperação horizontal, sem qualquer influência hierárquica ou organizacional⁹⁹. Igualmente, relevante destacar, na dimensão horizontal que esses governos são responsáveis por uma série de matérias, como meio ambiente, urbanismo, educação, política social etc., que se encontram cada vez mais internacionalmente condicionadas e que, portanto, geram consequências políticas e jurídicas externas e internas, até mesmo constitucionais ou convencionais.

No nível subnacional, tendo em vista a falta de reconhecimento internacional, essas relações horizontais são criadas e se desenvolvem, no mais das vezes, por meio de redes e coalizões a nível nacional e internacional. A participação por meio de redes transnacionais vem permitindo a introdução silenciosa, gradativa e cada vez mais importante dos governos subnacionais nos fóruns internacionais.

Consequência dessa dinâmica, o avanço dos regimes internacionais lastreados por tratados multilaterais se sustenta no desenvolvimento dessas dimensões, assim como pela ação concreta de outros atores que não são formalmente partes do sistema jurídico internacional¹⁰⁰.

É no campo da governança global, portanto, que se desenvolve a paradiplomacia, admitindo-se a participação de outros atores diversos dos tradicionalmente reconhecidos como sujeitos de DI, abrindo espaço para os governos subnacionais desenvolverem políticas públicas além dos seus limites territoriais, através de parcerias com outros Estados ou regiões, participando de eventos internacionais ou participando em redes

level Governance. Paris: OECD Environmental Working Papers n. 14, 2009.

93 REED, Maureen G.; BRUYNEEL, Shannon. Rescaling environmental governance, rethinking the state: A three-dimensional review. *Progress in Human Geography*, v. 34, n. 5, p. 646-653, 2010.

94 PIATTONI, Simona. *Multi-Level Governance in the EU*. Does it Work? Princeton: Princeton University, 2009.

95 HAPPAERTS, Sander; VAN DEN BRANDE, Karoline; BRUYNINCKX, Hans. Governance for Sustainable Development at the Inter-subnational Level: The Case of the Network of Regional Governments for Sustainable Development (nrg4SD). *Regional & Federal Studies*, v. 20, n. 1, p. 127-149, 2010.

96 REED, Maureen G.; BRUYNEEL, Shannon. Rescaling environmental governance, rethinking the state: A three-dimensional review. *Progress in Human Geography*, v. 34, n. 5, p. 646-653, 2010. Tradução própria.

97 PIATTONI, Simona. *Multi-Level Governance in the EU*. Does it Work? Princeton: Princeton University, 2009. p. 5-6.

98 CORFEE-MORLOT, Jam et al. *Cities, Climate Change and Multi-level Governance*. Paris: OECD Environmental Working Papers n. 14, 2009.

99 CORFEE-MORLOT, Jam et al. *Cities, Climate Change and Multi-level Governance*. Paris: OECD Environmental Working Papers n. 14, 2009.

100 REI, Fernando; CUNHA, Kamyła; SETZER, Joana. La paradiplomacia ambiental en la nueva gobernanza internacional. In: ODDONE, Nahuel; VÁZQUEZ, Horacio Rodríguez. (Coord.). *Municipios y Cambio Climático: Hacia la construcción de una agenda de paradiplomacia ambiental*. Granada: UIM, 2014.

transnacionais¹⁰¹. As várias articulações que assim se estabelecessem acabam forçando, de forma incipiente, a criação ou implementação de regras, contribuindo na acomodação das relações internacionais e do próprio DI¹⁰², mas prescindindo dessa acomodação.

Percebe-se que a paradiplomacia é indutora da modernização do DI, mas dele não depende para se desenvolver. A segurança jurídica dessas relações se assenta na magnitude e importância da cooperação multilateral para enfrentamento dos problemas globais e não necessariamente em um reconhecimento formal de algo que já se encontra consolidado no sistema internacional.

5. A VALIDADE INTERNACIONAL DOS ACORDOS FIRMADOS POR GOVERNOS SUBNACIONAIS

Nas últimas décadas, pelos mais diversos fatores, a dinâmica robusta da paradiplomacia em algumas agendas globais acarretou relevantes modificações nos campos políticos e jurídicos das relações internacionais. A participação dos estados subnacionais no processo de globalização se intensificou, principalmente por meio da participação em redes transnacionais, relativizando a soberania dos Estados e provocando a acomodação do Direito Internacional, em particular o Direito dos Tratados. O processo irreversível de participação dos governos regionais no cenário internacional e na formulação de acordos e atos internacionais, ainda que de forma incipiente, não contou com o necessário respaldo jurídico e salvo raras exceções, essa inserção internacional na política exterior vem sendo levada a cabo sob uma aparente “não legalidade”, diante da falta de previsão normativa explícita¹⁰³.

A existência de alguns modelos institucionalizados de paradiplomacia assentados na governança multinível reforçam a ideia que a inserção internacional consolidada dos entes subnacionais é uma realidade que não pode ser deixada à margem da legalidade, criando bre-

chas na arquitetura internacional existente, na busca de caminhos mais flexíveis e favoráveis ao incremento do multilateralismo.

Com base no *jus cogens*, os acordos e documentos firmados por governos subnacionais não são reconhecidos, porque não regidos pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), que conceitua tratado como “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua denominação específica”¹⁰⁴. Percebe-se uma lacuna no DI que impede o reconhecimento dessas tratativas classificadas genericamente como acordos ou convênios, numa modalidade de contrato *sui generis*¹⁰⁵, porque, se uma das partes não pode ser identificada como Estado, o documento não poderia ser formalmente considerado como Tratado, carecendo de legitimidade jurídica internacional.

Ocorre que, no ponto que interessa ao presente artigo, vários documentos internacionais começam a reconhecer a existência de atores diversos dos sujeitos internacionais tradicionais, como é o caso dos governos subnacionais.

O Acordo de Cancun, firmado no âmbito do Regime Internacional de Mudanças Climáticas, durante a COP 16, reconheceu o papel dos governos subnacionais no enfrentamento das mudanças climáticas, através da Decisão 1 / COP 16, em especial na parte chamada de visão compartilhada para ação cooperativa de longo prazo, onde foi “formalmente reconhecida” a necessidade de envolver uma ampla gama de partes interessadas sobre os temas globais, nos níveis regionais e locais, em acordos juridicamente vinculativos para a redução das emissões de gases de efeito estufa (UNFCCC, 2011).

A Convenção de Diversidade Biológica, na reunião ocorrida Nagoya (2010), ratificou o Plano de Ação de Governos Subnacionais, Cidades e Outras Autoridades Locais¹⁰⁶, reconhecendo a importância dessa atuação na tutela da biodiversidade.

A Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20/2012) se destacou pelo

101 REI, Fernando; SETZER, Joana; CUNHA, Kamyła. A Rio+20 e o quadro institucional pelo desenvolvimento sustentável: o papel dos governos subnacionais na governança ambiental global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 129-140, 2012.

102 NEVES, Miguel Santos. Regionalização, paradiplomacia e política externa na era do conhecimento. *JANUS.NET, e-journal of International Relations*, v. 1, n. 1, p. 98-99, oct. 2010.

103 CASTELO BRANCO, Álvaro Chagas. *Paradiplomacia & entes não-centrais no cenário internacional*. Curitiba: Juruá, 2008.

104 Artigo 2º, inciso I, alínea “a”.

105 RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. Relações internacionais Federativas no Brasil. *DADOS: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 1015-1034, 2008.

106 Através da Decisão X-22 da CDB.

reconhecimento da contribuição dos governos locais e subnacionais na implementação do desenvolvimento sustentável e, por fim, a COP 21, realizada em Paris/2015, adotou um instrumento juridicamente vinculativo, o Acordo de Paris¹⁰⁷, assinado por 195 países membros da UNFCCC (Convenção-Quadro das Nações Unidas para Mudança Climática), reconhecendo a importância da contribuição dos demais atores globais¹⁰⁸.

Esses reconhecimentos demonstram que o estatocentrismo do DI começa a ser rebatido em documentos oficiais. A prática da paradiplomacia é algo irreversível e indispensável tanto para o desenvolvimento regional e local¹⁰⁹, como para a discussão internacional. É certo que as atividades dos governos centrais precisam se amoldar a algumas alterações inevitáveis, mas já não é possível ignorar a relevância da paradiplomacia como mecanismo de articulação entre o global e o local¹¹⁰, impulsionando e direcionando a solução de problemas internacionais relevantes onde efetivamente eles são suportados.

Em 03/05/11, a Assembleia Geral da ONU alterou o *status* da União Europeia (*observer*), concedendo-lhe o direito de falar em debates, por meio de seus representantes externos, apresentar propostas e emendas, exercer direito de resposta, levantar questões de ordem e circular documentos que sejam de interesse do Conselho Europeu e seus membros (*observer speaking rights*)¹¹¹. O *status* de observador¹¹² é concedido por resolução da Assembleia Geral a algumas organizações (que exercem funções e defendem interesses baseados na maioria das atividades do órgão), ou para Estados não mem-

bro, permitindo acesso ilimitado a praticamente todos os fóruns, através da participação ativa em atividades, acesso às reuniões e documentos relevantes, não conferindo, entretanto, direito a voto ou proposição de resoluções¹¹³. A União Europeia é observadora desde 1974, mas até então seu *status* admitia tão somente a participação, sem direito de participar dos debates. Por certo, essa abertura pode ser um ponto de partida para que outras organizações regionais, redes transnacionais e coalizões postulem o mesmo direito e demonstra que os novos atores estão influenciando o multilateralismo.

Esses novos desafios despertam uma considerável relativização da soberania dos Estados que precisa ser compatibilizada com os novos espaços e dinâmicas de atuação subnacional. Os Estados não incorporaram essa realidade, porque enfrentam dificuldades para lidarem com as vulnerabilidades decorrentes da interdependência complexa¹¹⁴. Enquanto não se adaptam e enquanto o DI não evolui, “algo diferente do direito está tomando o seu lugar ou o direito está se transformando em algo que antes não era para dar conta das novas realidades”¹¹⁵. Essa lacuna jurídica está sendo preenchida gradativamente pela governança, que se estabelece como instância global capaz de outorgar legitimidade às atuações paraestatais, gerando um reconhecimento tácito ao *status* dos entes subnacionais. Por ser mais fluida e não exigir uma estrutura formal, consegue legitimar essas relações internacionais, marginais aos olhos do DI, mas apropriadas para intensificar e estimular a cooperação.

Os mecanismos informais estabelecidos pela governança por meio de canais de articulação que não são mais exclusividade governamental, não são modalidades de direito positivo e não se desenvolvem através de normas postas e sancionadas. Eles alargam as fronteiras do DI, completam suas lacunas, legitimam atuação porque estão construindo uma arquitetura de relações internacionais e não propriamente de Direito.

107 FCCC *Adoption Of The Paris Agreement*. Disponível: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/l09.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

108 Artigo 7º, item 2.

109 TAVARES, Rodrigo. As relações internacionais do Estado de São Paulo. In: MARCOVITICH, Jacques; DALLARI, Pedro B. A. (Org.) *Relações Internacionais de Âmbito Subnacional: a experiência de Estados e Municípios no Brasil*. São Paulo: Instituto de Relações Internacionais, 2014. p. 12-27.

110 NEVES, Miguel Santos. Regionalização, paradiplomacia e política externa na era do conhecimento. *JANUS.NET, e-journal of International Relations*, v. 1, n. 1, p. 98-99, oct. 2010.

111 Resolução da Assembleia Geral da ONU no. 62/275.

112 A ONU ainda admite a concessão de status consultivo, que não dá direito de participação em reuniões e conferência dos principais órgãos, mas apenas em algumas das comissões, não podendo falar por iniciativa própria, mas apenas quando convidado a tal. O status de observador pode ser classificado em geral e especial, esse último para organizações com competência especial na área específica do respectivo órgão, permitindo a participação nesse órgão específico.

113 KOENIG, Christian. Observer status for the ICRC at The United Nations: a legal viewpoint. *International Review of the Red Cross*, n. 280, 1991.

114 DUCHACEK, Ivo. Perforated Sovereignties: Towards a Typology of New Actors in International Relations. In: MICHELMANN, Hans; SOLDATOS, Panayotis. *An Explanatory Framework for the Study of Federated States as Foreign-policy Actors*. Oxford: Clarendon Press, 1990.

115 NASSER, Salem Hikmat. Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 12, p. 98-126, 2015.

Com isso, a igualdade entre os Estados continua a ser a máxima das relações internacionais, mas eles não são mais os únicos protagonistas das relações internacionais, estando sujeitos às influências positivas ou negativas dos demais atores, ora a impulsionar compromissos multilaterais ambiciosos, ora a servirem de barreira à cooperação, formando “novos centros de influência global”, que buscam a defesa de demandas e aspirações específicas e muitas vezes diversas dos interesses estatais. Desenvolvem uma participação assertiva por meio da governança multilateral que de certa forma é necessária para o enfrentamento global, mas que através dessa consciência passam a exigir voz e vez nos debates internacionais, influenciando substancialmente a construção do *jus cogens*¹¹⁶.

Ao preencher o vazio da regulação jurídica internacional, a governança justifica e consente a participação dos governos subnacionais nas discussões globais, mas não é capaz de impedir possíveis impactos dessa atuação na política externa do Estado, observados não pelo viés da congruência ou incongruência das ações, mas pela pontual incidência que possa ter além-fronteiras.

José Afonso da Silva defende que “no Estado moderno, se torna cada vez mais problemático discernir o que é interesse geral ou nacional do que seja interesse regional ou local”¹¹⁷ e, nesse sentido, alguns conteúdos da ação internacional subnacional podem gerar desavenças internas, legitimando o Estado a advogar uma maior diversificação territorial para compensar e enfrentar as assimetrias regionais, como de fato ocorre. Assim, as instâncias de governos – central e subnacional – podem ser “rivais” no processo de atração desses investimentos e, a partir do desacordo na busca do mesmo objetivo, perde-se a oportunidade de otimizar recursos envolvidos e potencializar oportunidade, chegando, inclusive, ao ponto de duplicar recursos e pessoal.

Tais incongruências precisam ser gerenciadas, para que a paradiplomacia seja efetivamente entendida como um complemento à política externa central e como fator que garanta, também, o desenvolvimento regional e local.

No caso do Brasil, o artigo 21, inciso I, da Constituição Federal estabelece que compete à União manter

relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais. Essa disposição constitucional é complementada pelo artigo 84, incisos VII e VIII, da Carta Magna, que assegura ser competência privativa do Presidente da República manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos, bem como celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Por meio de uma análise superficial do texto legal, poder-se-ia concluir que a atuação dos governos subnacionais no cenário internacional estaria vedada pelo texto constitucional, mas uma interpretação mais acurada permite concluir que há um espaço para essa atuação paralela, ainda não expressamente regulamentada, mas que de longe é vedada ou excluída pelo sistema jurídico brasileiro. Embora os dispositivos constitucionais citados tenham reservado à União a competência exclusiva para definir e exercer a política externa do país, o artigo 18 tratou de atribuir aos entes federados autonomia de organização político-administrativa.

O cenário interno legislativo é seguro para concluir que os entes federados possuem competência ampla para atuar no cenário internacional, desde que limitados aos assuntos próprios de sua competência interna, previstos no artigo 23, da Constituição Federal (saúde, patrimônio histórico, cultural e paisagístico, cultura, educação, ciência, meio ambiente, habitação e combate à pobreza), autonomia subordinada ao conjunto de competências constitucionais e às restrições previstas na própria Constituição, como é o caso do disposto no artigo 52, incisos V e VII, que condiciona a autorização do Senado Federal para operações externas de natureza financeira e sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno. No sistema interno brasileiro, no regime de repartição de competências, cabe a predominância do interesse da União para as questões de interesse geral e aos governos subnacionais aquelas relativas aos assuntos de interesse regional ou local, permitindo que celebrem acordos, inclusive de financiamento, desde que tenham o consentimento do Senado Federal, que observará os limites e condições de crédito externo previstos em lei.

Dessa forma, no campo internacional, a paradiplomacia está consolidada, ainda que não reconhecida expressamente pelo DI. A inexistência de regramento internacional pode causar impactos entre os interesses centrais e subnacionais que deverão buscar conformidade no estatuto do direito interno. A falta de reconheci-

116 BOUCHARD, Caroline; PETERSON, John. Conceptualising Multilateralism: Can we All Just Get Along? *E-paper, Mercury*, n. 1, v. 10, p. 09, 2011.

117 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 476.

mento, no entanto, não compromete a atuação subnacional, porque a governança global preenche a lacuna jurídica e estabelece canais de negociações fluidos e informais que admitem várias camadas.

Portanto, o que cabe aos Estados, nessa intrincada teia internacional, é compreender a necessidade de adaptar o exercício isolado de sua soberania, central nas relações internacionais, mas insuficiente no enfrentamento de vários temas complexos que envolvem a sociedade moderna internacional, permitindo a criação de espaços institucionais capazes de compatibilizar interesses nacionais e subnacionais para que os resultados convirjam no sentido do seu equacionamento.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há como ignorar as relações internacionais levadas a efeito pelos governos subnacionais, que tendem a aumentar cada vez mais com o estreitamento dos mercados e distâncias trazidos pela globalização. Por estarem diretamente envolvidos na origem dos problemas globais ou em suas consequências, conseguem identificar com muito mais facilidade as necessidades sociais, desenvolvendo políticas públicas regionalizadas e, por vezes, bem mais efetivas que as estabelecidas a nível geral e nacional.

Essa percepção subnacional e o desenvolvimento da paradiplomacia se tornaram um marco a impulsionar adaptações, estabelecendo uma interdisciplinariedade entre o campo das relações internacionais e o DI. O questionamento atual não gravita entre aceitar ou não a contribuição dos governos subnacionais na qualidade de novos atores, já totalmente consolidada no cenário mundial, mas compreender qual a dimensão que ocupam nessa nova estrutura do sistema internacional.

Apesar de não serem reconhecidos como sujeitos pelo DI clássico, comprometido pela desatualizada visão estatocêntrica, essa atuação é legítima e assentada na governança global, indispensável para o enfrentamento de boa parte dos problemas mundiais. Ao exigirem voz e vez nos debates internacionais, os governos subnacionais estão influenciando substancialmente a construção do *jus cogens* e essa participação começa a ser reconhecida em vários instrumentos internacionais relevantes e na recente alteração do *status* da União Europeia perante a Assembleia Geral da ONU.

Isso ocorre porque personalidade jurídica não é atributo relevante para a governança global, eis que por não ser modalidade de direito positivo, não se desenvolve por meio de normas postas e sancionadas, alargando as fronteiras do DI e construindo uma arquitetura de relações internacionais e não propriamente de Direito. Assim, não existe conflito entre o *jus cogens* e a participação dos entes subnacionais nas discussões internacionais, porque os processos de discussão estabelecidos por meio da governança não exigem personalidade ou capacidade jurídica internacional, limitando-se à colaboração e cooperação na elaboração das normas.

A magnitude da atuação paradiplomática induz o DI à modernização, mas, paradoxalmente, não depende dessa modernização para se desenvolver, pois a segurança jurídica se assenta na necessidade de cooperação multilateral na solução dos problemas globais que extrapolam a capacidade de enfrentamento dos Estados.

O desafio, portanto, parece residir não pontualmente na legitimação formal do DI, mas na sua abertura ao fenômeno constatado e pujante, admitindo a oportunidade, a estratégia, a inteligência de um momento de transição, em que o Direito desenvolverá um novo olhar e fará parte da evolução, abraçando novos modelos de entidade política que ele mesmo, em seu histórico, acabou por gerar.

A paradiplomacia, em atividade típica de governança global, está plenamente reconhecida e justificada no sistema internacional pela capacidade de demanda e cooperação multinível, independentemente da dogmática adotada pelo DI. Com certeza, as próximas décadas mostrarão, com maior evidência, a inadequação de certas realidades estatais, pelo seu fracasso em desenvolver estruturas política-administrativas consistentes frente aos desafios dos diversos regimes jurídicos internacionais e serão seguramente muitos os governos subnacionais a desempenhar um papel significativo, em escala global, frente a esses desafios.

O ativismo regional pode e deverá contribuir de forma positiva ao enfrentamento dos problemas globais, concluindo-se que a adaptação ou modernização do DI é importante, mas não indispensável para o exercício da paradiplomacia, porque os novos atores não são somente uma realidade, mas uma necessidade à própria subsistência das relações multilaterais.

Da mesma forma, a paradiplomacia não pode e não deve ser enxergada internamente como um risco à au-

tonomia na condução da agenda política ou perigo ao exercício da soberania. Ao contrário, por incrementar o *soft power* estatal, deve ser incorporada como complementação à política nacional, impondo-se estruturas internas que permitam a relativização do poder estatal, compatibilizando-o com a atuação subnacional para defesa dos assuntos regionais e locais que podem, perfeitamente, agregar a política nacional e contribuir para o desenvolvimento.

Portanto, é desejável que o fenômeno paradiplomático não dependa exclusivamente do estímulo à criação de espaços institucionais pela governança global. É hora de o Direito Internacional dar a sua contribuição, compatibilizando na ação internacional interesses nacionais e subnacionais, reunidos na concretização de interesses comuns, ainda que diversificados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIRRE ZABALA, Inaki. Qué sentido tiene hablar de paradiplomacia? Uma encuesta intertextual entorno a un neologismo polisémico. In: LUZARRAGA, Aldcoa F.; KEATING, M. *Paradiplomacia: las relaciones internacionales de las regiones*. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- ARAÚJO, Izabela Viana de. *A governança global e a atuação das redes internacionais de cidades*. São Paulo: Scientific Electronic Library Online (SciELO), 2011.
- BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias; SCHLEICHER, Rafael T. Meio ambiente e relações internacionais: perspectivas teóricas, respostas institucionais e novas dimensões de debate. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 47, n. 2, 2004.
- BORGES, André. Governança e política educacional. A agenda recente do Banco Mundial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 18, n. 52, p. 125-217,
- BULKEKEY, H. Reconfiguring Environmental Governance: towards a politics of scales and networks. *Political Geography*, n. 24, p. 875-902, 2005.
- CASTELO BRANCO, Álvaro Chagas. *Paradiplomacia e entes não-centrais no cenário internacional*. Curitiba: Juruá, 2008.
- COHN, Theodore H.; SMITH, Patrick J. Subnational Governments as International Actors: Constituent Diplomacy in British Columbia and the Pacific Northwest. *BC Studies*, Vancouver, n. 110, p. 25-59, summer, 1996.
- COMISSÃO DE GOVERNANÇA GLOBAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Nossa Comunidade Global: o relatório da comissão sobre governança global*. Rio de Janeiro: FGV, 1996.
- CORFEE-MORLOT, Jam et al. *Cities, Climate Change and Multilevel Governance*. Paris: OECD Environmental Working Papers n. 14, 2009.
- CORONEL, Álvaro. *Breve historia de la cooperación descentralizada*. Una mirada de cooperación descentralizada desde Sudamérica. Montevideo: Observatorio Unión Europea, América Latina, 2006.
- DEDUERWAERDERE, Tom. *The contribution of network governance to sustainable development*. Belgique: Université Catholique de Louvain Fonds National de la Recherche Scientifique, 2005.
- DIAS, Reinaldo. *Um tema emergente nas relações internacionais: a paradiplomacia das cidades e Municípios*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 08 dez. 2014.
- DINGWERTH, Klaus; PATTBERG, Philipp. Global Governance as a Perspective in World Politics. *Global Governance*, v. 12, p. 185-203, 2006.
- DUCHACEK, Ivo. Perforated Sovereignties: Towards a Typology of New Actors in International Relations. In: MICHELMANN, Hans; SOLDATOS, Panayotis. *An Explanatory Framework for the Study of Federated States as Foreign-policy Actors*. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge. *International Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- EVANS, Peter B; JACOBSON, Harold K.; PUTNAM, Robert D. *Double-Edge Diplomacy: International Bargaining and Domestic Politics*. California: University of California Press, 1993.
- FINKELSTEIN, Lawrence S. What Is Global Governance? *Global Governance*, v. 1, n. 3, p. 367-373, 1995.
- GONÇALVES, Alcindo. Impasse nas negociações sobre mudanças climáticas. *Revista Política Externa*, v. 23, n. 03, 2015.
- GONÇALVES, Alcindo. *O conceito de governança*. Disponível em: <<http://cgca.com.br/userfiles/file/o%20conceito%20de%20governanca%20Alcindo%20Gon>

calves.PDF>. Acesso em: 12 jan. 2015.

GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. *Governança global e regimes internacionais*. São Paulo: Almedina Brasil, 2011.

GRANATO, Leonardo. *Paradiplomacia e relações internacionais*: breve abordagem teórica. 2014. Disponível em: <<http://www.dialogosinternacionais.com.br/2014/08/quarta-do-especialista-paradiplomacia-e.html>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

HAPPAERTS, Sander; VAN DEN BRANDE, Karoline; BRUYNINCKX, Hans. Governance for Sustainable Development at the Inter-subnational Level: The Case of the Network of Regional Governments for Sustainable Development (nrg4SD). *Regional & Federal Studies*, v. 20, n. 1, p. 127-149, 2010.

HOFMAN, Matthew J. *Climate Governance at the Crossroads*. New York: Oxford University Press, 2011.

JUSTE RUIZ, José. El régimen internacional para combatir el cambio climático en la encrucijada. In: CARNERO, Rosa Giles. (Coord.). *Cambio Climático, Energía y Derecho Internacional*: perspectivas de futuro. Cizur Menor: Aranzadi, 2012.

KEATING, Michael. Regiones y Assuntos Internacionales: Motivos, Oportunidades y Estrategias. In: ALDECOA, Francisco; KEATING, Michael. *Paradiplomacia*: Las Relaciones Internacionales de las Regiones. Madrid: Marcial Pons, 2011.

KEOHANE, Robert O.; MILNER, Helen V. *Internationalization and Domestic Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph. *Power and Interdependence*: World Politics in Transition. Nova York: Longman, 2001.

KISS, Alexandre ; BEURIER, Jean-Pierre. *Droit International de L'environnement*. Paris: Editions A. Pedone, 2004.

KOTZIAS, Fernanda Vieira; SILVEIRA, Henrique Lago da. Contribuições da Paradiplomacia para a agenda ambiental da Governança Global: aspectos teóricos e práticos. In: GONÇALVES, Alcindo; REI, Fernando (Org.). *Governança e Paradiplomacia Global*. [Santos]: Universitária Leopoldiana, 2015. p. 11-50.

LECOURS, André. Paradiplomacy: reflections on the foreign policy and international relations of regions. *International Negotiation*, v. 7, p. 91-114, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MOORE, Scott. *California's Sub-national Diplomacy: the right approach*. Harvard: Power and Policy, 2013.

MORGENTHAU, Hans J. *A política entre as nações*: a luta pelo poder e pela paz. Brasília: UnB, 2003.

NASSER, Salem Hikmat. Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 12, p. 98-126, 2015.

NEVES, Miguel Santos. Regionalização, paradiplomacia e política externa na era do conhecimento. *JANUS. NET, e-journal of International Relations*, v. 1, n. 1, oct. 2010.

NUNES, Carmen Juçara da Silva. *A paradiplomacia no Brasil*: O caso do Rio Grande do Sul. 2005. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

ONUKI, Janaína; OLIVEIRA, Amâncio Jorge de. *Paradiplomacia e relações internacionais*: a experiência da cidade de São Paulo. Centro de Estudos das Negociações Internacionais, 2013.

PELET, Alain; DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc. *Direito internacional público*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkain, 2003.

PIATTONI, Simona. *Multi-Level Governance in the EU*. Does it Work? Princeton: Princeton University, 2009.

REED, Maureen G.; BRUYNEEL, Shannon. Rescaling environmental governance, rethinking the state: A three-dimensional review. *Progress in Human Geography*, v. 34, n. 5, p. 646-653, 2010.

REI, Fernando; CUNHA, Kamyla; SETZER, Joana. La paradiplomacia ambiental en la nueva gobernanza internacional. In: ODDONE, Nahuel; VÁZQUEZ, Horacio Rodríguez. (Coord.). *Municipios y Cambio Climático*: Hacia la construcción de una agenda de paradiplomacia ambiental. Granada: UIM, 2014.

REI, Fernando; GRANZIERA, Maria Luiza. Direito ambiental internacional: novos olhares para a ciência do direito. In: REI, Fernando; GRANZIERA, Maria Luiza.

REI, Fernando; GRANZIERA, Maria Luiza. Direito ambiental internacional: novos olhares para a ciência do direito. In: REI, Fernando; GRANZIERA, Maria Luiza.

- Direito ambiental internacional: avanços e retrocessos*. 40 anos de Conferências das Nações Unidas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 149-158.
- REI, Fernando; SETZER, Joana; CUNHA, Kamyla. A Rio+20 e o quadro institucional pelo desenvolvimento sustentável: o papel dos governos subnacionais na governança ambiental global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 129-140, 2012.
- REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. Relações internacionais Federativas no Brasil. *DADOS: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 1015-1034, 2008.
- ROSENAU, James N. Governança, ordem e transformação na política mundial. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Org.). *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.
- SALOMÓN, Mônica; NUNES, Carmem. A ação externa dos governos subnacionais no Brasil: os casos do Rio Grande do Sul e de Porto Alegre. Um estudo comparativo de dois tipos de atores misto. *Revista Contexto Internacional*, v. 29, n. 1, p. 99-147, 2007.
- SETZER, Joana. Governança multinível das mudanças climáticas: políticas subnacionais e ações transnacionais em São Paulo. In: REI, Fernando et al. *Direito e desenvolvimento: uma abordagem sustentável*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 147-183.
- SOARES, Guido Fernando. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2004.
- SOLDATOS, Panayotis. An explanatory Framework for the Study of Federated States as Foreign Policy Actors. In: MICHELMANN, H. S.; SOLDATOS, P. *Federalism and International Relations: The Role of Subnational Units*. Oxford: Clarendon Press, 1990. p. 34-53.
- STEIN, Arthur A. Coordination and collaboration: regimes in an anarchic world. *International Organization*, v. 36, p. 299-324, 1982.
- TAVARES, Rodrigo. As relações internacionais do Estado de São Paulo. In: MARCOVITCH, Jacques; DAL-LARI, Pedro B. A. (Org.) *Relações Internacionais de Âmbito Subnacional: a experiência de Estados e Municípios no Brasil*. São Paulo: Instituto de Relações Internacionais, 2014. p. 12-27.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. (Org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: FUNAG, 2007. p. 207-321.
- UNFCCC. *Report of the Conference of the Parties on its sixteenth session*. Cancun: UNFCCC, 2011.
- YAN FILHO, A. G. Mercocidades e governança multinível no processo de integração regional sul-americana. In: ENCONTRO NACIONAL DA ABRI: Governança global e novos atores, 3., 2011, São Paulo. *Anais...* São Paulo, 2011.
- ZERAOUI, Zidane. Construendo el concepto de paradiplomacia. In: ODDONE, Nahuel; VÁZQUEZ, Horacio Rodríguez. (Coord.). *Municipios y Cambio Climático: Hacia la construcción de una agenda de paradiplomacia ambiental*. Granada: UIM, 2014.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Matrizes políticas da justiça
penal internacional**

**Political Matrix of International
Criminal Justice**

Francisco Rezek

VOLUME 13 • N. 1 • 2016
DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO

Matrizes políticas da justiça penal internacional*

Political Matrix of International Criminal Justice

Francisco Rezek**

1. INTRODUÇÃO

Proponho ao leitor uma reflexão sobre certos aspectos desse tema de relevo e atualidade. Começemos por lembrar que o direito de que falamos faz parte daquele domínio onde só no século XX se produziram as primeiras normas internacionais. Até então o direito das gentes, no que tinha de “normativo”¹, cobria apenas o seu terreno de regramento necessário: as fontes do direito, a personalidade internacional, o domínio público internacional, as relações entre Estados em tempo de paz e em tempo de guerra. Em outras palavras o que aí tínhamos era o estudo das *regras* do jogo, dos *atores*, dos *espaços* e dos *conflitos*. A esse direito internacional *necessário* a comunidade começou a acrescentar, notadamente a partir da fundação, no primeiro pós-guerra, da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho, regras de um domínio que até então estivera reservado ao direito interno, e que neste apareciam de modo irregular e diversificado. Sinal eloquente do desenvolvimento do direito das gentes, a abordagem internacional de temas como a relação entre o capital e o trabalho realizou seu objetivo de conferir certa uniformidade ao respectivo tratamento pela ordem jurídica dos diversos países, e de melhorar substancialmente a qualidade dessas normas.

2. GÊNESE DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Um *direito penal internacional*, assim compreendida a definição de certos atos humanos como crimes em tratado coletivo, começa a produzir-se alguns anos depois da segunda grande guerra, com a convenção do genocídio. Os Estados se comprometem no tratado a capitular aquele crime, nas suas confi-

1 Essa expressão refere-se não apenas ao direito internacional costumeiro mas também, a partir de 1815, a uma categoria do direito codificado, do direito convencional. Existe, segundo Charles Rousseau, uma diferença funcional entre os tratados-contratos, assim chamados porque com eles as partes realizam uma operação jurídica — tais os acordos de comércio, de aliança, de cessão territorial —, e os tratados-leis ou tratados *normativos*, por cujo meio as partes editam *uma regra de direito objetivamente válida*. A esta categoria pertenceriam as grandes convenções coletivas como as da Haia e de Genebra sobre o direito da guerra; e, de resto, todos os tratados em que se percebesse nas partes — mesmo quando pouco numerosas — o intento de estabelecer certas regras uniformes de conduta. Própria do tratado contratual, por seu turno, seria a diversidade do objeto visado pelas partes, cada uma delas desejando justamente aquilo que a outra lhe pode dar. Exemplos muito claros deste quadro são os tratados relativos às diversas formas da compra ou da troca, entre Estados, de bens de qualquer natureza (ROUSSEAU, Charles. *Droit international public*. 10. ed. Paris: Dalloz, 1984. p. 24-25).

* Autor convidado

** Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1966), Doutor da Universidade de Paris (Panthéon-Sorbonne) (1970), Diploma in Law da Universidade de Oxford (1979). Foi Procurador da República, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Chanceler da República e Juiz da Corte Internacional de Justiça das Nações Unidas. É Professor do Programa de Mestrado/Doutorado do Centro Universitário de Brasília.

gurações diversas, em suas ordens jurídicas nacionais e a cominar-lhe penas coerentes com sua gravidade. A convenção específica que, cometido por particulares ou por agentes do Estado, o genocídio nunca há de ser entendido como um crime político — possível sempre, assim, a extradição do agente —, e que o respectivo processo pode dar-se tanto em foro nacional competente quanto em jurisdição internacional reconhecida pelas partes.

Aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1948 e vigente a partir de janeiro de 1951, a convenção do genocídio realizou de certo modo aquilo que os críticos do tribunal de Nuremberg haviam alguns anos antes entendido faltante. Não há crime, afirma-se há tanto tempo e em toda parte, sem *lei anterior* que o defina. Os genocidas da Alemanha nacional-socialista agiram na conformidade da singular ordem jurídica interna que se lhes impunha, e no plano externo, embora as leis da guerra então vigentes — as da Haia e sobretudo as de Genebra — tenham sido sistemática e assumidamente violadas², é certo que não preexistiam normas estritamente penais. Era imperativo, desse modo, que se produzisse um autêntico direito penal internacional para fundamentar a competência de jurisdições internacionais que o futuro trouxesse, não necessariamente em quadros de após-guerra — marcados quase sempre pela leniência frente aos crimes do flanco beligerante vitorioso.

3. JURISDIÇÕES INTERNACIONAIS DE CIRCUNSTÂNCIA

Apesar da densidade do argumento moral que justificou, em Nuremberg, o sacrifício de certos princípios

2 Depondo ante o tribunal especial de Nuremberg em 15 de março de 1946, o marechal Hermann Göring pretendeu explicar o descaso do Reich alemão por seus compromissos exteriores afirmando que a *guerra total* torna caducas todas as prescrições do direito internacional. Esse entendimento doutrinário de que a guerra de grande alcance tende a produzir sobre o direito das gentes efeito semelhante ao da revolução numa ordem jurídica interna — assumindo os vencedores a prerrogativa de ditar a nova ordem — aparecera antes no *Memorandum O.K.W.*, de 1º de outubro de 1938, e não apenas os alemães o compartilhavam. Winston Churchill, falando à Câmara dos Comuns em 22 de fevereiro de 1944, denunciara a vitória aliada e a rendição incondicional de seus inimigos, e terminara por garantir que as nações vitoriosas ‘teriam as mãos inteiramente livres no fim das hostilidades, e não estariam vinculadas por qualquer compromisso de ordem jurídica ante a Alemanha e seus aliados, devendo subordinar-se apenas às suas obrigações de ordem moral para com a civilização’ (ROUSSEAU, Charles. *Droit international public*. 10. ed. Paris: Dalloz, 1984. p. 348-349 e 372).

científicos do direito penal assentados pela comunidade jurídica, não há como negar que a jurisdição penal internacional deu então seus primeiros passos sob a marca desse estigma político, o de uma justiça de vencedores aplicada aos vencidos. As coisas não se tornariam melhores, a propósito, quando muito mais tarde, já no início dos anos noventa, o Conselho de Segurança das Nações Unidas decidiu criar tribunais penais para julgar “violações graves do direito humanitário” cometidas na ex-Iugoslávia e em Ruanda³. Se se abstrai, entretanto, a nebulosa motivação da escolha desses dois cenários (entre tantos outros onde, desde o final da última grande guerra, o direito internacional humanitário foi violado), o fato é que à luz do direito esses foros internacionais são no mínimo defensáveis. De início, porque o Conselho de Segurança tem autoridade para criá-los — sem qualquer ato da Assembléia Geral —, desde que o faça, como fez nos dois casos, com base no capítulo VII da Carta da ONU, que fala da ação a empreender em face de uma *ameaça à paz* (tenha-se em conta o enorme conteúdo possível dessa expressão, e o juízo político que o Conselho se pode permitir a respeito). Depois, porque as práticas em questão foram definidas como crimes em texto internacional que os países onde ocorreram haviam incorporado ao seu direito interno. Assim, não há dúvida quanto à tipicidade penal desses atos, nem quanto à anterioridade das normas penais. Dentro desse quadro e visto que, por razões diversas, os países onde ocorreram os crimes não se encontravam habilitados a promover o respectivo processo, uma jurisdição internacional *ad hoc* podia assumir o encargo. De resto, todo e qualquer outro Estado soberano, senhor da definição do âmbito de sua competência penal, pode, sem afronta aos valores que inspiram normalmente esse domínio da ordem jurídica, afirmar jurisdição residual sobre crimes previstos em tratados. Isso não dependeria, nos casos concretos em exame, da aquiescência da Iugoslávia⁴ ou de Ruanda⁵ (o governo deste último país, por acaso, foi

3 Resoluções 808 de 1993 e 955 de 1994, respectivamente.

4 O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia funciona na Haia; seus quatorze juízes são eleitos pela Assembléia Geral da ONU a partir de listas preparadas pelo Conselho de Segurança, e o mandato é de quatro anos. O procurador, titular da ação penal em todos os casos, é eleito pelo Conselho. O tribunal se divide em duas câmaras de primeira instância e uma de apelação, não havendo foro exterior de recurso. A pena máxima possível é a prisão perpétua. Ao cabo de seus primeiros doze anos de trabalho (1993-2004) o Tribunal havia examinado processos relativos a pouco mais que uma centena de acusados, e proferido cerca de cinquenta decisões, sendo cinco absolutórias.

5 O Tribunal Penal Internacional para Ruanda foi instalado

aquiescente). Em todo caso a *captura* de cada réu depende rigorosamente, para ser legítima, do consentimento do Estado onde ele se encontra — e que poderia eventualmente não estar obrigado por nenhum compromisso internacional a realizar a captura ou a conceder a extradição.

4. ATIVISMOS NACIONAIS

As jurisdições internacionais do século XX moldaram a imagem de uma justiça penal fundada em políticas de poder e exercitada apenas ao encontro de vencidos na guerra e outras categorias de caídos em desgraça. Isso não gerou, como é óbvio, nenhuma simpatia em torno dos que ocuparam desde 1945 e ocupam ainda hoje o banco dos réus. Mas um inevitável mal-estar resultou da consideração de que esses foros se ressentiram da falta de maior alcance, de maior generalidade, e de outras insuficiências resultantes do seu caráter temporário.

Outro fenômeno ocorreria no final do século XX a ilustrar os inconvenientes e as dificuldades da implementação do direito penal internacional de modo esparsos e transitório, sem a segurança de um foro marcado pela permanência e pela universalidade. Esse fenômeno foi o ativismo de certos foros criminais domésticos que se dispuseram a exercer jurisdição sobre crimes ocorridos em território estrangeiro.

Não me refiro, neste passo, ao caso Pinochet. Presumo, a partir de manifestações do juiz espanhol Baltasar Garzon ocorridas no início do processo, que ali se deu a afirmação da competência do foro espanhol para julgar crimes ocorridos no Chile a partir da consideração de que havia espanhóis entre as vítimas e, pois, da consideração de um princípio que generalizadamente se admite para fundamentar a competência complementar ou residual do foro: o princípio da *nacionalidade passiva*. É certo que na maioria das ordens jurídicas, aí contada a brasileira, o exercício da competência penal à base única da nacionalidade da vítima pode ocorrer de modo realmente *residual*, não autorizando o foro a buscar o acusado fora das fronteiras nacionais, a solicitar sua ex-

tradição a outro Estado. Mas o grau maior ou menor de residualidade com que certa ordem jurídica dê pela competência de seu foro penal à base de um princípio outro que o da *territorialidade* do crime — o da *defesa*, o da *nacionalidade* ativa ou passiva — é matéria de sua alçada exclusiva. Só o chamado *princípio da justiça universal* reclama, além da definição internacional do crime, uma circunstância de conexão com o foro processante, ainda que não tão sólida quanto as que marcam os princípios anteriormente citados. Essa circunstância de conexão pode ser tão-só a presença, fortuita e transitória que seja, do acusado no território do foro processante. Mas se nem isso ocorre, não há fundamento algum para a afirmação de competência, nem razão alguma para que qualquer outro Estado realize, a pedido daquele, a captura do acusado e sua extradição.

O ativismo do foro doméstico teve sua mais visível expressão numa série de processos instaurados por juízes criminais de primeira instância da Bélgica, em relação a crimes previstos em direito internacional contemporâneo, mas sem que nenhuma circunstância, por mínima, vinculasse cada situação em exame ao foro belga. Um desses casos foi levado à Corte Internacional de Justiça, depois que um juiz de Bruxelas expediu um mandado de prisão contra um ministro de Estado da República Democrática do Congo (sugestivamente, um país que havia sido no passado uma colônia belga...), por haver pronunciado um discurso que alegadamente incitara ao genocídio; e depois que o governo da Bélgica fez circular internacionalmente, pela via diplomática, esse mandado de prisão. Os denunciadores não se apresentaram como vítimas, nem entre as pretendidas vítimas havia alguém de nacionalidade belga.

No seu acórdão de 14 de fevereiro de 2002⁶ a Corte se absteve de decidir sobre a questão da competência do foro belga (sobre a qual é certo, em vista dos votos individuais, que haveria divisão de opiniões), limitando-se a declarar a imunidade do pretendido réu à injunção daquele foro, dada sua qualidade de ministro das relações exteriores do Congo à época dos fatos. Em opinião individual anexa ao acórdão ponderei, em linhas gerais, o que segue.

6 Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000, República Democrática do Congo *vs.* Bélgica, 14 de fevereiro de 2002, Lista geral N° 121. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*. Arrest Warrant of 11 April 2000. Available in: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=121&p3=4>>. Access: Fev. 12, 2016.

em Arusha, na Tanzânia, e sua composição e funcionamento se assemelham aos da instituição precedente, em proporções menores. Pelo final de 2004 esse tribunal havia proferido vinte e oito sentenças, condenatórias em sua maioria

5. JURISDIÇÃO PENAL: COMPETÊNCIA E IMUNIDADE

Nenhuma imunidade é absoluta, em qualquer ordem jurídica. Toda imunidade se inscreve forçosamente em certo quadro, e nenhum sujeito de direito poderia beneficiar-se de uma imunidade generalizada, de uma imunidade em abstrato. Pode-se às vezes invocar a imunidade face a certa jurisdição, e não a outra. No quadro de uma ordem jurídica nacional, certa imunidade pode existir frente à jurisdição penal, mas não à civil, ou frente ao foro ordinário, mas não ao foro especial.

Por isso a questão da competência precede necessariamente a questão da imunidade. E as duas questões foram amplamente debatidas entre as partes. O fato de que em razões finais o Congo, por cautela, limitou-se a pedir a declaração da imunidade de seu ministro ao foro interno da Bélgica não justifica o abandono, pela Corte, do tema que constitui uma premissa inexorável do exame do problema da imunidade. Há uma ordem lógica que a rigor se impõe, e sem a qual estaríamos afinal decidindo uma questão hipotética: a de saber se a imunidade existiria ou não *caso a justiça belga fosse competente...*

Estatuindo em preliminar sobre a questão da competência, a Corte teria podido lembrar que o exercício da jurisdição penal interna sobre a base única do princípio da *justiça universal* tem caráter subsidiário, e que há razões sólidas para isso. Primeiro, porque nenhum foro é tão qualificado para bem levar a termo um processo penal quanto o do lugar dos fatos, ainda que apenas pela proximidade da prova, pelo melhor conhecimento dos réus e das vítimas, pela percepção mais clara de todas as circunstâncias do evento delituoso. São razões mais políticas do que práticas as que conduzem vários sistemas internos a adotar, em seguida ao princípio da *territorialidade*, um outro fundamento de competência penal que se afirma independentemente do lugar dos fatos, o da *defesa* de certos bens jurídicos relevantes para o Estado, como o patrimônio público e a administração pública. Fora do terreno desses dois princípios elementares, a complementaridade é a regra: na maioria das nações a ação penal é possível à base dos princípios da *nacionalidade ativa* ou *passiva*, quando um crime ocorrido no estrangeiro teve como autor ou como vítima um nacional local, mas desde que o processo não tenha sido instaurado no Estado territorial, e que réus ou vítimas se encontrem no país do foro, de que são nacionais.

Esse ativismo que conduz certo Estado a buscar fora de seu território, com um pedido de extradição ou

um mandado de prisão internacional, a pessoa acusada de crimes definidos em direito internacional, sem que exista qualquer circunstância de conexão entre o suposto crime e seu autor e o foro processante, é algo que o direito internacional em seu estado atual não autoriza. Há uma impressionante dose de presunção na questão, aqui formulada pelos agentes da Bélgica, de saber se esse país não estaria ‘obrigado’ a empreender a ação penal no caso. Àquilo que o direito internacional sequer autoriza ele, *a fortiori*, não obriga. A Bélgica não demonstrou à Corte que exista hoje um único outro país que se tenha concedido, em iguais circunstâncias, dar livre curso à ação penal, mesmo que se abstraia por completo a questão, inteiramente diversa, que é a da imunidade, na espécie, da pessoa acusada. Não pode existir ‘direito costumeiro em formação’ por obra da atitude isolada de determinado país. A Corte não tem por quê ceder, assim, ao pedido de que não obstrua um suposto ‘*processo de formação do direito costumeiro*’...

É imperativo que todo Estado soberano se pergunte, antes de tentar fazer avançar o direito das gentes numa direção confrontante com certos princípios que regem ainda hoje as relações internacionais, quais seriam as consequências da adoção por outros Estados, eventualmente por muitos outros, de semelhante prática. Não foi sem razão que se levantou perante a Corte a questão de saber qual seria a reação de certos países da Europa se algum juiz de uma república africana intentasse processar governantes europeus por crimes internacionais alegadamente cometidos por eles, ou sob suas ordens, em território africano — embora isso fosse perfeitamente legítimo à luz do primeiro dentre os princípios determinantes da competência penal, o da territorialidade.

Uma outra hipótese é mais apropriada para servir de contraponto ao presente caso. Há juízes no hemisfério sul, não menos qualificados que esse magistrado belga, e como ele marcados pela boa fé e por uma profunda devoção aos direitos humanos e aos direitos dos povos, que não hesitariam, se pudessem, em empreender ações penais contra certos governantes do hemisfério norte à conta de episódios militares recentes, todos acontecidos acima da linha do equador. O conhecimento que têm tais juízes dos fatos não é menos completo, nem sua consciência menos imparcial, que aqueles que o foro de Bruxelas estima ter sobre os acontecimentos de Kinshasa. Nem faltariam pessoas ou organizações não governamentais perfeitamente habilitadas e desejosas de

oferecer ao foro a *notitia criminis*, desencadeando a ação. Por quê esses juízes não agem em tal sentido? Porque têm consciência de que o direito internacional não autoriza a afirmação de competência em semelhante quadro. Porque sabem que seus governos nacionais, à luz dessa realidade jurídica, jamais dariam apoio e curso, no plano internacional, a tais iniciativas.

Se o exercício da jurisdição penal fundado unicamente no princípio da justiça universal não pressupõe a presença da pessoa acusada no lugar do foro, toda coordenação se torna impossível e é o próprio sistema internacional de cooperação para a repressão do crime que desmorona. É fundamental que o trato de questões dessa ordem no plano interno, e por conseguinte a atitude das autoridades de cada Estado, sejam coerentes com a ideia de uma sociedade internacional ainda hoje descentralizada, baseada no princípio da igualdade soberana de seus membros, e dependente, a todo tempo, da coordenação de seus esforços. Fora dos limites dessa disciplina, toda política que se adote em nome dos direitos humanos leva ao risco de desmoralizar essa causa em vez de reforçá-la.

6. UMA JURISDIÇÃO GERAL E PERMANENTE

O Tribunal Penal Internacional instalou-se na Haia em 2003, quando entrou em vigor a convenção de Roma de 17 de julho de 1998, vinculando de início sessenta Estados ratificantes ou aderentes. São vários os pontos que distinguem essa corte das experiências penais precedentes.

É uma instituição judiciária permanente, criada, como uma organização internacional, pela vontade dos Estados fundadores, e dotada, fato raro, de personalidade jurídica própria (o usual é que as cortes sejam órgãos, permanentes ou temporários, de organizações internacionais). Julgará indivíduos, por crimes de extrema gravidade, todos definidos no próprio estatuto (que é o tratado de Roma). A jurisdição *ratione temporis* só se exerce sobre crimes posteriores à entrada em vigor do tratado, embora diversas das práticas ali tipificadas já o houvessem sido antes, em termos muito semelhantes, por outros tratados: assim, o *genocídio*, os *crimes de guerra*, os *crimes contra a humanidade* de que são exemplos o extermínio, a redução à escravidão, a deportação forçada, a tortura. Não há limites geográficos ou circunstanciais

como os dos foros de Nuremberg, da Iugoslávia ou de Ruanda. O procedimento investigatório e a ação penal estão a cargo de um procurador-geral eleito, a exemplo dos juízes, pela assembléia dos Estados partes no tratado de Roma. A jurisdição internacional se afirma *complementar*: isso não significa apenas a observância da regra *non bis in idem*, mas também que as jurisdições nacionais, como a do Estado onde ocorreu o crime, ou a do Estado patrial do réu, têm preferência, de modo que só sua inércia ou condescendência (eventualmente sua simples condição de *forum non conveniens*) justificam a ação no foro internacional. Os princípios gerais do direito penal são observados com rigor pelo estatuto, que segue ainda as melhores diretrizes no que concerne à matéria processual.

A tanto rigor científico e a tão evidente isenção e independência algo deveria servir de contrapeso, em termos realistas, neste momento da história. Assim é que o estatuto dá ao Conselho de Segurança das Nações Unidas o poder de mandar ‘suspender’ por um ano, prorrogável tantas vezes quantas queira, qualquer processo em curso no tribunal, com base no capítulo VII da carta — ou seja, quando entender que a continuidade imediata do processo representa uma *ameaça à paz*...

7. PERSPECTIVAS E INCERTEZAS

O Tribunal Penal Internacional, fruto de estudos acurados e de exaustiva diplomacia, haveria de poupar a sociedade internacional, no futuro, de todo o constrangimento que lhe tem imposto esse cenário de contornos mal definidos, onde um caprichoso jogo de acasos parece determinar ora a criação de instâncias *ad hoc*, ora o empenho avulso de alguma jurisdição nacional em ter diante de si aquele estrangeiro acusado de crime ocorrido no exterior, sem conexão alguma com o foro. Seu estatuto, um documento da virada do século e de autoria global, confirma incidentalmente a falta de uma relação imediata entre o indivíduo e o direito das gentes: o exercício efetivo da jurisdição do tribunal pressupõe o consentimento (seja a condição de parte no tratado de Roma, seja um consentimento *ad hoc*) do Estado territorial do crime ou do Estado patrial do réu, senão de ambos⁷

⁷ No Brasil o Estatuto do Tribunal Penal Internacional foi promulgado pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Eleita

No que contrasta com as anteriores jurisdições internacionais *ad hoc*, o Tribunal Penal Internacional é um organismo de autêntica criação coletiva, e sua gênese não poderia ter sido mais meditada e criteriosa do que foi. Os crimes definidos no tratado de Roma têm gravidade objetiva: todos significam formas de ultraje a bens jurídicos de relevo reconhecido em toda parte. Por outro lado a capitulação internacional desses crimes, e a criação do foro universal para processá-los complementarmente, têm a ver com históricas dificuldades em fazer operar sobre eles a repressão penal no plano interno. Tal é o caso dos crimes de guerra quando imputáveis aos vencedores da guerra, ou do genocídio, cuja autoria envolve comumente a autoridade pública ou algo não menos poderoso e articulado que a autoridade pública.

O Tribunal Penal Internacional foi além de tudo uma criação oportuna. Dos anos quarenta à virada do século a comunidade jurídica assimilou mal tanto as jurisdições de após-guerra quanto os tribunais *ad hoc* do Conselho de Segurança, que dificilmente se explicam na estreiteza de seu escopo. Mais que a comunidade jurídica, os Estados em sua expressiva generalidade assimilaram mal o ativismo de certos foros domésticos, sobretudo quando os respectivos governos pareceram dar mão forte à tentativa de exercer jurisdição sem bom fundamento de competência penal, e particularmente quando essa tropelia teve como sujeito uma ex-metrópole e como objeto uma ex-colônia. A jurisdição universal permanente acaba inapelavelmente com tudo isso. Não haverá mais como pretender que atue um foro nacional não prioritário no caso dos crimes internacionais, nem haverá, definitivamente, como inventar novas jurisdições internacionais de circunstância.

Entretanto, desde o início pareceu importante que o procurador-geral — responsável pela iniciativa de todo processo — tivesse em vista, ao estabelecer suas prioridades e ao determinar seus critérios, a esperança coletiva de que não pairassem sobre o novo tribunal as sombras políticas que empanaram até o final do século XX quase todos os cenários em que se exerceu jurisdição penal internacional. Seria uma lástima se a nova casa de justiça, universal e permanente, parecesse destinada tão-só a realizar o trabalho feito até então por jurisdições *ad hoc* e por ativistas domésticos, caracterizando-se como

nada mais que a versão definitiva de uma justiça penal que só encontra réus no contexto das nações vencidas, das comunidades em desgraça política, das antigas colônias ainda atoladas no legado colonial de miséria e sofrimento.

No que concerne à *complementaridade*, outra vertente politicamente sensível do Tribunal Penal Internacional, será conveniente evitar que o exercício da jurisdição da nova corte seja em regra compreendido como uma declaração de falência do foro territorial que deveria ter prioridade. Muitas vezes o fato de que a justiça nacional competente não possa ou não queira agir será devido apenas à convicção de que se trata de um *forum non conveniens*, justificando a competência da corte internacional tal como numa hipótese clássica de desaforamento do processo penal, sem descrédito para a jurisdição preterida.

Penso, entretanto, que o mais sério dos embaraços que o procurador-geral hoje enfrenta é aquela acusação consistente que vez por outra lhe chega às mãos contra um agente de Estado não necessariamente estelar, mas reconhecido como uma democracia, e onde a ação alegadamente criminosa desse agente tenha sido de algum modo convalidada por seus compatriotas no processo eleitoral. Esta a interrogação dramática que por certo atormenta a consciência do procurador e da própria corte: o voto popular, quando sinalize uma espécie de cumplicidade coletiva, tem acaso a virtude de anistiar crimes como aqueles que o tratado de Roma descreve e submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*. Arrest Warrant of 11 April 2000. Available in: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=121&p3=4>>. Access: Fev. 12, 2016.

ROUSSEAU, Charles. *Droit international public*. 10. ed. Paris: Dalloz, 1984.

pela assembléa dos Estados-partes para a primeira composição da corte, ali se distinguiu uma magistrada brasileira, a juíza Sylvia Helena de Figueiredo Steiner

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Responsabilidad Internacional
del Estado frente a lucha contra
la discriminación racial y étnica
en España**

**The State's International
Responsibility Regarding
the Fight Against Racial and
Ethnical Discrimination in Spain**

Edilney Tomé da Mata

Eduardo Biacchi Gomes Correio

Responsabilidad Internacional del Estado frente a lucha contra la discriminación racial y étnica en España*

The State's International Responsibility Regarding the Fight Against Racial and Ethnical Discrimination in Spain

Edilney Tomé da Mata **

Eduardo Biacchi Gomes Correio***

RESUMEN

El presente artículo tiene por finalidad plantear la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado en lo referente a la necesidad de verificar los tratados internacionales ratificados por España, mediante el control de convencionalidad y su consecuente aplicación en la orden jurídica interna. Ello consiste en verificar no solamente los incumplimientos de las responsabilidades estatales en su obligación en la ratificación de tratados, convenciones, acuerdos u otras fuentes del derecho internacional, sino igualmente constatar las omisiones internas que puedan darse frente a estos compromisos internacionales. La hipótesis central es pues la de verificar, mediante las entidades judiciales, como España aplica los tratados internacionales ratificados en materia de lucha contra la discriminación racial y étnica.

Palabras clave: Responsabilidad internacional. Control de convencionalidad. Tratados y acuerdos internacionales. Discriminación.

ABSTRACT

This article has as purpose to raise a question about international responsibility in matter related to the necessity to verify international treaties ratified by Spain, through conventionality control and its application in the internal Spanish framework. This involve not just on the verification of non-compliances on the state responsibility in its obligation with ratification of treaties, conventions, agreements and other sources of international law, but also check out internal omissions in the framework of international compliances. The hypothesis is thus verifying, trough judiciary entities, how Spain enforces international treaties ratified in the field of the fight against racial and ethnic discrimination.

Keywords: International responsibility. Control of conventionality. Treaties and international agreements. Discrimination.

* Recebido em 25/02/2016
Aprovado em 12/06/2016

** Doctor europeo por la Universidad Pablo de Olavide (España) e investigador postdoctoral en la Unibrasil (Brasil). Estancia de post doctorado en la Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil), habiendo realizado los estudios en la Universidad de Barcelona (España). Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Paraná (Brasil). Profesor en el Programa de Mestrado em Direito em UniBrasil, Profesor titular de Derecho internacional en la Pontificia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) y Profesor Adjunto en Uninter.

*** Estágio pósdoctoral na Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade de Barcelona, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Professor do Programa de Pós Graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil), Professor Titular da PUCPR e Professor Adjunto do Uninter. Líder do Grupo de Pesquisa PÁTRIAS, registrado no Cnpq

1. NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

El presente artículo parte del análisis en relación a la necesidad de que los Estados cumplan, en el marco de su ordenamiento jurídico interno, los tratados ratificados, más concretamente aquellos relacionados con los derechos humanos. El punto clave, planteado en la investigación, parte del presupuesto de que el Derecho Internacional debe tener una preocupación especial por los tratados de derechos humanos y, por ello, se hace necesario que el poder judicial garantice la máxima efectividad en la aplicación de las normas en el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados.

Desde el siglo pasado, el derecho internacional pasa por varios cambios de concepción y uno de ellos es la relevancia de la persona humana en el marco del derecho internacional público. En este sentido, Ingo Wolfgang Sarlet establece lo siguiente:

[...] el término ‘derechos fundamentales’ se aplica para aquellos derechos del ser humano reconocidos y positivados en la escena constitucional positivo de un Estado determinado, mientras que el término ‘derechos humanos’ estaría relacionado con los documentos de derecho internacional, ya que hace referencia a aquellas posiciones jurídicas que reconoce al ser humano como tal, independientemente de su vínculo con un determinado orden constitucional¹.

Así los derechos humanos reconocidos en las Convenciones, Tratados, entre otros tienen por objetivo la ampliación de la gama de los derechos fundamentales y no a substituirlos, como menciona Flávia Piovesan:

[...] el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con sus inúmeros instrumentos, no pretende substituir lo nacional. Todo lo contrario, se concibe como un derecho paralelo y complementar al derecho nacional, en el sentido de permitir que sean superadas sus omisiones y deficiencias. En el sistema internacional de protección de los derechos humanos, el Estado tiene la responsabilidad primaria de la protección de estos derechos, mientras que la comunidad internacional tiene la responsabilidad subsidiaria. Los procedimientos internacionales tienen, pues, naturaleza subsidiaria, constituyendo la garantía adicional de protección de los derechos humanos, cuando fallan las instituciones nacionales².

Respetando y compartiendo los puntos de vista de los renombrados juristas antes citados, creemos que no existe esta distinción entre los derechos fundamentales y los derechos humanos, éstos últimos son procesos de lucha para lograr una vida digna y, no una propiedad del derecho internacional³.

Siguiendo con los planteamientos antes reseñados, cuando los Estados ratifican los Tratados, asumen obligaciones, las cuales deben ser cumplidas, bajo pena de ser responsabilizado a nivel internacional. Más concretamente en lo referente a los tratados de derechos humanos, ellos tienen como objetivo garantizar, de forma complementar, el cumplimiento de los derechos fundamentales.

En el marco de la defensa de los derechos humanos, las normas internacionales también establecen la necesidad de cumplimiento de un Estado Democrático de Derecho que a su vez garantizaría la efectividad de los derechos humanos. En este sentido, la Declaración de Viena uno de los instrumentos normativos internacionales referentes en la materia establece lo siguiente:

La Democracia, el desarrollo y el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente [...].

[...]

[...] La democracia se asienta en la expresión libre de un pueblo en determinar su sistema político, económico, social y cultural y su total participación en todos los aspectos de sus vidas. En este contexto, la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales a los niveles nacional e internacional, deben ser universales e incondicionales. La comunidad internacional debe apoyar el fortalecimiento y la promoción de la democracia y el desarrollo y el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales en el mundo entero⁴.

Siempre en relación a la cuestión antes reseñada Gisela María Bester cita en su obra sobre el Derecho Constitucional algunos fundamentos teóricos:

[...] los derechos humanos fundamentales significan democracia: las ideas de los derechos humanos

1 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.33.

2 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional inter-*

nacional. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 161.

3 HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinvención de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños, 2008.

4 UNIVERSITY OF MINNESOTA. *Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993*. Viena. 1993. p.1. Disponible en: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/S11viedec.html>>. Acceso en: 17 jun. 2016.

y el régimen democrático son complementares en su origen histórico, una vez que las propias Constituciones surgieron como límites al poder, teniendo por objetivo el respeto a los derechos y libertades fundamentales⁵.

Así, pues, en el contexto internacional la Democracia y los Derechos Fundamentales van de la mano, ello significa que no se puede concebir Democracia sin la protección de los Derechos Fundamentales y vice-versa, notablemente porque es la única forma de lograr la reducción de las desigualdades sociales, culturales, económicas y políticas entre los Estados y los pueblos. En este sentido, creemos que cabe al poder judicial de cada Estado, salvaguardar la correcta interpretación y aplicación de los Tratados, bajo pena de ser responsabilizado a nivel internacional.

En el marco del diálogo entre lo internacional y lo interno casi siempre existen conflictos debido sobre todo a la cesión de prerrogativas en torno a la soberanía nacional o integridad territorial por un lado y, por otro, y diferencias estructurales y culturales. En este sentido, en caso de conflicto entre las normas externas e internas referentes a los Derechos Fundamentales, prevalece aquella que sea más favorable al sujeto, como bien defiende Fábio Konder Comparato:

Sea como fuere, se confirma la tesis que, en la hipótesis de conflicto entre reglas internacionales e internas, debe prevalecer siempre aquella más favorable al sujeto de derecho, pues la protección de la dignidad del ser humano es el fin último y la razón de ser de todo el sistema jurídico.

Justamente, si la orden jurídica forma un sistema dinámico, ello significa, un conjunto solidario de elementos creados para una finalidad determinada y adaptable a los cambios del medio donde se encuentra inserido, los derechos humanos constituyen el subsistema más importante de ese conjunto. Y, como todo sistema, ellos se rigen por principios legales, que dan cohesión a todo y permiten siempre la corrección de los rumbos, en caso de conflictos internos o transformaciones externas⁶.

En los párrafos anteriores hemos hecho referencia a algunos puntos de vista de relevancia en materia de la responsabilidad internacional de los Estados, tales como los Tratados y Acuerdos internacionales de los derechos humanos, los derechos fundamentales estable-

cidos por la Constitución y la relación entre democracia y los derechos humanos. Dichos puntos de vista serán matizados en las siguientes líneas del presente trabajo.

El presente trabajo tiene pues por objetivo el análisis de la responsabilidad internacional del Estado español en materia de políticas de lucha contra la discriminación. Se trata de una primera aproximación a la cuestión del control de convencionalidad a nivel español de la responsabilidad estatal frente a Tratados y Convenciones en materia de lucha contra la discriminación. Este primer acercamiento nos llevará pues a realizar una breve introducción a la temática sin profundizar en las políticas concretas y los incumplimientos u omisiones en la materia. Entendemos que un segundo acercamiento requerirá un análisis profundo de las políticas públicas y acciones mixtas (de los ámbitos público y privado) que han sido implementadas en España siguiendo los compromisos internacionales firmados y, su adecuación a los Tratados y Acuerdos internacionales, así como las omisiones que han podido realizarse.

La metodología utilizada para la elaboración del presente artículo ha sido la revisión bibliográfica en materias de derecho internacional público, control de constitucionalidad y convencionalidad, análisis de normativas nacionales e internacionales en materia de lucha contra la discriminación y análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en materia de discriminación racial y étnica.

El trabajo en cuestión está compuesto principalmente de dos partes, siendo una primera donde realizamos un acercamiento al concepto de control de convencionalidad y en una segunda parte donde realizamos el análisis sobre la incorporación del derecho internacional sobre la lucha contra la discriminación racial y étnica en el ámbito interno español. Dicho análisis se compone de una breve introducción al procedimiento técnico para la internalización del derecho internacional en España, así como del proceso de incorporación de algunos Tratados y Acuerdos internacionales que consideramos más relevantes en la materia como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Como forma de verificar la adecuación del derecho internacional en el derecho interno,

5 BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005. p.587.

6 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p 59-60.

analizamos tres Sentencias del Tribunal Constitucional español (STC 214/1991; STC 13/2001 y STC 69/2007) sobre la discriminación racial y étnica.

2. ACERCAMIENTO AL CONCEPTO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO MEDIO DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL

Al hablar del control de convencionalidad a nivel global/internacional es inevitable no hacer referencia al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que es uno de los marcos jurídicos en los que se encuadra la responsabilidad de los sujetos internacionales tal como mencionamos antes. Así, desde el punto de vista convencional el objeto fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es el de regular las relaciones de los Estados con las personas o grupos sometidos a su poder⁷. En este sentido alega Becerra Ramírez que la subjetividad internacional que hasta hace un siglo reconocía al Estado como su principal figura experimenta una transformación de gran importancia reconociendo también al individuo como sujeto de derecho internacional⁸. Así pues, el derecho internacional no solamente regulará las relaciones de los Estados sino igualmente las relaciones entre y de los individuos.

En este marco de regulación de las relaciones, además de la dogmática, el derecho internacional de los derechos humanos dispone de una cierta *organización orgánica* internacional, así como mecanismos de supervisión. En cuanto a los primeros, los tratados internacionales de los derechos humanos crean en general órganos de supervisión denominados Comités⁹. Así podemos encontrar Comité de los Derechos del niño que supervisa el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del niño o el Comité para la eliminación de la Discriminación racial que supervisa el cumplimiento de la

Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial.¹⁰

En cuanto a los segundos (mecanismos de supervisión), los principales mecanismos serían los siguientes: informes periódicos de los Estados ante los Comités, subcomités u otros organismos competentes; mecanismos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales como los protocolos facultativos o tratados regionales de los Derechos Humanos; las quejas interestatales; visitas de miembros de Comités o subcomités a los países donde se haya constancia de vulneración de derechos; y el examen periódico universal del Consejo de Derechos Humanos¹¹.

Como podemos verificar una de las fuentes preeminentes del derecho internacional son los tratados ratificados por los Estados¹². Decimos una de las fuentes ya que es la concepción tradicional y convencional sobre las fuentes del derecho internacional. En esta línea afirma Becerra Ramírez que esta interpretación tiene como base el art. 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establecida en el año 1920 que marcaba como fuentes del Derecho internacional a los tratados, la costumbre, los principios generales del derecho y, en tanto fuentes subsidiarias, la doctrina, las decisiones jurisprudenciales y la equidad¹³. Según Becerra Ramírez a estas fuentes tradicionales habría que añadir las resoluciones de los organismos internacionales, los actos unilaterales y los acuerdos de los órganos internos¹⁴.

Respecto a la ratificación de los tratados, los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho

7 COURTIS, Christian. Argumentación jurídica y aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos. In: *GUÍA de Estudio de la Materia "Argumentación jurídica y aplicación de los estándares internacionales de los derechos humanos y la perspectiva de género"*. México: Flaco, 2012. p. 6

8 BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 60.

9 COURTIS, Christian. Argumentación jurídica y aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos. In: *GUÍA de Estudio de la Materia "Argumentación jurídica y aplicación de los estándares internacionales de los derechos humanos y la perspectiva de género"*. México: Flaco, 2012. p. 8.

10 COURTIS, Christian. Argumentación jurídica y aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos. In: *GUÍA de Estudio de la Materia "Argumentación jurídica y aplicación de los estándares internacionales de los derechos humanos y la perspectiva de género"*. México: Flaco, 2012.

11 COURTIS, Christian. Argumentación jurídica y aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos. In: *GUÍA de Estudio de la Materia "Argumentación jurídica y aplicación de los estándares internacionales de los derechos humanos y la perspectiva de género"*. México: Flaco, 2012.

12 COURTIS, Christian. Argumentación jurídica y aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos. In: *GUÍA de Estudio de la Materia "Argumentación jurídica y aplicación de los estándares internacionales de los derechos humanos y la perspectiva de género"*. México: Flaco, 2012. p. 10

13 BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 11-12.

14 BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

de los Tratados, 1969, establecen la aplicación del principio *pacta sunt servanda* y la obligación de los Estados para cumplir los tratados, es decir, no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de los tratados.

En este marco de regulación de la responsabilidad de los Estados y de los individuos a nivel internacional, además de los sistemas ya mencionados, se encuentra el control de convencionalidad y/o constitucionalidad. Ésta última es un desafío para varios aspectos convencionales y tradicionales hasta ahora existentes en la esfera internacional tales como la soberanía estatal, hermetismo constitucional, monismo constitucional, entre otros. En este sentido se alega que el control de convencionalidad implica la necesidad de despojarse de una serie importante de lastres histórico-dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica, derribar una serie de mitos (v.gr. la supremacía exclusiva de la Constitución)¹⁵. Flavia Piovesan plantea que en este marco de desafíos es necesario tener en cuenta otras cuestiones como el diálogo entre las Constituciones y los tratados, la apertura de la Constitución a una sociedad plural de intérpretes y dotar de una visión interpretativa jurídica desde el *human rights approach*¹⁶. Siempre en la misma línea Becerra Ramírez afirma que la contienda de la soberanía estatal es la cesión de parte de sus prerrogativas a nivel internacional y el cambio de enfoque del concepto de soberanía soberana a la soberanía del pueblo¹⁷.

En definitiva, el control de convencionalidad significa en parte el cumplimiento de la responsabilidad estatal a nivel internacional. Dicha responsabilidad es verificable tanto si los derechos reconocidos vulneran los compromisos estatales a nivel internacional, así como si las omisiones estatales son contrarias a sus compromisos internacionales¹⁸. Es decir, que no solamente debe verificarse el incumplimiento sino igualmente las omisiones estatales de los Estados en relación a sus compromisos internacionales.

15 MAC GREGOR, Eduardo (Coord.). *El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y los jueces nacionales*. México: FUNDAp, 2012. p. 3.

16 PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012. p. 71.

17 BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

18 BAZÁN, Víctor. En torno al control de las inconstitucionalidades e inconveniencias omisas. *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, v.16, p.151-177, 2010. p. 172-173.

En relación a las omisiones inconstitucionales en cuestión, pueden ser absolutas, totales, relativas o parciales¹⁹. Son absolutas o totales cuando directamente media ausencia de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente, y relativas o parciales cuando el legislador, al emitir la norma para cumplir el mandato constitucional, y en equivalencia de condiciones y circunstancias, favorece a ciertos grupos y sin fundamento objetivo [...] lesiona el principio de igualdad (con su presupuesto de no discriminación) o emite una regulación deficiente gestada por una regla incompleta o normativamente insuficiente²⁰.

Como podemos verificar en base a lo expuesto en el párrafo anterior, la recepción del derecho internacional en el derecho interno depende en parte de las condiciones existentes en el marco legislativo, administrativo, político, social y económico del Estado determinado. En esta línea alega Becerra Ramírez que la recepción del derecho internacional en el derecho interno depende de la estructura interna de los Estados, es decir, de la Historia y de los intereses particulares de los Estados²¹. En este caso la predisposición en acatar normas y cláusulas provenientes del derecho internacional son establecidas en la Constitución Federal (CF) brasileña de 1988 en su art. 5º inciso LXXXVIII, y en la Constitución Española (CE) de 1978 en el art. 10.2.

Sin embargo, dichas predisposiciones no significan igual incorporación de las normativas internacionales en el derecho interno. En el caso de Brasil la incorporación se hace tras la firma del Tratado por parte del Presidente (arts. 84, inc. VIII CF), aprobación del Congreso Nacional (49, inc. I), ratificación del mismo y por último la promulgación a través del Decreto Presidencial. En el caso de España es necesario que el compromiso internacional sea publicado en el Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE). En el siguiente apartado ampliaremos datos referentes al proceso de incorporación del derecho internacional en el caso español.

En definitiva, relativo a las teorías o principios sobre la recepción del derecho internacional en el derecho

19 BAZÁN, Víctor. En torno al control de las inconstitucionalidades e inconveniencias omisas. *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, v.16, p.151-177, 2010.

20 BAZÁN, Víctor. En torno al control de las inconstitucionalidades e inconveniencias omisas. *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, v.16, p.151-177, 2010. p. 157.

21 BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 41.

interno podemos resaltar dos teorías y dos doctrinas, siendo respectivamente: el monismo, el dualismo, la transformación y la incorporación.

En cuanto al monismo y el dualismo, a pesar de su dudosa acepción²², al hablar de los dos órdenes jurídicos es necesario, por lo menos, mencionarlos. Sobre la teoría monista cuyo uno de los máximos referentes es Kelsen, defiende que tanto el derecho internacional como el derecho interno son dos elementos de un solo concepto de derecho que se dirige al individuo, pero afirma sobre la prevalencia de la naturaleza jurídica del derecho internacional en el momento de su aplicación en el derecho interno. Sobre la teoría dualista cuyos máximos referentes son Triepel y Anzilotti, se afirma que el derecho internacional y el derecho interno son dos órdenes jurídicos esencialmente iguales en cuanto a sistemas jurídicos independientes, y al mismo tiempo son diferentes²³.

En relación a las doctrinas de incorporación y transformación, significa que las normas del tratado deben ser sustituidas (incorporación) y, que existe una prevalencia del derecho internacional al derecho interno, por ello, el legislativo tiene la obligación de legislar para ejecutar el tratado y el ejecutivo traer regulaciones administrativas para ejercitar el derecho interno (transformación)²⁴.

Además de las dos corrientes teóricas y dos doctrinas antes señaladas, existen otras líneas de interpretación en la recepción del derecho internacional en el derecho interno. En este sentido podemos mencionar el pluralismo jurídico cuyo máximo referente es Virally²⁵ y Carlos Wolkmer²⁶; el principio de Jus Gentium contemporáneo; el Jus cogens; la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno establecidos en los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados; el principio *pacta sunt servanda* establecido en el art. 26 de la Convención de

Viena de 1969; el principio de no intervención o intromisión salvo excepciones; y el agotamiento de recursos internos.

Cabe señalar que el control de convencionalidad a nivel interno debe sostenerse a través de la interpretación judicial interna del derecho internacional de los derechos humanos. En esta línea, alega Bazan que dicha labor debe ser llevada a cabo incluso *ex officio*²⁷.

Acorde con los argumentos antes expuestos se denota una cierta fricción entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno. Sin embargo, Becerra Ramírez afirma que en realidad no existe conflicto, ni colisión, sino complementariedad, ya que se tratan de dos sistemas con sujetos diferentes²⁸.

Y, caso hubiese colisión prevalecería el derecho internacional ante el derecho interno. Dicha afirmación es ratificada en el art. 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, en el art. 13 del Proyecto de Declaración sobre los derechos y obligaciones de los Estados de la Comisión de Derecho internacional de la ONU y en la Resolución de la Asamblea General 375 (IV) de 1949.

En el marco brasileño cabe destacar las resoluciones y los votos en torno al caso “Depositario Infel”. Desde el año 2008 el Supremo Tribunal Federal mudó su posicionamiento al entender que los Tratados de los Derechos Humanos tienen un grado de jerarquía superior a la ley. Otro posicionamiento en la materia, del Ministro Celso de Mello, entiende que los Tratados de los Derechos Humanos tienen grado de jerarquía constitucional, a causa del art. § 2º, artículo 5º de la Constitución Federal.

Más allá de la responsabilidad estatal a nivel internacional, las fricciones entre el derecho interno y el internacional o la prevalencia del derecho internacional frente al derecho interno, los principios que deberían regir en el derecho internacional de los derechos humanos son *ius cogens* y *pro homine*. El primero significa la responsabilidad estatal hacia la comunidad internacional en su conjunto (dirigidas a los seres humanos independiente-

22 ROUSSEAU, Charles. *Derecho internacional público*. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1996.

23 BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 12-14.

24 BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 26.

25 VIRALLY, Michael. “Fuentes del Derecho Internacional”. In: MAX, Sorensen (Ed.). *Manual de Derecho Internacional Público*. México: FCE, 1998. p.149-198.

26 WOLKMER, Carlos A. *Pluralismo jurídico: fundamento de una nova cultura do direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

27 BAZÁN, Victor. En torno al control de las inconstitucionalidades e inconvencionalidades omisas. *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, v.16, p.151-177, 2010.

28 BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 22-23

mente de su nacionalidad)²⁹, y el segundo, el hecho de recurrir a la norma más amplia y/o interpretación más extensiva cuando se trate de garantía de derechos fundamentales y protegidos. De esta forma se garantizaría los derechos más básicos y fundamentales y se respetaría la condición humana en la esfera internacional.

Desgraciadamente todavía quedan muchos escollos que superar antes de lograr el objetivo utópico mencionado en el párrafo anterior. Entre tantos desafíos a nivel del derecho internacional de los derechos humanos mencionaremos simplemente dos: el derecho internacional y los intereses 'individuales' de los Estados y el *constitucionalismo global* planteado por Ferrajoli³⁰. El primero hace referencia a la traslación a la escena internacional o supranacional de intereses económicos, políticos y culturales de Estados individuales o grupos de Estados que finalmente se convierte en obligaciones a cumplir por parte de otros Estados que formen parte del bloque o de la Organización regional. A título de ejemplo cabe mencionar el proceso de adopción de la moneda única en Europa (euro) cuyo referente fue el marco alemán. La segunda cuestión reclamada por Ferrajoli tiene que ver con la crisis de los conceptos de soberanía y ciudadanía que han supuesto un cambio de paradigmas en el derecho internacional y en la estructura de los derechos en los Estados. Ello ha supuesto, entre otras cuestiones, la necesidad de la condición de ciudadano/a y no el de persona humana para el acceso y disfrute de los derechos fundamentales básicos, por un lado y, por otro, visibilizar el aspecto casi único y exclusivamente de Desiderátum de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Carta de Naciones Unidas. Por ello y otras cuestiones, Ferrajoli reclama un Constitucionalismo global.

Hecha una reseña sobre el control de convencionalidad a nivel global/internacional en el siguiente apartado trataremos de exponer brevemente el proceso de traslación a nivel interno español de las principales Convenciones y Tratados en materia de lucha contra la discriminación racial y étnica.

3. INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL Y ÉTNICA EN EL ÁMBITO INTERNO ESPAÑOL

El entramado orgánico y normativo internacional es muy complejo, por ello, haremos una exposición muy somera de los principales Convenios y Tratados relacionados con el tema en cuestión. En el siguiente epígrafe mencionaremos pues la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Convenio Internacional sobre la eliminación de las formas de discriminación racial, de 1965 y los Pactos Internacionales de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y, de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ambos del año 1966.

Antes de entrar en materia permitidnos realizar un breve análisis sobre los procedimientos de incorporación del derecho internacional en el derecho interno español.

Tal como ya adelantamos en párrafos anteriores la 'internalización' del derecho internacional en el marco legislativo español debe ser publicada previamente en el BOE.

En el marco de la internalización del derecho internacional en el interno español, creemos que es menester mencionar lo establecido en el art. 10.2 de la Constitución Española (en adelante CE) sobre los compromisos internacionales del Estado español. El artículo en cuestión establece lo siguiente:

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

El artículo en cuestión es pues el contenido mínimo esencial en materia de establecimiento de la responsabilidad del Estado español a nivel internacional.

Junto al artículo 10.2 CE, el art. 96.1 del Título III de la CE sobre los Tratados internacionales refuerza el punto de vista antes expuesta. Así el artículo 96.1 CE establece lo siguiente:

Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

29 BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

30 FERRAJOLI, Luigi. Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global. *Isonomía*, México, n.9, p.173-184, oct. 2005.

Ya como último inciso en el ámbito del marco legislativo español sobre la responsabilidad estatal a nivel internacional cabe mencionar la Ley Orgánica del Poder Judicial. En esta norma se establece en su art. 23.4 la competencia de la jurisdicción española para conocer los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptible de tipificarse según la ley española. El contenido del artículo en cuestión ha sido puesto en crisis tras la reforma de la jurisdicción universal en España³¹.

Tras haber expuesto de forma muy somera el marco legislativo sobre la internalización del derecho internacional en España, en las siguientes líneas intentaremos exponer la incorporación a la legislación interna de ciertos tratados y convenios en torno a la lucha contra la discriminación tal como señalamos antes.

3.1. PROCESO DE INCORPORACIÓN INTERNA DE LOS CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES DE LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN ESPAÑA

El contenido esencial mínimo mencionado en el apartado anterior debe ser reiterado en este caso a fin de resaltar los principios constitucionales en el fomento de políticas de lucha contra la discriminación en España. Así, a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como fuente de interpretación de los derechos fundamentales y las libertades, podemos reivindicar los artículos 1, 2, 7 y 23 en el marco de lucha contra la discriminación en el Estado español. A pesar de la temporalidad y espacialidad de la Declaración, así como su función de Desiderátum y no vinculante, es menester señalar que ella es una de las fuentes de inspiración de varias Constituciones post guerra. Así el art. 1, hace referencia a la igualdad, en dignidad y derechos de todos los seres humanos, el art. 2 reconoce los derechos y libertades proclamados en la Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole u origen social, posición económica entre otras. El artículo en cuestión tampoco discrimina la condición política, jurí-

dica o internacional del país o territorio. El art. 7 antes mencionado hace referencia a la igualdad ante la ley y derecho a igual protección de la ley, así como derecho a igual protección contra la discriminación. Y, por último, el art. 23 reconoce los derechos colectivos como el del trabajo, sindicación e igualdad salarial conforme a la dignidad humana y sin discriminación.

En la realidad contextualizada española casi todos estos ítems están en crisis, es decir, que han sido vulnerados, debido, entre otras cuestiones, a razones estructurales de desigualdad de género, legitimación de políticas públicas desiguales para los extranjeros y la crisis económica. Pero, incumbe tanto a la clase política, así como la magistratura y la sociedad civil seguir con el proceso de lucha para garantizar y efectivizar los derechos de igualdad de dignidad humana.

Además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, España incorporó a su ordenamiento interno otros instrumentos internacionales en el marco de la lucha contra la discriminación racial y étnica.

Así, España se adhirió el 23 de abril de 1969 al Convenio Internacional sobre la eliminación de las formas de discriminación racial, aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU), el 21 de noviembre de 1965. Dicha adhesión significó pues la incorporación al BOE n° 118 de 17 de mayo de 1969.

El Estado español también es parte del PIDESC, así como del PIDCP. Ambos instrumentos internacionales son del año 1966 y entraron en vigor en el año 1976.

España ratificó el PIDESC en fecha de 13 de abril de 1977 y fue incorporado al ordenamiento interno a través del BOE n° 103 de 30 de abril de 1977. Del presente Pacto cabe mencionar los artículos 2.2. y 10.3 relacionados con la cuestión discriminatoria. Así, el art. 2.2 establece lo siguiente:

Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El art. 10.3 a su vez señala:

Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a

31 A fin de profundizar sobre la reforma de la jurisdicción universal en España, véase: SÁNCHEZ LEGIDO, Angel. El fin del modelo español de jurisdicción universal. *Revista Reij*, n.27, p.32-72, 2014. y *AMNISTÍA Internacional*: análisis de Amnistía Internacional sobre la reforma de la jurisdicción universal en España tras la aprobación de la LO 1/2014. Madrid: Amnistía Internacional, 2014.

los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales queda prohibido y sancionado por ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

No cabe duda sobre las buenas intenciones del Estado español en la ratificación del presente Pacto internacional. Sin embargo, ni los derechos reconocidos en el presente Pacto son respetados en la sociedad española (ej.: derecho de libre determinación y la protección familiar), ni la protección de los niños y adolescentes, debido sobre todo a las desigualdades económicas y sociales existentes en la sociedad española.

El Estado español igualmente se adhirió al PIDCP el 13 de abril de 1977 y fue incorporado al ordenamiento interno a través del BOE nº 103 de 30 de abril de 1977. Del instrumento internacional en cuestión cabe mencionar varios artículos mencionados con el tema tratado en este manuscrito, siendo: 4; 8; 20; 24; 26; y 27. El art. 4 hace referencia a la suspensión por parte de los Estados de las obligaciones contraídas en el presente Pacto en caso de emergencia estatal, salvo de los arts. 6, 7, 11, 15, 16 y 18. Igualmente se prohíben, aún en situaciones de emergencia social, acciones que entrañen discriminaciones por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. El art. 8 a su vez establece prohibiciones de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso. El art. 20 dispone la necesidad de prohibir por ley toda propaganda a favor de la guerra y aquellas que hagan apologías del odio nacional, racial o religioso. El art. 24 erige sobre los derechos de los niños, sin discriminación alguna, a la protección familiar y estatal, a tener un nombre y una nacionalidad. El art. 26 establece la igualdad de todos ante la ley e igual protección de la ley y, por último, el art. 27 dispone la garantía de las minorías étnicas, lingüísticas o religiosas a sus derechos culturales, práctica religiosa y el empleo de su idioma.

Reiteramos lo dicho relativo al contenido del Pacto anterior y, en este caso añadimos el hecho de la igualdad de todos ante la ley y la igual protección de la ley. Los tratos jurídicos que están siendo dispuestos por parte de la Fiscalía y de la Abogacía del Estado en el caso de la Infanta Elena en España muestran la ausencia de igualdad de trato ante la ley. Igualmente se denota el incumplimiento de lo establecido en el art. 27 ya que la centralidad del Estado español tanto desde el punto

de vista político, como cultural, religioso e identitario fuerzan a las demás Comunidades Autónomas el uso prioritario del castellano y en ciertas ocasiones prioriza la religión católica frente a otras creencias religiosas allí existentes.

Con el objetivo de verificar la incorporación de los ‘mandatos’ internacionales ratificados por España a nivel interno y, teniendo en cuenta que dicha responsabilidad incumbe, entre otros, al poder judicial del país, en las siguientes líneas trataremos de analizar tres Sentencias del Tribunal Constitucional español sobre discriminación por origen racial y étnica (STC 214/1991; STC 13/2001 y STC 69/2007).

3.2. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la discriminación racial y étnica en España

Tal como dijimos antes analizaremos tres casos de jurisprudencia del TC español en relación a la discriminación racial y étnica. Los tres casos demandan amparo al TC, como es lógico, después de ver denegadas sus solicitudes ante entidades judiciales inferiores.

Expondremos, pues, algunos antecedentes de los casos, el fallo del TC y el voto particular.

3.2.1. STC 214/1991: Violeta Friedman

En relación a los antecedentes del presente caso, el día 12 de enero de 1990 se presenta recurso de amparo ante el TC contra la Sentencia de 05 de diciembre de 1989 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. El caso en cuestión está relacionado a declaraciones del Sr. Leon Degrelle³² quién supuestamente profirió expresiones y frases contra la comunidad judía, negando el genocidio nazi, en una entrevista concedida a la Revista “Tiempo” correspondiente a la semana de 29 de julio al 04 de agosto de 1985.

En fecha de 07 de noviembre de 1985 la Sr. ^a Violeta Friedman formuló demanda de protección civil del derecho al honor al Juzgado de 1ª Instancia n.º 6 de

32 El Sr. Degrelle era un ex general de las SS alemanas, había sido sentenciado a muerte en rebeldía por un tribunal belga, y encontró asilo político en España en 1954, nacionalizándose español MAY-ORDOMO RODRIGO, Virginia. Instrumentos legales contra la discriminación racial en España. *Documentación social: ciudadanía universal y democracia a escala humana*, n.159, p. 211-227, 2010.

Madrid, en contra del Sr. Degrelle, así como contra el periodista que publicó la noticia, D. Juan Giron Roger y el Director de la Revista Tiempo, D. Julian Lago. El Juzgado en cuestión dictó Sentencia en la que estimó la excepción de falta de legitimación activa aducida por la demandante y absolvió a los demandados, razonando que las declaraciones del Sr. Degrelle no solamente se ajustaba a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), sino que además no hacía mención explícita a la Sr. ^a Friedman.

Tras esta Sentencia la recurrente presentó recursos de apelación y casación, respectivamente a la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, y a la Sala Primera del Tribunal Supremo, y ambos fueron desestimados.

La representación de la recurrente basa su defensa en el recurso de amparo ante el TC en que ella es una “víctima indirecta” según las categorías del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asuntos “Becker” (S 7.011/1975, 03/10) y “Bel” C.7.467/1976, 13/12/76)). Igualmente denuncia la ausencia de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) como motivo para solicitar amparo, dado que al denegársele se ha limitado su derecho a la defensa de la lesión directa de las declaraciones del Sr. Degrelle.

A diferencia de las entidades judiciales anteriores, el TC sí reconoce la lesión directa a la Sr. ^a Friedman ya que la misma estuvo recluida en Auschwitz junto a su familia que fue asesinada. El TC replantea igualmente los argumentos de las Salas anteriores en torno a la defensa del derecho de libertad de expresión, así como en torno a la incapacidad de la Sr. Friedman para reclamar un derecho individual a título colectivo.

La recurrente alegó pues vulneración de los artículos 18.1, 24.4 y 10.2 CE, así como el art. 10 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de libertades fundamentales (1950), y los artículos 7, 8 y 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Sala del TC en torno a los fundamentos jurídicos alegó que “...de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales...”. En base a este argumento, la Sala del TC

declaró nulas las Sentencias anteriores y reconoció el derecho de la recurrente al honor tal como demandaba en el recurso de amparo.

El voto particular del Magistrado Fernando García-Mon y González-Regueral respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo n.º 101/1990, considera que la Sentencia del TC debería restablecer el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y devolver el caso a la Sala Primera del Tribunal Supremo, pero no pronunciarse al respeto. El Magistrado considera que al haberse pronunciado al respeto del derecho al honor el TC limitó las medidas de reparación que la recurrente reclamaba, entre otras tales como que se condene al Sr. Degrelle a que se abstenga en lo sucesivo de forma perpetua a realizar manifestaciones semejantes o que se inserte en la Revista “Tiempo”, a costa del demandado, el texto literal de la Sentencia que dicte el Juzgado.

3.2.2. STC 13/2001: Rosalind Williams Lecraft

En relación a este caso, en fecha de 05 de febrero de 1997 la Procuradora de la demandante interpuso demanda de amparo ante el TC contra la Resolución del Ministerio del Interior y de la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

Los hechos de la demanda de alzada se basan en que la Sr. ^a Williams Lecraft fue abordada el día 06 de diciembre de 1992 por un funcionario de la Policía para que se identificara. La demanda de identificación se hizo solo a la Sr. ^a Williams debido a que la LOEx (art. 72.1 de la LO 7/1985), supuestamente vincula la raza con sospecha en la comisión de delitos.

Los representantes de la demandante pedían, entre otros, la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado e indemnización por daños morales a la Sr. ^a Williams. Alegaron, pues, que la actuación policial auspiciada por la Resolución del Ministerio del Interior y por la Sentencia de la Audiencia Nacional, vulneró el art. 14 CE sobre no discriminación en relación con los artículos 17 CE (derecho a la libertad y a la seguridad), el art. 19 CE (libertad de circulación) y 24.1 CE (presunción de inocencia). Igualmente alegaron vulneración de los artículos 5, 6 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Dado que la actuación policial goza de cobertura legal y se ajusta a los criterios de razonabilidad y pro-

porcionalidad, el TC decidió desestimar la demanda de amparo.

El voto particular del Magistrado D. Julio Diego González Campos a la Sentencia de la Sala Segunda de 29 de enero, recaída en el recurso de amparo 490/97, alega que escudándose en la cobertura legal se está soslayando que tal control opera sobre una realidad social muy diversa. Es decir, que España es un país al que acude un gran número de turistas, un país de tránsito, así como un país en el que viven un gran número de población migrante. Dada la diversidad aquí expuesta, se ha de preguntar cómo llevar a cabo los controles policiales sin vulnerar la dignidad de la persona.

El Magistrado expone que las prácticas continuas de control a los extranjeros son contrarias a los principios democráticos y de derecho ya que suponen discriminación. Ello además fomenta en la población actos de xenofobia hacia los extranjeros.

El acto es igualmente reprochable por el Derecho comunitario (art. 62 del TCE).

El núcleo en la discrepancia del Magistrado con la Sentencia del TC reside en que “determinadas características físicas o étnicas pueden ser tomadas en consideración” en los controles policiales de carácter general “como racionalmente indiciarias del origen no nacional de la persona que las reúne...”.

Tras la Sentencia desestimatoria del TC la Sr. ^a Williams y sus representantes presentaron en fecha de 11 de septiembre de 2006 ante el Comité de Derechos Humanos, reclamación en virtud del Protocolo facultativo del PIDCP invocando la vulneración del art. 26 del Pacto. En fecha de 27 de julio de 2009 el Comité consideró que el Estado español había vulnerado el art. 26 del Pacto y, requirió que éste proporcionara a la Sr. ^a Williams Lecraft un recurso efectivo, incluido un pedido de disculpas públicas³³.

3.2.3. STC 69/2007: María Luisa Muñoz Díaz

En relación a los antecedentes de este caso, en fecha de 06 de marzo de 2001 la recurrente, D. ^a María Luisa Muñoz Díaz, presenta demanda de prestación por

viudedad que fue denegada por la Directora provincial de Madrid, del Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS), por no existir vínculo matrimonial.

La reclamación se basaba en que la demandante constaba en la cartilla de la Seguridad social como beneficiaria del fallecido y, esposa según los ritos y normatividad del ámbito cultural gitano. Éste último cumplía con lo exigido en los artículos 9.2, 14 y 39.1 CE para la consideración de un ritual matrimonial convencional. El acto de matrimonio según el ritual gitano fue además reconocido en la Sentencia del Juzgado de lo Social n° 12 de Madrid de 30 de mayo de 2002 y, por ello se considera la denegación del INSS como infracción al art. 14 CE.

Se consideraba el acto matrimonial gitano como un simple acto de pareja de hecho de convivencia *more uxorio*.

El INSS considera que no hubo discriminación ninguna en tanto que su ineficacia se deriva del incumplimiento de la forma legal de celebración y no de la raza de los contrayentes, ni tampoco por no haberse equiparado su tratamiento a los matrimonios nulos, en tanto que no es un término idóneo de comparación.

Tanto el INSS como el Ministerio achaca a la interesada no haber formalizado el matrimonio desde el punto de vista legal y convencional.

Verificado pues que el matrimonio ritual gitano no cumple con lo establecido en el derecho privado español, pues, el TC deniega el amparo solicitado por D. María Luisa Muñoz Díaz.

El voto particular del Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia de 16 de abril de 2007 en el recurso de amparo n° 7084/2002, afirma que, tan solo dado los vínculos afectivos, familiar y de longa data en la relación entre D. ^a María Luisa y Don Mariano (29 años), se debería otorgárselo la pensión de viudedad.

El Magistrado alega lo establecido en el Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales (1995) del Consejo de Europa, como argumento para la dotación de recursos con vista a respetar la identidad étnica, cultural, lingüística... así como crear condiciones apropiadas que permitan expresar, preservar y desarrollar las características identitarias.

Expone además que en la jurisprudencia española existen razones suficientes para proteger a la Sr. ^a María

33 MAYORDOMO RODRIGO, Virginia. Instrumentos legales contra la discriminación racial en España. *Documentación social: ciudadanía universal y democracia a escala humana*, n.159, p.211-227, 2010. p. 224.

Luisa sin que tuviera que acudir a instancias supranacionales para reclamar.

Tomando en consideración el art. 2.1. b) de la Directiva 2000/43, del Consejo, de 29 de junio de 2000, el Magistrado ve claramente que ha habido discriminación indirecta hacia la Sr.^a María Luisa.

Dada la sentencia desestimatoria del TC sobre el caso en cuestión, la Fundación Secretariado Gitano (FSG) presentó a finales de octubre de 2007 ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, demanda por vulneración del art. 14 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, así como del art. 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio. En diciembre de 2009 el Tribunal de Estrasburgo dictó sentencia a favor de la Sr.^a Muñoz Díaz.

Conforme expusimos antes, las entidades judiciales deben realizar una labor *ex officio* con vistas a garantizar el cumplimiento del derecho internacional en el derecho interno. En los tres casos aquí analizados verificamos que no se cumplen dichos preceptos por parte de ninguna entidad inferior al TC y, en dos ellos, incluso el TC falla en contra de los interesados.

Si los artículos 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDDHH) reconoce tratos en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos raciales y étnicas en el ejercicio de los derechos reconocidos por la Declaración y, siendo el derecho a la prestación a la seguridad social uno de los establecidos por el documento normativo universal en cuestión (art. 22), podemos pues mencionar que ha habido omisión por parte de las autoridades judiciales españolas en el cumplimiento de su obligación internacional, en la interpretación del caso de la Sr.^a María Luisa Muñoz Díaz.

El art. 20 del PIDCP dispone que el Estado debe prohibir toda propaganda que hagan apología al odio nacional, racial o religioso. Creemos, pues, en este caso que las actuaciones de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, así como de la Sala Primera del Tribunal Supremo, las cuáles interpretaron el caso de la Sr.^a Friedman antes de llegar al TC, incumplieron con su labor de protección y garantía del ordenamiento internacional a nivel interno, forzando así a la interesada y su representante acudir al TC y así conseguir el amparo. En este caso compartimos los argumentos del voto particular pues no se ha logrado la reparación total del caso.

Las entidades judiciales anteriores al TC en este caso, tampoco tuvieron en cuenta un elemento de especial relevancia expuesto en este trabajo en relación a la aplicación de los principios *ius cogens* y *pro homine* en la vulneración de los derechos. En sus respectivas sentencias predominaron argumentos como la libertad de expresión que posteriormente fue desmontada por el TC.

El art. 2 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas formas de discriminación racial, así como el art. 2 de la DUDDHH, entre tantos otros, establece que el Estado debe comprometerse a establecer una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas, a no incurrir en acto o práctica de discriminación racial y velar que las instituciones públicas actúen en conformidad con esta obligación y, a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial. Creemos que los argumentos jurídicos en el caso de la Sr.^a Williams por parte de las autoridades judiciales españolas incurren en el incumplimiento de éstas y otras obligaciones internacionales establecidas tanto en la Convención, como en la DUDDHH.

4. CONCLUSIONES FINALES

Más que unas conclusiones expondremos aquí algunas consideraciones generales.

- a. Lo expuesto en este manuscrito no significa que hayamos caído en la falacia interpretativa jurídica creyendo así que el derecho internacional de los derechos humanos es el único factor de garantía de los derechos humanos. Somos conscientes que el derecho internacional de los derechos humanos no solamente es uno de los sistemas de garantía en la materia, sino que además es necesario siempre tener en cuenta los contextos sociopolíticos, socioeconómicos y socioculturales y aquello que debe ser garantizado.
- b. Así, en base a lo expuesto en este trabajo hemos verificado que a través de la actualización de la subjetividad internacional no solamente el Estado puede actuar en la escena internacional sino igualmente los individuos, ya que también son considerados como sujetos de derecho internacional.

- c. Hemos podido verificar también que a pesar del carácter no siempre vinculante del derecho internacional existe un entramado de medidas de supervisión del cumplimiento del Estado de sus obligaciones internacionales establecidas en estructuras orgánicas de los organismos internacionales (Comités) y en los mecanismos de supervisión como los Informes periódicos. El sistema de supervisión de las responsabilidades internacionales de los Estados puede ser hecho tanto sobre el incumplimiento de los tratados como una de las principales fuentes tradicionales del derecho internacional, como de las resoluciones de organismos internacionales, los actos unilaterales, entre otros.
- d. El marco de supervisión que hemos explorado en el presente trabajo es un sistema de supervisión más reciente, el control de convencionalidad o constitucionalidad. Este último plantea varios desafíos a conceptos tradicionales y va más allá del incumplimiento de los tratados u otras fuentes de derecho internacional, plantea igualmente las omisiones estatales frente a los compromisos internacionales.
- e. En el marco del control de convencionalidad antes mencionado, es lógico que exista la responsabilidad internacional de los Estados en caso de incumplimiento u omisiones de los Tratados y Acuerdos firmados y ratificado. Sin embargo, en varias ocasiones ese cumplimiento se hace inviable debido a que los Estados procuran eximir de sus responsabilidades invocando el concepto caduco de la soberanía, como siendo una, indivisible, indelegable, inalienable, sin entender que en el actual mundo globalizado las cuestiones son interdependientes y las políticas deben adoptarse conjuntamente, cuya finalidad última sea lograr objetivos mayores. En determinadas ocasiones los Estados deben renunciar a los intereses particulares en pro de los comunes.
- f. La política en cuestión no significa la desaparición del ordenamiento jurídico nacional del Estado, sino todo lo contrario, en su fortalecimiento, en la medida en que el Derecho Constitucional debe servir como instrumento de efectividad, a nivel interno, de las normas internacionales puesto que es el que garantizará a través de la debida seguridad jurídica, que el Estado cumplirá las normas celebradas a nivel internacional, notablemente, cuando existen previsiones constitucionales de que los Tratados tienen un grado jerárquico superior a la ley o el mismo grado de jerarquía constitucional.
- g. A nivel interno es la propia Constitución que garantiza a los individuos la debida eficacia de las normas internacionales, a partir del momento en que los Estados ratifican los tratados y normas internacionales sobre la materia.
- h. A pesar del desiderátum de los instrumentos internacionales para que un derecho sea realizado y efectivo es necesario que sea incorporado en el ordenamiento interno de un Estado determinado. Además de las teorías y doctrinas predominantes en la materia, la recepción del derecho internacional en el derecho interno depende de los intereses, Historia y características del Estado. En este sentido, la labor de los órganos judiciales, políticos y la sociedad civil son cruciales para el cumplimiento de la responsabilidad internacional estatal.
- i. Teniendo pues en cuenta los sistemas de supervisión y control, así como las características del control de convencionalidad establecidas en este manuscrito y, considerando las responsabilidades internacionales del Estado español en materia de lucha contra la discriminación, ¿podríamos pues reclamar la responsabilidad internacional de España por incumplimiento de sus compromisos internacionales y, por omisiones en su marco legislativo en relación a sus compromisos internacionales en la materia?
- j. En este sentido, a través del análisis de las tres Sentencias del Tribunal Constitucional, hemos visto como las entidades judiciales encargadas que hacer cumplir con las obligaciones internacionales del Estado a nivel interno, incumplen con dicha labor vulnerando varios preceptos, entre otros, de los tres instrumentos internacionales aquí analizados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAZÁN, Victor. En torno al control de las inconstitucionalidades e inconventionalidades omisas. *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, v.16, p.151-177, 2010.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- BESTER, Gisela María. *Derecho constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- COURTIS, Christian. Argumentación jurídica y aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos. In: *GUÍA de Estudio de la Materia "Argumentación jurídica y aplicación de los estándares internacionales de los derechos humanos y la perspectiva de género"*. México: Flaco, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global. *Isonomía*, México, n.9, p.173-184, oct. 2005.
- MAC GREGOR, Eduardo (Coord.). *El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y los jueces nacionales*. México: FUNDAp, 2012.
- MAYORDOMO RODRIGO, Virginia. Instrumentos legales contra la discriminación racial en España. *Documentación social: ciudadanía universal y democracia a escala humana*, n.159, p.211-227, 2010.
- PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n.19, p.67-93, jan./jun. 2012.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- ROUSSEAU, Charles. *Derecho internacional público*. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1996.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- UNIVERSITY OF MINESOTA. *Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993*. Viena. 1993. Disponible en: <<http://www1.umn.edu/humanrts/in-stree/SI1vieduc.html>>. Acceso en: 17 jun. 2016.
- VIRALLY, Michael. "Fuentes del Derecho Internacional". In: MAX, Sorensen (Ed.). *Manual de Derecho Internacional Público*. México: FCE, 1998. p.149-198.
- WOLKMER, Carlos A. *Pluralismo jurídico: fundamento de uma nova cultura do direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

The Peace Process in Sierra Leone: an analysis on marriages between culture and crime

Os Processos de Paz em Serra Leoa: uma análise de casamentos forçados e casamentos arranjados, entre crime e cultura

Gustavo Bussmann Ferreira

The Peace Process in Sierra Leone: an analysis on marriages between culture and crime*

Os Processos de Paz em Serra Leoa: uma análise de casamentos forçados e casamentos arranjados, entre crime e cultura

Gustavo Bussmann Ferreira**

ABSTRACT

In the context where universalism and cultural relativism shall coexist and there is a necessity to address societies by recognizing their multicultural features, it is of a great importance to examine how the perception of the world regarding a particular community may cause an impact on human rights. Victims of atrocities, who are without basic guarantees and transformed in some kind of *homini sacri*, must be recognized and protected to enable them to reconcile with their past and to restore themselves in post-conflict societies. The present work will analyze the Special Court for Sierra Leone which established limits to cultural practices such as forced marriages and arranged marriages – the first, a new kind of crime against humanity. Departing from these considerations, we aim to acknowledge how international law is important to promote multicultural respect alongside an affirmative jurisprudence of human rights, respecting them in its essence and presumed diversity. Moreover, how inclusiveness is a key issue to peace and how constitutionalism and democracy are essential matters to provide this recognition of humanity in each one.

Keywords: Multiculturalism. Forced marriage. Crimes against humanity. Peace process. Sierra Leone.

RESUMO

Em um mundo que considera a importância do universalismo e do particularismo coexistirem e a necessária percepção multicultural das sociedades, é salutar também que se analise em que medida a leitura de mundo de uma população pode infringir direitos humanos. Despidas de seus direitos básicos e transformados em *homo sacer*, as vítimas de atrocidades precisam de reconhecimento e proteção para que possam se reconciliar com o passado e se restabelecer nas sociedades pós-conflito. Nesse sentido, pretende-se analisar a perspectiva da Corte Especial para Serra Leoa, que estabelece limites para práticas de um costume ao diferenciar a prática de casamentos arranjados e o casamento forçado como uma nova vertente dos crimes contra a humanidade. A partir de critérios como o sofrimento da vítima e o conhecimento das circunstâncias pelo perpetrador, aponta-se em que medida a atuação do Direito Internacional é importante para promover uma jurisprudência afirmativa dos direitos humanos.

* Recebido em 03/04/2016
Aprovado em 30/05/2016

** Ph.D. Candidate in Human Rights and Democracy – Federal University of Paraná, Brazil, UFPR. Master of Laws in Human Rights and Democracy – Federal University of Paraná, Brazil, UFPR. Researcher of the Research Group in International Criminal Law for the ICC Moot Court Competition of the Groutius Centre for Human Rights, Leiden University, The Hague, for the Centro Universitário Curitiba, Unicuritiba, from 2010 to 2015. Trial Monitor for the American Bar Association, selected hard cases, since 2015. Attorney. Scholarship Student of the Brazilian Federal Agency for the Support and Evaluation of Graduate Education (CAPES/Proex). *Email address:* gus.bussmann@gmail.com.

Palavras-chave: Multiculturalismo. Casamento forçado. Crime contra a humanidade. Processos de paz. Serra Leoa.

1. INTRODUCTION

Taking into account new forms of human rights interpretations, which tend to harmonize universalism and cultural relativism, along with the emergence of an indispensable multicultural perception of societies, devoted to promote respectful interpretations of culture and traditions, the present work aims to comprehend to what extent a world view of a community may offend human rights.

In this context, victims of atrocities, who are stripped off most basic rights and transformed in *homini sacri*¹, must be recognized in their individualities and protected from ‘traditions’ in order to avoid impunity and permit social inclusion. Recognition and protection is done as a way to promote the reconciliation with their past, enabling the creation of a democratic future where culture, identities and human rights walk alongside.

The Peace Accords signed with the aim of putting an end to the conflicts in Sierra Leone, had also intentions of promoting social equality and peaceful coexistence of citizens – providing, in this way, the possibility of forgiveness after the most atrocious acts one can imagine. Societies who tolerate some sort of social groups/grouping in their very own assemblage promote dehumanization of people and transform atrocities in something usual and ordinary – what leads to more conflicts, in a community based on fear.

To address the boundaries between cultural-traditional practices and the criminal acts that may justify international interventions in one country, it will be analyzed the jurisprudence of the Special Court for Sierra Leone

regarding forced and arranged marriages as well as the eventual punishment of those practices in the context of international human rights law. Forced marriages and its dimension of attack² to victims of war (as other inhumane acts in the provisions of the Rome Statute of the International Criminal Court) and arranged marriages that happen worldwide as cultural practices and representations of identities show us that there is an urge to deal with diversity but also to respect human rights international standards.

This paper has the intent, therefore, to explicit how difficult is the harmonization of cultural aspects in the sense of respecting cultural values as arranged marriages in one hand and criminalizing inhumane practices as forced marriages on the other. The respect for identities and promotion of multicultural values will be the most valuable way to permit citizens to be respected regardless of their differences or of the conditions they share in essence (even when/if coming from different national identities). Furthermore, the case law of Sierra Leone will help us to seek a point of convergence where the specificities of every community are linked to each other and will, likewise, indicate new and intense forms of social inclusion after devastating conflicts – allowing citizens to participate in justice seeking procedures and to be recognized; to see their story told and to ensure the purpose of international law, which is to prevent impunity by assuring that crimes are properly investigated and prosecuted, as ascertained, for instance, by the preamble of the Rome Statute of the International Criminal Court.

Furthermore, Justice is an open concept and hard to be reduced to words, mostly if compared in the relation between eastern and western cultures. Because of this, the first step to the comprehension of the hybrid Courts in Sierra Leone and the democratic fight process against oppression and forced marriages is the notion of multiculturalism and the acceptance of the otherness as basis of Law and justice. In that ambience, questions of violence and intolerance are so old as the exploration of people and diamonds in that community; although they share space and language, follow similar principles and traditions, differences always existed and the aim of

1 Definition considered with regards to Giorgio Agamben works about citizens obliged to live in situations of extreme penuriousness, transformed in mere objects of the acts of the State. These lives that subsist with no dignity and protection in the Rule of Law, have lost also any value that they could have. In this sense, an homo sacer concept comprehension will permit the understanding of limits and boundaries about when characteristics are universal and when it should be comprehended as particular – with the possibility of inclusion and of living in the plenitude of human rights guarantees. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer, o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 9.

2 As the Rome Statute of the International Criminal Court in its Article 7 chapeau states about the requirement of a “widespread or systematic attack against a civil population” – which is, in our opinion, regarding to this case, more crucial towards determining an act against humanity than the classification of the ‘unlawful acts’.

getting richer and powerful became more intense along the years.

Practices as oppressive as forced marriages, therefore, may be revealed through “speech, writing or actions”³; the ideologies that fomented those practices can be also recognized as the significant cause of the massacres – and that is why it becomes pretty clear why the post conflict politics had one special concern besides the actuation of the SCSL.

With necessary intentions of promoting equality, as well as the empowerment of women, it rests undoubted that it is necessary to avoid new forms of domination and to provide women a new place in the society – and this is very close to the prohibition of superiority speeches or hate practices in the country, transcending the past and looking forward to the future with healing and no demonization or dehumanization of the others.

2. SIERRA LEONE ON MARRIAGES: AN EMBLEMATIC CASE OF PHYSICAL AND MORAL AGGRESSIONS, BETWEEN CRIMES AND TRADITIONS

In the pursuit of empowerment of justice and human rights, the Sierra Leonean case of post conflict recovery and process of peace is emblematic as the Special Court instituted there brought together elements of international criminal Law to the culture of that country and sought integration of people in a shared process of reconstruction. Considering that not every conduct may be accepted as mere characteristic of cultural expressions⁴, this process is important to reinforce ideals of liberty, dignity and the complementarity shared between countries and international organizations as indicatives that individualities and identities shall be protected without leaving aside international treaties and human rights norms⁵.

In this sense, it is indispensable to define the limits between traditions and criminal acts to identify when countries that tolerate some atrocious acts are likely to suffer international interventions in order to promote the end of impunity. Thus, the SCSL consider forced marriages as a crime against humanity taking into account the suffering of victims, knowledge of the circumstances by the perpetrator and gravity of consequences of the acts. Along with these acknowledgements regarding forced marriages, the jurisprudence will support the respect of arranged marriages traditions and expressions of the culture. Hence, a new form of interpretation arises to guide when international law may produce an affirmative jurisprudence on human rights and personal liberties⁶.

These considerations about the Sierra Leonean case have justifications, mostly, as the General Secretary of United Nations at the time of conflicts stated: “Sierra Leone represents one of the world’s most successful cases of post-conflict recovery, peacekeeping and peace building. Here we have seen great strides towards peace, stability and long-term development”⁷. Furthermore, the civil war has taken 11 years and had acts of extreme violence that permits us to discuss the turning points when acts are no longer expressions of culture, traditions or free will, when it starts to cause offences to human dignity as clear affronts to human beings in their essence. Denying the possibility of having humanity, transforming people in naked livings, *homni sacri*, is a very specific point of concern today, mostly when these acts are disguised as culture. From 1991 until 2002 the Revolutionary United Front (RUF) and the Armed Forces Revolutionary Council (AFRC) in Sierra Leone have acted against the government and allies (Civil Defense Forces – CDF), leaving civil and combatants victims of a war defined by sexual violence, mutilation, abduction, rapes and forced marriages⁸, and this is the social framework that base our thoughts on the borderline existent between crime and culture.

3 GERAGHTY, Mark. *The Rwandan state's campaign against genocide ideology*. Available at: <<http://www.mmg.mpg.de/research/all-projects/the-rwandan-states-campaign-against-genocide-ideology/>>. Accessed: 08 July 2015.

4 ZIZEK, Slavoj. Eu não sou um daqueles esquerdistas loucos. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 29 set. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrissima/131366-quot-eu-nao-sou-um-aqueles-esquerdistas-loucos-quot.shtml>>. Acesso em: 10 out. 2013.

5 SCHARF, Michael P. Forward: Lessons from the Saddam Trial. *Faculty Publications*, Cleveland, n. 115, 2007. p. 1.

6 SCSL. *Promotor vs. Alex Tamba Brima*. Case N. SCSL-2004-16-A. Available at: <<http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/AFRC/Appeal/675/SCSL-04-16-A-675.pdf>>. Accessed: 15 July 2014. p. 471.

7 MOON, Ban Ki. *Transcript of the Secretary-General's remarks at Joint Press Conference with President of Sierra Leone*, 2014. Available at: <<http://www.un.org/sg/offthecuff/index.asp?nid=3337>>. Accessed in: 24 Oct. 2014.

8 HUMAN RIGHTS WATCH. *Bringing Justice: the Special Court for Sierra Leone*. Available at: <<https://www.hrw.org/report/2004/09/08/bringing-justice-special-court-sierra-leone/accomplishments-shortcomings-and>>. Access in: 24 Oct. 2014.

The trial of atrocities that took place in that country, as recognized in Human Rights Watch Reports, is essential to bring justice to victims, punish perpetrators and establish bases to the construction of the Rule of Law in post conflict societies⁹. Once recognized an incapacity of domestic courts to handle trials in Sierra Leone due to corruption, political manipulations and the low number of judges and courts, the head of state Tejan Kabbah has solicited United Nations to help with the creation of an hybrid court, domestic and international, to judge and analyze the crimes happened during war¹⁰: the Special Court for Sierra Leone, set in The Hague, Netherlands¹¹.

But when it comes to the present analysis, besides the convictions of Charles Taylor and the several crimes detected in that time and place, the first and foremost distinction that must be done is in relation of types/modalities of marriages, as we can see: (i) marriage is a term utilized in a broad way to comprehend the union

between two people, in civil, religious or common sense – known by both of people that are engaged, their relatives and the community where they are inserted; (ii) forced marriage is a concept used to define unions where there is no consent of one or both of the parts – including succession of spouses, fiancé(e)s kidnapping, compensation of crimes and offering of people (mostly young girls and teenagers) as a payment of debts¹²; (iii) arranged marriages are constituted by cultural practices when there is consent from both parts in being submitted to the tradition where parents define the people to whom their brood will be united – and it is valid to highlight that, in this case, religious and identity matters may and probably will import on the decisions, which are not likely to happen when it comes to forced marriages¹³.

Forced marriages, therefore, as we consider the jurisprudence of SCSL, must be criminalized even if not brought as one of the examples of sexual crimes on the Rome Statute of the International Criminal Court. In its article 07(1)(g), “Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity¹⁴” are conducts that specifically must be analyzed by the court. However, even not being reduced to terms in this codification of norms, women from all over the world were contemplated with hope since this conduct was understood as a crime against humanity in accordance to the article 07(1)(k)¹⁵.

Apart of the sexual crimes (in which the role of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia must not be forgotten¹⁷, mostly when its jurisprudence defines the atrocious act of submitting someone to domestic activities and sexual intercourses as a

9 HUMAN RIGHTS WATCH. *Bringing Justice: the Special Court for Sierra Leone*. Available at: <<https://www.hrw.org/report/2004/09/08/bringing-justice-special-court-sierra-leone/accomplishments-shortcomings-and>>. Access in: 24 Oct. 2014.

10 HUMAN RIGHTS WATCH. *Bringing Justice: the Special Court for Sierra Leone*. Available at: <<https://www.hrw.org/report/2004/09/08/bringing-justice-special-court-sierra-leone/accomplishments-shortcomings-and>>. Access in: 24 Oct. 2014.

11 About these hybrid courts that manage national Law and costumes as well as international Law, it is important to reinforce that their main intention is to remember the historical and social circumstances where the crimes happened while judging and making justice possible. Considering that an external intervention might bring up several questions about legitimacy of trials to citizens involved in conflicts in remote and isolated areas and that local courts would face lots of challenges to judge crimes with so great magnitude, the shared complementarity arises as an effective conjunction of efforts between states and the international community in order to pursuit peace. Domestic courts led to international patterns and conditions, therefore, are efforts of bring effectiveness to justice and respect to international standards of due process of law, as well as financial resources that would not be available to trials in local courts (3). The main focus, hence, is to promote identification of the population with justice and allow them to ‘look to the future with the clearness of the facts happened in the past’, ensured that impunity was affronted and the Rule of Law would be every day plural and more inclusive. (1) (HUMAN RIGHTS WATCH. *Bringing Justice: the Special Court for Sierra Leone*. Available at: <<https://www.hrw.org/report/2004/09/08/bringing-justice-special-court-sierra-leone/accomplishments-shortcomings-and>>. Access in: 24 oct. 2014). (2) (UNITED NATIONS. Security Council. *Repertoire of the Practice of the Security Council*, 2004. Available at: <http://www.un.org/en/sc/repertoire/2004-2007/Chapter%208/Thematic/04-07_8_role%20of%20civil%20society%20in%20post-conflict%20peace-building.pdf>. Accessed: 10 Oct. 2014). (3) SCHARF, Michael P. Forward: Lessons from the Saddam Trial. *Faculty Publications*, Cleveland, n. 115, 2007. p. 7).

12 HUMAN RIGHTS WATCH. *I've never experienced happiness*. Available at: <<http://www.hrw.org/reports/2014/03/06/ive-never-experienced-happiness>>. Accessed: 24 Oct. 2014.

13 BLACK, Lisa. Arranged - not forced - marriages a good match in many cultures. *Chicago Tribune*, Chicago, 27 jul. 2011. Available at: <http://articles.chicagotribune.com/2011-07-27/news/ct-x-0727-arranged-marriages-20110727_1-marriages-family-traditions-stephania-coontz>. Access in: 27 Oct. 2014.

14 ROME Statute of the International Criminal Court, 2002.

15 Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health. ROME Statute of the International Criminal Court, 2002.

16 CLARK, James M. Forced Marriage: The Evolution of a New International Criminal Norm. *Aberdeen Student Law Review*, Aberdeen, v. 3, p. 4-27, 2012. p. 3.

17 ICTY. 25 may 1993, art. 5(c);(g).

crime¹⁸), the Special Court for Sierra Leone considered forced marriage a crime due to the gravity of a conduct that imposes great suffering to victims in a psychological manner¹⁹: not only the sexual characteristic of the acts were considered, but also the inhumane character of them in the whole context. As the jurisprudence on the former Yugoslavia international tribunal consider sexual crimes in the perspective of the property sense of the perpetrator²⁰, forced marriage crimes have, besides the abovementioned aspect, the psychological terror imposed to the victims that suffer violence as intellectual manipulations, domestic obligations and non consensual sex and pregnancy²¹.

Therefore, victims of forced marriage are obliged to have responsibilities related to children care, domestic economy and sexual intercourse with their own perpetrators, showing also a necessary affection. Victims were violently obliged to suffer rapes, pregnancies, and stigmatization even when free from their captors – not to forget, when it comes to these situations, the health issues²² that come together with these atrocities. What is left to these women, the so-called ‘bush wives’, in the end, if we remember all of the activities they are coerced to, is the label of wife; in every other perspective, they were slaves or prisoners. Regardless of this label of wife, there is no bond of affection between the spouses, another reason why it is not a valid and real marriage taking into account article 16 of the Universal Declaration of Human: “Marriage shall be entered into only with the free and full consent of the intending spouses”.

Emotional and psychological traumas caused to the victims must be considered, also, as from the stated by the report of the United Nations High Commis-

sioner for Human Rights as caused by physical force, legal compulsion, economic coercion, intimidation and psychological manipulation²³ and in situations where there is no free acceptance and explicit consent²⁴. As noted by Myriam Denov: “Rebels abducted a woman, isolated her, repeatedly gang raped her, and finally ‘liberated’ her via ‘marriage’ to a particular commander. Despite the violence of the final stage, abductees often described the commander who took them as saving their lives”. The atrocities were brought to a very great level, when some women “felt ‘lucky’ to be forced into sexual enslavement with one man, rather than ‘used’ by many different men each day”²⁵.

Likewise, it is important to highlight that victims of forced marriage in Sierra Leone had the stigmatization of being together with the rebellion militiamen, reason why they were object also of denial from their relatives and of marginalization that came from their pairs²⁶. The word ‘spouse’, as well, demonstrates the control exercised by the ‘husbands’ over the women, once they were not only properties (as in crimes of sexual slavery), but people united in marital association, which there in Sierra Leone meant a necessity of obedience and respect²⁷.

Stripped of any basis of autonomy and with a need to respect and obey their husbands, the victims were inducted to believe that their spouses had, even, right over their lives (and right to take it away). Consequently, without the protection of their families and with the possibility of being killed or left anytime, the injuries suffered and tamed transformed those women in mere objects of the pity of their husbands in the context of war (and even after it had been declared over)²⁸.

18 ICTY. *Prosecutor vs. Kunarac et al.* Case n° IT-96-23T & IT-96-23/1-T, 2001. Available at: <<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>>. p. 742.

19 SCSL. *Prosecutor vs. Alex Tamba Brima.* Case n° SCSL-2004-16-A. 03.mar.2008, p.854.

20 ICTY. *Prosecutor vs. Kunarac et al.* Case n° IT-96-23T & IT-96-23/1-T, 2001. Available at: <<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>>. p. 539.

21 Corte Especial para Serra Leoa. *Promotor vs. Alex Tamba Brima.* Caso n° SCSL-2004-16-A. Julgamento de 03 mar. 2008, p. 61, parágrafo 189.

22 For Instance: “Rape sometimes led to women bleeding to death or suffering from tears in the genital area. Cohen points out that fistula, however, was more often caused by women giving birth in the bush without medical attention than by rape itself”. In: WOMEN UNDER SIEGE. *Sierra Leone.* Available at: <<http://www.womenundersiegeproject.org/conflicts/profile/sierra-leone>>. Accessed: 20 Sept. 2014.

23 UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Thematic study on the issue of violence against women and girls and disability.* New York: UN, 2012.

24 UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Thematic study on the issue of violence against women and girls and disability.* New York: UN, 2012.

25 WOMEN UNDER SIEGE. *Sierra Leone.* Available at: <<http://www.womenundersiegeproject.org/conflicts/profile/sierra-leone>>. Accessed: 20 Sept. 2014.

26 JALLOH, Charles Chernor. *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: the impact for Africa and International Criminal Law.* New York: Cambridge University Press, 2014. p. 737.

27 SCSL. *Promotor vs. Alex Tamba Brima.* Case N. SCSL-2004-16-A. Available at: <<http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/AFRC/Appeal/675/SCSL-04-16-A-675.pdf>>. Accessed: 15 July 2014. p. 63.

28 JALLOH, Charles Chernor. *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: the impact for Africa and International Criminal Law.* New York: Cambridge University Press, 2014. p. 737.

The protection of those victims by the international criminal law and the consideration of these acts as a crime against humanity are, therefore, huge steps in direction to the protection of women in their freewill and in the exercise of their dignity. Consider forced marriage as an inhumane act, as we analyse the Rome Statute in the article 07 (1)(k), is to recognize the residual character of this provision and to protect these victims regarding their inherent dignity. The foundations of this protection and for the prohibition of other inhumane acts were stated by the Charter of the International Military Tribunal of Nuremberg in its article 06(c) and in the International Military Tribunal for the Far East Charter [art. 05(c)], in the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia [art. 05° (i)] and in the International Criminal Tribunal for Rwanda [art. 03°(i)]. That being stated, it was fair enough to the SCSL to recognize this crime since the non punishment of perpetrators would be an offence not only to the victims and their memories, but to the humanity as a whole²⁹ - in a way that the protection of citizens and humankind is also based in *jus cogens*³⁰ norms.

Besides the importance of this jurisprudence to the whole world, there was a preoccupation to these victims to be reintegrated to the society and to have their emotional stability restored (mainly with regards to the crimes committed against young girls). There were, hence, treaties involving UNICEF and local companies to promote popular reconciliation and democratic ideals³¹ - which were lastly fomented with the Lomé Peace Accord in 1999 in a try to effectively represent the ideals and points of view of the affected women. National Consultative Conferences and Women's organizations took place in Freetown bias to make women voices not only heard, but respected.

The main preoccupation with the victims of violations happened also by the "urgent necessity of a particular type of assistance to satisfy their present necessi-

ties, even if this would be useful only to put them in the same category of another victims³²" such the gravity of their condition was. Rehabilitation and re-inclusion are guidelines to be achieved by tribunals, mostly when it comes to crimes as the abovementioned forced marriages. Therefore, the identified lack of consent in the practice as well as the cultural perspective in the arranged marriages³³, considering particularism and the value of protecting countries in their roots and traditions, was some of the greatest achievements of the Sierra Leonean court while bringing women to the front row of the reconstruction process; moreover these processes were extremely valuable to the recognition that marginalization and exclusion may be one of the fundamentals of war and that without freedom and inclusiveness, there is no way to find peace.

3. EXCLUSION AS A WAR REASON AND AN OBSTACLE TO PEACE

Remembering that the war was not only one punctual sad moment in the history of the country is important when it comes to the analysis of its causes. Once the society was marked by inequality and exclusion of some social groups, it must be highlighted that these characteristics existed long before the war was initiated. Social and legal exclusion, thus, are crucial points that make possible to understand social and political atrocities in societies, both in the light of politics and global value ideals, taking into account that such these themes are of great relevance as we remember international criminal law and *jus cogens* norms.

Therefore, having marginalization and exclusion spread in the whole country and social groups that did not participate of the economic and political processes, the conflict was certainly not an isolated fact, but a consequence of deeper problems³⁴. Also, we must be heedful that politics that deny humanity and make some people deprived of dignity and recognition are based

29 SCSL. *Promotor vs. Alex TambaBrima*. Case N. SCSL-2004-16-A. Available at: <<http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/AFRC/Appeal/675/SCSL-04-16-A-675.pdf>>. Accessed: 15 July 2014. p. 59.

30 As the Vienna Conventions on the Law of Treaties sustain in the article 53, reinforcing the importance of the principles of these norms. Therefore, fighting slavery and crimes against humanity when it comes to 'inhumane acts' are *jus cogens* norms, so, the prohibition of the commission of such harmful acts should be interpreted as mandatory for all States.

31 SINGER, Peter. *Crianças em armas*. Colares: Pedra da Lua, 2009. p. 213.

32 TRUTH AND RECONCILIATION COMISSION. *Witness to Truth*. v. 2. p. 197.

33 JALLOH, Charles Chernor. *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: the impact for Africa and International Criminal Law*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 202.

34 BARNES, Catherine; POLZER, Tara. The Sierra Leone peace process: learning from the past to address current challenges. *Conciliation Resources*, London, Sept. 2000.

in the construction of some ideals, normally by State representatives. The exclusion of people, in addition, helps the constitution of some kind of hegemony once it is necessary to maintain some hierarchy of the dominant classes and the dehumanization of some *others*.

Thus, to this analysis, it is necessary to consider Antonio Gramsci works, to whom the supremacy of a group is noticeable in two ways, as domain and as in the promotion of intellectual and moral directions³⁵. A social group when exercising its domain with the intent to destroy or submit (even with armed force) its ‘enemies’ – or people that do not fit in some ideals of standards of acceptance or recognition – intend to direct the way of living of the other groups and guarantee its positions in society³⁶. As dully noted by victims of the war, “the government was not motivated to seek peace until the war threatened Freetown³⁷”, when the hegemonies were already threatened and the dominated groups were by the time insurgent. In this case, it must be clear that only on establishing rules and promoting political relations that promote recognition and plurality, something becomes possible: protecting citizens and promoting human rights is an unalienable responsibility of each State and this cannot coexist with ideologies of exclusion.

It is valuable, in this sense, to present which meaning of ideology should be taken into account for this analysis. The way a society works is constituted by images, languages and signs adopted by its social groups and this is an important place to start to understand how politics of oppression arises³⁸. But is also important to analyze when and how these ideas begin and how the fundamentals of this oppression relates to discourses and

its conversion in common sense³⁹, something that comes from an interior perspective and is converted in an exterior discourse – and institutionalizes hegemony and the maintenance of some sort of social status quo that intend homogeneous societies and the exclusion of those considered ‘different’.

About this intention of bringing spaces homogeneous inside the society, what can be perceived is that it is extremely related to the use of violence and with the denial of the alterity and humanity of some targeted groups, as we see in Sierra Leone. This denial, likewise, has the aim of domination of those groups and is of great concern, because denies also plurality, diversity and the possibility of some people to be recognized as a member of a community⁴⁰. Thus, the importance of this acknowledgement is because the hegemony of a State and the denial of alterity had been used as means of maintenance of terror states and of destruction of citizens also in military dictatorships in Latin America and in conflicts in the Ex-Yugoslavia, for instance.

Therefore, the main goal of the accountability measures taken in Sierra Leone would have to address, to avoid a new war to begin, that its root causes as “public frustration at corruption, weak governing structures, limited public services and high unemployment, especially among the youth, in a context of deep and widespread poverty and poor economic prospects⁴¹”. Women empowerment and protagonism in post conflict actions, in this sense, was a crucial element in peace-making, once they were the most victimized category in that war – and also, the group that could represent the need of diversity and recognition of everyone’s humanity in Sierra Leone. A huge example of their leadership and of their walk towards a new position in the society, therefore, was the National Consultative Conferences (Bintuani I and II) and the street manifests that spread into Freetown in 1995.

35 GRAMSCI, Antônio. *Risorgimento*: notas sobre a Itália. Tradução Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 62-63.

36 Notions of hegemony and domination, by now, will be taken from the perspective of Ernesto Laclau and Chantal Mouffe, once they have considered plurality as a precondition of the human existence; well, no hegemonic logic could comprehend the totality of a society and this understanding is important as recognizing oneself in others – and this is the most important thing to value all forms of life and the real effectiveness of human rights. In: LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonía y estrategia socialista*: Hacia una radicalición de la democracia. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2004. p. 186.

37 BARNES, Catherine; POLZER, Tara. The Sierra Leone peace process: learning from the past to address current challenges. *Conciliation Resources*, London, Sept. 2000.

38 HALL, Stuart. The problem of ideology: Marxism without guarantees. *Journal of Communication Inquiry*, Iowa, v. 10, n. 2, June 1986. p. 31.

39 LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonía y estrategia socialista*: Hacia una radicalición de la democracia. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2004. p. 171.

40 LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*: a contribuição de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 34.

41 DIVISION FOR THE ADVANCEMENT OF WOMEN. Expert group meeting. In: PEACE AGREEMENTS AS A MEANS FOR PROMOTING GENDER EQUALITY AND ENSURING PARTICIPATION OF WOMEN: A FRAMEWORK OF MODEL PROVISIONS, 2003, Ottawa. *Aid-Memoire*. Ottawa: DAW, 2003. Available at: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/egm/peace2003/>>.

Hence, it must not be forgotten that “after thirty years of undemocratic regimes and warfare, there is a need to rebuild the social and moral framework of the country. This process will need great commitment from all Sierra Leoneans, not the external imposition of structures and agreements⁴²”. Another important point regarding the need of inclusion and recognition of women’s rights, is that denials are not only related to hate speeches and in explicit attacks⁴³. It is present when there is dehumanization of individuals and when ignoring them is a part of an ideology of repression⁴⁴. The lack of recognition, therefore, results in demonization or invisibility in social and political life⁴⁵.

Regardless of the representation of the victims’ issue, which is always a dilemma of great concern, it must be taken into account that alongside the process of their inclusion⁴⁶, the spirit of the international protection of human rights must be step-by-step constructed in a society, by “formal peace negotiations by political leaders”, and by “informal activities, usually orchestrated by heterogeneous groups of voluntary grassroots organizations that seek to draw attention to particular issues during the transition period and thereby influence the formal process⁴⁷”.

Constitutions must be implemented and interpreted, thus, without any mention to exclusion and possibility of denying any person because of their characteristics. Considering patterns of hegemony, ideologies and dehumanization of some citizens, there is a huge risk to

the future of politics, democracies and solidarity⁴⁸; but the new forms of interpretation and the history told by those Tribunals and to those victims gives us some fresh air to continue this journey.

From the considerations about the construction of the human rights theory as universal on, up to the confirmation that this model does not find consistent grounds, an important thing to be taken into account is how particular notions of rights and the relativity of concepts are important in order to establish material justice to citizens in a globalized and cosmopolitan world. Likewise, contributions to multiculturalism show us that, if taken to extremes (i.e., without the intersection of cultures and the consideration of forced marriages as culture), the world is perceived as a homogeneous matter, somehow by disregarding the importance of diversity and plurality.

From a different multiculturalist perspective, though, declarations of human rights have an universal foundation as a rule, considering that, a priori, every human being pursue recognition in the same way; similarly, the Universal Declaration of Human Rights treats such these individuals as if they all shared similar social and economic assumptions, in a unilateral worldview. However, one has to consider that there are several other conditions, besides economic and social ones, that should be duly considered to allow certain cultures to be in the process of discussing treaties and effectiveness on human rights, since a homogeneity of thoughts would, then, be nothing but totalizing; and its consequences would be harmful to countries, cultures and individuals (constrained in their freedom and dignity). The universality of human rights, therefore, must not be understood in its epistemic value, but in the right of every person to be recognized for their rights with the sole limitation of not violating the rights of others.

This way, the Sierra Leonean case is significant to investigate the differences of multiculturalism and global identifications that citizens share in essence, even when/if coming from different national identities. It denotes a point of convergence where the specificities are linked to each other and how they lead us to universality – not the contrary, and then the hybrid model of justice do not mean new forms of colonization, but the respect of what people share in essence: humanity.

42 BARNES, Catherine; POLZER, Tara. The Sierra Leone peace process: learning from the past to address current challenges. *Conciliation Resources*, London, Sept. 2000.

43 BARNES, Catherine; POLZER, Tara. The Sierra Leone peace process: learning from the past to address current challenges. *Conciliation Resources*, London, Sept. 2000.

44 SCARRY, Elaine. The Difficulty of Imagining Other Persons. In: HESSE, Carla; POST, Robert. *Human rights in political transitions: gettysburg to Bosnia*. New York: Zone Books, 1999. p. 282.

45 SCARRY, Elaine. The Difficulty of Imagining Other Persons. In: HESSE, Carla; POST, Robert. *Human rights in political transitions: gettysburg to Bosnia*. New York: Zone Books, 1999 p. 288.

46 BARNES, Catherine; POLZER, Tara. The Sierra Leone peace process: learning from the past to address current challenges. *Conciliation Resources*, London, Sept. 2000.

47 DIVISION FOR THE ADVANCEMENT OF WOMEN. Expert group meeting. In: PEACE AGREEMENTS AS A MEANS FOR PROMOTING GENDER EQUALITY AND ENSURING PARTICIPATION OF WOMEN: A FRAMEWORK OF MODEL PROVISIONS. 2003, Ottawa. *Aid -Memoire*. Ottawa: DAW, 2003. Available at: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/egm/peace2003/>>.

48 LIMA, Abili L azaro de Castro, 2006.

Human plurality and diversity, therefore, lead us to the path that the protection of human rights will occur by giving effectiveness to the ideals of constitutionalism and democracy – and the democracy that is intended is not “liberal in its traditional conceptions, but in some new perspectives of democracy, radical and plural, because only in democracies it will be a possibility of non-totalitarianism⁴⁹. The realization of an individual bound to the realization of the others, as stated by Francesco D’Agostino, happens in the sense that “men have rights because they are one with another, because the existence of one requires the existence of the other, because in one identity, the singular is attached to the plural; the affirmation of one happens with the recognition of the other⁵⁰”.

4. FINAL CONSIDERATIONS

Considering the great impact of the above mentioned crimes and the harm caused to victims and their families, we reiterate the importance of inclusive processes and recognition of humanity in each and every citizen, regardless of their sex or social context. Hence, interpretations that shall be made on law, culture and atrocities must be focused in the respect of human rights and in the responsibility of countries and their representatives to promote equality and trials of everyone that institute politics of denial of humanity.

As Sierra Leonean government assumed the compromise of effectively implement gender inclusion politics and focus on the promotion of human rights protection in its democratic society⁵¹, it is important to remember that the trials of the perpetrators had an important role in the journey towards peace. As perceived by Priscila Haynes: “When there are legitimate, credible, and fair charges against such pivotal individuals, and es-

pecially if they are believed to be involved in inciting violence, an appropriate process of arrest and prosecution can have a direct and positive effect on the peace process⁵²”. Furthermore, the emblematic role of the tribunals includes the message that impunity must not be tolerated and that human diversity is a key role in the constitution of societies. Without citizens feeling free to assume their identities and their free will, no possibility will exist in the sense of freedom in a global world.

Irrespective of the construction of identities and their expression in some community, as well as morals and comprehensions of each citizen that may vary, it is the responsibility of the States to give materiality to human rights and dignity, to make effective what treaties and charts tend to protect. The constitution of these, in this sense, will encompass matters as rights to liberty, equality, democracy and sovereignty, which will have by consequence right to be a member of a global republic⁵³. The analyzed case law, also, is important to history as give value to the intentions provided by the human rights treaties that were strengthened in the last century⁵⁴ and respect particularities of women in a war that was greatly harmful to them. It was a great achievement of the SCSL, consequently, that women participation in the reconciliation procedures were not only important to the post-conflict reconstruction, but to their own global and inclusive benefit⁵⁵ (to their visibility and to the possibility of healing their vulnerabilities and invisibilities).

Considering the hazards caused by war and remembering the initial purpose of international criminal law, mindful that the most serious crimes that affects the international community as a whole must not go unpunished and that justice to victims must be provided, there is an universal need to countries promote trials and manage the pursuit of justice, specifically when acts are offensive to human rights in its essence and

49 KOZICKI, Katya. A política na perspectiva da filosofia da diferença. In: OLIVEIRA, Manfredo. et. al. (Org.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 141-160.

50 D’AGOSTINO, 1996 apud BARRETO, Maira de Paula. Os direitos humanos e a liberdade cultural. *Revista Antropos*, v. 1, ano 1, nov. 2007.

51 DIVISION FOR THE ADVANCEMENT OF WOMEN. Expert group meeting. In: PEACE AGREEMENTS AS A MEANS FOR PROMOTING GENDER EQUALITY AND ENSURING PARTICIPATION OF WOMEN: A FRAMEWORK OF MODEL PROVISIONS. 2003, Ottawa. *Aidé-Memoire*. Ottawa: DAW, 2003. Available at: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/egm/peace2003/>>.

52 HAYNER, Priscila. Negotiating peace in Sierra Leone: confronting the justice challenge. *Report*, Geneva, Dec. 2007.

53 KERSTING, Wolfgang. *Universalismo e direitos humanos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 95.

54 KERSTING, Wolfgang. *Universalismo e direitos humanos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 771-797.

55 DIVISION FOR THE ADVANCEMENT OF WOMEN. Expert group meeting. In: PEACE AGREEMENTS AS A MEANS FOR PROMOTING GENDER EQUALITY AND ENSURING PARTICIPATION OF WOMEN: A FRAMEWORK OF MODEL PROVISIONS. 2003, Ottawa. *Aidé-Memoire*. Ottawa: DAW, 2003. Available at: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/egm/peace2003/>>.

presumed diversity. States and its constitutions must provide a normative text that aims to promote basic rights and symbolic politics⁵⁶, not means to the execution of atrocities – and this interpretation comes from the new forms of transterritorial relations that brought up a necessity to constitutionalism to go across state boundaries⁵⁷ - respecting historical constructions and cultural conceptions of every community.

Furthermore, the access to justice and the pursuit of an inclusive society encompass the existence of strong confidence in domestic law as well as in international courts. Specifically in Sierra Leone, clear and accurate information regarding the obligations assumed in treaties and established by jus cogens norms had a prominent role in the peace process – with clarity intended ways to avoid a new war to break out⁵⁸. Moreover, the signing of a peace accord is surely no guarantee of a new era, inclusive and justice-based. There is a daily challenge of accountability that must be highlighted by State representatives, responsible by the promotion of the Rule of Law and by the assurance that there is no more space of misinterpretation of international values and of reproduction of hegemonies that exclude some groups of citizens.

The Supreme Court of Sierra Leone's decisions had helped us to identify, therefore, how universalism and relativism relate to each other and how we can manage traditions in a global community; and, by considering multiculturalism, when some practices do not have justification in tradition and must, therefore, be understood as a crime. The local analysis and its relations to international criminal law, therefore, leads us to find the individual not as something abstract, but as a community member and holder of identity, provenance and heritage. Thus, the intent, considering their local, national and transtational public spheres, is to examine human rights in their global character, as well as in their local legitimacy. Thanks to its interpretation that guarantees new and intense forms of social inclusion, the international human rights treaties in its global acting may be justified in the action of international courts. This way, this jurisprudence permits one to investigate the differences of multiculturalism and global identifications

that citizens share in essence, even when/if coming from different national identities; to seek a point of convergence where the specificities are linked to each other and how they lead us to universality - not the contrary, and this relation to international courts.

As human rights and international law play a prominent role in the fight against impunity and the protection of the victims of the above mentioned crimes, besides the construction of denial of citizenship and human condition politics and its role in mass atrocities, the importance of the Sierra Leonean Tribunal and decisions in order to provide peace and justice in post-conflict societies are an important analysis. Social and legal exclusion, thus, are crucial studies to make possible to understand social and political changes in transitional societies, both in the light of politics and global value changes, taking into account that such these themes are not only current, but also of relevance. With these considerations done, this work tried to provide forms of identifying victims of human rights violations that arise from offensive methods of repression and denial of alterity; also, the necessity of strong democracies to avoid new politics similar to that.

The strengthen of constitutional states and judiciary systems to implement basic rights must be, hence, attached to the valorization of local identities and rights of minorities so as to avoid gender oppression and sex violations as a way to promote war. The engagement of States to permit inclusion will give power to excluded groups and victims, as the women in Sierra Leone, enabling, consequently, the creation of public spaces to articulate and question their own identities (free to do this, not subjected to hegemonic powers)⁵⁹. In this context, bearing in mind that the harm of the victims are normally physical and psychological, and with the view of ensuring meaningful victims' participation in the trials, as well as effectiveness of the proceedings, it is no longer possible to accept passively recorded testimonies from public hearings absent from the victims engagement, lack of substantive investigations and any other form of initiative that does not reflect the pursuit of bringing justice to the affected population.

Equality and inclusion, therefore, lead us to the path that the protection of human rights will occur only by

56 KERSTING, Wolfgang. *Universalismo e direitos humanos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 771-797.

57 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 120.

58 HAYNER, Priscila. Negotiating peace in Sierra Leone: confronting the justice challenge. *Report*, Geneva, Dec. 2007.

59 ZIZEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do real: cinco ensaios sobre o 11 de Setembro e datas relacionadas*. Tradução Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2003.

giving effectiveness to the ideals of constitutionalism and democracy – and democracy must be intended not as “liberal in its traditional conceptions, but in some new perspectives, radical and plural⁶⁰”, because only in strong democracies there will be a possibility of avoiding inhumane acts as forced marriages. With the achievement of these intentions, the unity of human rights in its first meaning might be reached again, as well as the recognition of the human behind the human rights⁶¹: the leading force of development and social inclusion. Only justice and inclusion will promote the identification of *one* in *an-other* and every human; and then, hopefully identities and dignity will be the center and the focus of social relations based in memory and hope, shared in social ambiances and with community fellows.

Lastly, it is significant to remember that the hybrid model of the Supreme Court for Sierra Leone was of a great value to permit domestic laws to be combined with international law standards; the denial of cultural procedures that encompass citizens and their aims and intentions, as well as imposition of a necessary unique framework to judge would mean that there is only one path to pursue justice. In contrary of what we suggest, it would be, however, an homogenous and totalizing violence, a way to create a constant tension between local communities and the international system of protection of human rights: and the denial of the otherness in societies is what commonly leads to conflicts, not what solve them.

REFERENCES

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer, o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.
- BARNES, Catherine; POLZER, Tara. The Sierra Leone peace process: learning from the past to address current challenges. *Conciliation Resources*, London, Sept. 2000.
- BARRETO, Maira de Paula. Os direitos humanos e a liberdade cultural. *Revista Antropos*, v. 1, ano 1, nov. 2007.

60 KOZICKI, Katya. A política na perspectiva da filosofia da diferença. In: OLIVEIRA, Manfredo. et. al. (Org.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 141-160.

61 DOUZINAS, Costas. *Quem são os 'humanos' dos direitos?*. Disponível em: <<http://revolucoes.org.br/v1/>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

BLACK, Lisa. Arranged - not forced - marriages a good match in many cultures. *Chicago Tribune*, Chicago, 27 July 2011. Available at: <http://articles.chicagotribune.com/2011-07-27/news/ct-x-0727-arranged-marriages-20110727_1_marriages-family-traditions-stephanie-coontz>. Access in: 27 Oct. 2014.

CLARK, James M. Forced Marriage: The Evolution of a New International Criminal Norm. *Aberdeen Student Law Review*, Aberdeen, v. 3, p. 4-27, 2012.

DIVISION FOR THE ADVANCEMENT OF WOMEN. Expert group meeting. In: PEACE AGREEMENTS AS A MEANS FOR PROMOTING GENDER EQUALITY AND ENSURING PARTICIPATION OF WOMEN: A FRAMEWORK OF MODEL PROVISIONS. 2003, Ottawa. *Aidé-Memoire*. Ottawa: DAW, 2003. Available at: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/egm/peace2003/>>.

DOUZINAS, Costas. *Quem são os 'humanos' dos direitos?*. Disponível em: <<http://revolucoes.org.br/v1/>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

GERAGHTY, Mark. *The Rwandan state's campaign against genocide ideology*. Available at: <<http://www.mmg.mpg.de/research/all-projects/the-rwandan-states-campaign-against-genocide-ideology/>>. Accessed: 08 July 2015.

GRAMSCI, Antônio. *Risorgimento: notas sobre a Itália*. Tradução Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

HALL, Stuart. The problem of ideology: Marxism without guarantees. *Journal of Communication Inquiry*, Iowa, v. 10, n. 2, June 1986.

HAYNER, Priscila. Negotiating peace in Sierra Leone: confronting the justice challenge. *Report*, Geneva, Dec. 2007.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Bringing Justice: the Special Court for Sierra Leone*. Available at: <<https://www.hrw.org/report/2004/09/08/bringing-justice-special-court-sierra-leone/accomplishments-shortcomings-and>>. Access in: 24 Oct. 2014.

HUMAN RIGHTS WATCH. *I've never experienced happiness*. Available at: <<http://www.hrw.org/reports/2014/03/06/ive-never-experienced-happiness>>. Accessed: 24 Oct. 2014.

- ICTY. 25 may 1993, art. 5(c);(g).
- ICTY. *Prosecutor vs. Kunarac et al.* Case n° IT-96-23T & IT-96-23/1-T, 2001. Available at: <<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>>.
- JALLOH, Charles Chernor. *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: the impact for Africa and International Criminal Law*. New York: Cambridge University Press, 2014.
- KERSTING, Wolfgang. *Universalismo e direitos humanos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- KOZICKI, Katya. A política na perspectiva da filosofia da diferença. In: OLIVEIRA, Manfredo. et. al. (Org.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003.
- LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonía y estrategia socialista: hacia una radicalición de la democracia*. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2004.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- LIMA, Abili Lázaro de Castro, 2006.
- MOON, Ban Ki. *Transcript of the Secretary-General's remarks at Joint Press Conference with President of Sierra Leone*, 2014. Available at: <<http://www.un.org/sg/offthecuff/index.asp?nid=3337>>. Accessed in: 24 Oct. 2014.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- ROME Statute of the International Criminal Court, 2002.
- SCARRY, Elaine. The Difficulty of Imagining Other Persons. In: HESSE, Carla; POST, Robert. *Human rights in Political Transitions: Gettysburg to Bosnia*. New York: Zone Books, 1999.
- SCHARF, Michael P. Forward: Lessons from the Saddam Trial. *Faculty Publications*, Cleveland, n. 115, 2007.
- SCSL. *Promotor vs. Alex TambaBrima*. Case N. SCSL-2004-16-A. Available at: <<http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/AFRC/Appeal/675/SCSL-04-16-A-675.pdf>>. Accessed: 15 jul. 2014.
- SINGER, Peter. *Crianças em armas*. Colares: Pedra da Lua, 2009.
- TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION. *Witness to Truth*. v. 2.
- UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Thematic study on the issue of violence against women and girls and disability*. New York: UN, 2012.
- UNITED NATIONS. Security Council. *Repertoire of the Practice of the Security Council*, 2004. Available at: <http://www.un.org/en/sc/repertoire/2004-2007/Chapter%208/Thematic/04-07_8_role%20of%20civil%20society%20in%20post-conflict%20peace-building.pdf>. Accessed: 10 Oct. 2014.
- WOMEN UNDER SIEGE. *Sierra Leone*. Available at: <<http://www.womenundersiegeproject.org/conflicts/profile/sierra-leone>>. Accessed: 20 Sept. 2014.
- ZIZEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do real: cinco ensaios sobre o 11 de Setembro e datas relacionadas*. Tradução Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2003.
- ZIZEK, Slavoj. Eu não sou um daqueles esquerdistas loucos. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 29 set. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrissima/131366-quot-eu-nao-sou-um-aqueles-esquerdistas-loucos-quot.shtml>>. Acesso em: 10 out. 2013.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Funcionalização e expansão
do Direito Penal: o Direito Penal
negocial**

**The Criminal Law's
functionalization and
expansion: the negotiation on
criminal law**

Antonio Henrique Graciano
Suxberger

Dermeval Farias Gomes Filho

Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial*

The Criminal Law's functionalization and expansion: the negotiation on criminal law

Antonio Henrique Graciano Suxberger**

Dermeval Farias Gomes Filho***

RESUMO

O artigo versa sobre a expansão do direito penal e a consequente utilização de instrumento do direito penal negocial. A expansão do direito penal é apresentada como consequência do fenômeno da globalização, da ordem política e econômica mundial e do aumento da complexidade das relações sociais. O trabalho destaca a importante contribuição do direito internacional ao tema, especialmente, por meio de sua funcionalização, isto é, a utilização de ferramentas interpretativas e soluções normativas oriundas da internacionalização do direito. Apesar das críticas à expansão do direito penal, o fenômeno mostra-se inevitável. De igual modo, também a expansão das soluções trazidas pelo direito penal negocial, tais como a colaboração premiada e a barganha penal. Por meio de análise documental e revisão bibliográfica, com destaque aos projetos legislativos de novos códigos penal e de processo penal, a abordagem trazida pelo artigo mostra-se relevante por buscar a compatibilização desses institutos com a ordem constitucional brasileira.

Palavras-chave: Internacionalização do Direito. Política criminal. Expansão do Direito Penal. Direito Penal negocial. Colaboração premiada. Barganha.

ABSTRACT

The article assays on the criminal law expansion and therefore the use of instruments of the negotiation on criminal law. A criminal law's expansion is presented as a consequence of the globalization, the economic and political order worldwide and the complexity increase of social relations. The study focus the essential contribution of the International Law, specifically the functionalization as a phenom due to the internalization of the law in general. The functionalization refers to the use of tools and solutions derived from the international law. Despite the criticism, the criminal law's expansion is inevitable. Thus, the expansion of the negotiation on criminal law and its solutions is unavoidable, such as legal collaboration and plea bargaining. From a literature review and document analysis about the subject, this paper mentions the bills proposing a new criminal procedure code and a new criminal code in Brazil. The relevancy of this approach consists on the pursue of conformity of these inevitable projections and the Brazilian constitutional principles.

* Autores convidados

** Mestre e Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB (Centro Universitário de Brasília). Promotor de Justiça no Distrito Federal. E-mail: suxberger@gmail.com

*** Mestrando em Direito no UniCEUB (Centro Universitário de Brasília). Promotor de Justiça no Distrito Federal. E-mail: dermeval-farias@yahoo.com.br

Keywords: Internationalization of Law. Criminal policy. Criminal Law expansion. Negotiation on criminal law. Legal collaboration; plea bargain.

1. INTRODUÇÃO

A expansão do direito penal, com a tutela de novos bens jurídicos a partir da segunda metade do século XX, sempre foi um fenômeno discutido pela Política Criminal. Muitas vezes abordada sob uma perspectiva negativa, a expansão do Direito Penal é confrontada pela contribuição do Direito Penal iluminista, que se apresentaria como única conformação do poder punitivo estatal em consonância com os princípios constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

No cenário atual, os debates acadêmico e forense andam mais acirrados, menos em razão da proteção penal de bens jurídicos coletivos, mais por conta das soluções processuais negociadas inseridas no expansionismo penal, principalmente por meio da importância assumida pela colaboração premiada na legislação atual¹ e, ainda, com a iminência de aprovação dos projetos de leis que cuidam das projeções de um Direito Penal negocial barganha².

É certo que a tutela de bens jurídicos individuais como a vida, a liberdade e o patrimônio não constituem o único espaço de atuação do Direito Penal nas legislações atuais. Os bens jurídicos supraindividuais, também chamados de coletivos e difusos, como o meio ambiente, as relações de consumo, a ordem econômica e financeira passaram a constituir objeto da tutela penal.

Isso acontece em razão do rompimento das fronteiras econômicas, culturais e políticas no contexto da glo-

balização³. Some-se a isso o desenvolvimento tecnológico e industrial, que trouxe novas relações de produção, comunicação e convivência na sociedade pós-moderna. Também, o aumento da violência e o surgimento de novos riscos, com novas formas de lesão aos bens jurídicos individuais e coletivos contribuem para indicar a insuficiência, na perspectiva da Política Criminal que inspira a maioria dos Estados de Direito, das respostas cíveis e administrativas.

Por consequência, os Estados passaram a adotar políticas criminais expansivas, com a tipificação de novos delitos, na busca por segurança⁴, prestigiando a ideia de que “deve existir um direito penal com penas mais duras e violentas de modo a proporcionar segurança”⁵.

A resposta do Direito Penal pátrio, do ponto de vista normativo, igualmente decorre da chamada *funcionalização* do Direito Internacional. Esse fenômeno busca servir de ponte à construção de soluções e à oferta de ferramentas interpretativas para a consolidação de interpretações jurídicas que, devidamente contextualizadas, não se afastem por completo da consideração última de que, também, a ordem constitucional interna, notadamente em relação aos direitos e garantias, hão de guardar um mínimo de consonância com sua leitura na ordem internacional⁶.

Sob o ângulo instrumental, a expansão do Direito Penal fez surgir o desafio de gerenciar os conflitos, com o foco nas soluções mais eficientes e pragmáticas, como

1 A colaboração premiada, com essa designação e com contornos jurídicos mais detalhados, encontra-se positivada na Lei 12.850, de 2013.

2 O Projeto de Lei do Senado (PLS) 156 de 2009, já aprovado naquela Casa e encaminhado à Câmara dos Deputados, onde recebeu a autuação PL 8.045 de 2010, cuida da reforma integral do Código de Processo Penal, isto é, apresenta um novo Código para finalmente afastar o Código de Processo Penal brasileiro. Este, apesar das sucessivas alterações pontuais, data de 1941 e sabidamente não responde satisfatoriamente às demandas mais complexas da sociedade contemporânea (Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941). O artigo 283 do Projeto contempla hipótese de barganha penal. A barganha constava, também, no art. 105 do Projeto de Lei do Senado (PLS) 236 de 2012, que propunha um novo Código Penal. No entanto, a Comissão criada no Senado Federal para revisar o Projeto propôs a exclusão da barganha, em parecer de relatoria, na época, do Senador Pedro Taques.

3 Para José de Faria Costa, o fenômeno da globalização não pode explicar tudo, não pode ser a “panaceia analítica e compreensiva para tudo”, sob pena de prejudicar de vincular a pesquisa, o pensamento, a explicação de temas penais não e penais. Há espaço para “determinar zonas ou áreas onde o particular possa ter lugar como topos argumentativo e analítico” COSTA, José de Faria. O Fenômeno da Globalização e o Direito Penal Econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 34, p. 9-10, abr./jun. 2001.

4 MULAS, Nieves Sanz. El Derecho Penal ante los retos del Siglo XXI: La urgencia de un Derecho penal que haga frente a los “nuevos” problemas, pero sin olvidar los “viejos” límites. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 106, p. 5-126, abr. 2012. Disponível em: <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/haga-problemas-olvidar-viejos-limites-393459850>>. Acesso em: 8 jan. 2016. p. 5 e 126.

5 DONNA, Edgardo. El Derecho Penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.) *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008. p. 67.

6 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A funcionalização como tendência evolutiva do Direito Internacional e sua contribuição ao regime legal do banco de dados de identificação de perfil genético no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 649-665, 2015. p. 652.

a delação e a barganha, sem implicar, necessariamente⁷, o abandono da pena. Tais iniciativas, do mesmo modo, não ficaram imunes às críticas por parte de setores que enxergam essas alternativas como redutoras de valores constitucionais, ofensivas aos princípios processuais penais do contraditório e da ampla defesa.

O objetivo do presente artigo, sem um viés exclusivamente negativo, é mostrar a irreversibilidade da expansão do direito penal e a sua dependência, na busca de respostas penais, aos novos instrumentos de solução jurídica dos problemas penais, classificados como negócio processual penal ou negócio penal. O artigo buscará indicar que essa aproximação do Direito Penal negocial decorre igualmente da funcionalização do Direito Penal como projeção da internacionalização do Direito.

O direito internacional, a partir de um processo de operacionalização que arregimenta seus atores em diferentes territórios, passa a se apresentar, portanto, como consequência da construção de micros e macros processos de expansão, desde suas fontes até os seus sujeitos tradicionais⁸.

O direito penal e o direito processual penal, assim, passam a responder a influxos teóricos e dogmáticos e, também, à expansão de preceitos normativos colhidos do direito internacional, tanto de Convenções e atos normativos quanto de contribuições advindas dos ordenamentos internos de outros países. Para a compreensão do processo de expansão do direito penal e a ampliação dos instrumentos de um direito penal negocial, a chamada funcionalização do direito internacional como projeção do direito internacional contemporâneo presta-se como imprescindível ferramenta metodológica e teoria de base para críticas e aprimoramento dos instrumentos que decorrem dessa expansão penal.

Para tanto, será utilizada a técnica de revisão bibliográfica e análise documental, com exame de artigos, livros, leis, projetos de leis, julgados que cuidam dos temas relativos à expansão penal e ao negócio penal.

A expansão penal, para efeito do presente artigo, é entendida como o fenômeno detectado, principalmen-

te, no final do século XX e início do século XXI, de crescimento da tutela penal em relação a bens jurídicos que, até então, eram tratados unicamente nas searas cível e administrativa. São características da dogmática inspirada nessa política criminal: o uso abundante de tipificações abertas, com uma maior incidência de elementares normativas; o incremento da tipificação pela técnica da norma penal em branco; a ampliação do uso de tipos de perigo abstrato, com a finalidade de prevenir danos e exercitar uma tutela penal preventiva própria de uma sociedade de riscos.

Já o negócio penal, numa perspectiva ampla, compreende os instrumentos de resposta para os conflitos penais. Pode-se indicar alguns desses instrumentos: acordos despenalizadores para infrações de menor gravidade (transação penal e suspensão condicional do processo); medidas de delação ou colaboração premiada, destinadas a facilitar a produção probatória, possibilitando uma resposta mais rápida e efetiva; o uso da barganha penal, que implica a possibilidade de negociar uma pena menor, com assunção da culpa pelo fato e a evitação de todo o caminho da instrução processual.

O Direito Penal possui uma interação constante com a Política Criminal, a Criminologia e o Direito Processual Penal, sem prejuízo da contribuição de outros saberes, de modo que nem sempre é possível delimitar fronteiras no campo da interdisciplinariedade, diante dos temas que serão aqui examinados: expansão penal e negócio penal.

2. A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL COMO FENÔMENO IRREVERSÍVEL

O direito penal tem ampliado seu objeto de tutela de modo significativo ao longo do século XX e também no século atual. Mais que um fenômeno a ser criticado, faz-se necessário compreender as razões desse fenômeno e, principalmente, o modo como ele impacta na sua operacionalização.

2.1. A necessidade de expansão do direito penal diante dos novos bens jurídicos merecedores da tutela penal

No início da década de 1970, na obra que inaugura a visão moderna de política criminal condutora do direi-

⁷ Nas espécies de negócio penal conhecidas como transação penal e suspensão condicional do processo, o acordo não gera uma pena para o agente que cometeu o fato. Não há, nesses casos, condenação pena ou acordo de pena, são medidas despenalizadoras que não geram os efeitos da pena propriamente dita.

⁸ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 14-23.

to penal, Claus Roxin defendeu um modelo de direito penal guiado pelos princípios político-criminais, ou seja, “o direito penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo de vigência jurídica”⁹.

Dentre as finalidades políticas criminais, estaria a proteção dos bens jurídicos principais. Para tanto, o princípio da intervenção mínima vincularia a proteção penal somente das ofensas mais relevantes aos bens jurídicos¹⁰, desde que tais conflitos não pudessem ser solucionados satisfatoriamente fora do direito penal. Tudo isso com amparo na subsidiariedade e na fragmentariedade, respectivamente, corolários da intervenção mínima.

Todavia, o cenário que se seguiu nas décadas finais do século XX e que se apresenta nos quinze primeiros anos do século XXI denota uma expansão do direito penal que ultrapassou as barreiras da intervenção mínima, na forma cunhada pela doutrina majoritária.

Álvaro Pires explica que houve uma tentativa de mudança dessa racionalidade entre as décadas de 1960 e 1970, mas que, por razões não totalmente esclarecidas, a mentalidade punitivista foi retomada. Entre outras causas, o mencionado autor aponta a influência da mídia, a emergência discursiva de uma sociedade de vítimas, a importância dada à opinião pública, sem se referir ao fenômeno da globalização como causa da expansão penal¹¹.

É usual a explicação de que a expansão penal decorre do advento da chamada sociedade de risco¹², da globalização econômica e “da expansão em rede e em tempo real de informação automatizada”¹³, com o desenvolvimento tecnológico e industrial, ao lado de problemas de imigração, crescimento da violência (especialmente, urbana) etc.

Para Edgardo Donna, a globalização exerce um pa-

pel crucial na expansão penal, já que aumentou a frequência de convívio entre culturas diferentes.

A insegurança geral relaciona-se à insegurança individual das pessoas que, por sua vez, se relaciona ao medo do estranho, do imprevisível, do desconhecido. Alarmes, obstáculos, vigilantes; tudo serve ao mesmo fim: manter-nos apartados da figura do estranho. As pessoas criadas na cultura do alarme tendem a ser entusiastas de grandes condenações penitenciárias¹⁴.

Assim, o surgimento e o aumento da tutela penal na seara dos bens jurídicos coletivos: ordem econômica, meio ambiente, relações de consumo, atividades ligadas à computação, à manipulação genética; com a tipificação do perigo abstrato e, muitas vezes, com a tipificação do risco, uma espécie de tutela penal preventiva. O meio ambiente, as relações de consumo e a genética humana são os ramos emergentes do direito penal relacionados à proteção do futuro, na expressão de Augusto Silva Dias¹⁵.

Essa transformação em tipos penais de condutas, que outrora eram punidas somente na seara administrativa, foi rotulada como “administrativização do direito penal”. Sobre o tema, Nieves Sanz Mulas esclarece:

Este fenômeno, que globalmente se pode denominar administrativização do Direito penal, se caracteriza, pois, pela combinação de fatores como a introdução de novos objetos de proteção, da antecipação das fronteiras de proteção penal, da transição, em definitivo, dos delitos de lesão de bens individuais ao modelo de delito de perigo de bens supraindividuais. Em consequência, se trata de uma intervenção marcadamente preventiva do Direito Penal para atender as recentes demandas de segurança diante das novas fontes de risco, entendendo que aquele pode adaptar suas estruturas e regras às necessidades modernas, ainda que seja necessário reinterpretar algumas delas. Porque, certamente, tem aparecido novos riscos que provocam uma situação de insegurança superior ao esperado de forma racional, dado o risco que objetivamente existe, e o cidadão pede proteção ao direito penal¹⁶.

9 ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 82.

10 ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 41-69.

11 PIRES, Alvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, mar. 2004. p. 39.

12 Expressão que faz referência à obra do sociólogo alemão Ulrich Beck, cujo original data de 1986 Cf. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998.

13 COSTA, José de Faria. O Fenômeno da Globalização e o Direito Penal Econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 34, abr./jun. 2001. p. 12.

14 DONNA, Edgardo. El Derecho Penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.) *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*. estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008. p. 69.

15 DIAS, Augusto Silva. *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro*. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 61-63.

16 MULAS, Nieves Sanz. El Derecho Penal ante los retos del Siglo XXI: La urgencia de un Derecho penal que haga frente a los “nuevos” problemas, pero sin olvidar los “viejos” límites. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 106, p. 5-126, abr. 2012. Disponível em: <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/haga-problemas-olvidar-viejos>>

Para Sánchez, a administrativização do direito penal também está caracterizada na forma de gestão dos novos problemas penais:

O Direito Penal, que reagia a posteriori contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito penal de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está administrativizado¹⁷.

Embora se manifeste contrariamente ao expansionismo penal, Jesus-Maria da Silva Sánchez entende que o fenômeno é inevitável. Ele propõe que a pena de prisão somente deva existir para os crimes de perigo real que atingissem bens jurídicos individuais, com a inexistência de flexibilização nos critérios clássicos de imputação e de garantia. Para o penalista espanhol, os delitos de perigo presumido e de acumulação e supraindividuais, que não causem danos reais aos bens individuais, não deveriam ser punidos com pena privativa de liberdade¹⁸.

Sánchez divide em três velocidades o direito penal que se formou a partir do Estado Liberal: primeira velocidade, caracterizada pela pena de prisão, é seguida por regras rígidas de imputação, de garantias processuais e de respeito aos princípios político-criminais (direito penal nuclear); enquanto a segunda velocidade é caracterizada pela flexibilização das regras de imputação, garantias processuais e princípios político-criminais, com tutela de novos riscos sociais, ou seja, proteção principal de bens jurídicos supraindividuais, com antecipação da tutela penal com a tipificação dos crimes de perigo presumido e crimes de acumulação, com o uso de penas restritivas de direitos e pecuniárias sem possibilidade de pena de prisão. Fala-se aqui em zona periférica (Direito Penal Periférico); a terceira velocidade é representada pela pena de prisão acompanhada de relativização das garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais. Essa terceira velocidade se faz presente, atualmente, no direito penal socioeconômico, mas deveria ser reformulada para regredir à primeira ou à segunda velocidade. Convém registrar o seguinte excerto da lição do penalista espanhol:

[...] não deve sobrar espaço algum para um Direito Penal de terceira velocidade? Isso já é mais discutível, se levamos em conta a existência, para

limites-393459850>. Acesso em: 8 jan. 2016. p. 127-128.

17 SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 148.

18 SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 147.

não dizer mais, de fenômenos como a delinquência patrimonial profissional, a delinquência sexual violenta e reiterada ou fenômeno como a criminalidade organizada e o terror últimos da sociedade constituída na forma de Estado. Sem negar que a terceira velocidade do direito penal descreve um âmbito que se deveria aspirar a reduzir a mínima expressão, aqui se acolherá com reservas a opinião de que a existência de um espaço de Direito Penal de privação de liberdade com regras de imputação e processuais menos estritas que as do Direito Penal da primeira velocidade, com certeza, é, em alguns âmbitos excepcionais, e por tempo limitado, inevitável¹⁹.

Outros sustentam que o direito penal não deve ser usado para tutelar bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente, por exemplo. Nesse sentido, Hassemer defende um direito de intervenção²⁰, com a regulação das novas relações de riscos com sanções não privativas de liberdade, mas consistentes em multa, penas restritivas aplicadas por órgãos administrativos, fora da esfera judicial.

Tais propostas de afastamento da pena de prisão ou de afastamento do direito penal dos casos de ofensas aos bens jurídicos coletivos, seja com o retorno à segunda velocidade do Jesus Maria da Silva Sanchez ou com o direito de intervenção do Hassemer (uma das abordagens da Escola de Frankfurt²¹), respectivamente, não têm recebido o respaldo no campo legislativo no Brasil, na Europa ou mesmo na América do Norte.

Apesar das críticas no campo acadêmico, a expansão penal é uma realidade crescente nos parlamentos dos

19 SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 193-194.

20 Ao tratar de algumas características da Escola de Frankfurt, Luís Greco ensina que, para Hassemer, os bens jurídicos individuais possuem proteção penal legítima, enquanto os bens supraindividuais capazes de mostrar uma recondução a seres humanos individuais (teoria pessoal ou monista-pessoal do bem jurídico). Para os bens coletivos, o legislador deve agir de modo comedido, Hassemer critica a criação penal de novos bens jurídicos coletivos vagos, sem referência individual, que não possuem idoneidade de proteção penal; critica ainda a incriminação de perigos abstratos. Assim, Hassemer propõe duas saídas: um retorno ao direito penal clássico com muitas descriminalizações, por exemplo, na seara ambiental; a criação de um direito de intervenção como novo ramo entre o direito público e o direito privado, mais flexível e menos severo que o direito penal, dedicado aos bens jurídicos coletivos e aos delitos de perigo abstrato, com medidas de prevenção técnica, tornando dispensável a intervenção do direito penal. GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 16-17.

21 Sobre as demais abordagens da Escola de Frankfurt, cf. GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 15-23.

países desenvolvidos e em desenvolvimento, ou seja, “será difícil frear certa expansão do direito penal, dadas as configurações e aspirações da sociedade atual”²².

Pode-se dizer que diante dos desafios de combate à criminalidade econômica, de manutenção do meio ambiente preservado, do enfrentamento ao terrorismo, do combate à intolerância crescente com o uso de redes sociais, novos tipos penais tendem a surgir, demonstrando a irreversibilidade da expansão penal.

Em algumas situações, constata-se o exagero na criação de tipos penais no movimento expansionista²³. Todavia, a complexidade da sociedade moderna²⁴, com o surgimento real de novos riscos, com a necessidade de tutela de bens jurídicos supraindividuais relevantes, legítima, sem abrir mão dos princípios e garantias constitucionais, o uso do direito penal e torna o fenômeno irreversível.

3. A POSSIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA DA EXPANSÃO PENAL COM OS PRINCÍPIOS PENAIIS DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Constatada a expansão penal, busca-se, nesse item, compreender a possibilidade de convivência desse modelo com os princípios limitadores do direito penal de um Estado Democrático de Direito. De início, surgem duas correntes: a que nega a expansão penal, principalmente, em razão do princípio da intervenção mínima e do princípio da legalidade; e outra que sustenta a tutela penal de bens jurídicos coletivos e sua legitimação dentro do Estado Democrático de Direito, em razão da complexidade da sociedade moderna e das novas atividades de risco propiciadas pelo desenvolvimento eco-

nômico.

A oposição à tutela de bens jurídicos coletivos, ou mesmo à administrativização do direito penal, se alicerça nas seguintes premissas: exagero na tutela preventiva com a criação de tipos de perigo abstrato que ferem o princípio da intervenção mínima; a seleção de novos bens jurídicos penais, chamados de coletivos, difusos ou supraindividuais, é acompanhada do uso mais abundante, na construção típica, de elementares normativas e de excesso de delegação típica com as normas penais em branco, que dificultam a compreensão imediata da tipicidade, com violação ao princípio da legalidade.

Há, ainda, restrição de garantias na busca por maior segurança no cenário expansionista, segundo a compreensão da professora Elena Nuñez Castaño:

O direito penal, na atualidade, responde às demandas de expansão, características de uma sociedade de risco, na qual é necessária uma ampliação dos âmbitos e modos de intervenção do direito penal a fim de dar resposta aos novos riscos procedentes dos avanços tecnológicos de uma sociedade, para passar por uma intensificação do mesmo, como resposta a uma maior intervenção do direito penal nos âmbitos mais tradicionais, através de uma restrição de direitos e garantias fundamentais, em prol de uma maior segurança, contra uma delinquência que se encontra incorporada há muito tempo nos textos penais, recorrendo à criação de novos tipos, incremento desmesurado das penas, antecipação da intervenção penal e flexibilização das instituições clássicas²⁵.

Para Edgardo Donna, o crescimento da tutela penal provoca restrição de garantias processuais e penais e dilui o princípio da legalidade penal:

Em praticamente todos os países conhecidos, nos últimos anos, tem ocorrido um incremento exponencial no número de delitos, com novos tipos penais, novas leis especiais, um forte agravamento das penas e uma forte restrição às garantias materiais e processuais dos cidadãos, com uma diluição do princípio da legalidade²⁶.

22 SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 185.

23 O tipo culposo de perigo abstrato previsto no § 3.º do art. 40 da Lei de crimes ambientais (Lei n. 9.608, de 1998).

24 Em excelente estudo sobre a racionalidade penal moderna, Álvaro Pires ensina que existe uma cultura punitiva, crime e pena como um binômio necessário e obrigatório, incorporados no modo de pensar, que dificulta o surgimento de outra análise do direito penal, a qual permanece na sociedade, que pode ser demonstrada, inclusive, com os fatos a partir das Revoluções do século XVIII, a partir do Estado. Cf. PIRES, Alvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, p. 39-60, mar. 2004. Talvez essa forma enraizada na sociedade sobre a maneira de pensar o sistema penal, como vinculado à pena privativa, dificultando as soluções alternativas que impliquem o abandono da pena de prisão, dificulta a concretização de mecanismos legais contrários à expansão penal.

25 NUÑEZ CASTAÑO, Elena. Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del Estado liberal al Derecho penal del enemigo. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.) *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008. NUÑEZ CASTAÑO, Elena. Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del Estado liberal al Derecho penal del enemigo. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.) *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008. p.137-138.

26 DONNA, Edgardo. El Derecho Penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia. In: MUÑOZ

Percebe-se, de um lado, o posicionamento de parte da doutrina nacional e estrangeira sobre as dificuldades de compatibilizar a teoria do delito tradicional com o direito penal econômico, ambiental, das relações de consumo e com as demais formas de tutela penal preventiva. Sustenta-se que a administrativização do direito penal confrontaria o princípio político criminal da intervenção mínima.

Do outro lado, na defesa da tutela penal de bens jurídicos coletivos, estão, também, renomados penalistas. A título de ilustração, Schünemann, cujo pensamento ampara-se no contratualismo pós-moderno, defende a tutela penal do meio ambiente e afirma que seria irresponsabilidade negar a tutela penal nessa seara. Ele defende, ainda, os delitos de perigo abstrato diante dos desafios da sociedade moderna, com cadeias causais complexas e invisíveis. Por fim, ainda fala de cumulação do direito penal com outros ramos, afastando a ideia de substituição²⁷.

Considero a tese de que a lesão ao meio ambiente seja estruturalmente uma espécie de furto e, enquanto furto de bens elementares de todas as pessoas, uma espécie muito mais grave do que o furto dos pedaços de uma sociedade de consumo e do desperdício que se encontrem na propriedade individual, a minha mais importante tese a respeito do direito penal ambiental, com a qual fica também refutada a afirmação da Escola de Frankfurt, segundo a qual o direito penal não estaria aqui respeitando o princípio da proteção de bens jurídicos²⁸.

Do mesmo modo, sem se afastar dos valores iluministas e da necessidade de obediência à subsidiariedade do direito penal, Jorge Figueiredo Dias, inclusive, com referência ao meio ambiente, ordem econômica e outros, assevera: “não pode negar-se a existência de bens jurídicos coletivos, dignos e necessitados de tutela penal”²⁹.

CONDE, Francisco (Coord.) *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008. p. 71.

27 GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 28.

28 SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 80.

29 DIAS, Jorge Figueiredo. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 9, n. 33, p. 62, jan./mar. 2001. Na mesma linha, Augusto Silva Dias sustenta: “O Direito Penal, com as matrizes de validade e as funções que lhe conhecemos e que foram cometidas historicamente pelo iluminismo e pelo liberalismo setecentista, não pode nem deve ficar arredado desta tarefa de proteção de novos valores ou bens. De que

Um maior consenso existe no repúdio ao chamado direito penal do inimigo³⁰, que permite antecipar pena e punir sem respeito aos princípios penais e as garantias processuais, e, também, às técnicas de neutralização³¹ utilizadas, principalmente, no modelo penal dos Estados Unidos da América.

Com delimitação da discussão ao expansionismo penal na tutela de bens jurídicos coletivos e ao fenômeno da administrativização do direito penal, pode-se indagar se realmente existe a impossibilidade de compatibilizar o modelo expansionista penal, de tutela preventiva de bens jurídicos, com os princípios penais constitucionais advindos do movimento ilustrado. Existe uma ideologia minimalista nesse discurso que se distancia do princípio da proibição da tutela penal deficiente, que se distancia da real necessidade de proteção de bens jurídicos coletivos com o uso do direito penal?

modo o deve e pode fazer, isso depende de seu código operativo ou, dito de um outro modo, de sua autopoiesis”. DIAS, Augusto Silva.

Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro: ambiente, consumo e genética humana. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 69.

30 O inimigo “é o não pessoa”, é o indivíduo que não oferece expectativa cognitiva positiva sobre o seu comportamento no meio social, o qual pode ser punido sem respeito às garantias processuais constitucionais e legais. Dessa forma, Jakobs distingue o direito penal do cidadão do direito penal do inimigo e ainda afirma que não estava inovando, uma vez que jusfilósofos do passado já reconheciam estas duas classes de humanos: “Hobbes e Kant conhecem um Direito Penal do cidadão- contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio- e um Direito Penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o status de pessoa”. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 29.

31 Verifica-se a adoção de um modelo atuarial em alguns mecanismos político-criminais no modelo estadunidense. Entre elas, Sanches aponta a neutralização, na forma de incapacitação, como um dos fenômenos da administrativização do direito penal: “segregar dois anos cinco delinquentes cuja taxa previsível de delinquência é de quatro delitos por ano, gera uma economia para a sociedade de 40 delitos e lhe custam 10 anos de prisão. Em contrapartida, a esse mesmo custo de 10 anos de prisão se emprega para segregar cinco anos dois delinquentes, cuja taxa prevista de delinquência é de 20 delitos por ano, a economia social é de 200 delitos; e assim sucessivamente. De ser admitida a correção do anterior modus operandi, a selective incapacitation mostraria significativas vantagens econômicas perante a indiscriminada, ou cega, general incapacitation” SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p.170-171. Segundo o referido autor, afasta-se o estudo da psicologia do indivíduo (diagnóstico e prognóstico clínico) e recorre-se ao método de natureza atuarial, com “técnicas probabilísticas e quantitativas que no âmbito dos seguros, por exemplo, se utilizam para a gestão de riscos. [...] Prognósticos de periculosidade sobre grupos ou classes de sujeitos (low risk offenders, medium risk offenders, high risk offenders)” SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 172.

Não é crível que o paradigma penal da sociedade do final do século XVIII, de todo o século XIX e do início do século XX, presente na obra dos clássicos, especialmente em relação aos bens jurídicos merecedores da tutela penal, seja o único guia constitucional para o direito penal compatível com o Estado Democrático de Direito.

O direito penal liberal foi formatado para a tutela de bens jurídicos individuais, como a vida, o patrimônio, a liberdade. Os institutos que se tornaram conhecidos na dogmática penal liberal, sistematizada a partir do final do século XIX, ancorada no princípio da legalidade, foram: conduta, nexa causal e resultado naturalístico.

Como já informado no capítulo anterior, na sociedade de risco, a tutela da atividade econômica, do meio ambiente, das relações de consumo, se dá com a tipificação do perigo abstrato e, muitas vezes, com a tipificação do risco, com um modelo preventivo para evitar um dano irreparável ou de difícil reparação. Na dicção de Donna,

O direito penal clássico se ocupa de temas como a preservação da vida, da propriedade, da integridade física e da dignidade sexual. Já o direito penal pós-moderno se ocupa de outros campos, decorrentes da própria evolução social, que sequer eram idealizados na formulação clássica do direito penal, como a informática, a genética, a ecologia³².

É evidente que o princípio da legalidade e a vinculação à responsabilidade penal subjetiva no tocante às pessoas físicas são vetores irrenunciáveis do passado e do presente, que não impedem a tutela penal de bens jurídicos supraindividuais, a opção por uma proteção penal de bens relevantes para o convívio social, com o uso da tipificação do perigo abstrato, com o modelo de prevenção.

Isso não significa dizer que a filtragem constitucional pela jurisdição constitucional brasileira³³, quando consta-

32 DONNA, Edgardo. El Derecho Penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.) *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008. p. 67.

33 A título ilustrativo, já decidiu o Supremo Tribunal Federal o seguinte: “[...] A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de

tado um exagero do legislativo, não possa ocorrer. Ademais, as elementares normativas, a tipologia aberta e as normas penais em branco não tornam a legislação penal inconstitucional. Deve-se atentar, contudo, ao dever de restringir essas técnicas de construção típica, que caracterizam exceções às balizas da clareza e da determinação, corolários do princípio da legalidade penal. Não se olvida que no cenário do direito penal econômico e ambiental, o uso das exceções vai ser mais acentuado numa comparação com o modelo de tutela de bens jurídicos individuais, como a vida ou o patrimônio, por exemplo.

4. A INTERFACE DA EXPANSÃO PENAL COM O NEGÓCIO PENAL PROCESSUAL

Se o fenômeno de expansão do direito penal mostra-se irrefreável, faz-se necessário indicar e apreciar como essa expansão impacta na construção de soluções novas no direito processual penal contemporâneo. Além disso, convém analisar se essas inovações, especialmente a utilização de instrumentos de direito penal negocial, conflitam com as demandas oriundas do direito internacional e com as balizas constitucionais estabelecidas ao direito penal.

4.1. A dependência da expansão do direito penal aos novos instrumentos processuais de solução de conflitos na forma negociada

Além da expansão penal, a segunda metade do século XX e o início do século XXI são marcados, no cenário processual penal, pela introdução de instrumentos

decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. 3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA”.(Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 104.410, julg. 6 mar. 2012).

de justiça negocial nos modelos jurídicos penais do *civil law*, que, até então, possuíam maior incidência, desde o século XIX, nos modelos do *common law*³⁴.

Segundo Rafael Serra Oliveira, a expansão penal, fruto da política neoliberal no contexto da globalização, fracassou. Movimentos como *law e order* e a política de tolerância zero demonstraram um aparente sucesso inicial, mas depois falharam. Nesse contexto, surgiram propostas de descriminalização de condutas que não necessitam da intervenção penal, proposta de diversificação da resposta para infrações penais menos graves (desjudicialização), e busca de reintegração do ofendido no processo de solução do conflito penal. No entanto, tais propostas “não apresentam soluções para os diversos elementos que compõe a crise da justiça criminal [...] Diante dessa necessidade emerge a proposta de alterar os espaços de conflito por espaço de consenso”³⁵.

A justiça penal negociada integra o modelo de administrativização do direito penal, como uma de suas dimensões, dentro da abordagem mais ampla nominada como *gerencialismo*. Segundo Sánchez, na justiça negociada, os valores como “verdade e justiça ficam, quando muito, em segundo plano”³⁶. O modelo compreende acordos de imunidade das promotorias com certos imputados, abrangendo, também, as diversas formas de mediação³⁷.

O negócio penal processual penal pode ser conceituado, de forma ampla, como um acordo entre acusação

e defesa, com concessões mútuas de direitos penais e processuais, possibilitando uma solução antecipada para o conflito. Sem prejuízo de outras variantes que serão abordadas mais adiante, o negócio processual penal está presente tanto nas soluções despenalizadoras (transação e suspensão condicional do processo), como na colaboração, quando o investigado ou o acusado ou o sentenciado³⁸ confessa e aponta outros fatos e autores, recebendo pena menor (colaboração premiada), como na antecipação de pena, quando o investigado ou o acusado declara a sua culpa e recebe uma pena menor (Barganha), evitando, em tese, o caminho longo do processo criminal.

Nos países de *civil law*, a introdução de modelos de justiça penal negociada coincide com o período de expansão do direito penal que se inicia na segunda metade século XX. O *plea bargaining* é aplicado nos EUA desde o século XIX; a *Absprachen* surge na Alemanha em 2009 e o *Patteggiamento* é positivado na Itália em 1988.

Para Rodrigo da Silva Brandalise³⁹, as formas de consenso⁴⁰ no processo penal podem ser classificadas como *diversão e negociação* de sentença criminal. A diversão, conhecida como modelo verde de justiça, possibilita uma solução sem afirmar a culpa, resolução de conflitos processuais com a retirada de acusações, seja com o arquivamento do processo por razões de política criminal (diversão simples); com a extinção da punibilidade após

34 A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado e Transnacional (Convenção de Palermo), ratificada no Brasil por meio do Decreto n. 5.015 de 2004, prevê nas alíneas “a” e “b” do § 1.º do art. 26 a figura da colaboração premiada. Da mesma forma, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), do ano de 2003, ratificada no Brasil pelo Decreto 5.687 de 2006, estabelece, no art. 37, §§ 1.º a 3.º, a colaboração premiada como instrumento a ser utilizado no enfrentamento da criminalidade ali mencionada.

35 OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 71-76.

36 SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 90.

37 Sánchez divide o fenômeno da administrativização do Direito Penal em quatro dimensões: delitos cumulativos ou acumulativos, como pequeno tráfico ou pequena sonegação de tributo; Estado da Prevenção com aumento das infrações de dever, punição do risco, fomentado pela ideia da sociedade de risco; neutralização ou incapacitação de criminosos; mediação e negociação, uma espécie de gerencialismo, com a privatização dos conflitos (justiça doce), onde os valores como verdade e justiça ficam em segundo plano.

A quarta dimensão possui relação com o presente tópico do artigo (SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 90-91, 151-155, 165 e 170-171).

38 O § 5.º do art. 4.º da Lei n. 12.850 prevê a possibilidade de colaboração premiada após a sentença, de modo que os benefícios dirigidos ao colaborador influam na reprimenda ou no modo de cumprimento dessa pena que lhe foi imposta anteriormente.

39 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 23-29.

40 Com uma visão mais restritiva sobre o modelo de consenso no processo penal, Rafael Serra Oliveira afirma que os modelos brasileiros de transação penal e de suspensão condicional do processo, assim como os modelos portugueses de processo sumaríssimo (possibilidade de aplicar pena) e de suspensão provisória do processo, não correspondem a modelos de consenso no processo penal, uma vez que o autor do delito não é ouvido sobre o fato e sobre o conteúdo da proposta, com participação restrita à aceitação não aceitação do está sendo oferecido. Ademais, a vítima fica alheia à elaboração da proposta. OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 81-87. De forma um pouco diversa do afirmado pelo referido autor, no modelo brasileiro, nos casos de transação e de suspensão condicional do processo, vê-se que o autor do fato pode conversar e dialogar com o seu advogado para decidir se deve ou não aceitar a respectiva proposta ofertada pelo Ministério Público, cuja aceitação não implica reconhecimento de culpa, bem como a homologação judicial não significa condenação penal.

o cumprimento de certos atos pelo autor do fato, como, por exemplo, a indenização da vítima em casos de conciliação (diversão encoberta); e com, com base em lei, determinação ao acusado para cumprir certas condições (diversão com intervenção). Já a negociação da sentença penal é inspirada no modelo da *plea bargaining* do sistema dos EUA, que se espalhou com características diversas para outros países, a título de ilustração, a *Absprachen* (Alemanha) e o *Patteggiamento* (Itália).

Segundo Brandalise:

as negociações americanas de sentença criminal podem acontecer pela declaração de culpa do acusado (*guilty plea*, mote do *plea bargaining*) ou pela declaração de que não haverá a contestação da acusação (*nolo contendere*). A nota distintiva entre elas reside na consequência de que a primeira produzirá efeitos no juízo cível, enquanto que a segunda, não, porque se limita a não contestar a ação (em assumir a responsabilização mas sem realização de confissão pelos fatos). Diferenciam-se, igualmente, porque a segunda, no âmbito americano, não é aceita em todos os Estados⁴¹.

A *Absprachen* consiste em uma espécie de acordo que ocorre, geralmente, na fase judicial, entre o juiz e o acusado com o seu defensor, sem uma participação ativa do Ministério Público. A confissão não é suficiente por si só para gerar uma sentença antecipada com pena menor. O juiz tem o dever de buscar a verdade. O acordo tem a finalidade de encurtar a marcha processual, tendo o acusado direito ao conhecimento de todas as provas. O acordo depende da homologação judicial. O modelo de negociação da sentença criminal surgiu na prática judiciária, sem previsão legal, em 1970, foi introduzido na legislação em 2009. O Tribunal Constitucional alemão já decidiu sobre a constitucionalidade do acordo em mais de uma ocasião. Merece destacar a decisão de 2013 que estabeleceu, quanto ao acordo, a necessidade de busca da verdade por parte do judiciário, de somente contemplar o objeto do processo, necessidade do acordo e de seu conteúdo ser registrado em audiência, necessidade do arguido ser devidamente orientado, com possibilidade de recurso⁴².

Segundo Schünemann, o modelo estadunidense é adversarial, fundado no princípio da verdade formal,

que admite a procedência da acusação com a assunção da culpa (*guilty plea*) pelo acusado. Lá, o acordo realizado entre acusação e defesa. Enquanto no modelo alemão, não adversarial, há uma busca da verdade material. A confissão não é suficiente para gerar a condenação. O acordo é feito entre defesa e juiz, com uma possibilidade de veto pelo Ministério Público⁴³.

No modelo italiano do *patteggiamento*, as partes (acusação e defesa) estabelecem um acordo sobre a sentença e pedem ao juiz para aplicar a pena acordada. Compete ao magistrado fazer um juízo de legalidade, possuindo o poder de absolver o acusado se verificar a possibilidade diante da prova colhida. O juiz deve fazer, também, uma valoração da pena com proporcionalidade e adequação, conforme decidiu a Corte Constitucional da Itália na decisão n. 313 de 1990⁴⁴.

Merece registrar, também, o acordo sobre sentença em processo penal⁴⁵ proposto por Figueiredo Dias, com suporte em um processo penal funcionalmente orientado, que segue o princípio do favorecimento do processo, ou seja, com a existência de meios eficientes para a concretização do direito. Para concretizar o referido princípio, propõe a possibilidade, com a finalidade de buscar a verdade e simplificar o procedimento, já na fase do inquérito, do investigado conversar com o Ministério Público, confessando o fato, de modo que a futura denúncia seja elaborada conforme os fatos apurados em conjunto pelas partes, sem negociação dos termos da acusação, sem impedir a possibilidade de futura investi-

43 SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 305-307.

44 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 93-96.

45 Malgrado ter gerado aplicação inicial pelo Ministério Público português, inspirado na doutrina de Figueiredo Dias, o Supremo Tribunal de Justiça impediu a prática por falta de previsão legal. Destaca-se, da decisão, a seguinte ementa: "I - O direito processual penal português não admite os acordos negociados de sentença. II - Constitui uma prova proibida a obtenção da confissão do arguido mediante a promessa de um acordo negociado de sentença entre o Ministério Público e o mesmo arguido no qual se fixam os limites máximos da pena a aplicar" PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Penal 224/06.7GAV/ZL.C1.S1*. Sumário: I - O direito processual penal português não admite os acordos negociados de sentença. II - Constitui uma prova proibida a obtenção da confissão do arguido mediante a promessa de um acordo negociado de sentença entre o Ministério Público e o mesmo arguido no qual se fixam os limites máximos da pena a aplicar. 3. Secção. Rel. Santos Cabral. Julg. 104 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument>>. Acesso em: 3 abr. 2016.

41 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 65.

42 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 78-93.

gação judicial na busca da verdade processualmente válida, sem possibilidade de estipulação exta de uma pena concreta, porque violaria o princípio da ‘culpa’, com a possibilidade de fixar um limite mínimo de pena⁴⁶.

No Brasil, por ora, numa perspectiva ampla, são aplicados como forma de justiça penal negociada os seguintes institutos: possibilidade de querelante e querelado se reconciliarem, em audiência destinada para tal fim, conforme previsão dos arts.521 e 522 do Código de Processo Penal; conciliação com composição de danos que implica a renúncia do direito representação ou do direito de queixa, no caso dos crimes de ação pública condicionada e de ação privada, forma de mediação, prevista nos artigos 72 a 74 da Lei n. 9.099 de 1995; transação penal para crimes de menor potencial ofensivo, com pena máxima em abstrato de 2 anos; conforme art. 76 da Lei 9999/95; suspensão condicional do processo para os crimes com pena mínima em abstrato de 1 ano, conforme art. 89 da Lei n. 9.099; delação ou colaboração premiada, dependendo da lei, com natureza jurídica de causa de redução de pena até a possibilidade de extinção da punibilidade extinção da punibilidade. Há previsão da delação nas seguintes leis brasileiras: parágrafo único do art. 8º da Lei n. 8.072/1990, § 4.º do art. 159 do Código Penal (introduzido pela Lei n. 8072/90, posteriormente alterado pela Lei n. 9.269/1996), § 2.º do art. 25 da n. Lei 7.492 de 1986 (introduzido pela Lei n. 9.080 de 1995), art. 13 da Lei n. 9.807/1999, art. 41 da Lei n. 11.343/2006, § 5.º do art.1.º da Lei n. 9.613/1998, arts. 4.º a 7.º da Lei n. 12.850/2013. Somente essa última regulou o procedimento da colaboração premiada, mas isso não impossibilitada a aplicação do instituto com base nas leis anteriores.

Todos os modelos citados permitem resolver mais rapidamente o conflito penal e apresentar uma resposta ao fato. Em todos eles, há necessidade de voluntariedade do investigado ou autor do fato ou processado ou condenado, bem como de assistência técnica de um advogado.

Sob o aspecto gerencial, os modelos permitem reduzir o custo financeiro do aparato estatal de justiça criminal, antecipando fases e, portanto, diminuindo algumas atividades de persecução penal e atos processuais. Há uma economia de recursos no âmbito do Judiciário,

46 DIAS, Jorge Figueiredo. *Acordo sobre a sentença em processo penal: o fim do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011. p. 37-96.

principalmente, com diminuição de audiências, de intimações, de atos processuais e de outros serviços de cartório.

É evidente que, no modelo de justiça penal negociada, há um aumento dos atos jurídicos no âmbito do Ministério Público, uma vez que exigirá reuniões e tratativas para a formalização dos acordos, seja no modelo da Barganha ou da Delação ou Colaboração Premiada.

Diante do aumento da criminalidade das últimas décadas, denominada de expansão do direito penal, é possível observar, em alguns casos, a sua completa dependência ao modelo negocial. No EUA, por exemplo, no ano de 2013, cerca de 94% das condenações na justiça estadual e 97% na justiça federal decorreu de acordos. Em monografia publicada em 2015, Vinicius Vasconcelos ressalta que, nos Estados Unidos, até 98 de cada 100 casos são resolvidos com o uso da barganha, com ampla discricionariedade do membro do Ministério Público⁴⁷. Schünemann afirma que, em mais de 90% dos casos, verifica-se a prática do sentenciamento acelerado sem qualquer controle judicial sério⁴⁸.

Pode-se afirmar, com base nos dados que o modelo de Justiça Criminal dos EUA⁴⁹ entraria em colapso, caso fosse afastada, hoje, a solução negocial da barganha.

47 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Barganha e Justiça Criminal Negociada*. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 60.

48 SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 242.

49 O modelo norte-americano depende dos mecanismos de Justiça Negociada antes ou durante o processo. Na fase da execução da pena, aplica-se muito a chamada Política Criminal Atuarial, apesar de criticada por muitos penalistas. Segundo Maurício Stegemann Dieter, nos EUA, em razão dos altos índices de reincidência e considerando o princípio da eficiência, observa-se uma mudança político-criminal nas décadas de 70 e de 80 do século XX, nos EUA, com o início de uma nova penologia contrária à existente no Estado de Bem-estar Social. “Dada a importância desse fato histórico para a compreensão do atual estado de legitimidade da lógica atuarial no sistema de justiça criminal dos Estados Unidos- de onde se projeta para os demais países- é pertinente esclarecer a natureza do consenso sobre a necessidade de descarte da proposta de reabilitação social, profundamente relacionado com a crítica mais geral às políticas públicas do Welfare State formulada pela ideologia neoliberal e vendida como panacea para a maior parte dos problemas sociais [...] De fato, e nada obstante a sua ampla disseminação nos demais estágios do sistema de justiça criminal, o campo preferencial da lógica atuarial continua a ser a Execução Penal [...]”.VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Barganha e Justiça Criminal Negociada*. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 97-120.

Em entrevista concedida no ano de 2014, o juiz federal norte-americano Jeremy D. Fogel, após dizer que 97% dos casos criminais dos EUA são resolvidos com a *plea bargaining*, alertou: “se do dia para a noite tornasse prática ilegal, teríamos um grave problema para reajustar o Judiciário”⁵⁰.

Ao tratar do acordo penal nos EUA, Yue Ma anota que houve um incremento da tipificação penal na área federal, com novos tipos penais que, muitas vezes, colide com as leis estaduais, como se verifica na área de drogas ilícitas, sendo certo que as leis federais estabelecem penas mais graves e, por isso, a possibilidade de processo federal constitui forte ameaça aos réus. Consta que a tipificação de novos crimes sem se preocupar em prover os recursos necessários para o julgamento e punição, faz com que os promotores sejam forçados a usar a “discrição para decidir entre denunciar e oferecer clemência em troca de confissões judiciais. A negociação da pena, sem dúvida, desempenha um papel importante para preservar os limitados recursos da Justiça Penal”⁵¹.

Além da redução de custos financeiros, a delação e a barganha exercem um papel fundamental para se chegar a uma resposta penal para os crimes perpetrados por organizações criminosas, na seara do direito penal econômico, bem como para recuperar valores em caso de corrupção e lavagem de dinheiro, por exemplo. No campo das drogas, a delação é fundamental para desmontar estruturas organizadas que praticam o tráfico. Em outras palavras, na criminalidade complexa, o instituto exerce relevante papel de instrumento de efetividade da resposta penal.

A barganha poderia, no caso brasileiro, se fosse aprovada, diminuir o volume de feitos parados no judiciário referentes à criminalidade de massa, sem implicar maior encarceramento, uma vez que o acordo tende a render uma pena menor que aquela que seria concretizada na sentença após a regular instrução processual.

Para Rafael Serra Oliveira, a possibilidade de consenso visa não somente à desburocratização do sistema

penal com a alteração da forma de relacionar dos sujeitos processuais, mas deve ser vista como uma forma de orientar as reformas processuais em busca de finalidade de prevenção do direito penal. Anuncia, ainda, que o consenso no processo penal deve implicar a retomada de discussões sobre temas como descriminalização, diversão e vitimologia, hipertrofia do sistema penal, estigmatização do desviante e esquecimento do ofendido⁵².

No Brasil, o modelo negocial não é a regra. Aqui, o processo ainda segue os contornos do Código de Processo Penal, que sofreu diversas reformas nas últimas décadas, mas ainda reflete um *design* legislativo ultrapassado, burocrático e com resquícios do modelo inquisitorial. Na década atual, verifica-se a introdução nas leis de mecanismos de justiça negociada (ampliação da transação penal, conformação da delação ou colaboração premiada), bem como a existência de projetos de lei que trazem mudanças significativas de forma a incorporar a barganha, como ocorre no projeto de reforma integral do Código de Processo Penal⁵³ que tramita no Congresso Nacional.

Diante do quadro de expansão do direito penal, verifica-se uma dependência da justiça negociada, por razões diversas. Não somente a gestão financeira identifica o interesse da Política Criminal Estatal, mas, também, na dinâmica da sociedade moderna, parece não existir mais espaço para um processo penal burocrático, ineficiente e moroso, como instrumento de concretização do direito material no quadro da criminalidade complexa e organizada. Os procedimentos processuais, com a repetição de atos desnecessários, não se coadunam com a velocidade da comunicação da sociedade moderna.

Pode-se dizer que o crescimento da tipificação penal nos países desenvolvidos e em desenvolvimento forcem a incorporação de mecanismos de justiça penal negociada⁵⁴, com revisão e readequação de conceitos penais e processuais tradicionais, fazendo surgir discussões sobre a eventual colisão com os princípios penais e ga-

50 FOGEL, Jeremy D. Acordos criminais podem diminuir a morosidade da justiça brasileira. *Revista Consultor Jurídico*, nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-16/acordos-criminais-podem-ajudar-morosidade-judiciario-brasileiro>>. Acesso em: 2 abr. 2016.

51 MA, Yue. A discricionabilidade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada. *Revista do CNMP*, Brasília, n. 1, p. 198-199, 2011.

52 OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 77.

53 Artigo 283 do Projeto de Lei do Senado n. 156 de 2009, que cuida da reforma integral do Código de Processo Penal.

54 Registre-se que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, proclamada em Nova Iorque em 15 de novembro de 2000, ratificada pelo Brasil no Decreto n. 5.015 de 2004, recomenda que os Estados-partes adotem mecanismos para estimular integrantes de grupos criminosos a colaborarem com a justiça criminal.

rantias processuais explícitos e implícitos no texto da Constituição.

4.2. O uso do negócio processual como ferramenta de concretização da tutela penal no cenário expansionista sem conflitar com os limites constitucionais ao *ius puniendi*

Muitas discussões têm surgido nos últimos anos sobre a possibilidade ou não de convivência dos acordos no processo penal com os princípios penais e as garantias processuais, malgrado, conforme vistos nos itens anteriores, o modelo de justiça penal negociada, mais conhecido no modelo *common law*, ter se espalhado pelos sistemas do *civil law*.

No caso brasileiro, as críticas, atualmente⁵⁵, estão concentradas na proposta da barganha⁵⁶ (modalidade de direito premial), contida nos projetos de Código Penal e Código de Processo Penal que tramitam no Congresso

55 Não se observa, atualmente, críticas ao modelo da transação penal e da suspensão condicional do processo. Em monografia recentemente publicada, Vinicius Gomes de Vasconcelos afirma que as mesmas críticas à barganha devem ser dirigidas à composição civil dos danos, à transação penal e à suspensão condicional do processo, todavia, em razão da previsão constitucional, que determina a transação de maneira expressa, acredita que os três institutos estão consolidados no ordenamento e não deve existir novas expansões. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Barganha e Justiça Criminal Negociada*. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p.110.

56 Em pesada crítica à proposta de barganha contida no projeto do novo Código Penal que tramita no Senado (PLS 236, de 2012), Paulo Sérgio de A. Coelho Filho argumenta que “A barganha põe fim à presunção de inocência e ao contraditório — duas conquistas históricas do Direito Penal — e incentiva o sistema a conspirar contra o réu: promotores, interessados em aumentar suas taxas de condenação, querem evitar uma possível derrota no julgamento; defensores públicos, sobrecarregados de casos, buscam uma solução rápida; e juízes, diante da inflação de processos à espera de resposta do Judiciário, querem reduzir a pilha de casos sobre a mesa. Resultado: apenas os réus mais ricos, com recursos para bancar advogados, resolvem apostar suas chances no tribunal” COELHO FILHO, Paulo Sérgio A. Barganha penal, perigo iminente. *Estado de São Paulo*, 7 nov. 2012. Caderno Opinião. Disponível em: <<http://opinia.estado.com.br/noticias/geral,barganha-penal-perigo-iminente-imp-,956711>>. Acesso em: 26 mar. 2016. A crítica do autor não tem sido comprovada, de forma empírica, no conjunto de processos e investigações que recebeu a alcunha de “Operação Lava-Jato”, mencionada a seguir, onde um considerável grupo de investigados, com alto poder aquisitivo e defendido por respeitáveis bancas de advogados, optaram pela colaboração premiada em busca de melhores consequências penais para os fatos ali apurados. Importa frisar, todavia, que a colaboração premiada é instituto substancialmente diferente da barganha.

Nacional⁵⁷, bem como na colaboração premiada, principalmente, no segundo caso, em razão do recente caso denominado “Operação Lava-Jato”⁵⁸, que resultou em muitos acordos amparados principalmente nas novas disposições trazidas pela Lei n. 12.850 de 2012.

É certo que a barganha no modelo dos EUA, aqui colhido como exemplo ilustrativo, possui um fundamento histórico-cultural e se ancora no princípio da oportunidade, vigente naquele sistema. Todavia, nos países de tradição romano-germânica, como já sustentado no item 2.1 do presente artigo, os países, que já introduziram o mecanismo, adotaram-no em razão da expansão do direito penal e da busca de soluções mais eficazes e rápidas, bem como por necessidade, já que o modelo tradicional de persecução não é compatível com a expansão da criminalidade e da própria tutela penal de novos bens jurídicos⁵⁹.

Reduzindo à proposta do presente item deste artigo à de compatibilidade da barganha e da delação premiada com os princípios constitucionais penais e processuais penais postos em discussão, importa, de início, distinguir os referidos institutos. Naquela, o investigado negocia a assunção da culpa para obter uma pena menor, enquanto nesta, o investigado, ou processado, ou até mesmo o condenado, com o fim de obter uma resposta penal menos gravosa para si, colabora com o esclarecimento de fatos que redundarão, após a apuração, na obtenção de provas para identificar outros autores e, inclusive, novos crimes. Apesar de ambos os institutos possuírem conotações penais e processuais, fica evidente que a barganha é mais penal e menos processual, enquanto o inverso ocorre com a delação ou colaboração premiada⁶⁰.

57 Respectivamente, o PLS 236 de 2012 que tramita no Senado Federal e o PLS 156 de 2009, que hoje tramita na Câmara dos Deputados sob o número PL 8.045/2011.

58 Nome dado ao conjunto de investigações e processos criminais de corrupção, lavagem de dinheiro e outros crimes econômicos, envolvendo recursos desviados da Petrobrás, que redundou acordos de colaboração, denúncias, processos, condenação, com forte impacto no cenário político nacional.

59 No mesmo sentido, explicando a razão de introdução da barganha em países de tradição *civil law*, Frederico Valdez Pereira explicou que se deu por “uma necessidade de eficácia no controle à grave criminalidade, com cunho eminente de política criminal” (*Delação Premiada*, p. 39).

60 Há autores que utilizam as expressões delação premiada e colaboração premiada como sinônimos. Mas não há precisão no uso do termo na doutrina. Para Renato Brasileiro, a delação é mais ampla que a colaboração, esta é espécie daquela. Se o imputado, durante o processo, assume a culpa e fornece informações sobre a localização

Ao tratar da barganha no art. 105 do projeto de Código Penal⁶¹, Paulo Sérgio A. Coelho Filho aponta violação aos princípios do contraditório e da presunção de inocência, uma vez que promotores teriam interesse em aumentar as taxas de condenação, defensores públicos, sobrecarregados de casos, teriam interesse nos acordos com a possibilidade de solução rápida, enquanto os juízes, diante da quantidade de processos à espera de decisão, teriam interesse na possibilidade de redução do número de casos que chegariam à fase final do processo. Argumenta que somente os réus mais ricos, com recursos para o custeio de bons advogados, teriam interesse no processo⁶².

O instituto da barganha, se bem delineado, não parece veicular ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o investigado, com assistência técnica de advogado, pode ou não concordar com os termos da proposta ofertada pela acusação, ou seja, há voluntariedade e possibilidade de argumentar quanto à proposta apresentada, bem como a possibilidade de recusá-la. Ademais, considerando o texto do projeto de reforma do CPP, o modelo que se pretende adotar no Brasil guarda mais semelhança com os institutos de negociação da sentença penal incorporados em países da Europa, ou seja, com notável controle judicial na homologação dos acordos.

do produto do crime, pode-se falar em colaboração, ou seja, é tido, nesse caso, como mero colaborador. De outro modo, se além de confessar, também, delata outras pessoas, pode-se falar em delação premiada ou em chamamento do corréu. Se o acusado nega a autoria e imputa o fato a um terceiro, há apenas um testemunho. Cf. LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 526. Já Vladimir Aras aponta quatro espécies de colaboração premiada: a) delação premiada (chamamento do corréu): confessa o envolvimento no crime e ainda aponta outras pessoas. É denominado agente revelador; b) colaboração para libertação: o colaborador aponta o local onde está mantida a vítima sequestrada, facilitando sua libertação (caso do art.159 §4º do CP); colaboração para localização e recuperação de ativos: o colaborador apresenta informações para a localização do produto ou proveito do crime e de bens eventualmente submetidos a esquemas de lavagem de capitais; colaboração preventiva: colaborador apresenta informações relevantes aos órgãos da persecução penal, de forma a impedir um crime, ou interromper a continuidade ou permanência de condutas criminosas. Cf. ARAS, Vladimir. *Técnicas especiais de investigação*. In: CARLI, Carla de. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 428.

61 PLS 236 de 2012. A Comissão instituída para avaliar o Projeto, como já mencionado, manifestou-se pela exclusão do instituto da barganha.

62 COELHO FILHO, Paulo Sérgio A. Barganha penal, perigo iminente. *Estado de São Paulo*, 7 nov. 2012. Caderno Opinião. Disponível em: <<http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,barganha-penal-perigo-iminente-imp-,956711>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

Em consistente pesquisa sobre o tema da barganha, embora com uma perspectiva negativa quanto ao instituto, Vinicius Gomes de Vasconcelos aponta os aspectos negativos da delação premiada, quais sejam: atestado tácito de deficiência do Estado na persecução dos delitos com a inversão da carga probatória, que passaria do órgão acusador para o sujeito ativo da conduta; incentivo a condutas que violam o mínimo ético de atuação pública, com a possibilidade de incriminações ilegítimas apenas para obter o benefício; limitação do contraditório e da ampla defesa, em razão de declarações indevidamente sigilosas; discurso eficientista de ruptura com as premissas de um processo penal democrático⁶³.

Vinicius, também, aponta as seguintes críticas à barganha: expansão do direito penal e o empecilho ao devido processo legal com a mercantilização processual; distorção dos papéis dos autores do sistema criminal; a possibilidade de coercibilidade da proposta aos inocentes; o retrocesso ao processo penal autoritário com a primazia da confissão com obstáculos ao exercício da defesa e do contraditório; desequilíbrio na balança entre os autores processuais, com usurpação da função decisória ao acusador; o desaparecimento do processo e da defesa⁶⁴.

Os argumentos contrários ao instituto da delação e da barganha, entretanto, não suportam um exame mais acurado. A questão da inversão da carga probatória não constitui um fundamento apto a tornar o instituto inconstitucional.

Na colaboração premiada, o colaborador, de forma voluntária, concorda em apresentar a prova, negociando benefícios com o Ministério Público, titular do direito de promover a realização do *ius puniendi* em juízo (o chamado *jus perseguendi*). O Estado até poderia, em alguns casos, chegar à prova, por conta própria, dentro de um intervalo temporal maior, mas o investigado/colaborador opta por oferecer uma solução mais rápida. Em contrapartida, o colaborador, em razão do acordo, terá grandes benefícios penais.

Quanto à possibilidade de incriminações ilegítimas por parte do colaborador, no caso brasileiro, a própria

63 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Barganha e Justiça Criminal Negociada*. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 125-127.

64 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Barganha e Justiça Criminal Negociada*. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 143-145.

lei traz solução. Em primeiro lugar, o acordo de colaboração não se mostra suficiente para lastrear juízo condenatório de terceiro. Haverá, sempre, a necessidade de investigar e apurar os fatos noticiados pelo colaborador⁶⁵. Em segundo lugar, caso seja comprovada a intenção de atribuir fato falso a um terceiro com a consequente instauração de investigação, o colaborador será processado criminalmente por isso e não terá qualquer benefício.

Com relação à possibilidade de limitação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, como já destacado, não há ofensa, uma vez que o colaborador, com assistência técnica de advogado, pode ou não concordar com os termos da proposta ofertada pela acusação. É dizer: a voluntariedade é da essência do instituto. Não se pode crer que, apenas, o processo judicial formal, com o seu *iter* instrutório, seja compatível com o contraditório e a ampla defesa ou, de modo mais amplo, com a formalização da resposta penal do Estado. Registre-se que a colaboração, conforme procedimento trazido pela Lei n. 12.850 de 2013, é submetida à homologação judicial para o controle de sua legalidade e, posteriormente, será objeto de severo escrutínio judicial para a eventual concessão das benesses ali ofertadas.

A questão do sigilo, apontada pelo Vinicius Gomes Vasconcelos como redutora do contraditório e da ampla defesa, não se sustenta, uma vez que o acordo não constitui, por si só, prova. Os meios de prova trazidos pela colaboração necessariamente deverão ser submetidos ao contraditório judicial. O sigilo inicial dá-se para assegurar a eficácia da investigação em relação aos novos fatos e autores indicados pelo colaborador.

Vale registrar que a divulgação previa dos meios de prova e das informações trazidas pela colaboração deve ser combatida, dada a sua aptidão para gerar espetacularização midiática de fatos que ainda não foram verificados, com prejuízos à imagem do futuro investigado que ainda não foi submetido ao devido processo legal.

Sobre a barganha, as críticas devem ser temperadas. Algumas já foram analisadas nos parágrafos anteriores. Quanto ao risco de seguir uma expansão e mercantilização do processo penal, é certo, conforme já visto, que a expansão penal depende dos mecanismos de solução negociada, mas eles devem se conformar ao modelo constitucional de direito penal e de processo penal, sem

65 Consta no § 16 do art. 4º da Lei n. 12850 “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

a adoção de critérios puramente atuariais onde o ser humano é moldado como um mero objeto. É possível a compatibilização da proposta negociada com as garantias constitucionais.

Não se pode falar em coercibilidade da proposta, pois se exige voluntariedade e presença de defesa técnica. O exemplo estadunidense de mais de 90% dos casos solucionados com base em acordos, tanto na seara estadual quanto na federal, como se constituísse uma demonstração da coerção, não serve integralmente ao problema brasileiro. Isso porque o modelo de penas dos EUA é diferente do modelo interno. No Brasil, decerto, muitos investigados poderão optar pelo processo. Ademais, é certo que a proposta, no caso brasileiro, deverá se ancorar em indícios veementes de autoria e prova da materialidade. O modelo previsto no projeto de CPP⁶⁶ exige denúncia do Ministério Público; logo, nota-se de plano substancial diferença em face do modelo estadunidense.

Releva enfatizar que o texto, previsto na proposta de emenda constitucional que fora arquivada⁶⁷, que permitia a barganha na fase da investigação, com o acordo entre investigado e Ministério Público, submetido à futura homologação judicial com o controle de legalidade, apresentava características mais robustas e claras de negócio processual penal.

A crítica não procede com a ideia de primazia da confissão sobre o direito de defesa, uma vez que é a assunção da culpa é voluntária e precedida de diálogo com a defesa técnica para optar ou não por essa via.

Conforme leciona Brandalise:

Por fim, não se pode olvidar de que se está a tratar de um sistema processual penal acusatorial, pelo que o entendimento é uma atividade das partes, na qual não cabe a participação judicial. Compete ao juiz funcionar com um verdadeiro árbitro do equilíbrio entre elas, conferindo a regularidade de seus termos frente aos fatos; com a análise dos fatos, pode o juiz negar o acordo quando não for ele suportado pela prova⁶⁸.

Não há desequilíbrio entre os autores processuais, uma vez que o investigado (ou o processado no caso da

66 Art.283 do já mencionado Projeto de Código de Processo Penal (PLS 156 de 2009; PL 8.045 de 2011).

67 A Proposta de Emenda à Constituição n. 230, de 2000, foi arquivada em 2008.

68 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada*: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 183.

proposta contida no art.283 do projeto do novo CPP) atua com voluntariedade e sob orientação de um advogado. A aceitação do acordo revela parcela do exercício do direito de defesa, ligada ao direito de liberdade, com faculdade e não obrigatoriedade, conforme já decidiu a Corte Constitucional italiana⁶⁹.

Não desaparecem o processo e a defesa. A defesa continua existindo tanto na fase da barganha quanto em juízo, no caso da opção processual. Ressalte-se que o processo é instrumento de concretização do direito penal, submetido aos princípios constitucionais, não constitui um fim em si mesmo.

Sobre a afirmação de que o modelo negocial, na verdade, decorre de um discurso eficientista de ruptura com as premissas de um processo penal democrático, pode-se afirmar que tal afirmação constitui uma perspectiva ideológica de um garantismo com viés, apenas, negativos, mas que acaba por redundar numa negativa do postulado da proibição da tutela penal deficiente.

A introdução da barganha no modelo penal nacional e a concretização diária da colaboração premiada não correspondem à redução dos modelos penal e processual penal brasileiros ao paradigma atuarial, de gestão de riscos, eficientista, de práticas de neutralização ou outros hábitos jurídicos existentes nos EUA⁷⁰.

Em defesa da negociação de sentença criminal, Brandalise afirma que a obrigatoriedade reside na verificação da prática da infração penal, mas que a atuação na persecução é discricionária com o fim de atingir o interesse público. E, inspirado nos modelos alemão e italiano, aduz que o Ministério Público somente pode partir para a negociação se preenchidos os requisitos

exigidos para iniciar ou continuar a persecução penal, se o acordo frustrar, sendo que os Tribunais podem e devem analisar a legalidade da negociação, proibindo-se a desistência do recurso⁷¹.

Com outra perspectiva na abordagem do tema, Rafael Oliveira afirma que deve ser afastada a ideia de consenso nas reformas do processo penal com orientação exclusiva na oportunidade e na celeridade⁷². Segundo o referido autor:

Ao contrário do que sustenta parte da doutrina, a proposta de consenso não possui ligação com o princípio da oportunidade ou com o princípio da celeridade, uma vez que, por definição não faculta às partes transigirem sobre a acusação – apenas modifica a maneira de interagirem- e também não cria mecanismos voltados a acelerar o processo penal em detrimento de garantias fundamentais dos cidadãos, sendo certo que a rapidez na solução do conflito é apenas uma consequência quase sempre atrelada à adoção de um processo orientado pela relação processual⁷³.

É possível, portanto, compatibilizar os princípios penais e processuais constitucionais com os institutos da barganha e da colaboração premiada, com a necessidade de previsão em lei dos limites e contornos a atividade do Órgão acusador, do limite da homologação por parte do Poder Judiciário, da voluntariedade do investigado, da necessidade e ser assistido por advogado, de forte posição jurisprudencial das Cortes Superiores para anular eventuais excessos.

Pode-se aliar teoria ao pragmatismo sem se esconder em um mundo abstrato, sem abrir mão de valores e princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito. Há possibilidade de convivência do direito penal democrático com instrumentos modernos de combate à criminalidade do modelo negocial, seja a barganha, seja a delação, sem incorrer em uma ideológica falsa⁷⁴,

69 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 216.

70 A influência de métodos econômicos na política criminal é classificada por Schünemann como uma mudança do templo para o mercado, como tendência do direito como um todo. “[...] não me hesitarei em qualificar, como também o fez o já mencionado Tribunal Supremo da Áustria, a introdução do acordo na Alemanha como um gigantesco crime coletivo de torsão do direito [...] Testarei aqui essa hipótese, descrevendo, por meio de metáfora do templo, essa evolução de um direito que, em sua origem, tinha um fundamento religioso, e que se transforma em um direito fundado em uma mera negociação, o que expresse através da metáfora do mercado. Suspeito que o acordo represente a expansão desse novo modelo de direito ao último ramo do direito que, por assim dizer, ainda se encontra quase no templo, qual seja, o direito penal”. SCHÜNEMANN, B. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*, p. 309.

71 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 171.

72 OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 77.

73 OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 79.

74 Ensina Zizek que a “ideologia não é necessariamente falsa, quanto ao seu conteúdo positivo, ela pode ser verdadeira, muito precisa, pois o que realmente importa não é o conteúdo afirmado como tal, mas o modo como esse conteúdo se relaciona com a postura subjetiva envolvida em seu próprio processo de anunciação”. ZIZEK, Slavoj. *O espectro da ideologia*. In: ZIZEK, Slavoj (Org.).

a qual depende muito mais da visão do intérprete, uma vez que o modelo constitucional não parece rebater a negócio penal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A expansão penal, com a tutela de bens jurídicos supraindividuais, apresenta-se como fenômeno irreversível. Diante dos novos riscos oriundos do desenvolvimento tecnológico e industrial, que fez nascer novas possibilidades de agressão aos bens jurídicos individuais e coletivos, proteção estatal reduzida às searas cível e administrativa, reclama aprimoramento e sofisticação de seus instrumentos de intervenção — e nesse ponto o direito penal responde a um chamado de intervenção.

Diante do crescimento da tipificação penal na sociedade de risco, com a administrativização do direito penal, marcada pelo crescimento dos tipos penais de perigo abstrato, de maior espaço para normas penais em branco e elementares normativas, o presente trabalho confrontou as ideias contrárias e favoráveis à convivência da referida expansão, caracterizada pela tutela penal preventiva, com os princípios penais e processuais penais e, de forma mais específica, com o princípio político criminal da intervenção mínima.

O fenômeno não é exclusividade nacional. Ao contrário, decorre de toda uma inspiração colhida no plano internacional, seja na proliferação de documentos que igualmente obrigam o Brasil a observar essa tendência, seja nas soluções dogmáticas construídas por países que sempre serviram de inspiração e norte para a construção dogmática da resposta penal no plano interno.

É possível a convivência dos princípios clássicos do direito penal com a tutela penal de bens jurídicos supraindividuais, com a filtragem constitucional das leis pelo Supremo Tribunal Federal, quando constatado um exagero do legislativo. Aliás, essa convivência é justamente informada pela *funcionalização* do direito internacional, a legitimar inclusive essa inclinação do direito pátrio.

A expansão penal coincide com a introdução de mecanismo de justiça penal negociada no cenário dos países que trabalham com o paradigma do *civil law*, sob as justificativas de redução de custos com o aparato ju-

diciário estatal e de maior eficiência no combate à criminalidade organizada.

O modelo negocial penal pode e deve ser confrontado com os princípios penais e processuais penais, quais sejam: legalidade, contraditório, presunção de inocência, ampla defesa, acusatório. Os institutos próprios dessa expansão do direito penal negocial mostram-se compatíveis com os princípios constitucionais do processo penal. A conciliação, a transação, a suspensão condicional do processo, a colaboração premiada e até mesmo a barganha, se condicionadas à previsão em lei dos limites e dos contornos da atividade a ser desenvolvida pelo órgão acusatório, bem assim à homologação do Poder Judiciário com o respectivo controle da legalidade, à voluntariedade do investigado, à necessidade do patrocínio do advogado em todos os termos da persecução penal, podem integrar uma modelagem de processo penal dotada de controle de eventuais excessos e convergente com as balizas constitucionais da intervenção penal do Estado.

No ambiente da expansão do direito penal, com a tutela de novos bens jurídicos, os sistemas penais dos Estados Democráticos de Direito, caminham para modelos de consenso, nos quais o Estado abre mão de parcela do *ius puniendi* e incorpora institutos negociais no ordenamento, sob a justificativa de redução de custos com o aparato judiciário estatal e de maior eficiência no combate à criminalidade organizada.

Nos dias atuais, diante da complexidade dos sistemas de justiça estatal e do aumento da criminalidade, a justiça negocial apresenta-se como um mecanismo de socorro da política criminal estatal, que deve ser utilizada sem abrir mão dos valores penais e processuais aclamados pelo direito penal de cariz liberal. A nítida inspiração do direito internacional, de onde se podem colher êxitos e alertas quanto a eventuais desvios e excessos, há de informar a construção, a crítica e a implementação desses instrumentos do direito penal negocial no ordenamento interno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. In: CARLI, Carla de. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

Um Mapa da Ideologia. Contraponto: Rio de Janeiro, 1996. p.13.

- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada*: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 230, de 2000*. Acrescenta inciso ao art. 129 da Constituição Federal, criando o instituto da negociação da pena e inserindo-o como funções institucionais do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 3 abr. 2016.
- BRASIL. *Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 3 abr. 2016.
- BRASIL. *Lei n. 12850, de 2 de agosto de 2012*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 3 abr. 2016.
- BRASIL. *Lei n. 9605, de 12 de fevereiro de 2008*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 28 mar. 2016.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009*. Reforma do Código de Processo Penal brasileiro. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/>>. Acesso em: 28 mar. 2016.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012*. Reforma do Código Penal brasileiro. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/>>. Acesso em: 28 mar. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 104.410*, RS. Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 6 de março de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Acesso em: 28 mar. 2016.
- COELHO FILHO, Paulo Sérgio A. Barganha penal, perigo iminente. *Estado de São Paulo*, 7 nov. 2012. Caderno Opinião. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,barganha-penal-perigo-iminente-imp,-956711>>. Acesso em: 26 mar. 2016.
- COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 34, abr./jun. 2001.
- DIAS, Augusto Silva. *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro*: ambiente, consume e genética humana. Coimbra: Coimbra, 2008.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Acordo sobre a sentença em processo penal: o fim do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.
- DIAS, Jorge Figueiredo. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 9, n. 33, jan./mar. 2001.
- DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atual: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- DONNA, Edgardo. El Derecho Penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.) *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008. p. 65-84.
- FOGEL, Jeremy D. Acordos criminais podem diminuir a morosidade da justiça brasileira. *Revista Consultor Jurídico*, nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-16/acordos-criminais-podem-ajudar-morosidade-judiciario-brasileiro>>. Acesso em: 2 abr. 2016.
- GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015
- MA, Yue. A discricionariedade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada. *Revista do CNMP*, Brasília, n. 1, p.198-199, 2011.
- MULAS, Nieves Sanz. El Derecho Penal ante los retos del Siglo XXI: La urgencia de un Derecho penal que haga frente a los “nuevos” problemas, pero sin olvidar los “viejos” límites. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 106, p. 5-126, abr. 2012. Disponível em: <[SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negociado. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, 2016 p.377-396](http://libros-</p></div><div data-bbox=)

revistas-derecho.vlex.es/vid/haga-problemas-olvidar-
viejos-limites-393459850>. Acesso em: 8 jan. 2016.

NUÑEZ CASTAÑO, Elena. Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del Estado liberal al Derecho penal del enemigo. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.) *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008. p. 115-162.

OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. São Paulo: Almedina, 2015.

PIRES, Alvaro. *A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos*. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, mar. 2004.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Penal 224/06.7GAVZL.C1.S1*. Sumário: I - O direito processual penal português não admite os acordos negociados de sentença. II - Constitui uma prova proibida a obtenção da confissão do arguido mediante a promessa de um acordo negociado de sentença entre o Ministério Público e o mesmo arguido no qual se fixam os limites máximos da pena a aplicar. 3. Secção. Rel. Santos Cabral. Julg. 104 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument>>. Acesso em: 3 abr. 2016.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do*

direito penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A funcionalização como tendência evolutiva do Direito Internacional e sua contribuição ao regime legal do banco de dados de identificação de perfil genético no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 649-665, 2015.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Barganha e Justiça Criminal Negociada*. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

ZIZEK, Slavoj. O espectro da ideologia. In: ZIZEK, Slavoj (Org.). *Um Mapa da Ideologia*. Contraponto: Rio de Janeiro, 1996. p. 7-38.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Proteção Internacional do
Consumidor e Cooperação
Interjurisdicional**

**International protection
of the consumer and
interjurisdictional cooperation**

Héctor Valverde Santana

Sophia Martini Vial

Proteção Internacional do Consumidor e Cooperação Interjurisdicional*

International protection of the consumer and interjurisdictional cooperation

Héctor Valverde Santana **

Sophia Martini Vial ***

RESUMO

O presente trabalho procura analisar o fenômeno das contratações internacionais dos consumidores e a necessidade de tutela por meio da releitura das normas de conexão. São abordadas as normativas propostas pela CIDIP VII e pelo governo brasileiro na Conferência da Haia de Convenção de Cooperação em Matéria de Proteção dos Visitantes e Turistas Estrangeiros.

Palavras-chave: Consumidor. Turista. Vulnerabilidade. Proteção internacional. Cooperação.

ABSTRACT

This paper analyzes the phenomenon of international signings of consumers and the need for protection through the rereading of connection standards. Addresses the normative proposals for CIDIP VII and the Brazilian government in the Cooperation Convention of The Hague on Protection Matters Conference of Visitors and Foreign Tourists.

Keywords: Consumer. Tourist. Vulnerability. International protection. Cooperation.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) - Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 - completou vinte e cinco (25) anos, com inequívoco reconhecimento da população brasileira como uma das leis mais conhecidas e representativas da cidadania brasileira, porém a sociedade continua aguardando a tramitação legislativa para a sua necessária atualização. Os Projetos de Lei n. 281 e 283, de 2012 foram discutidos e aprovados no Senado a partir do relevante trabalho de Comissão de Juristas instituída pelo Senado. Atualmente, a atualização do Código de Defesa do Consumidor aguarda deliberação na Câmara dos Deputados. Após a tramitação legislativa acerca da atualização do Código de Defesa do Consumidor, outras normas jurídicas de natureza administrativa foram criadas no sentido de regulamentar a lei principiológica consumerista (CDC), a exemplo do Plano Nacional de Consumo e Cidada-

* Autores convidados

** Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do UniCEUB. Juiz Substituto de Segundo Grau do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

*** Mestre e Doutoranda em Direito do Consumidor pela UFRGS. Advogada.

nia (Plandec - Decreto n. 7.962/2013) e a consequente criação da Câmara Nacional das Relações de Consumo.

Constata-se que, na última década, o comércio eletrônico aumentou, significativamente, no Brasil. No ano de 2010, o faturamento do comércio eletrônico no país girava em torno de R\$ 14 bilhões¹; no entanto, no ano de 2015, o faturamento chegou a R\$ 41 bilhões.² O aumento do faturamento dá-se em razão da criação de *mercado paralelo*, com o consequente aumento da concorrência, inclusive entre as lojas físicas e virtuais de mesma marca.

Fator decisivo na internet é a possibilidade de o consumidor adquirir em mercados transfronteiriços, buscar novos mercados, preços mais adequados e maior qualidade seus produtos e serviços. A grande expressão do comércio eletrônico pode ser exemplificada com o mercado chinês, que movimentava cerca de 40% do mercado eletrônico mundial em valor correspondente a US\$ 618 bilhões.

Entretanto, o comércio eletrônico apresenta uma série de dificuldades ao consumidor que adquire produtos e serviços pela web. A dificuldade na obtenção de reparos em produtos em geral e a falta de proteção ao indivíduo que deixa de reclamar seus prejuízos pela dificuldade na interposição de um litígio internacional são riscos que se manifestam, favoravelmente, aos fornecedores.

Nesse sentido, a primeira parte do trabalho é dedicada aos aspectos gerais da proteção internacional do consumidor, inclusive com a problemática relativa às normas de conexão do Direito Internacional Privado, passando pelos principais problemas contratuais enfrentados pelos sujeitos de direito envolvidos. A segunda parte versa sobre as propostas feitas pela comunidade internacional para a proteção do consumidor.

2. ASPECTOS GERAIS DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO CONSUMIDOR

O consumo internacional comporta uma série de agentes, mas dois em específico podem ser facilmente

identificados: o consumidor que expõe todos os seus dados na internet e o fornecedor que em muitas situações deixa de fornecer informações suficientes para sua localização e identificação.

A mudança de hábitos do consumidor brasileiro é resultado de uma série de modificações nas próprias condições sociais. Segundo dados da Pesquisa Mensal de Emprego do IBGE, a média anual da renda da população ocupada do País, descontada a inflação, cresceu 33,1%, entre 2003 e 2014, passando de R\$ 1.581,31 para R\$ 2.104,16, o que significa acréscimo de R\$ 522,85.³

O acesso à internet no Brasil cresceu de forma significativa, em 2010 apenas 27% dos lares brasileiros tinham acesso à internet, mas em 2015 o percentual aumentou para 50%.⁴ O aumento da renda da população brasileira, bem como as políticas de acesso ao crédito, levaram a um cenário de virtualização do consumidor.

O 31º Relatório Webshoppers⁵, que consolidou os dados sobre o comércio eletrônico no Brasil, reservou capítulo específico para os assim chamados *cross borders*, ou consumidores ativos. Os consumidores avaliados revelaram que quarenta por cento (40%) adquiriram bens ou serviços em sites internacionais. O principal motivo para a compra transfronteiriça é o preço, conforme oitenta por cento (80%) dos consumidores entrevistados. Os dados de consumo internacional chamam atenção para o fato de que apenas vinte e cinco por cento (25%) dos consumidores, em média, sentiram-se satisfeitos com sua compra, bem como, apenas, cinquenta e cinco por cento (55%) dos *sites* visitados apresentavam as informações em português. Portanto, somente trinta e oito por cento (38%) dos consumidores brasileiros *online* adquiriram mercadorias no exterior, representando uma população, em 2014, de 19,6 milhões de pessoas, correspondendo a um faturamento de US\$ 6,6 bilhões às empresas.

3 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Renda real do trabalhador cresceu mais de 33% desde 2003. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2015/01/ibge-renda-real-do-trabalhador-cresceu-mais-de-33-desde-2003>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

4 GOMES, Helton Simões. *Pela 1ª vez, acesso à internet chega a 50% das casas no Brasil*. Rio de Janeiro: O Globo, 15 set. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/09/pela-1-vez-acesso-internet-chega-50-das-casas-no-brasil-diz-pesquisa.html>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

5 E-BIT. *Relatório Webshoppers*. Ed. 31, 2015. Disponível em: <http://www.webvendas.com.br/wp-content/uploads/2015/02/31_webshoppers.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2016.

1 E-BIT. *Relatório Webshoppers*. Ed. 23, 2010. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/GersonR/relatrio-webshoppers-23-balano-geral-de-2010>>. Acesso em 31 maio 2016.

2 E-BIT. *Relatório Webshoppers*. Ed. 32, 2015. Disponível em: <http://img.ebit.com.br/webshoppers/pdf/32_webshoppers.pdf>. Acesso em: 31 maio 2016.

É nesse cenário que a primeira parte deste trabalho tratará das dificuldades enfrentadas pelo consumidor que atravessa as fronteiras por meio da internet.

2.1. Normas de conexão no direito internacional

Um dos grandes problemas⁶ nos contratos de comércio eletrônico é estabelecer a lei aplicável. Isso se dá não somente em razão da dificuldade de se estabelecer o momento da formação do contrato, mas também da própria dificuldade de regulamentar o meio eletrônico.⁷ A territorialidade da norma e a certeza jurídica ficam prejudicadas com as características da Internet, que é propriamente a de interligar pessoas de diversas culturas e mundos. Não existe uma língua mundial, mas todas as nações e todos os cidadãos utilizam-se da rede mundial de computadores, trazendo a reflexão quanto à adoção da linguagem virtual como a linguagem mundial.

Alguns autores têm considerado que a impossibilidade de acesso ao mundo virtual e a falta de conhecimento sobre este é uma nova forma de exclusão, o que tornaria esse cidadão um novo analfabeto⁸. A necessidade que se tem de regulamentar o meio eletrônico, ainda que seja difícil, se dá, também, em razão da necessidade da não discriminação⁹. A importância de determinação

da lei aplicável para os contratos de consumo eletrônicos demonstram um aumento da vulnerabilidade do cyber-consumidor, da nova vulnerabilidade apresentada a ele.¹⁰ O aumento dessa nova vulnerabilidade (virtual) ocorre, principalmente, em razão da despersonalização da relação jurídica, da desmaterialização do meio eletrônico, da desterritorialização da contratação¹¹, fatores

afirma que el Estado debe ser neutral y no dictar normas discriminatorias em el sentido de limitar la participación de algún sujeto por el solo hecho de que no utilice un instrumento escrito. Las partes son libres de adoptar entre ellas cualquier.”

10 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

11 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor*: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade nas demais práticas comerciais - interpretação sistemática do direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 262-271. “Caracteriza as formas de aumento de vulnerabilidade por meio da Internet: a) banners (estariam vinculados com a idéia da aparência, quando alguns sites colocam logomarcas de famosas empresas dando a entender ao consumidor que com aquelas está contratando), b) metatags (é a utilização da memória dos sites na hora da pesquisa em que o consumidor utiliza-se de palavras chaves e aquele guarda, assim quando o vulnerável for pesquisar os resultados estarão vinculados às palavras-chave mais utilizadas), c) spam-spams (são e-mails indesejados em geral contendo publicidades enganosas e abusivas), d) crackers (pessoas especializadas em fraudar, furto e investigar a vida dos consumidores invadindo seus computadores), e) leilões virtuais (realizados por empresas que se utilizam banners de outras marcas passando-se por elas e enganando o consumidor que após a contratação fraudulenta não conseguirá reaver seu dinheiro), f) cyber-squatting (é hipótese em que algum site de marca famosa é violado e copiado, tornando o consumidor ainda mais vulnerável), g) cookies (são formas de captar das máquinas dos consumidores dados de hábito deles, como preferências, violando a própria intimidade do consumidor), h) newsgroups (são grupos de notícias com críticas ou elogios a produtos e serviços em que pode haver infiltração para crítica do produto da marca concorrente), i) click agreement (é a forma de aceitar a contratação na rede por apenas um click no mouse), j) despersonalização e anonimato (estas duas características para o autor evidenciaríamos a irrelevância dos estados subjetivos de quem contrata pela Internet lesando seus próprios direitos, bem como de outros consumidores – seriam as crianças, deficientes mentais ou até uma pessoa idosa), k) malware (programas que servem para executar ações danosas nos computadores), l) cavalos de tróia (espécie de malware, são programas oferecidos por crackers através de e-mails com jogos p.ex. a fim de invadir o computador do usuário), m) sywares, keyloggers, bots e rootkits (também são espécies de malware especializados em invadir os computadores e armazenar informações sobre os consumidores), n) phishing spam ou pishin scam (são formas de pesca dos consumidores para que através de e-mails ingresse em sites e forneça seus dados que servirão para posteriores fraudes), o) hoaxes (e-mails que remetem a boatos – um exemplo elucidativo são as próprias intimidades judiciais falsas), p) interceptação e adulteração de e-mails (forma de evidencia da vulnerabilidade técnica e jurídica do consumidor pois segundo o autor além de não conseguir bloquear tal prática ainda sofre com muitas vezes a impossibilidade de provar que houve a fraude), q) vulnerações psicológicas (devido às novas formas de comunicação trazidas

6 A respeito do tema, confira-se em: VIAL, Sophia Martini. Contratos de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 80, p. 237-234, dez. 2011.

7 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comercio Electrónico*. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT, 2001. p. 39. O autor afirma: “Outras posiciones, más modestas, sistienen simplemente que no es posible regular. Esta dificultad devine de que el acceso a Internet es amplio, interactivo, anónimo, a escala transnacional, protegido por La libertad de expresión, y no hay quien pueda establecer una restricción no lesiva y acerla cumplir.”

8 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 72-73. “Quem não usa o meio eletrônico é um novo excluído, um novo analfabeto-cibernético, um ‘excluído digital’, um novo tipo de discriminado da sociedade de consumo e informação, seja nos preços que lhe oferecem os bancos, seja nas possibilidades de compra, nos contatos de seu meio social, na quantidade de informações que está à sua disposição, dividindo a sociedade (*digital divide*) entre aqueles que detêm e aqueles que nunca deterão a informação (*information haves e information have-not!*) No caso das relações entre consumidor e fornecedor, este controle informacional, técnico e de linguagem está plenamente concentrado no lado do expert, do fornecedor e do organizador e do intermediário da cadeia de fornecimento por Internet. A própria autoria da mensagem, a identidade e localização do fornecedor são momentos de vulnerabilidade do consumidor.”

9 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comercio Electrónico*. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT, 2001. p. 49. “En un contexto de libertad, se

que aumentam a dificuldade da determinação da norma a ser aplicada.

Um dos principais fatores que geram dúvida no exame da lei aplicável é a falta de regulamentação específica para as novas contratações. Entende-se que o meio eletrônico é a mais pura forma de liberdade de expressão, justamente pela falta de sua regulamentação. A pluralidade de sujeitos tem sido apontada como fato positivo da utilização do meio eletrônico para contratar, o que não necessariamente está correto.

A CIDIP (Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado) e a UNCITRAL (United Nations Commission on International Law) tentaram abordar a questão da lei aplicável aos contratos internacionais e eletrônicos. A CIDIP estabeleceu que a lei aplicável seria aquela que guardasse as relações mais estreitas com o contrato, enquanto a UNCITRAL editou lei modelo de comércios eletrônicos que, mais que determinar a lei aplicável, fixou a forma como se estabeleceria o domicílio do fornecedor, além da localização das partes.¹²

A OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) preferiu, na tentativa de regulamentar o comércio eletrônico, com base em leis modelos ou normas uniformes, a adoção de *Soft Law*, deixando de lado a elaboração de um método de determinação da lei aplicável, apenas apontando a necessidade de esforços entre os governos de vários países. É interessante notar que essa recomendação da OCDE coloca a questão de lei aplicável junto com a necessidade de se encontrar formas alternativas de resolução de conflitos.¹³

A Diretiva 2000/31/CE, da União Europeia, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no

mercado interno (Directiva sobre Comércio Eletrônico), também não estabelece qual a lei aplicável, remetendo a solução da questão às normas de Direito Internacional Privado de cada Estado membro.

A dificuldade da aplicação territorial da norma tem se apresentado diversas vezes como fator impeditivo da proteção contratual adequada nas relações de consumo eletrônicas. A questão da ubiquidade da Internet e da desterritorialização, que em alguns casos pode ser entendida como desnacionalização, tem trazido enormes dificuldades para o sistema jurídico.

Anteriormente, em um sistema global não totalmente conectado, a aplicação territorial da norma era sinônimo de demonstração de estado forte, como na União Soviética, que aplicava sua norma territorial inclusive para estrangeiros em se tratando de seu estado ou de sua capacidade¹⁴.

Na sociedade em rede, ou ainda, na sociedade informacional da atualidade, a aplicação territorial da norma deixa de ter sentido. Quando aplicada, torna-se uma barreira, seja na formação das relações contratuais, seja na resolução de conflitos e na proteção de Direitos daqueles decorrentes. O conceito de *netcitizen* reforça a ideia de um consumidor que já não deixa de contratar pela barreira da fronteira nacional.¹⁵

Houve importantes esforços de organismos de Direito Internacional Privado de regular esse meio que tem em sua essência a falta de regulação¹⁶. A norma nacional é importante, porém não deve servir como barreira para proteção de Direito.

O Direito Internacional Privado e suas concepções, como a própria aplicação da territorialidade da norma, não serve mais ao Direito quando se faz necessário tutelar relações havidas na Internet, que não é dividida em estados, mas apenas em redes.¹⁷ Considera-se a neces-

pela Internet tais quais chat, blog... tem as pessoas adotado novos comportamentos. Evidencia três fatores de comportamento que são resultados de uma pesquisa realizada por YOUNG: a) suporte social, b) realização sexual e c) criação de persona)."

12 TELLINI, Denise Estrella. *Regime de direito internacional privado na responsabilidade dos provedores de internet*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006. p. 242-244.

13 ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS. *Recomendação do Conselho Relativa às Linhas Diretrizes que Regem a Proteção dos Consumidores no Contexto do Comércio Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/18/46/34023696.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2016. "Os consumidores devem dispor de um acesso eficiente a vias alternativas de resolução de litígios e de recurso, sem encargos nem custos adicionais indevidos."

14 RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 147. "A tendência atual é que esse elemento de conexão perca, paulatinamente, a relevância de outrora, pois, em virtude de crescente mobilização da população no mundo inteiro, muitas pessoas possuem duas ou mais nacionalidades."

15 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 89.

16 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Lei Modelo da Uncitral sobre Comércio Eletrônico*. 1997. Disponível em: <<http://www.lawinter.com/1uncitralawinter.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

17 DRAETTA, Ugo. *Internet et commerce électronique en droit international des affaires*. *Recueil des cours*, v. 314, p. 197, 2005. "A apli-

cidade de adequação de um modelo estatal e contratual ultrapassado pela velocidade das contratações, sendo necessária a utilização do Direito Internacional Privado para maior proteção dos contratantes.

A aplicação das normas internacionais privadas segue as normas de conexão estabelecidas, como regras relativas ao domicílio dos contratantes e ao local de constituição da obrigação, no caso brasileiro, dispostas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mas que são normas utilizadas em inúmeros Estados.¹⁸ As regras de conexão estão dispostas no art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e nos arts. 21 a 25 do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), disposições legais que regulam a aplicação territorial da norma jurídica, bem como estabelecem a aplicabilidade da lei nos casos em que uma situação jurídica está conectada a mais de um sistema legal.

O Direito Internacional Privado leva em consideração, para a eleição da lei aplicável, tanto o elemento de conexão (localização da sede jurídica: o estado e a capacidade da pessoa, além do local da constituição do ato jurídico) quanto a regra de conexão (aplicação do

direito vigente).¹⁹ A questão da falta de uniformidade²⁰ das legislações internas de cada país tende a dificultar a aplicação de normas em casos de contratações que transcendem barreiras. A definição de *domicílio*²¹, como regra padrão, não é possível, pois é elemento do direito interno deixando à soberania de cada Estado a decisão sobre a respectiva conceituação. Entretanto, o elemento conexão domicílio é utilizado pela maioria dos países da América Latina, daí a importância de seu entendimento.²²

Algumas correntes de Direito Internacional Privado vêm questionando se seria realmente interessante que se adotasse o domicílio como elemento de conexão. Essa discussão parece se encaixar perfeitamente no caso do estudo dos contratos internacionais de comércio eletrônico.

Hoje esses conflitos não ocorrem dentro de barreiras pensadas como limites entre países. A contratação e a possibilidade de contratação superaram barreiras, o que leva a pensar que o elemento de conexão domicílio talvez não seja o mais acertado. Assim, como não é possível estabelecer um tipo ideal para o conceito de domicílio, ainda que seja esse elemento de conexão em Direito Internacional Privado²³, muito menos o é para determinar o local de domicílio do fornecedor. O Direi-

cação das normas de Direito Internacional Privado (conflitos de lei e conflitos de jurisdição) para atividades realizadas através da Internet em geral, e do comércio eletrônico em particular, não segue regras diferentes daquelas já examinadas sobre o direito material. Portanto, é necessário rejeitar a opinião daqueles que, com base na natureza imaterial e, principalmente, deslocada da Internet, que é dividida em redes e sites mais do que por Estados, consideram que não se podem aplicar as regras tradicionais do direito internacional privado. A opinião está fundamentada na observação que, uma vez que estas regras tradicionais do direito internacional privado, visam, sobretudo, estabelecer uma relação jurídica em uma ordem bem definida, elas poderia não funcionar adequadamente senão em um mundo dividido em ordens jurídicas ao estado de natureza territorial.”

18 RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 146. “Os elementos de conexão, como parte da norma indicativa ou indireta do direito internacional privado, com a ajuda da qual é possível determinar o direito aplicável, diferenciam-se conforme o direito internacional privado de cada Estado. Todavia, o direito comparado denuncia que determinados elementos de conexão são idênticos ou similares entre si em um grande número de estados.”

19 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 298. “Várias teorias foram criadas para fundamentar o processo conectivo das diversas regras estabelecidas pelos legisladores. Dentre elas se destaca a denominada “centro de gravidade” de uma relação jurídica, que representa o local com o qual ela está mais intimamente ligada. Outra teoria, encontrada no Restatement Second – a consolidação norte-americana das regras de conflict of laws – reflete a mesma ideia com a expressão “o mais significativo relacionamento” (the most significant relationship), teorias estas que adquiriram características genéricas de princípios, mais amplos e mais flexíveis do que as regras de conexão estabelecidas nos códigos e nas leis de direito internacional privado, dando mais liberdade de escolha ao aplicador da lei.”

20 CASTRO, Amílcar. *Direito internacional privado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 167. “[...] não há harmonia jurídica em torno da noção de domicílio internacional, nem sobre as condições de sua aquisição ou perda.”

21 BRASIL. Código Civil, art. 70: “O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”; ITÁLIA. Codice Civile, art. 43: “*Il domicilio di una persona è nel luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi*”.

22 RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 149. “Note-se que na América Latina, vários tratados internacionais definem o domicílio no âmbito do direito internacional privado.”

23 MIRAGEM, Bruno. O conceito de domicílio e sua repercussão nas relações jurídicas eletrônicas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Ano 5, jul./set. 2004.

to brasileiro tem, em seu art. 75, IV e § 1.º, do Código Civil, norma específica sobre o domicílio das pessoas jurídicas.

Note-se que o Código Civil brasileiro, ao estabelecer o domicílio das pessoas jurídicas como sendo o local onde o elegerem em seu estatuto, possibilitou uma eleição livre. Porém, o art. 75, § 1.º, do Código Civil, vem limitando essa eleição e estabelecendo que seja domicílio da pessoa jurídica cada lugar de cada estabelecimento onde o fornecedor praticar atos.

A interpretação das regras do Código Civil, em conjunto com as regras do Código de Defesa do Consumidor (art. 101, I, do CDC)²⁴, possibilita que o domicílio do fornecedor seja desconsiderado quando houver necessidade de proteção da parte vulnerável (consumidor). Há que se observar que, normalmente, em relação ao Direito Internacional Privado, se aplica às pessoas jurídicas a *lex societatis*, que podem ser vistas tanto pela Teoria da Incorporação quanto da Sede Social. Pela primeira, a lei aplicável seria aquela do local onde a pessoa jurídica se constituiu; a teoria da sede social corresponde a que o Direito aplicável é o do lugar da sede efetiva da pessoa jurídica, ou seja, da administração da pessoa jurídica. Por fim, há a teoria da sobreposição, utilizada pelo Direito brasileiro, em que as normas de ordem pú-

blica de cada Estado determinarão a legislação aplicável às pessoas jurídicas.

Para todos os efeitos, ainda que não se possa estabelecer de forma padrão qual o domicílio do fornecedor, sabe-se que no Direito brasileiro vem sendo desconsiderado para aplicação de normas de proteção ao consumidor. Em alguns países, não há normas como o Código de Defesa do Consumidor, deixando a critério do fornecedor o estabelecimento de seu domicílio e ainda a escolha do foro para resolução de conflitos, sendo um ponto negativo para utilização da lei do domicílio como norma de conexão aplicável aos contratos eletrônicos.

O domicílio do consumidor, no Direito brasileiro, é exatamente o domicílio estabelecido pelo art. 70 do Código Civil, ou seja, o local onde este tiver ânimo de permanência definitivo. O art. 101, I, do Código de Defesa do Consumidor, possibilita que esse seja o lugar de solução de conflitos como forma de proteção.

A eleição de foro diverso, por intermédio de cláusula contratual daquele do domicílio do consumidor aumenta, significativamente, a dificuldade do acesso à justiça, tomado como direito básico do consumidor, nos termos do art. 6.º, VII, do CDC, caracterizando-se como cláusula contratual nula de pleno Direito, em conformidade com o art. 51, IV, do CDC.

A OCDE, em recomendação do Conselho relativa às linhas diretrizes que regem a proteção dos consumidores no contexto do comércio eletrônico²⁵, reforça a

24 BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 30-32. “Em seu curso de Haia, de 1995, o mestre de Heidelberg, Erik Jayme, ensinava que, diante do pluralismo pós-moderno de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurge a necessidade de coordenação entre as leis do mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo. Efetivamente cada vez mais se legisla, nacional e internacionalmente, sobre temas convergentes. A pluralidade de leis é o primeiro desafio do aplicador da lei contemporâneo. A expressão usada comumente era “conflito de leis no tempo”, a significar que haveria uma “colisão” ou conflito entre os campos de aplicação destas leis. Assim, por exemplo, uma lei anterior, como o Código de Defesa do Consumidor de 1990, e uma lei posterior, como o Código Civil brasileiro de 2002, estariam em “conflito”, daí a necessária “solução do conflito” através da prevalência de uma lei sobre a outra e a consequente exclusão da outra do sistema (ab-rogação, derrogação e revogação). [...] O grande mestre de Heidelberg propõe então a convivência de uma segunda solução ao lado da tradicional: a coordenação destas fontes. Propõe uma coordenação flexível e útil (effet utile) das normas em conflito no sistema, a fim de restabelecer a sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas de conflito no sistema jurídico (ou do “monólogo” de uma só norma possível a “comunicar” a solução justa) à convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar sua ratio à finalidade “narrada” ou “comunicada” em ambas. Na belíssima expressão de Erik Jayme, é o atual e necessário “diálogo das fontes” (dialogue dès sources).”

25 ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO ECONÓMICOS. *Recomendação do Conselho Relativa às Linhas Diretrizes que Regem a Proteção dos Consumidores no Contexto do Comércio Eletrónico*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/18/46/34023696.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2016. Resolução do conselho da OCDE: “VI. RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS E RECURSO A. LEI APLICÁVEL E COMPETÊNCIA JURISDICIONAL: As transacções transfronteiriças entre empresas e consumidores, quer sejam efectuadas por via electrónica ou outra, estão sujeitas ao quadro existente em matéria de lei aplicável e de competência jurisdicional. O comércio electrónico impõe inúmeros desafios ao actual quadro legal. Por conseguinte, torna-se necessário avaliar se o quadro actual que rege a lei aplicável e a competência jurisdicional deve ou não ser modificado, ou aplicado de forma diferente, para assegurar uma protecção efectiva e transparente dos consumidores no contexto do contínuo crescimento do comércio electrónico. Ao considerar se o quadro existente deve ou não ser modificado, os governos deverão envidar os seus esforços no sentido de assegurar que o quadro seja equitativo para os consumidores e para as empresas, facilite o comércio electrónico e resulte em garantir que os consumidores tenham um nível de protecção pelo menos equivalente ao nível proporcionado por outras formas de comércio, e que forneça ainda aos consumidores um acesso eficiente

necessidade de que haja tutela para possibilitar o fácil acesso à justiça para o consumidor. Pode-se verificar a falta de previsibilidade em alguns ordenamentos jurídicos de regras relativas à escolha da lei do foro de discussão da causa, prevalecendo o foro do domicílio do fornecedor, em manifesto prejuízo ao consumidor. Outro elemento de conexão²⁶ é do local de constituição da obrigação, que pode ser visto em duas ocasiões durante a celebração: a primeira corresponde ao lugar da celebração do contrato e a segunda se refere ao lugar de ocorrência de dano derivado do contrato. Esse elemento de conexão não estaria tão claro como em algumas outras relações jurídicas, como no caso das relações de família em que o elemento de conexão é claramente aquele do domicílio.²⁷ Historicamente, várias foram as propostas para determinação dos elementos de conexão e de lei aplicável.

Em um primeiro momento histórico, séculos XII e XIII, entendia-se a conexão pela territorialidade e o local de conclusão da obrigação. Posteriormente, surgiu a ideia de *lex loci solutionis*; outros autores enfatizaram o elemento territorial, principalmente do devedor. Registra-se, ainda, posicionamento adotado por muitos países, principalmente em momento posterior à Convenção de Roma de 1980, da lei da autonomia da vontade, o que não ocorreu no direito brasileiro, ainda que não tenha excluído tal ideia, que subordina à sua admissão no país em que a obrigação for constituída.

Na legislação brasileira, o elemento de conexão para

a vias de resolução de litígios justas e rápidas, sem encargos nem custos adicionais indevidos.”

26 VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas e Bastos, 1980. “Além dos importantes elementos de conexão, antes estudados: território, nacionalidade, domicílio e autonomia da vontade, outros existem já apontados (Cap. XXII). Destacaremos, agora, alguns mais relevantes, ficando os outros para estudos na parte especial, nos casos particulares em que aparecerem como elemento solucionador dos conflitos espaciais de lei no tempo. Começando pelos elementos territoriais ou reais (Cap. XXIII, número 2), vejamos o lugar do contrato, pois já estudamos, acerca do território, a situação da coisa e o lugar do ato ou fato (Cap. XXIII, n.º 5).”

27 STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 631. “Ao contrário das relações de família, cujo elemento de conexão é singelamente determinado pelo princípio do estatuto pessoal (lei nacional ou domiciliar), ou, então, nos direitos reais, a lei do lugar da situação, não ocorre o mesmo com a individualização, mais apropriada para regular os contratos. A essência de um contrato, como diz Edoardo Vitta, consiste, de fato, no surgimento de um vínculo obrigatório entre as partes, e isso, por si só, não apresenta características tais que permitam agilmente determinar a conexão a uma ou outra lei.”

o Direito das Obrigações está no art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que adota como norma genérica *lex locus regit actum*. A *lex loci celebrationis* nada mais é do que um elemento de conexão territorial que observa o local de constituição da obrigação.²⁸ Haveria uma conexão, não somente por intermédio da lei do foro em que o contrato foi celebrado, mas também se observaria a legislação interna sobre a formação do contrato, entre ausentes e presentes. Entende-se como norma de conexão aquela que visa à aplicação da lei do local onde a obrigação se constitui (*locus regit actum*).

A determinação do local da celebração não é a mesma de um contrato *comum*. Há quem defenda que a relação contratual passe para uma arena virtual em sua totalidade, em que o território e as pessoas são virtuais. Há inúmeras formas de determinar o local de celebração. A primeira forma seria a partir da autonomia da vontade, deixando às partes a possibilidade da eleição da lei aplicável. Uma segunda corrente possibilitaria que a lei aplicável fosse aquela do local do estabelecimento principal do fornecedor (art. 15 da Lei Modelo Uncitral e art. 19 da Diretiva 2000/31/UE). Nenhuma dessas correntes tem sido aceita para determinar uma proteção efetiva ao consumidor, assim que a maior parte da doutrina tem admitido como local de celebração o domicílio do consumidor, levando a utilização da lei do país do consumidor.²⁹

A *lex loci delicti commissi* pode ser definida como “outro elemento de conexão tradicional do direito internacional privado [...], aplicando-se às obrigações extracatuais que induzem à responsabilidade civil pela prática de atos ilícitos”³⁰. A regra de conexão estabelece um duplo foro de resolução: o foro onde o dano foi causado e o foro onde o dano foi efetivado. O lugar em que o delito tenha sido cometido é facilmente manipulado, podendo o agente valer-se disso para que a lei mais branda lhe fosse aplicada. Por outro lado, havendo uma duplicidade de foros, surge a dúvida de qual seria a lei aplicável. Conclui-se ser possível a escolha entre a lei do lugar da ação do agente e a lei do local do ato lesivo, de

28 LIMA, Eduardo Weiss Martins de. *Proteção do Consumidor Brasileiro no Comércio Eletrônico Internacional*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 103. “Onde obrigações é o objeto de conexão e o elemento de conexão é territorial, *lex loci celebrationis* ou o lugar onde foi firmado o contrato, constituída a obrigação.”

29 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 199

30 RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 153.

modo que a vítima escolha entre qual das duas lhe seja mais favorável³¹. Essa regra de conexão vem sendo utilizada, não muito nas relações de consumo, mas sim nos casos de infração à propriedade intelectual. Elementos interessantes são trazidos ao debate e podem ser interpretados da mesma forma para aquele fornecedor que quer se prevalecer da invisibilidade proporcionada pela Internet.³² As regras de conexão não refletem mais a realidade da conjuntura internacional, sendo necessária a releitura das próprias regras de conexão³³. A doutrina majoritária ensina que a preferência americana pela *lex fori* é uma “solução simplista [...] não oportuna ou suficiente nos dias de hoje”³⁴, porquanto ofereça uma série de respostas diferente a cada caso de acordo com a legislação interna.

Entretanto, as discussões acerca da autonomia da vontade como método de conexão levam à conclusão pela doutrina pós-moderna do consumo internacional que a lei mais favorável deva ser aplicada ao consumidor pela sua condição de vulnerabilidade. O projeto de atualização do Código de Defesa do Consumidor em matéria de Comércio Eletrônico oferece novas soluções para o direito interno. O PLS 281 de 2012 altera de forma sensível a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Portanto, quando aprovado pelo Congresso Nacional, o art. 9º-A será inserido na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro possibilitando autonomia

de vontade entre as partes e a escolha da lei aplicável, impondo-se a *lex loci celebrationis* em caso de invalidade na escolha (art. 9-A, §1º, §2º e §3º). O art. 9º-B regulamentará o contrato internacional de consumo, considerado como aquele “realizado entre um consumidor pessoa natural e um fornecedor de produtos e serviços cujo estabelecimento esteja situado em país distinto daquele de domicílio do consumidor”, impondo-se à *lex loci celebrationis*, ou em caso de execução no Brasil, a lei nacional mais favorável ao consumidor.

2.2. Desafios enfrentados pelos consumidores internacionais

O Direito do Consumidor tem sido encarado no direito brasileiro e no direito europeu como tema central de proteção ao cidadão. O desenvolvimento do conceito de consumidor aliado àquele de cidadão tem levado a uma proteção cada vez mais voltada ao entendimento do direito privado solidário e fraterno. Os problemas a serem enfrentados pelo Direito do Consumidor são proporcionais ao crescimento das novas tecnologias e novas formas de inclusão social, neste sentido, são exemplos da problemática os produtos e serviços defeituosos, a informação deficiente, a publicidade enganosa e abusiva, as formas agressivas de cobrança de dívidas, o superendividamento, os métodos de oferta informatizados, além de outros.

A proteção da sociedade consumidora, com vistas aos princípios constitucionais, demonstra uma releitura dos direitos privados, em atenção ao *pluralismo*³⁵, princípio previsto no art. 1º, V, da Constituição Federal. Vive-se hoje, na pós-modernidade, em uma sociedade com barreiras fronteiriças não tão claras³⁶, cuja socieda-

31 FURTADO, Roberto Wilson. *Dano transnacional e internet: direito aplicável e competência internacional*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 240.

32 CARAVACA, Alfonso Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carascosa. *Conflictos de Leyes y Conflictos de Jurisdicción en Internet*. Madrid: Colex, 2001. p. 110.

33 MARQUES, Claudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de direito internacional privado - da necessidade de uma convenção interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 788, p. 11-56, jun. 2001. “[...] as conexões hoje existentes para regular o comércio internacional têm como base o equilíbrio estrutural de forças ou de interesses profissionais entre os agentes (ambos profissionais) envolvidos, sugerindo como conexões a autonomia da vontade (escolha da lei que regerá o contrato pelas partes, durante ou após), o local da execução (geralmente o local de execução da prestação característica, sempre prestada pelo profissional em caso de contrato de consumo internacional), ou o local de conclusão do contrato (conectando o contrato com a ordem jurídica do país do ofertante, em contratos a distância, sempre também o ofertante). Esse equilíbrio estrutural inexistente nos contratos internacionais concluídos com consumidores leigos”.

34 MARQUES, Claudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de direito internacional privado - da necessidade de uma convenção interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 788, p. 11-56, jun. 2001.

35 “O pluralismo, a pluralidade de métodos, de fontes, de sentimentos e de agentes econômicos caracteriza e desafia o direito privado brasileiro atual. É o desafio proposto pelo aparecimento de novos sujeitos de direitos, que levam à distinção do campo de aplicação de uma norma subjetivamente, em vista do agente econômico envolvido (civil, empresário ou consumidor). E as dificuldades que esta visão prepara nas redes de relações conexas, de consumo, civis e “empresariais”, que estão a surgir no direito atual, mais despersonalizado, mais desmaterializado e mais desterritorializado da economia pós-industrial de nossos dias.” Neste sentido veja MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 108.

36 “La nuova esperienza è riassumibile al meglio nella seguente tesi: lo spazio globale há assunto il carattere di una terra di frontiera. In una terra di frontiera agilità e scaltrezza contano più di una batteria di cannoni. Nelle terre di frontiera, recinti e staccionate annunciano intenzioni più che contrassegnare realtà. In una terra di

de é manifestamente plural e diversificada culturalmente. Os elementos pós-modernos como a Narração³⁷, o Pluralismo,³⁸ a Comunicação,³⁹ bem como o retorno dos sentimentos,⁴⁰ são levados em conta no direito privado tendo como elemento guia os direitos humanos.

A sociedade, cada vez mais plural, não pode mais eliminar resposta sem o respeito às ideias e sem delas extrair o que possa ser útil (*effet utile*), nesste sentido, serve, plenamente, o diálogo das fontes⁴¹ como método,

frontiera, i tentativi di dare ai conflitti una dimensione territoriale, di ancorare al suolo le divisioni, raramente sortiscono risultati”. BAUMAN, Zygmunt. *La società sotto assedio*. Bari: Laterza, 2005. p. 85.

37 MARQUES, Claudia Lima. *O novo direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23. “A narração é consequência deste impulso de comunicação, de informação que invade a filosofia do direito e as próprias normas legais”.

38 “Pluralismo de fontes legislativas a regular o fato, pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, pluralidade de agentes ativos, em relações extremamente despersonalizadas, múltiplas, multifacetadas”. MARQUES, Claudia Lima. *O novo direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23.

39 “[...] a comunicação é um valor máximo da pós-modernidade, associado à valorização extrema do tempo, do direito como instrumento de comunicação, de informação, como valorização do passar do tempo nas relações humanas, valorização do eterno e do transitório, do congelar momentos e ações para garantir a proteção dos mais fracos e dos grupos que a lei quer privilegiar”. MARQUES, Claudia Lima. *O novo direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23.

40 MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de. *O novo direito internacional: estudos em homenagem à Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

41 Neste sentido: MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: Do ‘diálogo das fontes’ no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 45, p. 71-99, 2003. “Em minha visão atual, três são os tipos de “diálogo” possíveis entre estas duas importantíssimas leis da vida privada: 1) na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra (diálogo sistemático de coerência), especialmente se uma lei é geral e a outra especial; se uma é a lei central do sistema e a outra um micro-sistema específico, não-completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade. Assim, por exemplo, o que é nulidade, o que é pessoa jurídica, o que é prova, decadência, prescrição e assim por diante, se conceitos não definidos no micro-sistema (como vêm definidos consumidor, fornecedor, serviço e produto nos arts. 2.º, 17, 29 e 3.º do CDC), terão sua definição atualizada pela entrada em vigor do Novo Código Civil de 2002; 2) na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto (diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais), a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente. Assim, por exemplo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei. Subsidiariamente o sistema geral de responsabilidade civil sem culpa ou o sistema geral de decadência podem ser usados para regular aspectos de casos de consumo, se trazem nor-

como caminho a comunicar a solução justa sob a luz da Constituição e de seu sistema de valores e dos direitos humanos como um todo⁴². Entender a necessidade de proteger o mais fraco é obedecer ao *Leitmotive* deste desse novo direito privado, “é um fim do direito atual”⁴³. A atitude dos direitos humanos de influenciar a fisionomia das normas de direito privado e as dinâmicas que guardam relação com a sua aplicação constituem, portanto, um dado incontrovertido⁴⁴.

Antes de avançar no tema, é conveniente estabelecer quais sejam, no horizonte dos direitos humanos, os valores postos em jogo na situação da vulnerabilidade que se quer tratar. Deve-se partir do pressuposto de que o conceito de fraternidade deve estar sempre presente, pois a ideia de reviver este esse pressuposto iluminista é *ver o outro como um outro eu*⁴⁵.

A ideia de utilizar a metateoria do direito fraterno e seus pressupostos é buscar um meio de compreender

mas mais favoráveis ao consumidor. Este “diálogo” é exatamente contraposto, ou no sentido contrário da revogação ou abrogação clássicas, em que uma lei era “superada” e “retirada” do sistema pela outra. Agora há escolha (pelo legislador, veja os arts. 777, 277, 21, 28 e 73229 da Lei 10.406 de 2002, ou pelo juiz no caso concreto do favor debilis do art. 7.º do CDC) daquela que vai “complementar” a ratio da outra (veja também o art. 72930da Lei 10.406 de 2002 sobre aplicação conjunta das leis comerciais); 3) há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (assim, por exemplo, as definições de consumidor stricto sensu e de consumidor equiparado podem sofrer influências finalísticas do novo Código Civil, uma vez que esta lei nova vem justamente para regular as relações entre iguais, dois iguais-consumidores ou dois iguais-fornecedores entre si, no caso de dois fornecedores tratam-se de relações empresariais típicas, em que o destinatário final fático da coisa ou do fazer comercial é um outro empresário ou comerciante), ou como no caso da possível transposição das conquistas do Richterrecht (Direito dos Juízes) alcançadas em uma lei para a outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de double sens (diálogo de coordenação e adaptação sistemática).”

42 Veja neste sentido MARQUES, Claudia Lima. *O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito*. In: DIÁLOGO das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 29.

43 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 111.

44 Confira-se em: JAYME, Erik. *Intentionnalité culturelle et intégration: le droit privé postmoderne*. *Recueil des Cours*, v. 2, 1995. KINSCH, Patrik. *Droits de l’homme, droits fondamentaux et droit international Privé*. *Recueil des cours*, v. 318, p. 9 ss, 2005. CARELLA, G. *Diritti umani, conflitti di legge e conflitti di civilizzazione*. Bari, 2011. A. DAVÌ. *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*. Napoli, 2012. p. 209.

45 Confira-se VIAL, Sophia Martini. *Direito fraterno na sociedade cosmopolita*. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, São Paulo, v. 46, p. 10-30, 2006.

a dificuldade do outro como se fosse uma dificuldade sua.⁴⁶ O direito na pós-modernidade, na sociedade atual hipercomplexa⁴⁷, busca uma reconceituação do que possa ser igualdade a partir da ideia de proteção à dignidade da pessoa humana. Bruno Miragem ensina que como finalidade das normas do CDC tem-se que “toda e qualquer situação de fato em que se reconheça o desequilíbrio entre os consumidores e os fornecedores, na relação de consumo ou até mesmo fora dela, como – por exemplo – através por meio do conceito de consumidor equiparado”⁴⁸, pensa-se na vulnerabilidade como *princípio orientador do CDC*⁴⁹ e a existência de uma cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, a fim de garantir nos casos em concreto os direitos da personalidade⁵⁰.

A doutrina clássica de direito do consumidor divide a vulnerabilidade em três espécies: a técnica, a jurídica e a fática⁵¹. A vulnerabilidade informacional representa um fenômeno da sociedade na atualidade, que se caracteriza pelo surgimento de blocos econômicos e pela globalização, além da acessibilidade, rapidez e fluidez do acesso à informação. Não se pode deixar de mencionar; entretanto, que a vulnerabilidade fática, mais abrangente, é reconhecida no caso em concreto. É espécie importante, pois, além de ser uma ideia/conceito genérica de vulnerabilidade, é aqui que se estabelecem casos de dupla vulnerabilidade como no caso do consumidor idoso e criança.

Os problemas enfrentados pelo consumidor *cross border* representam também um agravamento em sua

vulnerabilidade. O agravamento da vulnerabilidade dá-se em razão da falta de continuidade no consumo internacional, nos contratos turísticos a difícil reexecução ou mesmo a impossibilidade de reexecução de um serviço, a barreira linguística, as diferenças nas legislações internas e, por fim, o reconhecimento e a execução das decisões judiciais⁵². De fato, a preocupação do consumidor com a segurança e a qualidade dos produtos, representada pelo índice irrisório de satisfação de vinte e cinco por cento (25%), conforme o Relatório Webshopper retro mencionado, é fator de diminuição da confiança daquele que busca um produto *online*.

Essa relação despersonalizada e em silêncio, ao longo do aperfeiçoamento realizado pelo mercado eletrônico, tem sido fator decisivo para o agravamento da vulnerabilidade deste desse *cyberconsumidor*. Entre o consumidor que se entrega cegamente ao mercado, dispondo de forma pouco informada sobre a utilização de seus dados pessoais, e o fornecedor, existem dois fatores limitantes da relação: a distância e a confiança. A distância não é apenas física, mas é representada pela falta de informação dada ao consumidor sobre a origem do fornecedor e suas características.

Nas contratações eletrônicas, é imprescindível que a confiança do consumidor seja reforçada. Neste sentido, não há como prosseguir sem tomar como pressuposto o que traz Cláudia Lima Marques: “*eEm outras palavras, o direito encontra legitimidade justamente no proteger das expectativas legítimas e de confiança (Vertrauen) dos indivíduos!*”⁵³. Pode-se enumerar como um dos motivos da quebra de confiança do consumidor a dificuldade em encontrar contratos materializados, porquanto eles não existam na maioria dos casos.

Cite-se o Decreto do Comércio Eletrônico (Decreto 7.962/2013) que determinou a obrigatoriedade, em seu art. 4º, IV (correspondente ao art. 45-D do PLS 281/2012), de apresentar ao consumidor um sumário

46 RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma: Laterza, 2005.

47 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 33, p. 123-129, jan./mar. 2000.

48 MIRAGEM, Bruno. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 49, p. 53, jan./mar. de 2004.

49 NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas Essenciais do Direito do Consumidor*. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 431-461.

50 BOLSON, Simone. Direitos da personalidade do consumidor e a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, p. 391, abr. 2011.

51 Paulo Valério Dal Pai Moraes escreve que haveria, além dos três conceitos clássicos, outras espécies de vulnerabilidade: política ou legislativa, neuropsicológica, econômica e social, ambiental e tributária. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade nas demais práticas comerciais - interpretação sistemática do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 141-191.

52 Neste sentido: “Resta analisar a vulnerabilidade informacional, que é a vulnerabilidade básica do consumidor, intrínseca e característica deste papel na sociedade. Hoje merece ela uma menção especial, pois na sociedade atual são de grande importância a aparência, a confiança, a comunicação e a informação. Nosso mundo de consumo é cada vez mais visual, rápido e de risco, daí a importância da confiança.” BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 76-77.

53 MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 31.

da contratação, bem como os termos do contrato. Entretanto, a prática daquele que compra *online* tem demonstrado que não há apresentação deste desse sumário devendo consentir às políticas de uso do site. A falta de um contrato em concreto acaba por prejudicar o consumidor. A informação como direito básico do consumidor deve ser respeitada e o fornecedor, ao deixar de colocar termos adequados e claros ao consumidor sobre a transação, acaba por omitir este esse direito⁵⁴.

A barreira linguística merece destaque nesta nessa análise. Dos sites mais utilizados pelos brasileiros para compras fora de suas barreiras territoriais, apenas metade deles apresentam tradução para língua portuguesa. Um dos problemas enfrentados pelos consumidores turistas, não necessariamente aqueles *cyberconsumidores* ativos, é a dificuldade linguística.⁵⁵ Esta Essa dificuldade converge com a necessidade de informação ao consumidor, seja sobre a qualidade, a quantidade e a segurança dos produtos que está adquirindo, seja sobre os direitos que lhe resguardam.

Novos desafios são colocados ao direito do consumidor brasileiro e mundial. A facilitação ao turismo e às contratações *online* não são características exclusivas do

mercado brasileiro; dessa forma, soluções interjurisdicionais necessitam ser encontradas.

3. PROPOSTAS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE DIREITO DO CONSUMIDOR

Ao tratar da cooperação internacional⁵⁶ de pronto, nasce uma tentativa de solução às relações contratuais internacionais. Ainda em 1970, Resolução da Assembleia Geral 2526/70 da ONU⁵⁷, as Nações Unidas referenciaram a importância da cooperação internacional como forma da própria manutenção de paz e como dever dos Estados, impondo como princípio o respeito às diferenças políticas, econômicas e sociais como forma de promover a economia internacional, a estabilidade e o progresso⁵⁸.

A cooperação judicial internacional envolveria quatro temas principais: “a citação em outro Estado; a produção de provas em outro Estado; o cumprimento de sentença e de laudo arbitral estrangeiro; o cumprimento de outros atos processuais estrangeiros”⁵⁹. O Código de Processo Civil brasileiro (Lei n. 13.105/2015), inclusive, tem capítulo específico para tratar da cooperação

54 Quanto à forma “substancial” do contrato eletrônico, geralmente esta é livre (também segundo os arts. 107 e 108 do CCB/2002). Contratos não formais, sobre serviços, ou bens móveis, são a regra na Internet. O déficit informacional (e técnico) dos consumidores leva a que imponham deveres de informar específicos, que servem de “formalidades informativas” nos contratos de consumo. De outro lado, os contratos eletrônicos, como vimos, são “em silêncio”, logo, não se comparam aos contratos orais; são geralmente contratos escritos, na linguagem virtual, com condições gerais contratuais elaboradas prévia e unilateralmente pelos fornecedores e arquivadas no computador central, que negociará o contrato pela linguagem virtual (de clicks, imagens, sons, informações curtas e longas e textos) com o consumidor, daí a importância de alguma formalização ou perenização para permitir a prova *a posteriori*. MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 120.

55 Na reunião da Costa Rica da Asadip, o Governo brasileiro estava presente, e a Secretária de Estado da Defesa do Consumidor, Dra. Juliana Pereira (Senacon-MJ) se manifestou a favor do tema, considerando importante que os órgãos de defesa do consumidor se concentrem na proteção do turista estrangeiro, face as suas dificuldades linguísticas, de tempo e poucas informações de onde socorrer-se em caso de problemas ao estrangeiro. Hoje somente o tema dos transportes e agências de viagens conta com normas especiais de direito internacional privado, para uma proteção mais a posteriori do que ex ante. In: MARQUES, Claudia Lima. Esforços para incluir o tema da proteção do turista na Agenda de Trabalho da Conferência de Haia e a proposta brasileira de “Convenção de Cooperação em Matéria de Proteção dos Visitantes e Turistas Estrangeiros”. São Paulo: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 90, p. 39-64, nov./dez. 2013.

56 “Cooperação jurídica internacional, que é a terminologia consagrada, significa, em sentido amplo, o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de outro Estado. Tradicionalmente também incluir-se-ia nessa matéria o problema da competência internacional. Além disso, hoje há novas possibilidades de uma atuação administrativa do Estado nessa matéria, em modalidades de contato direto entre os entes estatais”. ARAUJO, Nádia de. *A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional*.

57 UN DOCUMENTS. *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

58 “The duty of States to co-operate with one another in accordance with the Charter States have the duty to co-operate with one another, irrespective of the differences in their political, economic and social systems, in the various spheres of international relations, in order to maintain international peace and security and to promote international economic stability and progress, the general welfare of nations and international co-operation free from discrimination based on such differences”. UN DOCUMENTS. *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

59 TESHEINER, José Maria. Cooperação judicial internacional no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 234, p. 331-344, ago. 2014.

jurídica internacional. Se, via de regra, a cooperação era fruto de tratados, o Código de Processo Civil abre a possibilidade de reciprocidade por via diplomática na ausência deste. Ao comentar o Capítulo II do Código de Processo Civil, Nelson Nery Junior e Rosa Nery deixam claro que há uma influência direta do Projeto de Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Iberoamérica⁶⁰. Nesse sentido, entendem-se as razões para inclusão da cooperação direta na lei processual.

A exposição de motivos do Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Iberoamérica⁶¹ deixa clara a necessidade de instrumentalidade; entretanto, dispõe de regras que possibilitam uma “burocracia mais adequada” às relações internacionais hodiernas, tanto é assim que se estabelece a necessidade de uma autoridade central (dispositivo refletido no art. 26 do CPC).

A necessidade de elasticidade⁶² nas relações interjurisdicionais na busca da efetividade será analisada neste capítulo com atenção voltada àquele que está no centro das novas relações internacionais pessoais: o consumidor. Para tanto, é necessária a análise da CIDIP VII e da proposta brasileira à Conferência de Haia sobre cooperação em matéria de proteção aos turistas estrangeiros.

3.1. Proposta paraguaia, argentina e brasileira na CIDIP VII

A Organização dos Estados Americanos (OEA), certamente, promove a cooperação de forma bastante clara nas Américas. Criada em 1889, com primeiro encontro em Washington, teve objetivo de encontrar soluções ao comércio entre os membros e propor re-

gras de arbitragem. Atualmente, exerce papel importante para manutenção da paz e proteção da democracia nos países membros do bloco.⁶³ A convergência clara da importância da proteção de direitos humanos para fomento do comércio ingressou na agenda da OEA com a promulgação de sua Carta.

O art. 53 da Carta da OEA referencia como órgão as Conferências Especializadas, regulamentadas pelos arts. 122 e 123 do mesmo diploma. As Conferências Especializadas são reuniões intergovernamentais destinadas a tratar de assuntos técnicos especiais ou a desenvolver aspectos específicos da cooperação interamericana e são realizadas quando o determine a Assembleia Geral ou a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, por iniciativa própria ou a pedido de algum dos Conselhos ou Organismos Especializados (art.122).

Interessante analisar especialmente a CIDIP VII⁶⁴ - Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado – convocada pela Resolução 1923 (XXXIII-O/03) da Assembleia -Geral. Seguindo o processo regimental da Organização, algumas delegações apresentaram propostas de tema: Peru, El Salvador, Brasil, México, Canadá, Uruguai e Estados Unidos⁶⁵. Desistas delegações, Brasil, México, Canadá e Uruguai, apresentaram propostas de convenção para tutela do Consumidor⁶⁶.

Ao longo da CIDIP VII, em que pese uma série de propostas apresentadas (Paraguai, Argentina, Canadá e Estados Unidos) como convenções, remanesceram

60 “O Projeto de Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Iberoamérica organiza a cooperação internacional nos níveis civil e penal. O nível civil, mais amplo, compreende as áreas civil propriamente dita, a comercial ou mercantil (no Brasil, empresarial), a de família, a do trabalho, a da previdência social, a tributária, a financeira e a administrativa (art. 3º). NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 284-285.

61 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código modelo de cooperação interjurisdicional para Ibero-América. *Revista da EMARF*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 1-304, mar. 2009.

62 Expressão utilizada por Antônio Gaio Júnior ao se referir aos dispositivos sobre cooperação no Novo Código de Processo Civil em seu artigo “Os limites da jurisdição nacional e a cooperação internacional no plano do novo Código de Processo Civil brasileiro”. GAIO JUNIOR, Antônio. Los límites de la jurisdicción nacional y la cooperación internacional en el plano del nuevo Código de Procedimiento Civil brasileño. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 243, p. 537-551, maio 2015.

63 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. 2005: un quinquenio de logros el rol de la OEA en las Américas. Disponível em: <http://www.oas.org/documents/spa/quinquenio_2010_SPA.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2016.

64 Confira-se sobre a necessidade da CIDIP VII no artigo do Prof. Diego Fernandes Arroyo. ARROYO, Diego Fernandes. Razones y condiciones para la continuidad de la CIDIP: reflexiones de cara a la CIDIP VII. *Revista Sequência*, Santa Catarina, n. 50, p. 301-323, jul. 2005.

65 Relatório de Seleção de Temas para CIDIP VII. ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Antecedentes da CIDIP VII no âmbito da CAJP*. Disponível em: <<http://www.oas.org/council/pr/CAJP/dir%20internacional.asp>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

66 1. Brasil (Convenção Interamericana para a Proteção do Consumidor nas Américas)

2. México (proteção ao consumidor no comércio eletrônico)

3. Canadá (aspectos jurisdicionais e proteção ao consumidor no comércio eletrônico)

4. Uruguai (aspectos jurisdicionais em transações entre empréstos e consumidores no comércio eletrônico). ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Antecedentes da CIDIP VII no âmbito da CAJP*. Disponível em: <<http://www.oas.org/council/pr/CAJP/dir%20internacional.asp>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

duas propostas. A proposta formada pelo grupo Argentino, Paraguaio e Brasileiro e aquela dos Estados Unidos. A primeira, tratando sobre a aplicação da lei mais favorável ao consumidor e, aquela dos EUA, sobre a possibilidade de *small claims courts* e disputas online.

Antes mesmo de analisar a questão das propostas, é necessário entender o motivo da própria existência da proposta brasileira sobre direito do consumidor. Claudia Lima Marques⁶⁷, ao ministrar aulas de Direito Internacional no Curso da OEA em 2000, concluiu pela necessidade de uma nova Convenção que tratasse da proteção ao consumidor, pois considera o consumidor como o *agente esquecido*.

Até a aceitação e início da CIDIP VIII, o tema relativo à proteção do consumidor não havia sido objeto de consideração por parte da OEA. A Convenção do México (CIDIP V) tratou sobre a lei aplicável aos contratos internacionais; deixou, entretanto, de citar o consumidor. Claudia Lima Marques e Nádia de Araújo⁶⁸ revelam a insuficiente proteção trazida pelo art. 1º e pelo art. 11 da Convenção do México (exclusão da aplicação da convenção ao contrato de consumo, se assim for declarado pelo Estado parte, como disposto no art. 1º e a utilização da *lex fori* no art. 11). Ademais disso, outros casos de consumo internacional deixaram de ser regulamentados, como o turismo internacional⁶⁹ e o comércio eletrônico.

A Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos da OEA (documento OEA/Ser.G - CP/CAJP-2652/08 add. 2) publicou a nota explicativa à proposta final brasileira em que restam claros os objetivos brasileiros com a proposta apresentada para CIDIP VII. Desde logo, é visível que o Brasil pretende a aprovação de instrumento legal multilateral e convencional (*hard law*) como forma adequada de garantir o cumprimento pelos fornecedores.

67 Confira-se MARQUES, Claudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de direito internacional privado - da necessidade de uma convenção interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 788, p. 11-56, jun. 2001.

68 ARAUJO, Nádia de. Contratos internacionais e consumidores nas Américas e no Mercosul: análise da proposta brasileira para uma convenção interamericana na CIDIP VII. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 2, n. 2, jul./dez. 2015.

69 Nadia de Araújo analisa o leading case “Panasonic” referindo a técnica jurídica de “deixar de lado” ao direito internacional, aplicando-se o direito interno. ARAUJO, Nádia de. Contratos internacionais e consumidores nas Américas e no Mercosul: análise da proposta brasileira para uma convenção interamericana na CIDIP VII. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 2, n. 2, jul./dez. 2015.

Os objetivos políticos da proposta brasileira observaram três tópicos específicos: a aplicação de uma lei mais favorável, o estímulo ao aumento da confiança nas contratações e a segurança jurídica imposta ao bloco. A proposta determinou, ainda, que seus objetivos em matéria de Direito Internacional Privado, destacando-se menção à necessidade de elementos de conexão flexíveis e abertos na Convenção, elevando como norma de conexão a lei mais favorável ao consumidor, bem como a previsão de cláusula de exceção para casos não previstos.

A proposta inicial brasileira contava com apenas sete artigos. Entretanto, após o primeiro encontro da CIDIP VII, muitas contribuições foram dadas à Convenção proposta e Argentina e Paraguai aderiram àquela brasileira. Esta proposta final, ou “Proposta Buenos Aires”⁷⁰ conta com 23 artigos e os Estados Unidos se manifestaram pela retirada de alguns.

Nesta versão final sul-americana, a técnica de codificação dividiu o texto em quatro capítulos, o primeiro sobre o âmbito de aplicação, o segundo sobre o direito aplicável, o terceiro com disposições gerais e o último com as cláusulas finais.

O primeiro e o segundo capítulos trazem fortemente a ideia de aplicação da lei mais favorável ao consumidor. O art. 4º,⁷¹ claramente, dispõe sobre a possibilidade de o consumidor passivo optar entre o direito do domicílio do consumidor, do lugar de celebração, do lugar de execução ou da sede do fornecedor dos produtos ou serviços, desde que seja observada a norma mais favorável ao consumidor.

Ao consumidor ativo, ou ainda ao turista, o art. 5º, 1, propõe opção limitada e eleita validamente pelas partes, igualmente possível a opção pelo direito do lugar de celebração do contrato, do lugar de execução ou do domicílio do consumidor. Em caso de escolha inválida,

70 MARQUES, Claudia Lima; DELALOYE, María Laura. La propuesta “Buenos Aires” de Brasil, Argentina y Paraguay: el más reciente avance en el marco de la CIDIP VII de protección de los consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 73, p. 224-265, jan./mar. 2010.

71 Art. 4 - Proteção contratual na contratação à distância 1. (Escolha limitada e válida do direito aplicável ao consumidor passivo). Os contratos e transações internacionais realizados estando o consumidor no Estado de seu domicílio, especialmente em caso de contratação à distância, regem-se pelo direito escolhido pelas partes, as quais podem optar pelo direito do domicílio do consumidor, do lugar de celebração, do lugar de execução ou da sede do fornecedor dos produtos ou serviços; esse direito será aplicável sempre que for o mais favorável ao consumidor.

aplicar-se-á a *lex loci celebrationis*. A fim de respeitar as normas de ordem pública de cada Estado, o art. 7º ainda impõe que em caso de norma imperativa sobre o foro, aquela nacional será aplicada. A aprovação da proposta trará melhorias significativas tanto ao consumidor ativo quanto àquele passivo. São citados oito tópicos de melhorias: regulação especial para os contratos eletrônicos, pautas favoráveis ao consumidor em âmbito das Américas e no direito internacional privado, superação do vácuo legal, estímulo à confiança nas contratações, crescimento do comércio regional, estabelecimento de uma norma americana única aos consumidores, eliminação da discriminação de alguns consumidores pelo seu domicílio e incorporação de uma norma pedagógica.

Até o momento, os trabalhos da CIDIP VII ainda não foram encerrados, porém a codificação da primazia da norma mais favorável⁷² parece trazer um avanço à normatização em matéria de Direito Internacional Privado. A tese prevista no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, reflete-se na tutela dos direitos humanos e na consequente proteção da dignidade da pessoa humana.

3.2. Proposta brasileira da Conferência de Haia de convenção de cooperação em matéria de proteção dos visitantes e turistas estrangeiros

A World Tourism Organization (UNWTO) informa que em 2015, 1.184 bilhões de chegadas internacionais foram registradas no mundo, representando seis por cento (6%) do comércio internacional.⁷³ O vácuo legislativo atinge; portanto, um público capaz de movimentar mais 1,5 trilhões de dólares em um ano.⁷⁴ A preocupação da doutrina consumerista em relação aos contratos de turismo internacional revela-se pelos aspectos formadores do elemento volitivo do consumidor nestes nesses contratos.

O código de ética para o turismo da UNWTO conta com 10 princípios: 1º a contribuição do turismo para o

entendimento e respeito mútuo entre homens e a sociedades; 2º o turismo como um instrumento de desenvolvimento pessoal e coletivo; 3º o turismo como fator do desenvolvimento sustentável, 4º o turismo como fator de aproveitamento e enriquecimento do patrimônio cultural da humanidade; 5º o turismo como atividade benéfica aos países e comunidades de destino; 6º a obrigação dos agentes no desenvolvimento do turismo; 7º o direito ao turismo; 8º a liberdade de deslocamento turístico; 9º direitos dos trabalhadores e empresários da indústria do turismo e, por fim, 10º a aplicação dos princípios do Código Global de Ética para o Turismo.

Esses dez tópicos enumeram o significado e o impacto socioeconômico do turismo. Ao tratar do segundo princípio sobre o turismo como forma de desenvolvimento pessoal e coletivo, o código enumera os fatores que estão associados ao fenômeno: o descanso, a diversão, o esporte e o acesso à cultura e a natureza.

A Constituição Federal destaca o lazer como direito social (art. 6º, *caput*) e cabe ao poder público incentivar o lazer como forma de promoção social (art. 217, §3º da CF). Portanto, o cidadão-consumidor, ao escolher o turismo como forma de lazer, acaba formando contratos massificados no mercado de consumo.⁷⁵ Essa massificação do lazer e o elemento de sedução envolvido na formação do contrato é que preocupam a doutrina. Nos contratos turísticos⁷⁶, há, para o consumidor, uma severa dificuldade na reexecução dos serviços⁷⁷, conforme julgou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, impondo o pagamento de danos morais ao consumidor que, por falha na prestação do serviço, perdeu conexão e, conseqüentemente, dias no destino⁷⁸.

75 MIRAGEM, Bruno. Serviços turísticos, espetáculos esportivos e culturais no mercado de consumo: a proteção do consumidor nas atividades de lazer e entretenimento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 85, p. 67-113, jan./fev. 2013.

76 Confira-se os conceitos determinados pela UNWTO sobre turismo, turista e visitante: UNWTO. *Internacional recommendations for tourism statistics*. Disponível em: <<http://unstats.un.org/unsd/statcom/doc08/BG-TourismStats.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

77 KLAUSNER, Eduardo Antônio. *Direito Internacional do consumidor: a proteção do consumidor no livre-comércio internacional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 177.

78 CONSUMIDOR. PACOTE TURÍSTICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO NO VOO DE PARTIDA POA/GRU QUE OCASIONOU PERDA DA CONEXÃO. PERDA SUBSTANCIAL DE DIAS NO DESTINO. CANCELAMENTO DA VIAGEM. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM ADEQUADO. Hipótese em as comunicações internas juntadas às fls. 75/76 e o comprovante acostados à fl. 18, dão conta de que, o atraso na partida da viagem, que tinha

72 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; Marques, Cláudia Lima. O consumidor-depositário infiel, os tratados de direitos humanos e o necessário diálogo das fontes nacionais e internacionais: a primazia da norma mais favorável ao consumidor. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 70, p. 93-138, abr./jun. 2009.

73 WORLD TOURISM ORGANIZATION. *Why tourism matter*. Disponível em: <<http://media.unwto.org/content/infographics>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

74 WORLD TOURISM ORGANIZATION. *Tourism Highlights 2015 Edition*. Disponível em: <<http://www.e-unwto.org/doi/pdf/10.18111/9789284416899>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

A vulnerabilidade frente às dificuldades enfrentadas pelo consumidor internacional, mencionadas na primeira parte deste trabalho, opera, de forma substancial, nos contratos de turismo internacional, conforme já descreveu Claudia Lima Marques em artigo em que sugere a necessidade de colocação do tema sobre turismo internacional na agenda de trabalho da Conferência de Haia.⁷⁹ A CIDIP VII, ainda em discussão, já continha o tema da proteção do consumidor turista internacional que, pela não aprovação, segundo Claudia Lima Marques, merece esforços para que cesse o vácuo legislativo⁸⁰.

Ainda em 2012, na Carta do Rio de Janeiro⁸¹, a ASA-DIP (Associação Americana de Direito Internacional Privado) por ocasião da II Reunião Preparatória para o Conselho da Conferência da Haia, sob a presidência da Profa. Dra. Claudia Lima Marques, realizada no dia 23 de abril de 2012, na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, PUC-Rio, os membros da Asadip e demais participantes manifestaram seu total apoio a inclusão na agenda da Conferência da Haia do tema sobre a proteção do turista, com ênfase na cooperação administrativa.

como destino a cidade de Tokyo, teve como consequência a perda do voo de conexão, fato este que ocasionaria um atraso de 2 dias na chegada ao destino final, reduzindo sobremaneira o período de estadia na cidade. De modo que a parte autora viu-se obrigada a cancelar a viagem. Danos morais configurados. Quantum fixado em R\$ 3.000,00, solidariamente, que se mostra adequado aos parâmetros que vêm sendo utilizados por esta Turma Recursal na análise de casos análogos. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSOS IMPROVIDOS. (Recurso Cível Nº 71004817722, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabiana Zilles, Julgado em 16/12/2014)

79 Neste sentido: MARQUES, Claudia Lima. Esforços para incluir o tema da proteção do turista na Agenda de Trabalho da Conferência de Haia e a proposta brasileira de “Convenção de Cooperação em Matéria de Proteção dos Visitantes e Turistas Estrangeiros”. São Paulo: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 90, p. 39-64, nov./dez. 2013.

80 Neste sentido, “Roberto Ruiz Díaz Labrano tem destacada participação na Proposta Brasileira-Argentino-Paraguaia para a Cidip VII na OEA - que mesmo passados vários anos, não resultou em um produto concreto -, assim que sua simpatia pelo tema está plantada em alentados estudos”. MARQUES, Claudia Lima. Esforços para incluir o tema da proteção do turista na Agenda de Trabalho da Conferência de Haia e a proposta brasileira de “Convenção de Cooperação em Matéria de Proteção dos Visitantes e Turistas Estrangeiros”. São Paulo: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 90, p. 39-64, nov./dez. 2013.

81 Carta publicada por Claudia Lima Marques. MARQUES, Claudia Lima. Carta do Rio de Janeiro da ASADIP: sugerindo incluir na agenda da conferência de Haia de direito internacional privado a proteção do turista-consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 83, p. 419-433, jul./set. 2012.

A necessidade de tutela deste desse consumidor turista⁸², de forma internacional, decorre da ausência de *hard law* nesse sentido, existindo uma série de mecanismos apenas em sede de *soft law* “*Manila Declaration on World Tourism of 10 October 1980*”, “*Manila Declaration on Social Impact of Tourism of 22 May 1997*” da Organização Mundial do Turismo, e o Código de Ética Global do Turismo da Organização Mundial do Turismo (1999), Convenção sobre contratos de viagem turísticas do Unidroit de 1970)⁸³.

Para que futuramente possa existir um instrumento jurídico multilateral, aprovado pela Conferência de Haia, é que a Proposta Brasileira, elaborada por Claudia Lima Marques, com apoio da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça (Senacon/MJ), foi apresentada oficialmente em Reunião do Conselho de Assuntos Gerais e Política da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, em abril de 2013, incluindo-se a matéria nas discussões da Conferência⁸⁴.

Durante a reunião do Conselho da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, em 2014, a proposta de Convenção de Proteção ao Consumidor Turista e Visitante foi apoiada oficialmente pelos países latino-americanos, por China e Portugal. Um ano mais tarde, em março de 2015, o Brasil apresentou versão atualizada e o Conselho da Conferência da Haia incluiu o tema na agenda de trabalho, a fim de realizar um estudo de viabilidade do tema.

Juan José Cerdeira reforça a necessidade de existência de Convenção, no modelo *hard law*, para proteção dos turistas internacionais, já que é necessário um efetivo e ágil acesso à justiça para os consumidores turistas (visto que por essa condição encontram-se em “situação de especial vulnerabilidade”).⁸⁵

82 Confira-se Ardyllis Alves Soares. SOARES, Ardyllis Alves. A tutela internacional do consumidor turista. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 82, p. 113-175, abr./jun. 2012.

83 Neste sentido, veja a exposição de motivos da Carta publicada por Claudia Lima Marques. MARQUES, Claudia Lima. Carta do Rio de Janeiro da ASADIP: sugerindo incluir na agenda da conferência de Haia de direito internacional privado a proteção do turista-consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 83, p. 419-433, jul./set. 2012.

84 Por questão de ordem, lembrando a Carta do Rio de Janeiro, sugere-se a leitura conjunta do artigo de CIPRIANO, Ana Candida Muniz; PEREIRA, Juliana. Proteção e defesa do consumidor turista e visitante no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 102, p. 321-329, nov./dez. 2015.

85 CERDEIRA, Juan José. Comentarios respecto al proyecto de “convencción sobre cooperación y acceso a la justicia referente a tu-

A proposta apresentada pelo governo brasileiro⁸⁶, em 02 de fevereiro de 2015, é dividida em seis capítulos e 10 artigos. A disposição da norma baseia-se na forma como deve ocorrer o acesso à justiça do turista consumidor e nas relações entre autoridades centrais. Ademais, nesta proposta, estão os formulários básicos e modelos de atendimento a estes consumidores. A aprovação da convenção com a adoção no modelo *hard law* demonstra-se como uma forte ferramenta de harmonização legal, com estabelecimento de normas de conexão (com a releitura humanista em prol do consumidor) e consequentemente como uma garantia de acesso à justiça.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A regulação do mercado e a consequente tutela dos consumidores tem-se mostrado forte mecanismo de desenvolvimento da economia com vistas à tutela da saúde (?) e da segurança. Entretanto, novos desafios são colocados ao legislador diariamente.

Estes Esses novos desafios têm, normalmente, respostas muito lentas por parte do legislador, possibilitando aos fornecedores atitudes agressivas em relação ao consumidor. Ainda que o mercado eletrônico, por exemplo, seja espaço de criatividade e de liberdade, devem os fornecedores observar regras de proteção ao cidadão que navega e busca informações nesse mundo novo.

A tutela do consumidor ativo, assim, merece tutela própria e, no Brasil, depende da aprovação dos projetos de atualização do CDC, não tendo sido suficiente a regulamentação por meio de Decreto.

O fenômeno do turismo, que inclusive é motivo de fomento à economia brasileira em regiões menos desenvolvidas, necessita, também, de uma regulamentação e de uma padronização. A contratação por aquele “*consumidor seduzido*” (não diz algo do tipo antes) merece um olhar ainda mais profundo do sistema jurídico.

A aprovação da Convenção de Haia e sua conse-

quente incorporação em modelo *hard law* será capaz de implementar os projetos pilotos que ao longo dos me-gaeventos de 2014 demonstraram-se bem sucedidos em todas as regiões do Brasil.

Tutelar o consumidor turista de forma internacional demonstra o amadurecimento do mercado e do próprio legislador quando admite a necessidade de releitura das práticas comerciais em função dos direitos humanos e da necessidade de tutela deste desse cidadão que contrata com base na sedução.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de Andrade. As cláusulas abusivas nos contratos de adesão e seu regime na lei de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Ano 57, n. 384, 2009.

ARAÚJO, Amanda Karina Bezerra Galdino de. O direito do consumidor na era do comércio eletrônico: uma análise dos aspectos estruturais e jurídicos. *Revista Jurídica In Verbis*, Rio Grande do Norte, v. 14, 2002.

ARAUJO, José Ovidio Salgueiro. Contrataciones electrónicas. In: CONTRATOS celebrados por médio electrónico. Bahia Blanca: Ediuns, 2005.

ARAUJO, Nádia de. *A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional*.

ARAUJO, Nádia de. Contratos internacionais e consumidores nas Américas e no Mercosul: análise da proposta brasileira para uma convenção interamericana na CIDIP VII. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 2, n. 2, jul./dez. 2015.

ARAUJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARAUJO, Nádia de; MARQUES, Claudia Lima. *O novo direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ARROYO, Diego Fernandes. Razones y condiciones para la continuidad de la CIDIP: reflexiones de cara a la CIDIP VII. *Revista Sequência*, Santa Catarina, n. 50, jul. 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 33, jan./mar. 2000.

ristas internacionales 2015” en la conferencia de la Haya. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 99, p. 439-453, maio/jun. 2015.

86 HCCH. *Proposal by the government of Brazil on a draft convention on co-operation and access to justice for international tourists*. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/74b12153-45a4-45fa-a86e-814fa5b-f9d2a.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2016.

- BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Atlas, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. *La società sotto assedio*. Bari: Laterza, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008.
- BENJAMIN, Antonio Herman. *O Conceito Jurídico de Consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 628, 1988.
- BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BOLSON, Simone. Direitos da personalidade do consumidor e a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, abr. 2011.
- BRASIL. *A defesa do consumidor no Mercosul e no Peru: uma análise comparativa*. 2. ed. Brasília: Brasil, 2009.
- BRASIL. *Ato do Presidente nº 308, de 2010*. Institui Comissão de Juristas destinada a oferecer subsídios para a atualização do Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ocsc/mirror/bf7769dad248ca8d8bf57a48b4bd5de4/15.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2016.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: matéria penal*. 4. ed. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, DRCI, 2013.
- CARAVACA, Alfonso Luis Calvo. *Derecho Internacional Privado*. 2. ed. Granada: Comares, 2000.
- CARAVACA, Alfonso Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. *Conflictos de Leyes y Conflictos de Jurisdicción en Internet*. Madrid: Colex, 2001.
- CARELLA, G. *Diritti umani, conflitti di legge e conflitti di civilizzazione*. Bari: 2011.
- CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura: sociedade em Rede*. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CASTRO, Amílcar. *Direito internacional privado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- CERDEIRA, Juan José. Comentarios respecto al proyecto de “convención sobre cooperación y acceso a la justicia referente a turistas internacionales 2015” en la conferencia de la Haya. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 99, maio/jun. 2015.
- CIPRIANO, Ana Candida Muniz; PEREIRA, Juliana. Proteção e defesa do consumidor turista e visitante no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 102, nov./dez. 2015.
- CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de Direito Comparado: introdução ao direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- CONSUMER MEASURES COMMITTEE. [Ottawa], 2011. Disponível em: <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/eng/home>>. Acesso em: 16 fev. 2016.
- CRISTOPH, Fabian. *O dever de informar no Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- DAVÌ. *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*. Napoli, 2012.
- DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- DONEDA, Danilo. Apontamentos sobre a informação no contrato eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, Ano 7, n. 9, 2006.
- DRAETTA, Ugo. Internet et commerce électronique en droit international des affaires. *Recueil des cours*, v. 314, 2005.
- DRUMMOND, Victor. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- E-BIT. *Relatório Webshoppers*. Ed. 23, 2010. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/GersonR/relatorio-webshoppers-23-balano-geral-de-2010>>. Acesso em: 31 maio 2016.
- E-BIT. *Relatório Webshoppers*. Ed. 31, 2015. Disponível em: <http://www.webvendas.com.br/wp-content/uploads/2015/02/31_webshoppers.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2016.

- E-BIT. *Relatório Webshoppers*. Ed. 32, 2015. Disponível em: <http://img.ebit.com.br/webshoppers/pdf/32_webshoppers.pdf>. Acesso em: 31 maio 2016.
- EFING, Antônio Carlos. *Banco de dados e cadastro de consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto Castro. *Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico sob a Ótica da Teoria da Confiança*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, 2008.
- FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Direito do Comércio Eletrônico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- FURTADO, Roberto Wilson. *Dano transnacional e internet: direito aplicável e competência internacional*. Curitiba: Juruá, 2010.
- GAIO JUNIOR, Antônio. Los límites de la jurisdicción nacional y la cooperación internacional en el plano del nuevo Código de Procedimiento Civil brasileño. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 243, maio 2015.
- GLANZ, Semy. Consumidor e contrato eletrônico. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 50, 2002.
- GOMES, Helton Simões. Pela 1ª vez, acesso à internet chega a 50% das casas no Brasil. Rio de Janeiro: *O Globo*, 15 set. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/09/pela-1-vez-acesso-internet-chega-50-das-casas-no-brasil-diz-pesquisa.html>>. Acesso em: 15 fev. 2016.
- GOMES, Magno Federici; SOUZA, Igor Ferry. Contratos de Consumo por Meios Eletrônicos. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre, v. 4, n. 24, 2008.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código modelo de cooperação interjurisdiccional para Ibero-América. *Revista da EMARF*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, mar. 2009.
- HCCH. *Proposal by the government of Brazil on a draft convention on co-operation and access to justice for international tourists*. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/74b12153-45a4-45fa-a86e-814fa5bf9d2a.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2016.
- HEIDEGGER, Martin. *Il Concetto di Tempo*. Milão: Adelphi Edizioni S.P.A, 1998.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Renda real do trabalhador cresceu mais de 33% desde 2003*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2015/01/ibge-renda-real-do-trabalhador-cresceu-mais-de-33-desde-2003>>. Acesso em: 15 fev. 2016.
- INTERNACIONAL RECOMMENDATIONS FOR TOURISM STATISTICS. [Homepage]. Disponível em: <<http://unstats.un.org/unsd/statcom/doc08/BG-TourismStats.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2016.
- INTERNACIONAL recommendations for tourism statistics. Disponível em: <<http://unstats.un.org/unsd/statcom/doc08/BG-TourismStats.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2016.
- JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2003.
- JAYME, Erik. Intention culturelle et intégration: le droit privé postmoderne. *Recueil des Cours*, v. 2, 1995.
- JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In: *O NOVO direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- KINSCH, Patrik. Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international Privé. *Recueil des cours*, v. 318, 2005.
- KLAUSNER, Eduardo Antônio. *Direito Internacional do consumidor: a proteção do consumidor no livre-comércio internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.
- KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A proteção do “consumidor eletrônico” no Mercosul. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Ano 9, v. 33, 2008.
- LAWAND, Jorge José. *Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos*. São Paulo: J. de Oliveira, 2003.
- LIMA, Eduardo Weiss Martins de. *Proteção do Consumidor Brasileiro no Comércio Eletrônico Internacional*. São Paulo: Atlas, 2006.

- LOPES JÚNIOR, Osmar. O comércio eletrônico e o Código de Defesa e Proteção do Consumidor. *Repertório IOB Jurisprudência*, Rio de Janeiro, n. 20, 2000.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comercio Electrónico*. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT, 2001.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Contratos Civiles y Comerciales*. Buenos Aires: La Ley, 2005.
- LUCCA, Newton de. *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Ijuí: Unijuí, 2003.
- MARCO CIVIL DA INTERNET: seus direitos e deveres em discussão. In: Cultura Digital: um novo jeito de fazer política pública. Disponível em: <<http://cultura-digital.br/marcocivil/>>. Acesso em: 16 fev. 2016.
- MARQUES, Claudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de direito internacional privado - da necessidade de uma convenção interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 788, jun. 2001.
- MARQUES, Claudia Lima. Carta do Rio de Janeiro da ASADIP: sugerindo incluir na agenda da conferência de Haia de direito internacional privado a proteção do turista-consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 83, jul./set. 2012.
- MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: Do 'diálogo das fontes' no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 45, 2003.
- MARQUES, Claudia Lima. Esforços para incluir o tema da proteção do turista na Agenda de Trabalho da Conferência de Haia e a proposta brasileira de "Convenção de Cooperação em Matéria de Proteção dos Visitantes e Turistas Estrangeiros". São Paulo: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 90, nov./dez. 2013.
- MARQUES, Claudia Lima. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MARQUES, Claudia Lima. O "diálogo das fontes" como método da nova teoria geral do direito. In: DIÁLOGO das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 29.
- MARQUES, Claudia Lima. *O novo direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de. *O novo direito internacional: estudos em homenagem à Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MARQUES, Claudia Lima; DELALOYE, María Laura. La propuesta "Buenos Aires" de Brasil, Argentina y Paraguay: el más reciente avance en el marco de la CIDIP VII de protección de los consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 73, jan./mar. 2010.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARTINS, Guilherme Magalhães. Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 64, 2007.
- MAZZAMUTO, Salvatore. *Il Mobbing*. Milano: Giuffrè, 2004.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; Marques, Claudia Lima. O consumidor-depositário infiel, os tratados de direitos humanos e o necessário diálogo das fontes nacionais e internacionais: a primazia da norma mais favorável ao consumidor. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 70, abr./jun. 2009.
- MIRAGEM, Bruno. *Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos: elementos para um direito internacional pós-moderno*. In: O novo direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MIRAGEM, Bruno. O conceito de domicílio e sua repercussão nas relações jurídicas eletrônicas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Ano 5, jul./set. 2004.
- MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um con-

- ceito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, ano 11, jul./set. 2002.
- MIRAGEM, Bruno. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 49, jan./mar. de 2004.
- MIRAGEM, Bruno. Serviços turísticos, espetáculos esportivos e culturais no mercado de consumo: a proteção do consumidor nas atividades de lazer e entretenimento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 85, jan./fev. 2013.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade nas demais práticas comerciais - interpretação sistemática do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doctrinas Essenciais do Direito do Consumidor. VII*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 431-461.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Lei Modelo da Uncitral sobre Comércio Eletrônico*. 1997. Disponível em: <<http://www.lawinter.com/1uncitrallawinter.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2016.
- ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO ECONÓMICOS. *Recomendação do Conselho Relativa às Linhas Directrizes que Regem a Protecção dos Consumidores no Contexto do Comércio Eletrónico*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/18/46/34023696.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2016.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. 2005: un quinquenio de logros el rol de la OEA em las Américas. Disponível em: <http://www.oas.org/documents/spa/quinquenio_2010_SPA.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2016.
- ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Antecedentes da CIDIP VII no âmbito da CAJP*. Disponível em: <<http://www.oas.org/council/pr/CAJP/dir%20internacional.asp>>. Acesso em: 15 fev. 2016.
- PASQUAL, Cristina Stringari. Oferta automatizada. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 67, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- RAMOS, Gustavo Cesar; GAZARRA, Juan Carlos. Orden público. In: BIOCCA, Stella Maris; IUALE, Corina Andrea (Org.). *Contratos celebrados por médio eletrônico*. Bahia Blanca: Ediuns, 2005.
- RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma: Laterza, 2005.
- REUL, Rodrigo Araújo. A Defesa do Consumidor e a Falta de Legislação para a Regulação do Comércio Eletrônico no Brasil. *Revista Direito e Liberdade*, Rio Grande do Norte, v. 9, n. 1, jul./dez. 2008.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apeleação Cível Nº 70031191216*. Relator Paulo Antônio Kretzmann, 2009.
- SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 55, ano.
- SOARES, Ardyllis Alves. A tutela internacional do consumidor turista. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 82, abr./jun. 2012.
- STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- TELLINI, Denise Estrella. *Applicable Law and Electronic Consumer Contracts: A European Perspective*. *International Company and Commercial Law Review*, Andover, v. 16, 2005.
- TELLINI, Denise Estrella. *Regime de direito internacional privado na responsabilidade dos provedores de internet*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006.
- TESHEINER, José Maria. Cooperação judicial internacional no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 234, ago. 2014.
- TRATATTO DI ROMA [Documento eletrônico]. Disponível em: <<http://www.unicz.it/didattica/corsi/di-runeur/trattatodiroma.htm>>. Acesso em: 16 fev. 2016.
- UN DOCUMENTS. *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas e Bastos, 1980.

VENTURA, Luis Henrique. *Comércio e contratos eletrônicos*. Bauru: Edipro, 2001.

VIAL, Sophia Martini. Contratos de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 80, dez. 2011.

VIAL, Sophia Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, São Paulo, v. 46, 2006.

WORLD TOURISM ORGANIZATION. *Global Code of Ethics for Tourism*. Disponível em <<http://dtxqt4w60xqpw.cloudfront.net/sites/all/files/docpdf/gcetbrochureglobalcodeen.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

WORLD TOURISM ORGANIZATION. *Tourism Highlights 2015 Edition*. Disponível em: <<http://www.e-unwto.org/doi/pdf/10.18111/9789284416899>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

WORLD TOURISM ORGANIZATION. *Why tourism matter*. Disponível em: <<http://media.unwto.org/content/infographics>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**The land rights of indigenous
and traditional peoples in Brazil
and Australia**

**Direitos territoriais de
populações indígenas e
tradicionais no Brasil e na
Austrália**

Márcia Dieguez Leuzinger

Kylie Lyngard

The land rights of indigenous and traditional peoples in Brazil and Australia*

Direitos territoriais de populações indígenas e tradicionais no Brasil e na Austrália

Márcia Dieguez Leuzinger **

Kylie Lyngard***

ABSTRACT

The global community accepts that the conservation of biological diversity depends upon the oral knowledge developed by traditional communities over generations (“traditional knowledge”). The maintenance of this knowledge depends upon traditional people’s capacity to carry out cultural practices on traditional lands. Brazil and Australia use different legal mechanisms to facilitate this goal. This article examines those mechanisms to identify how each may learn, adapt and improve from the other. Key findings include the potential to strengthen land rights in Australia through the constitutional recognition of existing statutory and common law regimes, and the capacity to halt the forced relocation of some traditional peoples in Brazil through the use of joint management arrangements on conservation lands. The collection of findings suggest that Brazil and Australia have much to contribute in the development of an adaptable land rights model that advances both cultural and biodiversity objectives.

Keywords: Biological diversity. Traditional populations. Traditional knowledge. Indigenous. Land rights.

RESUMO

A conservação da diversidade biológica depende, segundo grande parte da comunidade científica, dos conhecimentos desenvolvidos, ao longo de sucessivas gerações, pelas comunidades tradicionais. A manutenção desses conhecimentos, por sua vez, está diretamente relacionada à capacidade dessas comunidades de continuar a desenvolver, nas áreas por elas tradicionalmente ocupadas, práticas culturais ancestrais que os transmitam e revivifiquem continuamente. Para tanto, Brasil e Austrália utilizam diferentes mecanismos. Desse modo, o objetivo desse artigo consiste em identificar e examinar tais mecanismos, a fim de que cada experiência possa ser adaptada, aprimorada e utilizada pelo outro. Os principais achados incluem o potencial de se fortalecer direitos territoriais na Austrália, por meio do reconhecimento constitucional de direitos já positivados ou declarados pela *Common Law*, assim como, no Brasil, a capacidade de se evitar a transferência compulsória de grupos tradicionais não-indígenas quando da criação de unidades de conservação de proteção integral, a partir da adoção de instrumentos de gestão

* Invited authors

** Procuradora do Estado do Paraná. Mestrado em Direito e Estado e Doutorado em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília – UnB. Pós-Doutorado pela University of New England, Austrália. Professora de Direito Ambiental da graduação, Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, líder do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento Sustentável.

*** Graduada em Direito. Doutora em Direito pela University of New England. Research Fellow, Australian Centre for Agriculture and Law, University of New England.

compartilhada de áreas protegidas. As principais conclusões sugerem que os dois países tem muito a contribuir com o desenvolvimento de um modelo adaptativo de direitos territoriais que avance na proteção do sócio e da biodiversidade.

Palavras-chave: Diversidade biológica. Populações tradicionais. Populações indígenas. Conhecimentos tradicionais. Direitos territoriais.

1. INTRODUCTION

Article 8(j) of the Convention on Biological Diversity (CBD) encourages contracting parties to “respect, preserve and maintain the knowledge, innovations and practices of Indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity”¹. This provision recognizes the longstanding contribution of traditional knowledge to biodiversity conservation. Traditional knowledge is also more than a simple commodity; its maintenance and development is a cultural human right and indispensable to the survival of Indigenous and local cultures².

Peoples living traditional lifestyles require access to land if they are to maintain and develop their biodiversity knowledge. Unlike many industrialized societies, traditional populations are oral cultures who do not write their knowledge down. They hold it in stories, songs, ceremonies and art; they transmit it verbally to younger people in cultural practices like hunting, harvesting and land management; and they develop it through observation and experiential learning (“learning by doing”). Indigenous and local peoples require access to land to carry out many of these practices.

Indigenous, tribal and other local populations with long connections to land view territoriality very differently from those raised in capitalist, industrial and urban societies. For traditional communities, their homelands are the base of their cosmology, culture and lore. Land is not private property, but a collective good over

which all members of the group are eternal stewards.³ Disparate perceptions of land are just one of the challenges traditional peoples face in securing land rights within colonial legal systems.

For instance, a key challenge affecting the recognition of land rights in Brazil is the release of conservation lands to traditional owners. The contest arises from within the part of the environmental movement that presumes human beings and biodiversity cannot live together. It manifests in the creation of restricted protected areas where the government transfers traditional populations living inside the area elsewhere, even if those people have sustained and conserved the area for centuries. A key challenge affecting the recognition of land rights in Australia is the competition between colonial land grants and traditional land claims, especially when it involves productive lands. These two challenges have caused particular delays in the recognition of traditional land rights in Brazil and Australia. This paper explores those contexts in more detail.

2. TRADITIONAL POPULATIONS IN BRAZIL

The 15th to 18th centuries were a time of European empire building, primarily through the annexation of Indigenous people’s lands. The Portuguese colonized Brazil in 1500. During the 300 years of Portuguese rule, the Portuguese exploited many of the countries natural resources including Brazil wood, land, gold and diamonds. Slaves, especially those brought from Africa, comprised most of the work force.

Today in Brazil, there are two types of traditional populations: Indigenous and non-Indigenous. Although they are very different from each other, they have some common characteristics: both populations comprise hundreds of different communities spread all over the country and both have developed knowledge essential for the conservation of biodiversity.⁴ This section explores the land rights of Indigenous and non-Indigenous traditional peoples in Brazil.

1 *Convention on Biological Diversity*, opened for signature 5 June 1992, 1760 UNTS 79 (entered into force 19 December 1993).

2 MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. Acesso e uso dos conhecimentos tradicionais no Brasil: o caso Ver-o-Peso. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; CUREAU, Sandra (Org.). *Bens culturais e direitos humanos*. São Paulo: SESC, 2015. See also: LITTLE, Paul. *Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade*. Brasília: Universidade de Brasília, 2002. (Série Antropologia 322).

3 GUANAES, Sandra; LIMA, Solange Almeida; PORTILHO, Wagner Gomes. Quilombos e usos sustentáveis. In: DIEGUES, Antônio Carlos; VIANA, Virgílio (Org.). *Comunidades tradicionais e manejo dos recursos naturais na Mata Atlântica*. 2. ed. São Paulo: HUCITEC, 2004.

4 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Article 3 of the *Indigenous Act 1973* defines an Indigenous person as “any person with pre-Columbian origin who identifies himself as belonging to an ethnic group whose cultural characteristics distinguish it from the national society”.⁵ Indigenous populations that inhabited Brazil before the arrival of the Portuguese did not know writing, and no colonial report from the time identifies how many Indigenous societies there were. Estimates suggest a population of between three and five million people that spoke about 1300 different languages.⁶ Many of those societies were extinguished during the colonization process through war, slavery and disease. By the end of the sixteenth century, the Indigenous population was little more than two million people.⁷ By 2010, there were 246 Indigenous societies and 896917 Indigenous individuals speaking 150 different languages. Around 37% of these peoples lived in cities and the remainder in rural areas, of which just over 50% lived on lands designated as “Indigenous”.⁸

It is clear that the Indigenous history in Brazil is one of depopulation. Prior to colonization, the Portuguese treated Indigenous peoples as their business partners in the “pau-brasil” trade (“brazil wood”, a tree species that contains red dye). Those relations changed drastically upon the establishment of the colony and nomination of the first General Government. Needing a labor force to drive their enterprises, the new settlers set about capturing and exploiting many Indigenous peoples as slaves. Many factors contributed to the failure of the Indigenous slavery model, including the following:

- Indigenous peoples were used to doing only what was needed for their subsistence, such as foraging, fishing and hunting;
- Indigenous peoples were not resistant to Euro-

pean diseases;

- The missionaries that wanted to catechize Indigenous peoples opposed their enslavement; and
- The industry of trading black slaves from Africa was more profitable.⁹

Hence, the law prohibited Indigenous slavery from 1570. Despite the prohibition, landowners that could not afford African slaves continued for a long time to capture Indigenous peoples for slavery.

Other factors contributed to the collapse of the Indigenous population, such as war, famine, social disruption and the escape of Indigenous peoples to new regions where the natural resources were not well known.¹⁰ Also contributing to the depopulation phenomenon was the Missions Regime, starting in 1686 and ending in 1759 with the expulsion of the Jesuit missionaries. The mission policy of confining large populations of Indigenous peoples to religious “villages” favored the spread of epidemics, which killed thousands of inhabitants. Those who survived were often sent to fight hostile tribes.¹¹ These are just some of the reasons why most of the Indigenous groups that inhabited Brazil when the Europeans arrived do not exist anymore.¹²

For many centuries, there was no official policy towards Indigenous peoples. The prevailing view was that at some point they would just disappear. In 1910, a public opinion movement led to the creation of the Indigenous Protection Service (Serviço de Proteção ao Índio, SPI), an official agency in charge of caring for Indigenous affairs. The National Indigenous Foundation (Fundação Nacional do Índio, FUNAI) replaced the SPI in 1967. FUNAI remains the government-appointed guardian of Brazil’s Indigenous people.¹³ The establishment of protection agencies reflected the

5 Free translation from the authors. The original text: “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”.

6 Darcy Ribeiro estimates that the Indigenous population was 5 million people or more when the Portuguese arrived in Brazil. RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

7 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. [Homepage]. Available in: <<http://pib.socioambiental.org/pt>>. Access on: 19 nov. 2015.

8 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. [Homepage]. Available in: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>>. Access on: 19 nov. 2015. The number of Indians living in Indigenous lands was determined in 1998, and was not object of the 2010 census.

9 It is calculated that this industry has cost 160 million gold-pounds for the Brazilian economy in the 300 years of slavery. More than 3 million Africans were introduced and sold in Brazil as slaves during this period. RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

10 CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*. São Paulo: Claro Enigma, 2012. (Coleção Agenda Brasileira).

11 CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*. São Paulo: Claro Enigma, 2012. (Coleção Agenda Brasileira).

12 RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

13 FUNAI. [Homepage]. Available in: <www.funai.gov.br>. Access on: 1 dez. 2015.

emerging view that Indigenous societies would not disappear, that they instead needed to be kept apart from colonial society for their own protection. Despite this emerging view, some governmental employees continued to defend the thesis that Indigenous communities would disappear, not through extermination as previously thought but through their gradual assimilation into colonial society.¹⁴

In 1952, the federal government embraced the protectionist vision by adopting the Indigenous reservation policy. The reserve movement is attributed to the Villas-Bôas brothers, part of the Roncador-Xingu expedition,¹⁵ together with important personalities like Marshal Rondon. These personalities proposed the creation of the Xingu Indigenous National Park, finally established in 1961 but with limits 10 times smaller than initially proposed.¹⁶ Although mostly well-intentioned people advocated for the creation of Indigenous reserves, some government people used the policy against Indigenous peoples by forcing them of traditional lands that were well suited to agriculture. This secured large tracts of rich agricultural land for others while causing the transfer of different Indigenous groups to small reserves unsuited to farming. Unsurprisingly, many conflicts arose between traditionally hostile groups forced to live together on small areas of non-productive land. These outcomes did not reflect the protectionist view of the Villas-Bôas brothers.¹⁷

From the 1950s to the 1970s, the two different visions of Indigenous peoples coexisted: the protectionist view of the Villas-Bôas brothers and the governmental assimilation idea. The latter was adopted by the *Indigenous Act 1973* (Estatuto do Índio – Lei nº 6.001) but rejected by the first organized, national Indigenous movement formed in the 1980s. This movement led to the Indigenous victories seen in the new Brazil Constitution, promulgated in 1988.¹⁸ Indeed, the 1988 Constitution abandoned the assimilation theory and reserved a whole

chapter to ensuring Indigenous cultural and land rights.

Article 231 recognizes Indigenous social organizations, costumes, languages and original rights to traditional lands. It requires the Federal Union to demarcate those lands,¹⁹ protect Indigenous peoples and make the whole society respect their assets. The Constitution defines the meaning of Indigenous land as follows:

Any land that has been traditionally occupied by Indigenous peoples, those inhabited by them permanently, those that are used for any productive activity, those indispensable to the preservation of natural resources that are necessary for their wellbeing and those necessary to their physical and cultural reproduction, according to their uses, customs and traditions.²⁰

Although the Constitution establishes that those lands belong to the Federal Union, it also determines that they are intended for Indigenous people's permanent possession and that Indigenous peoples have the right to the exclusive use of the soil, lakes and river resources on those lands (articles 20, XI, and 231, paragraph 7). Paragraph 5 of article 231 establishes that Indigenous lands are inalienable and the rights to imprescriptible.

Because Indigenous lands belong to the Federal Union, only the Federal Government can establish them. So far, the Federal Government has demarcated 699 Indigenous lands occupying 115819863 hectares (13.6% of Brazilian land).²¹ Most are public lands located in the Amazon region (54%) where few economic activities take place. There are few Indigenous lands in more developed areas, such as the South (10%) and Southeast (6%) regions, because most lands in those regions are in private ownership or the location of cities established long ago.²² The Centre-West and Northeast Regions sum the other 30%, as shown in Figure 1.

19 The Federal Union in Brazil is similar to the Australian Commonwealth.

20 Free translation from the authors. The original text: “são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

21 POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. *Localização e extensão das TIs*. Available in: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/terras-indigenas/demarcacoes/localizacao-e-extensao-das-tis>>. Access on: 19 nov. 2015.

22 The Noongar land claim over the capital city of Perth, AUSTRALIA, suggests it is possible to jointly recognise traditional and private land rights. For an overview see <http://www.abc.net.au/news/2015-06-08/premier-signs-noongar-native-title-settlement/6530434>. Access on: 20 apr. 2016.

14 CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*. São Paulo: Claro Enigma, 2012. (Coleção Agenda Brasileira).

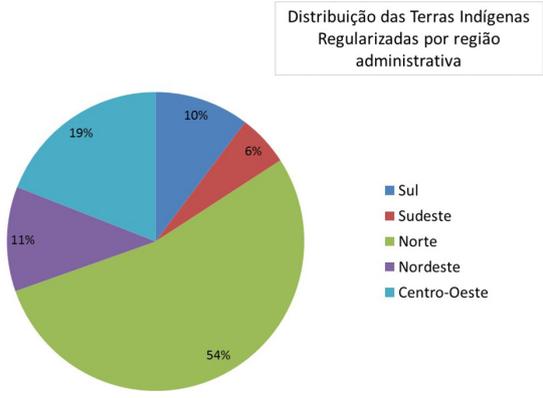
15 This expedition was part of the country internalization process. The idea was to explore areas that had not been occupied until then.

16 INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). *Almanaque socioambiental Parque indígena do Xingu: 50 anos*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011.

17 RICARDO, Fany (Org). *Terras indígenas e unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

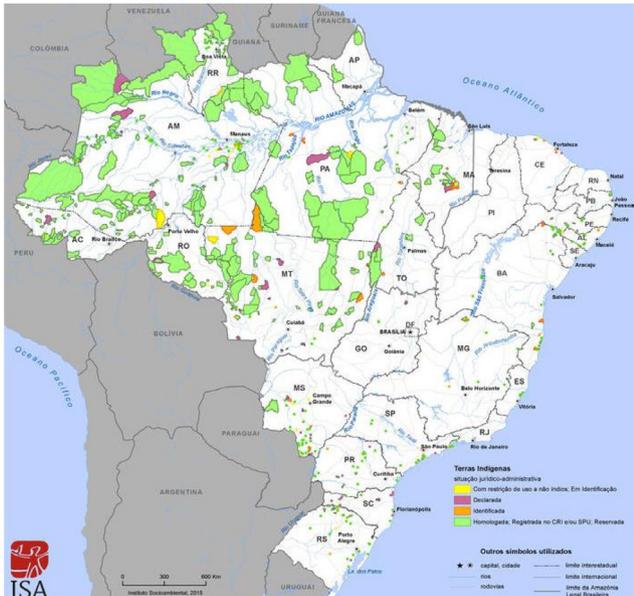
18 CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*. São Paulo: Claro Enigma, 2012. (Coleção Agenda Brasileira).

Figure 1 shows the distribution of Indigenous Lands through Brazilian Administrative Regions



Fonte: Fundação Nacional do Índio - FUNAI²³

Figure 2 shows the map with demarcated indigenous lands (green)



Fonte: Instituto Socioambiental - ISA²⁴

Although Indigenous lands established by the Federal Union remain classified as public lands, the government cannot allocate them for any other purpose or establish them as full protection conservation units²⁵ (similar to Category 1 and 2 areas under the International Union for the Conservation of Nature (‘IUCN’)

23 FUNAI. *Terras indígenas*. o que é? Available in: <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-aco-es/demarcacao-de-terras-indigenas>>. Access on: 21 nov. 2015.

24 POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. *Localização e extensão das TIs*. Available in: <<https://pib.socioambiental.org/pt/c/terras-indigenas/demarcacoes/localizacao-e-extensao-das-tis>>. Access on: 21 nov. 2015.

25 In Brazil, there are 12 types of conservation units that make up a system regulated by Law n° 9.985/00.

protected areas system)²⁶. The reason is that the law does not permit people to live inside full protection conservation units, even if they are traditional peoples, and Indigenous lands presuppose permanent possession and exclusive rights to use the natural resources present on the surface.

The Constitutional regime gives Indigenous populations a high degree of protection, at least with respect to maintaining possession of their original territories. That does not mean, however, that overlaps do not occur. For example, some conservation units created in the 1930s are located inside Indigenous lands.²⁷ Indigenous peoples and environmentalists did not consider this a problem until the 1970s when conservationists started to oppose any human presence in conservation units. However, the constitutional protection for Indigenous peoples means that the government must respect Indigenous rights to live on the land and use its natural resources whenever there is an overlap. The Brazil Supreme Court confirmed this fact in the Raposa – Serra do Sol case by upholding the principle of double affectation. This principle allows government to designate land to Indigenous peoples *and* environmental protection²⁸.

Although Indigenous land rights are somewhat protected, Brazil has other types of non-Indigenous traditional populations with different origins to Indigenous

26 Category Ia, Strict Nature Reserve: strictly protected areas set aside to protect biodiversity and also possibly geological/geomorphical features, where human visitation, use and impacts are strictly controlled and limited to ensure protection of the conservation values; Category Ib, Wilderness Area: protected areas that are usually large unmodified or slightly modified areas, retaining their natural character and influence without permanent or significant human habitation, which are protected and managed so as to preserve their natural condition; Category II, National Park: protected areas that are large natural or near natural areas set aside to protect large-scale ecological processes, along with the complement of species and ecosystems characteristic of the area, which also provide a foundation for environmentally and culturally compatible, spiritual, scientific, educational, recreational, and visitor opportunities. IUCN. Available in: <http://www.iucn.org/about/work/programmes/gpap_home/gpap_quality/gpap_pacategories/>. Access on: 20 apr. 2016.

27 Araguaia, Monte Pascoal and Pico da Neblina National Parks were created in lands where there were Indigenous groups. RICARDO, Fany (Org). *Terras indígenas e unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

28 PET 3388. In this case, the Supreme Court decided that Indigenous land can be also affected by a conservation unit, and it will be managed by the Environmental Agency with the participation of FUNAI and the Indigenous community.

peoples. Unfortunately, aside from the Quilombolas, these traditional groups do not have the same level of protection as Indigenous societies.

Quilombolas are the most known non-Indigenous traditional peoples. They comprise descendants from African slaves that started their own communities and developed their own cultures. Article 2 of *Presidential Decree n° 4887 (2003)* defines Quilombola communities as follows: An ethnic-racial group, according to criteria of self-definition, with its own historic trajectory, that has specific relations to the territory and presumed Negro ancestry related to the historic oppression resistance²⁹.

This definition is much wider than the one used before the Presidential Decree that related Quilombola communities exclusively with fugitive slaves. The Presidential Decree establishes that a Quilombola community might have been formed from a land donation, inheritance or purchase, or just because a landowner tolerated the group's presence³⁰.

Article 68 of the Brazilian Constitution Transitory Dispositions recognizes the property rights of those Quilombolas occupying their lands at the time of the 1988 Constitution. The Federal Union, States and Municipalities must grant those Quilombolas property titles upon satisfaction of certain conditions. Article 17 of the Presidential Decree n° 4887/03 requires the federal, state or municipality to grant the property title to the community. This collective title cannot be divided and the property registry must contain a clause establishing that it cannot be alienated (sold, donated, exchanged etc). Article 17 also requires the communities to establish legally constituted associations to represent their interests. To date, the Federal Government has certified 2607 Quilombola communities³¹. However, perhaps because of the requirement that the community occupied the lands in 1988, the government has only determined 161 Quilombola lands occupying 752797

hectares (0.088% of Brazil)³². These titles benefit 237 communities and 15150 families.

Quilombola lands have a completely different status when compared to Indigenous lands. In addition, Presidential Decree n° 4887 (2003) regulates the procedure for their identification, recognition, delimitation and demarcation, and the issuing of Quilombola property titles. What the two types of land rights have in common is the Constitutional protection that prevents the Federal Government from creating full protection conservation units over any recognized title. This means that the Government cannot demand either group transfer to a different place if any overlap occurs. However, in both cases, it is possible to allocate the land for other environmental purposes as determined by the finding of double affectation in the Raposa-Serra do Sol case.

Very different is the situation for the hundreds of other non-Indigenous traditional communities not specifically addressed in the 1988 Constitution. A shared characteristic of these communities is the nature of their formation. Most arose from economic cycles during the long process of colonization and independence. The fortunes of many rural districts ebbed and flowed with the international market for a local resource; whenever the market for that resource dropped, a new economic cycle was initiated that positioned a different region and resource as economically important. In these cases, many people would flee the formerly prosperous district, leaving it practically abandoned. The families that remained often became isolated and dependent on subsistence skills for their survival³³.

This socio-cultural-environmental adaptation model varies according to the society in issue, but it does share some characteristics with Indigenous societies. The similarities are unsurprising in light of the fact that Indigenous societies were very often the traditional community's only contact. Shared characteristics include the use of wild plants and animals as food and medicine, the adaptation of hunting and fishing skills to suit surrounding environments, and the deepening of

29 Free translation from the authors. The original text: "os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida".

30 VITTORELLI, Edilson. *Estatuto da igualdade racial e comunidades Quilombolas*. Salvador: Juspodivm, 2012.

31 BRASIL. Ministério da Cultura. *Lista das CRQs*. Available in: <<http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2015/09/C%C3%B3pia-de-Lista-das-CRQs-Certificadas-Portaria-n%C2%B0-84-08-06-2015.pdf>>. Access on: 19 nov. 2015.

32 Sometimes, more than one community share the same land. That is the reason why the number of communities is bigger than the number of Quilombos. Available in: <http://www.cpisp.org.br/terras/asp/terras_tabela.aspx>. Access on: 19 nov. 2015. See also: <http://www.cpisp.org.br/acoes/upload/arquivos/Quilombo_Report_Summary_Final_Trad_.pdf>. Access on: 19 nov. 2015. The Brazilian territory has a total of 891196500 hectares.

33 ARRUDA, Rinaldo. "Populações tradicionais" e a proteção dos recursos naturais em unidades de conservação. *Ambiente & Sociedade*, ano 3, n. 5, 2 sem., 1999.

relationships with natural surroundings. Over time, the traditional groups developed their own oral traditions, myths, stories, beliefs and rituals, and a deep knowledge and respect for the environment, its cycles and resources. Also similar to Indigenous peoples was the positioning of the family as the productive unit, with families linked to each other through relationships based upon reciprocity. Some examples of non-Indigenous traditional societies that remain today are the Castanheiros, whose main economic activity is the extraction of Brazil nuts; the Seringueiros, whose main economic activity is the extraction of latex; and Quebradeiras de Coco Babaçu (artisanal nut shell breakers), whose main economic activity is the extraction of the shell of a nut called Babaçu.

These non-Indigenous traditional groups do not have legal rights to the lands they traditionally inhabit. On the contrary, Article 42 of the Federal Law nº 9.985 (2000) establishing the Brazilian National System of Conservation Units demands that the Government move those peoples to a different place whenever they create a full protection conservation unit in that area. In some cases, like in the Atlantic Forest, those peoples who inhabit the area do have some legal rights, primarily the right to collect firewood or wood for construction from the forest without an authorization.³⁴ In the pursuit of these and other rights, it became necessary to distinguish traditional societies from other societies. The majority of authors³⁵ and federal legislation³⁶ assert

the following characteristics of traditional societies:

- Self-identification as belonging to a non-Indigenous traditional group
- Identification from the surrounding society as a distinct group
- Sustainable exploitation of natural resources that produce low impacts and contributes to biodiversity conservation
- Dependence on nature and its cycles and elements for cultural and physical survival
- Importance of subsistence activities and reduced capital accumulation
- Territoriality, being the feeling of belonging to a certain territory that is defined by beliefs, myths and practices and kept alive in the collective memory of the group
- Communal stewardship of the land and its resources
- Oral transmission of knowledge, from one generation to the next

A traditional society does not have to embody all these characteristics, but they must demonstrate some of these features if they seek legal recognition.

The land rights of non-Indigenous traditional people remains an issue in Brazil, especially when the government intends to create a conservation unit over lands where they still live that is not compatible with their continued presence. The number of full protection and public domain conservation units created in areas where there are non-Indigenous traditional populations is high. In 2012, according to research done by the federal agency in charge of creating and managing federal conservation units,³⁷ 29.32% of all full protection and public domain conservation units had traditional inhabitants³⁸. This number is likely to be higher when state and local conservation units are counted.

2006, Presidential Decree nº 6040, 2007, Law nº 9.985.

37 Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, or Chico Mendes' Institute for the Conservation of Biodiversity (ICMBio). ICMBio is the official agency in charge of creating and managing federal conservation units.

38 BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 6. *Territórios de povos e comunidades tradicionais e as unidades de conservação de proteção integral: alternativas para o assecuramento de direitos socioambientais*. Coordenação de Maria Luiza Grabner. Redação de Eliane Simões e Débora Stucchi. Brasília: MPF, 2014.

34 Atlantic Forest Act, Law nº 11.428/06.

35 For example POSEY, Darrel Addison. The importance of semi-domesticated species in postcontact Amazonia: effects of the Kayapó indians on the dispersal of flora and fauna. In: HLADÍK, C. M. et al (Ed.). *Tropical forests, people and food: biocultural interactions and applications to development*. Paris: UNESCO; New York: The Parthenon Publishing Group, 1993. (Man & the Biosphere Series; v. 13); VARELLA, Marcelo; PLATIAU, Ana Flávia (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. (Coleção Direito Ambiental, 2); LIMA, André; BENSUSAN, Nurit (Org.) *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. (Série Documentos do ISA, 8); BENSUSAN, Nurit (Org.). *Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade como, para que, por quê? Brasília: Universidade de Brasília; Instituto Socioambiental, 2000; DIEGUES, Antônio Carlos; ARRUDA, Rinaldo S. V. *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2001; SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Peirópolis, 2005; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. As populações tradicionais e a proteção das florestas. *Revista de direitos difusos*, São Paulo, v. 31, maio/ jun. 2005; LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Natureza e cultura: unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes*. Curitiba: Letra da Lei, 2009.*

36 Some of those Laws are Law nº 11.428, 2006, Law nº 11.284,

The situation calls into question the government's role in respecting and achieving the Constitutional cultural rights of all peoples that participated in the national civilization process.³⁹ Articles 215 and 216 enumerate these rights as pertaining to Brazilian cultural heritage, being assets of material and immaterial nature and including forms of expression and traditional ways of creating, making and living. Cultural rights sit equally alongside the Article 225 obligation on government to protect the environment for present and future generations. On the one hand, creating a full protection conservation unit fulfils the constitutional obligation to protect the environment. On the other, creating a full conservation unit and displacing the traditional peoples that live there violates Articles 215 and 216 by severing traditional people's connections to their cultural heritage through forced relocation from homelands. This represents a clash of fundamental rights: the right of everyone to live in a sustainable environment and the right of traditional societies to maintain and develop their culture and knowledge. The solution to this conflict is unlikely to be simple because the Constitution does not recognize land rights for most traditional populations.

Scholarship offer some possible solutions to this dilemma. In a previous research project, Leuzinger proposed the carrying out of scientific studies prior to the declaration of an area as a full protection conservation unit. Such studies could identify any traditional peoples living inside the perimeter of the proposed unit. If identified, Leuzinger argues that the creation of a full protection conservation unit will only be constitutional if the study demonstrates that the ecosystem cannot support the impact of the traditional population/s. If the scientific study demonstrates that the area can support the subsistence lifestyle of relevant traditional groups, then the government must choose a different conservation category that is compatible with the group/s remaining on the land. The rationale behind this approach is that if the ecosystem is so fragile that it cannot support the impact of traditional everyday activities, the community will collapse eventually. In these cases, displacement will not violate the Constitution. If the ecosystem can sustain traditional activities, displacement of traditional peoples violates the cultural rights provisions in the Constitution.

In cases where the scientific study identifies traditional people/s and finds no ecosystem threat from the

continuation of traditional activities, Jose Benatti proposes that the conservation unit's Zoning Plan include permission for identified traditional group/s to remain in designated Multiple Use Zones, regulated according to a management plan.⁴⁰ The Brazilian Federal Government Agency for Law Enforcement (Ministério Público Federal) proposes some similar and alternative strategies:

- Adoption of a Traditional Use Plan, similar to the approach suggested by Benatti;
- Creation of historic-cultural anthropological zones where traditional populations could continue to live;
- Management or commitment agreement between the traditional peoples and the conservation agency (ICMBio);
- Review of the boundaries of the conservation unit, with the exclusion of areas occupied by traditional groups;
- Reclassification of the conservation unit to a category that allows traditional inhabitants;
- Double allocation, which means that the area would have two different goals: the conservation of biodiversity and protection of cultural rights⁴¹.

If Federal Law n° 9.985 (2000) establishing the Brazilian National System of Conservation Units is not amended, the solutions presented in items 1 to 3 can only be temporary and the traditional group will have to be transferred to another area sooner or later. The solutions presented in items 4 and 5 require law reform modifying the conservation unit's limits. The double allocation idea, on the other hand, offers a permanent solution recognized as a valid legal instrument by the Supreme Court in the Raposa-Serra do Sol case. Although this case involved a conservation unit inside Indigenous land, it is possible to apply the same reasoning when the conflict involves non-Indigenous traditional populations. Overall, the problem is not simple. The easiest solution appears to be law reform, but until this

40 BENATTI, José Helder. Unidades de conservação e as populações tradicionais: uma análise jurídica da realidade brasileira. *Novos Cadernos NAEA*, v. 2, n. 2, dez. 1999.

41 BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 6. *Territórios de povos e comunidades tradicionais e as unidades de conservação de proteção integral: alternativas para o asseguramento de direitos socioambientais*. Coordenação de Maria Luíza Grabner. Redação de Eliane Simões e Débora Stucchi. Brasília: MPF, 2014

39 Brazil Constitution Article 215.

happens, government must employ other solutions to prevent the disruption of traditional groups and loss of cultural heritage.

The following table shows the different land rights situation in relation to Indigenous and non-Indigenous traditional populations in Brazil.

Type of traditional population	Legislation	Land rights
Indigenous populations	Federal Constitution 1988 (articles 20, XI, and 231(7)); Indigenous Act 1973 (Lei nº 6001/73)	Indigenous land belongs to the Federal Union, but Indigenous communities have permanent possession of those lands and the right to the exclusive use of surface resources
Quilombolas	Federal Constitution 1988 (Transitory Dispositions, article 68)	Collective property titles granted from the Federal Union, States or Municipalities; the land cannot be divided; the property register must contain a clause establishing that it cannot be alienated
Non-indigenous traditional populations	Atlantic Forest Act (Law nº 11.428/06); Conservation Units Act (Law nº 9985/00)	Rights to collect firewood or wood for construction from the forest without an authorization; right to remain in full protection conservation units until they are transferred to another area

3. INDIGENOUS AUSTRALIANS

Australia's Indigenous peoples comprise two first nations: the Aboriginal peoples from mainland Australia and Tasmania and the Torres Strait Islander peoples from the islands between Australia and Papua New Guinea. For over 60000 years,⁴² hundreds of different Aboriginal and Torres Strait Islander language groups co-existed,⁴³ with intergroup affairs regulated by complex and diverse legal, social and land stewardship systems.⁴⁴ The maintenance,

42 AUSTRALIAN GOVERNMENT. *Australian Indigenous Cultural Heritage*. Canberra: Commonwealth, 2015. Available in: <<http://www.australia.gov.au/about-australia/australian-story/austn-indigenous-cultural-heritage>>. Access on: 20 apr. 2016.

43 AUSTRALIAN GOVERNMENT. *Australian Indigenous Cultural Heritage*. Canberra: Commonwealth, 2015. Available in: <<http://www.australia.gov.au/about-australia/australian-story/austn-indigenous-cultural-heritage>>. Access on: 20 apr. 2016.

44 AUSTRALIAN MUSEUM. *Family*. Canberra: Australian Museum, 2016. Available in: <<http://australianmuseum.net.au/indige->

development and adaptation of biodiversity knowledge ensured the land and resources thrived for current and future generations, and that each generation survived the often harsh and unrelenting Australian climate.⁴⁵ Access to land is intrinsic to the continued maintenance and development of Aboriginal and Torres Strait Islander biodiversity knowledge, held by the elders and passed to younger people in cultural expressions (e.g. stories, songs and ceremonies) and land-based cultural practices (e.g. the wild harvesting of traditional foods).

Like Brazil, the Europeans colonized Australia. Although at least 50 European ships visited Australian shores between the 15th and 18th centuries,⁴⁶ colonization began with the landing of the British Lieutenant, James Cook, in 1770.⁴⁷ The King of England had instructed Cook to gain consent from any local inhabitants before taking possession of the land, and if uninhabited, to take possession in the name of the King.⁴⁸ Cook observed local inhabitants upon landing, but there is no record of any attempt to gain their consent. Cook's impression of the locals was as "savages", with no recognized sovereign or system of laws and cultivation.⁴⁹ According to international law at the time, such land was "terra nullius" (belonging to no one) and could be "settled" by another, with the "settler" becoming the sovereign and "owner" of the land.⁵⁰

nous-australia-family>. Access on: 20 apr. 2016; CENTRAL LAND COUNCIL. *Kinship and Skin Names*. Alice Springs: CLC, 2016. Available in: <<http://www.clc.org.au/articles/info/aboriginal-kinship>>. Access on: 20 apr. 2016.

45 85% of Australian land is classified as arid or semi-arid. CO-OPERATIVE RESEARCH CENTRE FOR REMOTE ECONOMIC PARTICIPATION. *Remote Australia*. Facts. Alice Springs: CRC-REP, 2015. Available in: <<http://crc-rep.com/about-remote-australia>>. Access on: 20 apr. 2016.

46 AUSTRALIAN GOVERNMENT. *Australian Indigenous Cultural Heritage*. Canberra: Commonwealth, 2015. Available in: <<http://www.australia.gov.au/about-australia/australian-story/austn-indigenous-cultural-heritage>>. Access on: 20 apr. 2016.

47 AUSTRALIAN GOVERNMENT. *Australian Indigenous Cultural Heritage*. Canberra: Commonwealth, 2015. Available in: <<http://www.australia.gov.au/about-australia/australian-story/austn-indigenous-cultural-heritage>>. Access on: 20 apr. 2016; PROJECT ENDEAVOUR. *Captain James Cook and his Voyages*. Perth: Curtin University. Available in: <<http://john.curtin.edu.au/endeavour/cook.html>>. Access on: 20 apr. 2016.

48 AUSTRALIAN MUSEUM. *Family*. Canberra: Australian Museum, 2016. Available in: <<http://australianmuseum.net.au/indigenous-australia-family>>. Access on: 20 apr. 2016.

49 AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION. *Aboriginal Customary Laws and Anglo-Australian Law after 1788*. In Recognition of Aboriginal Customary Laws. Canberra: ALRC, 1986.

50 KARLYAWASAM, Kanchana. Native title litigation in Australia: does the judiciary deliver on the principal objectives defined by

In 1786, in an attempt to address the burgeoning prison population in Britain, the King of England declared Australia a penal colony. The first fleet of prisoners and officials arrived in 1788. It marked the beginning of a long period of land dispossession for Aboriginal and Torres Strait Islander peoples. As time went on, the Crown granted more and more land to freed prisoners and settlers. Aboriginal and Torres Strait Islander resistance was immediate.⁵¹ There were some official calls to treat “natives” kindly when taking possession of a land grant,⁵² and to recognize the “plain right and sacred rights” of Aboriginal and Torres Strait Islander peoples to their land,⁵³ but more often land possession resulted in the massacre, murder, sexual assault, infection, starvation and dehydration of Aboriginal and Torres Strait Islander peoples.⁵⁴ These physical and associated psychological traumas were fundamental to the death of more than 80% of the Aboriginal and Torres Strait Islander population within the first 150 years of colonization⁵⁵.

Despite these threats and obstacles, Aboriginal and Torres Strait Islander resistance to land dispossession continued⁵⁶. Amidst reports of physical resistance is evidence of Aboriginal and Torres Strait Islander peoples

claiming land rights through the colonial legal system⁵⁷. For instance, in the early 1820s, colonial officials hoped to quell Aboriginal and Torres Strait Islander resistance to land dispossession by allocating small parcels of land (“reserves”) to individuals or small families to cultivate⁵⁸. By 1890, some Aboriginal peoples were using the reserve system to regain control over their traditional lands by claiming reserve land for agricultural purposes (“appealing to the colonial understandings of land use”)⁵⁹. Another example of the early assertion of land rights is the 1835 treaty between Aboriginal peoples from southern Australia and a settler with a 600000-acre land grant over the area.⁶⁰ Sadly, colonial officials found ways to thwart attempts by Aboriginal and Torres Strait Islander peoples to reclaim their traditional lands or assert any form of prior ownership. For example, the Governor of the colony rejected the 1835 treaty on the basis “the land belonged to no-one prior to the British crown taking possession”⁶¹.

By 1890, many of the earlier agricultural reserves had become places of segregation. Designated colonial “protectors” forced many Aboriginal and Torres Strait Islander peoples to live on the reserves for their “protection”.⁶² Very often, the reserve land was not the homeland of the Aboriginal and Torres Strait Islander person. Considering the inseparable connection between Aboriginal and Torres Strait Islander peoples

Mabo? *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law*, v. 1&2, p. 3-27, 2013. AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION. *Aboriginal Customary Laws and Anglo-Australian Law after 1788*. In Recognition of Aboriginal Customary Laws. Canberra: ALRC, 1986.

51 CENTRAL LAND COUNCIL. *History of the Land Rights Act*. Alice Springs: CLC, 2015. Available in: <<http://www.clc.org.au/articles/info/history-of-the-land-rights-act/>>. Access on: 20 apr. 2016.

52 AUSTRALIAN MUSEUM. *Indigenous Australian Timeline 1500-1900*. Canberra: Australian Museum, 2015. Available in: <<http://australianmuseum.net.au/Indigenous-australia-timeline-1500-to-1900>>. Access on: 20 apr. 2016.

53 AUSTRALIAN MUSEUM. *Indigenous Australian Timeline 1500-1900*. Canberra: Australian Museum, 2015. Available in: <<http://australianmuseum.net.au/Indigenous-australia-timeline-1500-to-1900>>. Access on: 20 apr. 2016.

54 BALLYN, Sue. *The British Invasion of Australia*. Convicts: Exile and Dislocation. In *Lives in Migration: Rupture and Continuity*. Catalonia: University of Barcelona, 2011. p. 17; AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION. *Aboriginal Customary Laws and Anglo-Australian Law after 1788*. In Recognition of Aboriginal Customary Laws. Canberra: ALRC, 1986; HARRIS, John. Hiding the bodies: the myth of the humane colonisation of Aboriginal Australia. *Aboriginal History*, v. 27, p. 79-104, 2003.

55 HARRIS, John. Hiding the bodies: the myth of the humane colonisation of Aboriginal Australia. *Aboriginal History*, v. 27, p. 79-104, 2003.

56 CENTRAL LAND COUNCIL. *History of the Land Rights Act*. Alice Springs: CLC, 2015. Available in: <<http://www.clc.org.au/articles/info/history-of-the-land-rights-act/>>. Access on: 20 Apr. 2016.

57 GOODALL, Heather. Land in our Own Country: The Aboriginal Land Rights Movement in South-eastern Australia, 1860 to 1914. *Aboriginal History*, v. 14, p. 1-24, 1990.

58 HILL, Ronald Paul. Blackfellas and Whitefellas: Aboriginal Land Rights, the Mabo Decision, and the Meaning of Land. *Human Rights Quarterly*, v. 27, p. 303-322, 1995; GOODALL, Heather. Land in our Own Country: The Aboriginal Land Rights Movement in South-eastern Australia, 1860 to 1914. *Aboriginal History* (14) (1990) 1-24, 2.

59 GOODALL, Heather. Land in our Own Country: The Aboriginal Land Rights Movement in South-eastern Australia, 1860 to 1914. *Aboriginal History*, v. 14, p. 1-24, 1990.

60 PIERLUIGI, Claudio. Aboriginal Land Rights History: Western Australia. *Aboriginal Law Bulletin*, v. 56, 1991; BALLYN, Sue. *The British Invasion of Australia*. Convicts: Exile and Dislocation. In: *Lives in Migration: Rupture and Continuity*. Catalonia: University of Barcelona, 2011. p. 16-29, 17-18; HILL, Ronald Paul. Blackfellas and Whitefellas: Aboriginal Land Rights, the Mabo Decision, and the Meaning of Land. *Human Rights Quarterly*, v. 27, p. 303-322, 1995.

61 AUSTRALIAN GOVERNMENT. *European discovery and the colonisation of Australia*. Canberra: Commonwealth, 2015. Available in: <<http://www.australia.gov.au/about-australia/australian-story/european-discovery-and-colonisation>>. Access on: 16 Apr. 2016.

62 GOODALL, Heather. Land in our Own Country: The Aboriginal Land Rights Movement in South-eastern Australia, 1860 to 1914. *Aboriginal History*, v. 14, p. 1-24, 1990.

and their homelands, the physiological trauma of severing this connection was intense. Many protectors also forcefully removed children from the reserves who did not look Indigenous, with the aim of breeding out the Indigenous race.⁶³ As funding to the protectors dwindled and British citizens arrived in the colony demanding land, the protectors began to sell reserve land⁶⁴, a lot of which Aboriginal and Torres Strait Islander peoples had transformed into rich agricultural land. These policies continued well into the mid-to-late 1900s⁶⁵, with the racist view of Aboriginal and Torres Strait Islander peoples reflected in their complete lack of recognition in the Australian Constitution 1901⁶⁶. Still, Aboriginal and Torres Strait Islander peoples refused to accept defeat⁶⁷,

Between 1960 and today, Aboriginal and Torres Strait Islander peoples have made some inroads into the colonial land tenure system through petitions and prolonged, peaceful protests⁶⁸. An early legislative response was allowing traditional landowners⁶⁹ and their families to forage over certain public lands without needing a permit⁷⁰. Some jurisdictions also allow Aboriginal and Torres Strait Islander peoples to participate in land-use decision making when development is likely to affect sites or objects of cultural significance⁷¹. Today, the nature and scope of these rights varies greatly between jurisdictions, from rights to be consulted⁷² to rights to control development on sacred sites⁷³.

Key legislative advances regarding land rights include the establishment of a fund for Aboriginal and Torres Strait Islander peoples to purchase land⁷⁴ and the enactment of Aboriginal and Torres Strait Islander land rights legislation in most jurisdictions⁷⁵. The statutory land rights regimes vary between jurisdictions; most only allow claims over unclaimed public land; some require the immediate leaseback of land to the government for use as a national park; some require claimants to have a traditional connection to the land claimed; others require no traditional connection⁷⁶. Title restrictions may include limitations on selling or mortgaging the land, and requirements that an incorporated body or trust manage the title on behalf of the traditional owner collective⁷⁷. The requirement that land be unclaimed means that a lot of the land available for claim is in remote areas and of “low commercial value”⁷⁸.

There have also been several judicial responses to the land claims of Aboriginal and Torres Strait Islander peoples⁷⁹. The foundational case is *Mabo v Commonwealth (No 2)* (1992). Counsel for Eddie Mabo did not dispute the acquisition of colonial sovereignty after the annexation of the islands to the northern Australian state of Queensland in 1879. They instead argued that the Miriam people of the Murray Islands in the Torres Strait continued to own and possess their lands and surrounding waters “in accordance with the law, customs, traditions and practices of the Miriam people”⁸⁰,

63 PIERLUIGI, Claudio. Aboriginal Land Rights History: Western Australia. *Aboriginal Law Bulletin*, v. 56, 1991.

64 GOODALL, Heather. Land in our Own Country: The Aboriginal Land Rights Movement in South-eastern Australia, 1860 to 1914. *Aboriginal History*, v. 14, p. 1-24, 1990.

65 BALLYN, Sue. *The British Invasion of Australia*. Convicts: Exile and Dislocation. In *Lives in Migration: Rupture and Continuity*. Catalonia: University of Barcelona, 2011. p. 17-18.

66 GOODALL, Heather. Land in our Own Country: The Aboriginal Land Rights Movement in South-eastern Australia, 1860 to 1914. *Aboriginal History*, v. 14, p. 1-24, 1990.

67 See GOODALL, Heather. Land in our Own Country: The Aboriginal Land Rights Movement in South-eastern Australia, 1860 to 1914. *Aboriginal History*, v. 14, p. 1-24, 1990.

68 AIATSI. *Land rights*. Canberra: AIATSI, 2015. Available in: <http://aiatsis.gov.au/explore/articles/land-rights>. Access on: 10 Apr. 2016; CENTRAL LAND COUNCIL. *History of the Land Rights Act*. Alice Springs: CLC, 2015. Available in: <http://www.clc.org.au/articles/info/history-of-the-land-rights-act/>. Access on: 20 Apr. 2016.

69 Aboriginal and Torres Strait Islander peoples with “primary spiritual responsibility” for the relevant land.

70 See e.g. *National Parks and Wildlife Act 1974* (NSW) s 87B.

71 See e.g. *Aboriginal Cultural Heritage Act 2003* (Qld).

72 See e.g. *National Parks and Wildlife Regulation 2009* (NSW) Part 8A.

73 See e.g. *Northern Territory Aboriginal Sacred Sites Act 1989* (NT).

74 INDIGENOUS LAND CORPORATION. About us. Adelaide: ILC, 2015. Available in: <http://www.ilc.gov.au/Home/About-Us>. Access on: 17 Apr. 2016.

75 See e.g. *Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act 1976* (Cth); *Aboriginal Lands Trust Act 2013* (SA); *Aboriginal Land Rights Act 1983* (NSW).

76 See generally WENSING, Ed. Dealings in native title and statutory Aboriginal land rights lands in Australia: what land tenure reform is needed?. In: SANDERS, Will (Ed.). *Engaging Indigenous Economy*. Canberra: ANU, 2016.p. 215-217.

77 WENSING, Ed. Dealings in native title and statutory Aboriginal land rights lands in Australia: what land tenure reform is needed?. In: SANDERS, Will (Ed.). *Engaging Indigenous Economy*. Canberra: ANU, 2016. p. 215-217; MADDISON, Sarah. *Black politics: inside the complexity of Aboriginal political culture*. Brisbane: Griffin Press, 2009.

78 MADDISON, Sarah. *Black politics: inside the complexity of Aboriginal political culture*. Brisbane: Griffin Press, 2009. p. 6.

79 See e.g. *Milirrpum v Nabalco Pty Ltd.* (1971) 17 FLR 141; *Coe v Commonwealth* (1993) 118 ALR 193; *Mabo v Queensland [No 2]* (1992) 175 CLR 1; see generally KARLYAWASAM, Kanchana. Native title litigation in Australia: does the judiciary deliver on the principal objectives defined by *Mabo*? *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law*, v. 1&2, 2013. p. 3-27.

80 KENNA, Jonathan. *The Statement of Claim*. Canberra: National

and that these rights had not been extinguished by any legislative or executive act of the Queensland government⁸¹. In agreeing, the High Court rejected the legal fiction that Australia belonged to no one at the time of colonization. They found the Australian common law capable of recognizing traditional law and custom as a source of property rights and interests, and that the government could not extinguish native title “without the payment of compensation or damages to the traditional titleholders”⁸².

Like the statutory land rights scheme, the common law native title regime recognizes collective ownership of land. Also similar to the statutory scheme was the finding that because native title rights and interests derived from tradition, they could not be alienated or assigned.⁸³ Regarding the scope of native title rights, the Court enunciated them as a “bundle of rights”: “Title” is...the abstract bundle of rights associated with...possession. Significantly, it is also used to describe the group of rights which result from possession but which survive its loss...⁸⁴

The Australian government quickly followed the Mabo case with legislation⁸⁵, partially to quell the propaganda campaign that Aboriginal and Torres Strait Islander peoples could claim suburban backyards. Section 223 of the *Native Title Act 1993* defines native title rights and interests as “communal, group or individual rights and interests” possessed under traditional law and custom and held by Aboriginal and Torres Strait Islander peoples with a continued connection to the lands. The criterion that traditional owners must demonstrate a continued connection with the land is particularly difficult to establish in a colonized country⁸⁶. Further, the 1993 legislation validated many past acts of dispossession, including the grant of freehold titles. That is, any grant of freehold extinguishes native title.

Subsequent High Court cases brought by native title claimants have sought to define the limits of native title rights and interests. For instance, in *Wik v Queensland* (1996)⁸⁷, the High Court revisited the extinguishment doctrine and found that native title could co-exist with other rights and interests in land because native title was a bundle of rights that could be “extinguished one by one”⁸⁸. If there is any inconsistency between the rights of the native titleholders and other rights, the rights of the native titleholders must yield. “If there is no conflict, the rights of each co-exist”⁸⁹. The Australian government quickly responded with amendments to the Native Title Act. Arguably, the amendments “resulted in the reduction of only Indigenous peoples’ rights”⁹⁰. On a more positive note, in *Akiba on behalf of the Torres Strait Regional Seas Claim Group v Commonwealth of Australia* [2013] HCA 33, the High Court rejected the prior assumption that native title rights and interests did not include commercial rights and interests⁹¹. The Court unanimously found that legislation requiring people to obtain a fishing license did not extinguish native title rights to fish for any purpose (commercial or non-commercial).

Today, native title claims are determined by the Federal Court, either by a judicial determination or by a consent determination following an agreement between people holding rights and interests in the relevant land.⁹² Determinations may extend to exclusive native title rights, where the holders can exclude others from the land, or non-exclusive rights that co-exist with other rights and interests. The Native Title Act vests native titleholders, and people who have registered a native title claim yet to be determined, with the right to negotia-

Film and Sound Archive of Australia, 2015. Available in: <<http://www.nfsa.gov.au/digitallearning/mabo/info/theStatementOfClaim.htm>>. Access on: 16 apr. 2016.

81 ABS. *The Mabo Case and the Native Title Act*. Canberra: ABS, 2012. Available in: <<http://www.abs.gov.au/Ausstats/abs@.nsf/Previousproducts/1301.0Feature%20Article21995>>. Access on: 20 Apr. 2016.

82 *Mabo v Queensland* [No 2] (1992) 175 CLR 1.

83 AIATSIS. *Overturing the Doctrine of Terra Nullius: The Mabo Case*. Canberra: AIATSIS, 2000. p.3-4.

84 *Mabo v Queensland* [No 2] (1992) 175 CLR 1, 631-632.

85 *Native Title Act 1993* (Cth).

86 AIATSIS. *Overturing the Doctrine of Terra Nullius: The Mabo Case*. Canberra: AIATSIS, 2000. p. 3-4.

87 *Wik Peoples v Queensland* (1996) 187 CLR 1.

88 *Wik Peoples v Queensland* (1996) 187 CLR 1.

89 AIATSIS. *Wik Peoples v Queensland*: case summary. Canberra: AIATSIS, 1997. Available in: <http://aiatsis.gov.au/publications/products/case-summary-wik-peoples-v-queensland>. Access on: 17 apr. 2016.

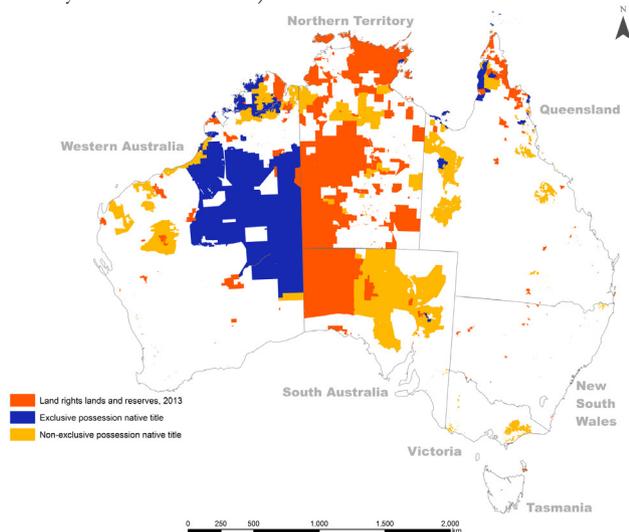
90 AIATSIS. *Wik: Coexistence, pastoral leases, mining, native title and the ten point plan*. Canberra: AIATSIS, 2008. Available in: <http://aiatsis.gov.au/sites/default/files/products/research_outputs_statistics_and_summaries/wik-coexistence-pastoral-leases-mining-nati-ve-title-ten-point-plan.pdf>. Access on: 20 apr. 2016.

91 See AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION. *The Nature and Content of Native Title*. In Connection to Country: Review of the Native Title Act 1993. Canberra: ALRC, 2015.

92 See AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION. *Promoting Claims Resolution*. In Review of the Native Title Act 1993. Canberra: ALRC, 2014.

te mining leases on their lands⁹³. If native titleholders or claimants refuse to agree to mineral exploration, the mining company can petition the National Native Title Tribunal to mediate or determine the matter⁹⁴. As of 2009, the Tribunal had determined only one case in favour of native titleholders⁹⁵. This may compel native title groups to negotiate mining agreements on their lands even when they do not want to.

Figure 3 represents the extent of statutory land rights and native title determinations in Australia (it does not represent native title claims yet to be determined)



Fonte: Land rights portfolio in 2013 © Jon Altman and Francis Markham, ANU

Statutory and native title rights underpin several other legal regimes regulating Aboriginal and Torres Strait Islander access to land. For instance, most Australian states and territories have co-management regimes that enable statutory or exclusive possession native titleholders to negotiate the co-management of national reserve land⁹⁶. Generally, participation in the regimes require Aboriginal and Torres Strait Islander landowners to lease their land to the government for 99 years for use as a national or state park in exchange for financial support to maintain the land⁹⁷. The government and traditional owners then manage the land jointly, with management arrangements regulated by legislation, lea-

se agreements, management plans and the constitution of the board of directors. Uluru and Kakadu National Parks are examples of these arrangements (see **Figure 4**)⁹⁸.

Indigenous Land Use Agreements (ILUAs) are a private law mechanism used to modify or determine Aboriginal and Torres Strait Islander land rights.⁹⁹ Mining on native title land provides an example of how ILUAs may modify land rights. Generally, the mining company negotiates an ILUA that requires the native titleholders or claimants to permit mineral exploration in exchange for a share of mining royalties¹⁰⁰. The Indigenous Protected Areas program (IPA) provides an example of the use of ILUAs to determine land rights and expand the national reserve system. This occurs when the Australian Government agrees to settle a land claim if the claimants agree to manage the land as a protected area¹⁰¹. Alternatively, existing Aboriginal and Torres Strait Islander landowners may voluntarily donate land to the national reserve system in exchange for time-limited government financial support to carry out land management work “to conserve the lands ecological and cultural value” in line with agreed international standards and a Plan of Management¹⁰². Indigenous Protected Areas (IPAs) comprise over 40 per cent of the national reserve system (**Figure 4**)¹⁰³, with “60 per cent...managed by government-funded Indigenous ranger groups”¹⁰⁴. However, the IPA program is not a statutory program, making all funds discretionary and subject to current policy.

Figure 4

93 Native Title Act 1993 (Cth) ss 25-44.

94 Native Title Act 1993 (Cth) ss 25-44.

95 Western Desert Lands Aboriginal Corporation/Western Australia/Holocene Pty Ltd [2009] NNTTA 49.

96 BAUMAN, Toni; HAYNES, Chris; LAUDER, Gabrielle. *Pathways to the co-management of protected areas and native title in Australia*. Canberra: AIATSIS. 2013. p. 10.

97 See e.g. *National Parks and Wildlife Conservation Act (NSW) Part 4A*.

98 BAUMAN, Toni; HAYNES, Chris; LAUDER, Gabrielle. *Pathways to the co-management of protected areas and native title in Australia*. Canberra: AIATSIS. 2013. p.14-17.

99 *Native Title Act 1993* (Cth) Division 3.

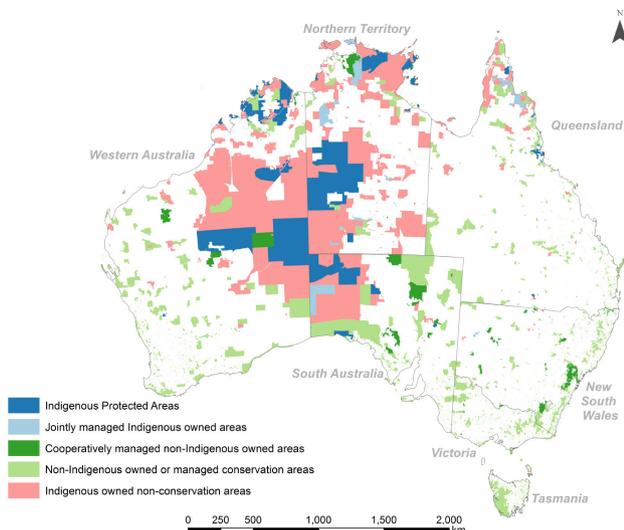
100 *Native Title Act 1993* (Cth) Division 3.

101 BAUMAN, Toni; HAYNES, Chris; LAUDER, Gabrielle. *Pathways to the co-management of protected areas and native title in Australia*. Canberra: AIATSIS. 2013. p. 14-17.

102 BAUMAN, Toni; HAYNES, Chris; LAUDER, Gabrielle. *Pathways to the co-management of protected areas and native title in Australia*. Canberra: AIATSIS. 2013. p. 14-17.

103 AUSTRALIAN GOVERNMENT. *Australia's Indigenous Protected Areas*. Canberra: Commonwealth, 2016.

104 AUSTRALIAN GOVERNMENT. *Australia's Indigenous Protected Areas*. Canberra: Commonwealth, 2016.



Fonte: Joint management and Indigenous Protected Areas estate in 2013 © Jon Altman and Francis Markham, ANU

There is no single, comprehensive map of the different types of land rights held by Aboriginal and Torres Strait Islander peoples in Australia. Such a map may be difficult to develop because of the overlap of different rights on the same piece of land. Recent estimates suggest that Aboriginal and Torres Strait Islander peoples control access to just over 30% of land, most of which is in remote areas¹⁰⁵. The following table provides a simplified summary of Aboriginal and Torres Strait Islander land rights.

Type of land right:	Source	Land rights
Standard freehold	Property law (common law and legislation)	Rights to own, possess, mortgage, lease and negotiate access to property
Statutory land rights	Various land rights legislations	Unfettered or conditional freehold rights, depending on jurisdiction; may or may not require traditional connection to land; some statutory landowners have rights to participate in land use decisions
Statutory rights to hunt and gather	National park, flora and fauna legislation	Traditional owner and family rights to forage for non-commercial purposes on some public lands

¹⁰⁵ See generally STEERING COMMITTEE FOR THE REVIEW OF GOVERNMENT SERVICE PROVISION. *Overcoming Indigenous Disadvantage*. Key Indicators. 2011. p. 56; NATIONAL NATIVE TITLE TRIBUNAL. **Registered Indigenous Land Use Agreements**. Canberra: NNTT, 2016; NATIONAL NATIVE TITLE TRIBUNAL. *Determination of Native Title*. Canberra: NNTT, 2016.

Native title rights	Common law, codified in native title legislation; rights sourced in common law and tradition	Bundle of rights extinguishable by inconsistent legal rights; rights must be managed by corporation or trust; registered native title claimants and holders have right to negotiate mining leases; some registered claimants and holders have rights to participate in land use decisions
Contractual rights	Indigenous Land Use Agreement or other agreement	Rights determined by agreement; may require the relinquishing of freehold rights in exchange for financial support to manage land according to agreement
Statutory joint management arrangements	Legislation is different jurisdictions	Provides for the co-management of land as a protected area; may require leaseback of freehold land in exchange for funding; must be managed in accordance with a management plan

4. COMPARISON BETWEEN LAND RIGHTS IN BRAZIL AND IN AUSTRALIA

Brazil and Australia are both constitutional federations with state and federal divisions, but their legal and political structures are different. Before establishing a comparison of legal rights between Brazil and Australia, it is necessary to highlight some key differences.

First, Brazil is a civil law system. This means that legislation is the only way to create legal rights (although judicial precedent can play an important role in giving effect to those rights and ensuring their correct interpretation). Conversely, Australia is a common law system that allows the federal and state legislatures to pass statutes and the federal and state courts to make rules through case law and statutory interpretation¹⁰⁶.

Second, the Brazilian federation arose from the segregation of a unitary country. This led to the Union (Commonwealth) keeping many more legislative and executive competences than those granted to the states and municipalities. This includes the power to legislate with respect to Indigenous lands. The Australian federation arose from aggregation, with the states retaining

¹⁰⁶ STATE LIBRARY OF NSW. *Australian Legal System*. Sydney: SLNSW, 2006.

all the lawmaking powers not delegated to the Commonwealth in section 51 of the Constitution. One such power concerns land. This explains the diversity of land rights between jurisdictions in Australia.

Notwithstanding the differences, there are many similarities between the two countries:

- a. Both were colonized by Europeans who systematically depopulated and dispossessed the Indigenous populations that inhabited the territories
- b. Both have legal instruments granting land to Indigenous peoples
- c. Both have recognised few Indigenous lands in developed areas
- d. Both have protected area systems that provide for the co-existence of Indigenous rights and environmental goals

In some ways, Brazil is more advanced in the recognition of Indigenous land rights than Australia. For instance, the Brazil Constitution recognises Indigenous people's rights to possess their traditional lands. The Australian Constitution contains no such protection. In fact, Australia affords no Constitutional protection to Indigenous peoples in any regard. On the contrary, section 25 allows state governments to ban people from voting based on their race. This provision led to the exclusion of Aboriginal and Torres Strait Islander peoples from voting until the 1960s¹⁰⁷. Section 51(xxvi) grants the federal government the power to make special laws with respect to the people of any race¹⁰⁸. The Australian High Court has determined that this "race" power allows the federal government to grant or take away rights¹⁰⁹. To date, the federal government has only used the power to make laws regarding Aboriginal and Torres Strait Islander peoples¹¹⁰.

The *Northern Territory National Emergency Response Act 2007* provides an example of the exercise of the race power and its effect on land rights in Australia. In 2007, the federal government ordered the army to invade

many Aboriginal and Torres Strait Islander communities in northern Australia in response to reports of child sexual abuse¹¹¹. Subsequent "intervention" legislation suspended the operation of the *Racial Discrimination Act 1975* on the basis emergency action was necessary to "protect Aboriginal children and vulnerable adults living in the affected communities"¹¹². One such emergency action was the curtailment of statutory land rights held by some Aboriginal and Torres Strait Islander peoples. Prior to the intervention, statutory landowners in the Northern Territory could freely decide whether to lease their land to others. The *Northern Territory National Emergency Response Act 2007* allowed the federal government to compulsorily acquire these lease options on the rationale that compulsory acquisition was necessary to "stabilize the communities such that they are safe places for the kids"¹¹³. There is some suspicion that the intervention had more to do with controlling land than child welfare, as three months before the intervention the traditional owners had rejected an AUD\$60 million offer from the government to relinquish control "of leasing arrangements"¹¹⁴.

Constitutional recognition of Aboriginal and Torres Strait Islander peoples has been on the national agenda for a long time, but to no avail. Past processes include the Expert Panel on Constitutional Recognition of Indigenous Australians, the Act of Recognition Review Panel and the Joint Select Committee on Constitutional Recognition of Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples¹¹⁵. On 7 December 2015, the Prime Minister and Leader of the Opposition appointed a Referendum Council to progress the recognition of Aboriginal and Torres Strait Islander peoples in Australia's Constitu-

111 BEACROFT, Laura; POOLE, Melanie. *Overview of Northern Territory Emergency Response*. Canberra: CAEPR, 2008. Available in: <http://caepr.anu.edu.au/sites/default/files/Seminars/presentations/Beacroft_NTER.pdf>. Access on: 20 Apr. 2016.

112 GULSON, Kalervo; PARKES, Robert. From the Barrel of the Gun: Policy Incursions, Land, and Aboriginal Peoples in Australia. *Environment and Planning*, v. 42, p. 300-313, 2010.

113 GULSON, Kalervo; PARKES, Robert. From the Barrel of the Gun: Policy Incursions, Land, and Aboriginal Peoples in Australia. *Environment and Planning*, v. 42, p. 300-313, 2010.

114 GULSON, Kalervo; PARKES, Robert. From the Barrel of the Gun: Policy Incursions, Land, and Aboriginal Peoples in Australia. *Environment and Planning*, v. 42, p. 300-313, 2010.

115 AUSTRALIAN GOVERNMENT. *Constitutional recognition*. Canberra: Commonwealth, 2016. Available in: <<https://www.dpvc.gov.au/indigenous-affairs/constitutional-recognition>>. Access on: 20 Apr. 2016.

107 AUSTRALIAN GOVERNMENT. *The 1967 referendum*. Fact sheet 150. Canberra: Commonwealth, 2016.

108 Australian Constitution section 51(xxvi).

109 CASTAN, Melissa. *Explainer: what Indigenous constitutional recognition means*. Canberra: The Conversation, 2014.

110 CASTAN, Melissa. *Explainer: what Indigenous constitutional recognition means*. Canberra: The Conversation, 2014.

tion¹¹⁶. The Council comprises sixteen Indigenous and non-Indigenous members. A key focus of the Council is on the drafting of a constitutional preamble recognizing Aboriginal and Torres Strait Islander peoples as Australia's first peoples, and the drafting a referendum proposal to remove the race power from the Constitution¹¹⁷.

One idea that the Referendum Council may draw from Brazil is the constitutional protection of Indigenous rights to lands. Any such proposal must be mindful of the need for proposed Constitutional changes to pass a referendum. This is notoriously hard to achieve, with only eight off 44 proposed amendments passing in the last 200 years¹¹⁸. First, an absolute majority in both Houses of Parliament must pass the proposed amendment; second, the proposal must be approved by a "double majority", being a national majority of voters *and* a majority of voters in a majority of states (i.e. at least four out of six states)¹¹⁹. Negative reactions to Aboriginal and Torres Strait Islander land claims and the extent of private land ownership does not bode well for the passing of constitutional amendments conferring rights on Aboriginal and Torres Strait Islander peoples to possess any traditional land they have ever occupied, inhabited, used or conserved, similar to those conferred on Indigenous peoples by the Brazil Constitution. However, it might be possible to constitutionalize the native title and statutory lands rights regimes. It might also be possible to entrench the Indigenous Protected Areas regime, currently at the mercy of federal government discretion. This would help move the successful IPA program beyond changeable policy and create the first environmental protection in the Australian Constitution.

In other ways, Brazil has not advanced beyond Australia in the recognition of traditional land rights. For instance, Aboriginal and Torres Strait Islander peoples

have the legal capacity to claim ownership of Australian land not previously designated for another purpose. Aboriginal and Torres Strait Islander peoples who hold native title, or who have registered a claim for native title, have the legal right to negotiate mining on lands they own or claim. Although these legal capacities are limited to some Aboriginal and Torres Strait Islander peoples and more susceptible to change because they are not entrenched in the Constitution, the capacity to own land and negotiate the extraction of sub-surface minerals exceeds the constitutional rights of Brazil's Indigenous peoples to possess land and surface resources. In Brazil, the Union retains ownership of Indigenous lands, with most Indigenous peoples having the right to possession and the use surface resources.

Another way in which Australia land rights exceed those in the Brazilian system concerns the treatment of Brazil's non-Indigenous traditional peoples. Aside from the recognition of land rights for some Quilombolas, the Brazil Constitution does not protect the land rights of non-Indigenous traditional peoples. This lack of constitutional protection allows the federal government to enact laws that demand the forced relocation of non-Indigenous traditional peoples upon the creation of a full protection conservation unit on their homelands. In contrast, the Australian system offers the possibility of joint management arrangements for protected area inhabited by traditional populations, even for IUCN I and II category areas such as national parks.

Australia uses various mechanisms to effect joint management arrangements and permit the permanence or use of protected areas by traditional populations. These include statutory co-management regimes, government leaseback agreements, Indigenous Land Use Agreements (ILUAs) and memorandums of understanding. That is not to say the arrangements are perfect; they may require Aboriginal and Torres Strait Islander peoples to relinquish legal claims to land or submit unfettered freehold land to the rules and prohibitions of the national reserve system. Common constraints include use restrictions that limit the exercise of commercial and non-commercial practices. Nevertheless, joint management offers a participatory power greater than that granted to non-Indigenous traditional populations in Brazil. The Australian system also demonstrates a possible way forward for Brazil's non-Indigenous traditional peoples that reconciles the conflict between environmental and cultural rights.

116 AUSTRALIAN GOVERNMENT. *Constitutional recognition*. Canberra: Commonwealth, 2016. Available in: <<https://www.dpmc.gov.au/indigenous-affairs/constitutional-recognition>>. Access on: 20 Apr. 2016.

117 AUSTRALIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION. *About Constitutional recognition*. Available in: <<https://www.humanrights.gov.au/publications/about-constitutional-recognition>>. Access on: 20 Apr. 2016.

118 AUSTRALIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION. *About Constitutional recognition*. Canberra: AHRC. Available in: <<http://www.aec.gov.au/elections/referendums/types.htm>>. Access on: 20 Apr. 2016.

119 Australian Constitution section 128.

Perhaps the best system to protect the constitutional environmental rights of Brazil citizens and cultural rights of non-Indigenous traditional populations is a combination of the Australian and Brazilian systems. This might include the use of joint management agreements to permit the permanence of traditional populations inside protected areas, where scientific study supports the continuation of traditional activities, or at least the use of those lands for traditional purposes. This approach would support traditional populations to carry out the cultural practices essential for the maintenance and development of their biodiversity knowledge, recognized by the international community as essential to biodiversity conservation.

This approach fits within popular socio-environmentalist philosophy that highlights the positive impact traditional populations have on biological diversity and conservation¹²⁰. Socio-environmentalist scholars share many stories of where biodiversity has benefited from traditional practices and knowledge. For example, Balée tells that the story of the Kayapós, an Indigenous Brazilian nation that live in balance with nature. The Kayapós practice a subsistence economy and use natural energy technologies such as solar, fire and human force. As they manage the environment, they manipulate organic and inorganic components to create an environmental

120 See BALÉE, William L. *Footprints of the forest – Ka'apor ethnobotany: the historical ecology of plant utilization by an Amazonian people*. New York: Columbia University Press, 1994; REED, Richard. *Guarani production*. In: _____. *Forest dwellers, forest protectors: Indigenous models for international development*. Boston: Allyn and Bacon, 1997. p. 49-75; POSEY, Darrel Addison. *The importance of semi-domesticated species in postcontact Amazonia: effects of the Kayapó indians on the dispersal of flora and fauna*. In: HLADÍK, C. M. et al (Ed.). *Tropical forests, people and food: biocultural interactions and applications to development*. Paris: UNESCO; New York: The Parthenon Publishing Group, 1993. (Man & the Biosphere Series; v. 13); COLCHESTER, Marcus. *Salvaging nature: Indigenous peoples, protected areas and biodiversity conservation*. United Nations Research Institute for Social Development, Diane Publishing Co., 1994; DESCOLA, Philippe. *Diversité biologique, diversité culturelle*. In: MONOD, Jean-Claude; RAZON, Jean-Patrick, (Resp.). *Nature Sauvage, nature sauvée? Ecologie et peuples autochtones*. *Ethnies Documents* 24-25, Printemps, 1999; GÓMEZ-POMPA, Arturo; KAUS, Andrea. *Taming the wilderness myth*. *Bioscience*, v. 42, n. 4, p. 271-279, Abr. 1992; BENSUSAN, Nurit (Org.). *Seria melhor mandar ladrilhar?* Biodiversidade como, para que, por quê? Brasília: Universidade de Brasília, Instituto Socioambiental, 2000; DIEGUES, Antônio Carlos; ARRUDA, Rinaldo S. V. *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2001; SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Peirópolis, 2005; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *As populações tradicionais e a proteção das florestas*. *Revista de direitos difusos*, São Paulo, v. 31, maio/ jun. 2005.

diversity that did not exist in the pristine conditions prior to humans.¹²¹ Many similar stories regarding non-Indigenous traditional peoples suggest Brazil stands to benefit greatly from considering a joint management approach to biodiversity-rich homelands.

5. FINAL CONSIDERATIONS

This paper highlighted some key similarities and differences between the traditional land rights systems in Brazil and Australia. While each system demonstrates some progress towards land rights recognition, there is still a lot to be done to expedite the aspiration expressed in the Convention on Biological Diversity regarding the maintenance of traditional people's knowledge.¹²² This aspiration, intrinsic to the conservation of biological diversity, depends upon traditional people's access to land.

The constitutional protection of Indigenous people's rights to possess and use their traditional lands in Brazil far exceeds the land rights afforded to Australia's Aboriginal and Torres Strait Islander peoples. In Australia, Aboriginal and Torres Strait Islander peoples may submit a legal claim for land, but there are strict limitations on the land that can be claimed and the rights that can be granted. Priority is always accorded to private colonial interests over traditional land claims. The situation is made more insecure by the capacity of Australian parliaments and courts to further limit the lands and rights available for claim at any time, a noticeable trend in native title legislation.

A similar lack of constitutional protection for the land rights of Brazil's non-Indigenous traditional peoples allows for the forced relocation of these peoples to other areas upon the declaration of their land as a full protection conservation unit. This reflects a tension between environmental protection and cultural rights. The paper argues that the removal of traditional populations on environmental protection grounds is currently based on philosophical beliefs rather than scientific evidence. In many cases, scientific study may demonstrate that there is no conflict between biodiversity conservation

121 BALÉE, William L. *Footprints of the forest – Ka'apor ethnobotany: the historical ecology of plant utilization by an Amazonian people*. New York: Columbia University Press, 1994. p. 116.

122 See also International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966 and United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples 2007.

and the continued possession and use of the land by the traditional population. In these cases, an adaptation of the joint management models used to facilitate biodiversity conservation and Indigenous land rights in Australia can provide a legal mechanism to enable the co-existence of traditional peoples and conservation units in Brazil.

In all countries and for all traditional peoples, access to lands helps safeguard the knowledge and practices essential for biodiversity conservation. Future biodiversity conservation depends upon learning from the past; from peoples who have accumulated knowledge of the land and its resources, and sustained those resources over generations. Developing more efficient systems to secure traditional people's access to lands, whatever and wherever they are, is the only way to do it.

REFERENCES

- AIATSIS. *Overturing the Doctrine of Terra Nullius: The Mabo Case*. Canberra: AIATSIS, 2000. Available in: <http://aiatsis.gov.au/sites/default/files/products/research_outputs_statistics_and_summaries/wik-coexistence-pastrol-leases-mining-nati-vetitle-ten-point-plan.pdf>. Access on: 20 apr. 2016.
- AIATSIS. *Wik: Coexistence, pastoral leases, mining, native title and the ten point plan*. Canberra: AIATSIS, 2008. Available in: <http://aiatsis.gov.au/sites/default/files/products/research_outputs_statistics_and_summaries/wik-coexistence-pastrol-leases-mining-nati-vetitle-ten-point-plan.pdf>. Access on: 20 apr. 2016.
- ARRUDA, Rinaldo. "Populações tradicionais" e a proteção dos recursos naturais em unidades de conservação. *Ambiente & Sociedade*, ano 3, n. 5, 2 sem., 1999.
- AUSTRALIAN GOVERNMENT. *Australian Indigenous Cultural Heritage*. Canberra: Commonwealth, 2015. Available in: <<http://www.australia.gov.au/about-australia/australian-story/austn-indigenous-cultural-heritage>>. Access on: 20 apr. 2016.
- AUSTRALIAN GOVERNMENT. *The 1967 referendum*. Fact sheet 150. Canberra: Commonwealth, 2016.
- AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION. *Aboriginal Customary Laws and Anglo-Australian Law after 1788*. In: _____. *Recognition of Aboriginal Customary Laws*. Canberra: ALRC, 1986.
- AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION. *Promoting Claims Resolution*. In: _____. *Review of the Native Title Act 1993*. Canberra: ALRC, 2014.
- AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION. *The Nature and Content of Native Title*. In: _____. *Connection to Country: Review of the Native Title Act 1993*. Canberra: ALRC, 2015.
- AUSTRALIAN MUSEUM. *Family*. Canberra: Australian Museum, 2016. Available in: <<http://australianmuseum.net.au/indigenous-australia-family>>. Access on: 20 apr. 2016.
- BALÉE, William L. *Footprints of the forest – Ka'apor ethnobotany: the historical ecology of plant utilization by an Amazonian people*. New York: Columbia University Press, 1994.
- BALLYN, Sue. *The British Invasion of Australia. Convicts: Exile and Dislocation*. In: RENES, Martin (Ed.). *Lives in Migration: Rupture and Continuity*. Catalonia: University of Barcelona, 2011.
- BAUMAN, Toni; HAYNES, Chris; LAUDER, Gabrielle. *Pathways to the co-management of protected areas and native title in Australia*. Canberra: AIATSIS, 2013.
- BEACROFT, Laura; POOLE, Melanie. *Overview of Northern Territory Emergency Response*. Canberra: CAEPR, 2008. Available in: <http://caepr.anu.edu.au/sites/default/files/Seminars/presentations/Beacroft_NTER.pdf>. Access on: 20 apr. 2016.
- BENATTI, José Helder. *Unidades de conservação e as populações tradicionais: uma análise jurídica da realidade brasileira*. *Novos Cadernos NAEA*, v. 2, n. 2, dez. 1999.
- BENSUSAN, Nurit (Org.). *Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade como, para que, por quê?* Brasília: Universidade de Brasília; Instituto Socioambiental, 2000.
- BENSUSAN, Nurit. *Conservação da biodiversidade em áreas protegidas*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- BRASIL. Ministério da Cultura. *Lista das CRQs*. Available in: <<http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2015/09/C%C3%B3pia-de-Lista-das-CRQs-Certificadas-Portaria-n%C2%B0-84-08-06-2015.pdf>>. Access on: 19 nov. 2015.
- BRASIL. Ministério Público Federal. *Câmara de Ordenação e Revisão, 6. Territórios de povos e comunidades tradicionais e as unidades de conservação de proteção integral: alternativas para o asseguamento de direitos socioam-*

- bientais. Coordenação de Maria Luiza Grabner. Redação de Eliane Simões e Débora Stucchi. Brasília: MPF, 2014.
- CASTAN, Melissa. *Explainer: what Indigenous constitutional recognition means*. Canberra: The Conversation, 2014.
- CENTRAL LAND COUNCIL. *History of the Land Rights Act*. Alice Springs: CLC, 2015. Available in: <<http://www.clc.org.au/articles/info/history-of-the-land-rights-act/>>. Access on: 20 apr. 2016.
- COLCHESTER, Marcus. *Salvaging nature: Indigenous peoples, protected areas and biodiversity conservation*. Geneva: United Nations Research Institute for Social Development, Diane Publishing Co., 1994.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*. São Paulo: Claro Enigma, 2012. (Coleção Agenda Brasileira).
- DESCOLA, Philippe. Diversité biologique, diversité culturelle. In: MONOD, Jean-Claude; RAZON, Jean-Patrick (Resp.). *Nature Sauvage, nature sauvée? Ecologie et peuples autochtones*. Ethnies Documents 24-25, Prin-temps, 1999.
- DIEGUES, Antônio Carlos; ARRUDA, Rinaldo S. V. *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2001.
- FOLEY, Gary; ANDERSON, Tim. Land Rights and Aboriginal Voices. *Australian Journal of Human Rights*, v. 12, 2006.
- FUNAI. *Terras indígenas: o que é?* Available in: <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/demarcacao-de-terras-indigenas>>. Access on: 21 nov. 2015.
- GÓMEZ-POMPA, Arturo; KAUS, Andrea. Taming the wilderness myth. *Bioscience*, v. 42, n. 4, abr. 1992.
- GOODALL, Heather. Land in our Own Country: The Aboriginal Land Rights Movement in South-eastern Australia, 1860 to 1914. *Aboriginal History*, v. 14, 1990.
- GUANAES, Sandra; LIMA, Solange Almeida; PORTILHO, Wagner Gomes. Quilombos e usos sustentáveis. In: DIEGUES, Antônio Carlos; VIANA, Virgílio (Org.). *Comunidades tradicionais e manejo dos recursos naturais na Mata Atlântica*. 2. ed. São Paulo: HUCITEC, 2004.
- GULSON, Kalervo; PARKES, Robert. From the Barrel of the Gun: Policy Incursions, Land, and Aboriginal Peoples in Australia. *Environment and Planning*, v. 42, 2010.
- HARRIS, John. Hiding the bodies: the myth of the humane colonisation of Aboriginal Australia. *Aboriginal History*, v. 27, 2003.
- HILL, Ronald Paul. Blackfellas and Whitefellas: Aboriginal Land Rights, the Mabo Decision, and the Meaning of Land. *Human Rights Quarterly*, v. 27, 1995.
- INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). *Almanaque socioambiental Parque indígena do Xingu: 50 anos*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011.
- KARLYAWASAM, Kanchana. Native title litigation in Australia: does the judiciary deliver on the principal objectives defined by Mabo? *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law*, v. 1&2, 2013.
- LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Natureza e cultura: unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes*. Curitiba: Letra da Lei, 2009.
- LIMA, André; BENSUSAN, Nurit (Org.) *Quem fala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. (Série Documentos do ISA; 8).
- LITTLE, Paul. *Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade*. Brasília: Universidade de Brasília, 2002. (Série Antropologia 322).
- MADDISON, Sarah. *Black politics: inside the complexity of Aboriginal political culture*. Brisbane: Griffin Press, 2009.
- MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. Acesso e uso dos conhecimentos tradicionais no Brasil: o caso Ver-o-Peso. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; CUREAU, Sandra (Org.). *Bens culturais e direitos humanos*. São Paulo: SESC, 2015.
- PIERLUIGI, Claudio. Aboriginal Land Rights History: Western Australia. *Aboriginal Law Bulletin*, v. 56, 1991.
- POSEY, Darrel Addison. The importance of semi-domesticated species in postcontact Amazonia: effects of the Kayapó indians on the dispersal of flora and fauna. In: HLADÍK, C. M. et al (Ed.). *Tropical forests, people and food: biocultural interactions and applications to development*. Paris: UNESCO; New York: The Parthenon Publishing Group, 1993. (Man & the Biosphere Series; v. 13).
- POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. *Localização e extensão das TIs*. Available in: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/terras-indigenas/demarcacoes/localizacao-e-extensao-das-tis>>. Access on: 19 nov. 2015.

- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- REED, Richard. Guarani production. In:_____. *Forest dwellers, forest protectors: Indigenous models for international development*. Boston: Allyn and Bacon, 1997. p. 49-75.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das letras, 1995.
- RICARDO, Fany (Org). *Terras indígenas e unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.
- SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Peirópolis, 2005.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. As populações tradicionais e a proteção das florestas. *Revista de direitos difusos*, São Paulo, v. 31, maio/ jun. 2005.
- STATE LIBRARY OF NSW. *Australian Legal System*. Sydney: SLNSW, 2006.
- STEERING COMMITTEE FOR THE REVIEW OF GOVERNMENT SERVICE PROVISION. *Overcoming Indigenous Disadvantage: Key Indicators*, 2011.
- VARELLA, Marcelo; PLATIAU, Ana Flávia (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. (Coleção Direito Ambiental, 2).
- VITORELLI, Edilson. *Estatuto da igualdade racial e comunidades Quilombolas*. Salvador: Juspodivm, 2012.
- WENSING, Ed. Dealings in native title and statutory Aboriginal land rights lands in Australia: what land tenure reform is needed?. In: SANDERS, Will (Ed.). *Engaging Indigenous Economy*. Canberra: ANU, 2016.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

The reception of European ideas in Latin America: the issue of the German sources in Tobias Barreto, a prominent nineteenth century Brazilian legal scholar

A recepção de ideias europeias na América Latina: o tema das fontes alemãs em Tobias Barreto, um importante pensador do direito brasileiro no século XIX

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

The reception of European ideas in Latin America: the issue of the German sources in Tobias Barreto, a prominent nineteenth century Brazilian legal scholar*

A recepção de ideias europeias na América Latina: o tema das fontes alemãs em Tobias Barreto, um importante pensador do direito brasileiro no século XIX

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy**

ABSTRACT

The paper explores the reception of European ideas in Latin America, exemplifying the argument through the philo-germanism defended by Tobias Barreto. It explores his personal library, in which there were many a German authors. In order to clarify this cultural reception, the research mapped the German authors with whom Tobias Barreto had some sort of identity and appreciation, especially as for Rudolf von Jehring.

Keywords: European ideas in Latin America. Philo-germanism. Tobias Barreto.

RESUMO

O ensaio explora a recepção de ideias europeias na América Latina, exemplificando o argumento por intermédio do filogermanismo defendido por Tobias Barreto. O ensaio explora os livros alemães de sua biblioteca. Com o objetivo de clarificar essa recepção cultural a pesquisa mapeia os autores alemães com os quais Tobias Barreto compartilhava alguma forma de identidade e de respeito, especialmente no que se refere a Rudolf von Jehring.

Palavras-chave: Ideias europeias na América Latina. Filogermanismo. Tobias Barreto.

1. PRELIMINARY REMARKS

This paper is an effort of illustrating the transposition and reception of European ideas and institutions in Latin America. It assumes European Law as a historical concept, irrespective of its geographical limits¹. It also accepts

¹ See, for all, DUVE, Thomas. *European legal history: global perspectives*. Max-Planck-Institute, 2013. Also, DUVE, Thomas. Von der Europäischen zu einer Rechtsgeschichte zu einer

* Invited Author

** Habilitation (Livre-docencia) University of São Paulo-Brazil (USP). PhD, LL M, Catholic University of Sao Paulo (PUC)-Brazil. Law professor at Centro Universitário de Brasília-Uniceub-Brazil. Research done at the Max-Planck Institute für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt, Germany, december 2014. E-mail: asmgodoy@gmail.com.

law as a keystone element of European culture². In the context of sharing legal values in Western society³, the transposition of a legal framework (and the ideas that nurture it), however, may appear as an interchange that somewhat goes out of control, for there are also some random circumstances.

In the context of the paper, one does not know how receivers in Latin America valued European authors, books and ideas as significant. Some European books, authors and ideas that its beneficiaries in Latin America had chosen as canonical may end in a quasi-oblivion. It is not a rule, but the argument worth the discussion. In order to sustain it, the paper enhances an effort of finding and gathering some German sources that influenced Tobias Barreto (1839-1889), a Brazilian scholar concerned with German authors and ideas.

Notwithstanding Tobias Barreto's efforts towards a Brazilian reception of German intellectual stimulus, in both Philosophy and Law, the outcome was a mere rearrangement within the boundaries of European legal ideas and traditions, always moveable and contingent⁴. Tobias Barreto criticized the French positivism. The emphasis on German as opposed to the traditional association with France was arguably a symptom of a new balance of forces in Europe⁵. However, as for Brazil, Europe was still the reference, no matter whether the allusion was French or German.

The paper surveys some German authors whose books were in Tobias Barreto's personal library. His

books were sold to the Law School in which he studied and worked, due to the effort of Clovis Bevilacqua, a Brazilian legal scholar who was of a paramount importance in the beginning of the twentieth century, allegedly one of the main authors of the Brazilian Civil Code.

As for the present discussion, there is a riddle, which the transposition theory has to consider, for authors could be lately forgotten in the original cultural context they lived. How a South American counterpart chose European authors in the nineteenth century? How ideas and judicial concepts were transposed from one place into another? How several German authors are related to Tobias Barreto? For what reason and in what context Tobias Barreto quoted them? Those are some issues raised in the paper.

2. TOBIAS BARRETO AND HIS GERMAN MOTIVATIONS

Tobias Barreto (1839-1889) was a professor, lawyer, journalist and poet. He is a founder of a school of jurisprudence that Brazilian scholars have termed *the School of Recife*. This designation is due to the city where he taught Law in the 1880's. There was a law school, established by an imperial order in 1827⁶, traditional and important, up to now.

As mentioned, Tobias Barreto was also a poet. He framed his verses in the canon of the Brazilian romanticism. The struggle against slavery was an enduring subject that fueled the poetry he composed. As a publicist, Tobias Barreto had extensively published in local newspapers. An aggressive polemist, Tobias Barreto had cultivated many foes and sectaries, as well as many supporters.

Tobias Barreto was fully studied by Mario Losano, an Italian scholar, who emphasized the German influences on Barreto's thoughts. Losano had carefully examined the German books that belonged to Tobias Barreto's personal library, on a famous field research he completed in the city of Recife⁷. It is significant to register that Tobias Barreto

Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer perspective. In: RECHTSGESCHICHTE legal history rg 20. 2012. Available: <<http://dx.doi.org/10.12946/rg20/018-071>>. Accessed on: Dec, 10th, 2014, p. 18-71.

2 See, COING, Helmut. *Das recht als element der europäischen kultur*. Heidelberg: Verlag Lambert Schneider, 1983. This tradition somewhat has been built since the late middle ages. See, BELLOMO, Manlio. *L'Europa del diritto comune*. Roma: I Cigno Galileo Galilei Edizioni di Arte e Scienza, 1994. For some general terms in the European legal culture context see HELLERINGER, Geneviève; PURNHAGEN, Kai. *Towards a european legal culture*. Baden-Baden: Nomos, 2014.

3 As for this concept, STEIN, Peter; SHAND, John. *Legal values in western society*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1974.

4 See, GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Roma; Bari: Laterza, 2007. p. 4.

5 In 1870, a new European order was fixed. The triumph of Germany in Sedan may had some cultural outcomes, which points to the idea that cultural values are somewhat a mirror of political power. This account can be tested in language studies. The role of Greek during the Antiquity, the role of Latin during the Late Antiquity as well as in the Middle Ages, the role French during the XVIII th century and the presence of English language as a *lingua franca* since the XIX th century are instances of this account.

6 Only in 1827 there were founded Law schools in Brazil. They were located in São Paulo (down South) and in Olinda (in the Northeastern part of Brazil). The Olinda school was shortly after transferred to Recife.

7 LOSANO, Mario. *Tobias Barreto, um jurista tropical*. Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale. Roma; Bari: Laterza, 2000.

is one of the five Brazilians summarized on the famous Michael Stolleis' *Lexicon*⁸. He has also a short biography on a Spanish *lexicon* entitled *Juristas Universales*⁹. He is likewise studied on the notorious Spanish *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos*¹⁰, in which the authors stressed the influence of Ernst Haeckel and Ludwig Büchner upon his own philosophy.

The paper addresses the German influence in the Brazilian legal thought, which resulted — among others — in the first Brazilian Civil Code, sanctioned in 1916, in the aftermath of a long struggle that occurred in the Brazilian Congress¹¹. The German Civil Code-*Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*, due to the prestige of German in the realm of Private Law, had a great ascendancy upon the Brazilian Code of Private Law. In addition, some German authors anterior to the *BGB*, like Gustav Hugo, Friedrich von Savigny and Rudolf von Jhering were telling and effective in the context of Brazilian legal thought.

This prestige was somewhat due to the approach of a group of Brazilian scholars towards the German legal thought, in which Brazil underwent the discussion on them fashionable topics, as *Naturrecht*, *Positivismus*, *historische Schule* and *Pandektenrecht*, to borrow a fragment of Uwe Wesel's monumental work¹². The outcome consisted in a strong resistance to French influence, which was prevailing up to them. The Brazilian tendency to follow the German private legal framework, as opposed to the previous trend to follow the French legal outlook, was a deployment of a set of ideas condensed in the program of scholars of the mentioned *School of Recife*. For instance, the main author of the Brazilian Civil Code, Clovis Beviláqua, was himself a germanist and a learner of Tobias Barreto. They had a long lasting friendship.

Tobias Barreto was a mulatto from a poor background; his father was a civil servant with minor du-

ties, responsibilities and income. Barreto attended Law School in Recife and afterwards learned German on his own. In 1870, he bought a German dictionary and a German grammar. He ordered his bookseller the very first book he read in German: *Einleitung in die Geschichte des Volkes Israels*, penned by Heinrich Ewald¹³, published in Gottingen, in 1864¹⁴. This very book can be seen today in the law school library where Barreto had taught¹⁵. The volume is a relic.

The recommendation of the first German book Tobias Barreto had bought is a relevant hint for the present argument; for we have no clues of how he could have chosen the German books he bought. A catalog in the hands of his bookseller could have inspired titles that he had chosen. In addition, the amount of time demanded until the arrival of the books, prices, as well as references collected in other readings, are facts that suggest countless circumstances towards which one can only digress.

Tobias Barreto rejected Auguste Comte and the French positivist tradition¹⁶. As he had once affirmed, "the German thinkers, in almost all realms of wisdom, are, at least, ten years ahead of the French"¹⁷. He was a germanist whose ideas have transformed the way some Brazilian scholars understood law. Tobias Barreto comprehended law not as an heir of the heavens, but as an historical phenomenon. He had many followers such as Silvio Romero, Pontes de Miranda, Hermes Lima and Miguel Reale, who are among the most influential Brazilian philosophers of law.

Tobias Barreto taught Jurisprudence in Recife from 1882 to almost the year of his death. He had an enormous prestige among his students. As for his tendency

8 STOLLEIS, Michael (Org.). *Juristen- ein biographisches lexicon von der antike bis zum 20 jahrhundert*. München: Beck, 2001. p. 65. The other ones are: Teixeira de Freitas (p. 85), Clóvis Beviláqua (p. 64), Pontes de Miranda (p. 509) and Rui Barbosa (p. 63).

9 DOMINGO, Rafael (Org.). *Juristas universales*. Barcelona: Marcial Pons, 2004. p. 466. There is only another Brazilian mentioned in this publication: Clóvis Beviláqua (p. 728).

10 PELÁEZ, Manuel J. (Ed.). *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos*. Zaragoza y Barcelona: Cometa, 2005. p. 135.

11 See RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luís. *A Influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 938. p. 79-155.

12 WESEL, Uwe. *Geschichte des rechts in europa-von den griechen bis zum vertrag von lissabon*. München: Verlag C. H. Beck, 2010. p. 509-512.

13 Heinrich Ewald (1803-1875) was educated in Göttingen, where he studied Theology and Ancient Languages.

14 The sample on Tobias Barretos' library is EWALD, Heinrich. *Einleitung in die geschichte des volkes Israels*. Goettingen: Dietrichsches Buchlandlung, 1864. The first edition of this book was published in 1843.

15 A sample of this book is among the collection mentioned on a catalog of an exposition of Tobias Barreto's books in the 170 th year of his birth. *Catálogo da Mostra Bibliográfica da Exposição Tobias Barreto: as marcas de um homem (170 anos de nascimento- 1839-1889)*. Recife: Faculdade de Direito, 2009.

16 See, PAIM, Antonio. *A filosofia da escola do Recife*. Rio de Janeiro: Saga, 1966.

17 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 19. Originally in Portuguese: "Os pensadores alemães, em quase todos os domínios da inteligência, andam dez anos, pelo menos, adiante dos franceses".

towards German ideas, it is illuminating to consider the fact that he wrote three monographs in the German language. Namely, *Brasilien wie es ist in literarischer Hinsicht betrachtet* (1876), *Ein offener Brief an die deutsche Presse* (1878) and *Rechtsleben und Rechtstudium in Brasilien* (1880); this last one is by all accounts lost. In the 1870's, when living in the hinterlands of the state of Pernambuco, Tobias Barreto published a few issues of a newspaper written in German, *Deutscher Kämpfer*. Probably nobody but him had effectively read the mentioned magazine.

In the face of Tobias Barreto's writings one can speculate about the sources that fostered his philogermanism. He mentioned a German magazine, named *The Prussian Annals*, in an emblematic excerpt. This journal circulated the ideas and authors Tobias Barreto frequently had quoted. In this very passage, Tobias Barreto notices this mentioned magazine to an opponent, in a debate, which to some extent suggests that many writers quoted by Barreto were not firsthand read. According to Barreto:

The Prussian Annals is a name of scientific magazine which is monthly published in Berlin, since 1857, reaching two volumes of circa 500 to 600 pages, which amounts to 62 volumes this year. Its director and main editor is the great scholar Treitschke, including names are Michael Bernays, Hermann Grimm, Heinrich Honberger, Theodor Mommsen, Rudolf Gneist and many others [...].¹⁸

Many of Tobias Barreto's essays related to German thinkers were published on a single book named *German Studies* (in Portuguese: *Estudos Alemães*)¹⁹, in which it is quite extraordinary the influence he had from German scholars such as Eduard von Hartmann, Franz von Holtzendorff, Rudolf von Jhering and Immanuel Kant, among many others. Tobias Barreto was also the first Brazilian academic to quote Karl Marx²⁰.

18 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro, Sergipe: J. E. Salomon, Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 255. In Portuguese: “[...] Anais Prussianos é o nome de uma revista científica e literária que se publica em Berlim, desde 1857, em fascículos mensais, formando anualmente dois volumes de 500 a 600 páginas cada um e já contando, por conseguinte, no ano que corre, 62 volumes. Tem como diretor e principal redator o grande Treitschke, professor universitário, e nela tem nomes como os de Michael Bernays, Hermann Grimm, Henrique Honberger, Theodor Mommsen, Rudolf Gneist e muitos outros [...]”.

19 BARRETO, Tobias. *Estudos alemães*. Rio de Janeiro; Aracaju: Record; Secretaria de Cultura e Meio Ambiente, 1991.

20 See CHACON, Vamir. *Da escola do Recife ao código civil*. Rio de Janeiro: Organizações Simões, 1969.

3. TOBIAS BARRETO'S GERMAN LIBRARY

Tobias Barreto's personal library was sold right after his death to the Law School in which he had studied and taught. There were 114 German books, especially in the fields of Jurisprudence, Constitutional Law, Administrative Law, Roman Law, Religion and Social Sciences in general. To quote a few, in the realm of Jurisprudence, there were books from Rudolf von Jhering²¹ and Salomon Stricker²². As for Administrative Law the library had a book written by Rudolf von Gneist²³. In the ground of Constitutional Law he had books written by Joseph Sötvös²⁴, Leonhard Freund²⁵, Julius Froebel²⁶, Franz von Holtzendorff²⁷, Eugen Huhn²⁸, Adolf Samuely²⁹ and again Rudolf von Gneist³⁰.

The notorious book of Roman Law authored by Theodor Mommsen³¹ was among the ones owned by Tobias Barreto. There were also books on Criminal Law, penned by Albert Friedrich Berner³², Emil Kraepelin³³, Heinrich Lammasch³⁴ and William Lagenbeck³⁵. This personal library gives us a clue of the sources that inspired him. One does not know why he had chosen the books he had, but one can trace the outcome of its motivation by way of checking quotations and references throughout his writings.

21 JHERING, Rudolf Von. *Der zweck im recht*. Leipzig: Breitkopf & Haertel, 1883.

22 STRICKER, Salomon. *Physiologie des rechts*. Wien: Teopltitz & Deutick, 1884.

23 GNEIST, Rudolf. *Self-government: communalverfassung und verwaltungs-gerichte*. Berlin: Springer, 1871.

24 STÖVÖS, Joseph. *Der einfluss der herrschenden ideen des 19 jahrhunderts auf den staat*. Wien: Jasper, Hügel & Manz, 1851.

25 FREUND, Leonhard. *Thaten und namen: forschungen ueber staat und gesellschaft mit besonderer ruecksicht auf lorenz stein und Ruldof Gneist*. Berlin: F. Henschel, 1871.

26 FRÖBEL, Julius. *Die gesichtspunkte und aufgaben der politik*. Leipzig: Duncker & Humboldt, 1878.

27 HOLTZENDORFF, Franz Von. *Materialen der deutschen reichs-verfassung*. Berlin: C. Habel, 1873.

28 HUHN, Eugen. *Politik*. Leipzig: Wilhelm Grunow, 1865.

29 SAMUELY, Adolf. *Das prinzip der ministerverantwortlichkeit in der constitutionellen monarchie*. Berlin: J. Springer, 1869.

30 GNEIST, Rudolf. *Die preussische kreis-ordnung*. Berlin: J. Springer, 1870.

31 MOMMSEN, Theodor. *Roemisches staatsrecht*. Leipzig: Hirzel, 1876.

32 BERNER, Albert Friedrich. *Grundsätze des preussischen Strafrechts*. Leipzig: Verlag von Berhnhard Tauchnitz, 1861.

33 KRAEPLIN, Emil. *Die abschaffung des strafmaßes*. Stuttgart: F. Enke, 1880.

34 LAMMASCH, Heinrich. *Das moment objectiver gefaehrlichkeit im begriffe des verbrechensersuches*. Wien: Alfred Hoelder, 1879.

35 LAGENBECK, Whillelm. *Die Lehre Von der Teilnahme am verbrechen*. Jena: Mauke, 1868.

In Portuguese, there is a remarkable bibliography concerning Tobias Barreto³⁶, in which his concern towards German culture has always been stressed. Tobias Barreto had a great responsibility vis-à-vis the reception of Rudolf von Jhering in Latin America. He was a resilient critic of Natural Law, which he understood as an out to date conception of legal affairs. He denied the possibility of a sociology of law. In that sense, his ideas were totally opposed to Augusto Comte's positivism³⁷.

The core of Tobias Barreto's thought was essentially German. The authors he quoted were German jurists, philosophers and social scientists. Greatly influenced by Rudolf von Jhering, Tobias Barreto was a forerunner of the Brazilian *culturalism*, that is, a legal philosophy that defended that law is an institutional arrangement created by human beings, reflecting the cultural milieu of a given society. Law is not a son of the heavens, it is an artefact of human culture; a motto that Tobias Barreto had continuously mentioned. Tobias Barreto understood law as an historical object; in that sense, he is the Brazilian upholder of the German *Historische Rechtsschule*, which is mainly attached to Friedrich Karl von Savigny³⁸, and, however in a different sense, to Rudolf

von Jhering³⁹. Tobias Barreto was fascinated by a celebrated text from Rudolf von Jhering, *Die Jüsprudenz des täglichen Lebens*⁴⁰, a simple book that analyses facts of daily life in the perspective of its legal consequences⁴¹.

Among the variety of authors quoted by Tobias Barreto some are forgotten today. In the realm of law, except for Jhering, most of them were not even rendered into Portuguese. The contemporary reader has a difficult task when trying to comprehend the sources that nourished Tobias Barreto ideas and books.

In the context of 1860's Germany, who were the authors that he had studied and quoted? How was the German cultural and legal environment in the 1870's and in the 1880's⁴²? What is the influence of the *Kulturkampf* and the *Bismarckian era* upon Tobias Barreto? How was the legal environment in which had written and taught Rudolf von Gneist, who had studied under Savigny? According to Michael Stolleis,

Rudolf von Gneist was a parliamentarian, university teacher, founding father of the German Jurists' Colloquy, founder of the Union for Defense against anti-Semitism, advisor to the foreigner office, privy counselor, Wirklich Geheimer Oberjustizrat (with the right to title 'Excellenz') [...] a man raised to the status of nobility with right to bequeath his title, he held honorary doctorates from the universities of Edinburgh, Bologna, Oxford, and Dublin [...]⁴³.

One also gathers information about the authors that governed Tobias Barreto's thought in some of Michael Stolleis' books, especially *Public Law in Germany- 1800-1914*, as well as in Francisco Sosa Wagner's study on the German masters of Public Law⁴⁴. In order to shed

36 Among others: AMADO, Gilberto. *Tobias Barreto*. Rio de Janeiro: Ariel, 1934. BARRETO, Luiz Antônio. *Tobias Barreto, a abolição da escravidão e a organização da sociedade*. Sociedade. Recife: Editorial de Sergipe, 1988. BEVILACQUA, Clóvis. Tobias Barreto. In: JURISTAS Filósofos. Salvador: Livraria Magalhães, 1897. p. 75-95. CAMPOS, Virgílio. *Tobias Barreto e a revolução jurídica alemã: a influência de Von Jhering no pensamento tobiático*. Recife: [s. n.], 1988. CORTES, Paulo Campos. *Tobias Barreto: antologia de idéia, uma revelação*. Rio de Janeiro: Radial, 1974. CORTES, Paulo Campos. *A concepção filosófica de Tobias Barreto*. Rio de Janeiro: [s. n.], 1980. DANTAS, Paulo. *Tobias Barreto*. 2. ed. São Paulo: 1952. FERREIRA, Luis Pinto. *Tobias Barreto e a nova escola de Recife*. Recife: Imprensa Industrial, 1953. GAMA, Afonso Dionyzio. *Tobias Barreto*. São Paulo: Monteiro Lobato, 1925. LIMA, Hermes. *O pensamento vivo de Tobias Barreto*. São Paulo: Martins, 1943. LIRA, Roberto. *Tobias Barreto, o homem-pêndulo*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1937. MONT'ALEGRE, Omer. *Tobias Barreto*. Rio de Janeiro: Vecchi, 1939. MORAES FILHO, Evaristo de. *Medo à utopia: o pensamento social de Tobias Barreto e Silvio Romero*. Brasília, Rio de Janeiro: Nova Fronteira; INL, 1985. PEREIRA, Virgílio de Sá. *Tobias Barreto*. Rio de Janeiro: Revistas dos Tribunais, 1917. ROMERO, Nelson. *Tobias Barreto*. Rio de Janeiro: Globo, 1943.

37 As for this synthesis, PELÉZ, Manuel J.; BRÁS TEIXEIRA, Antonio. Tobias Barreto. In: DOMINGO, Rafael (Org.). *Juristas universales*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2004. p. 465-466.

38 SAVIGNY, Freidrich Karl Von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Arengreen, 1946. Also, as for the debate Savigny v. Thibaut, Marini, Giuliano, MARINI, Giuliano. *La polemica sulla codificazione*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1982. BECCHI, Paolo. *Ideologie dela codificazione in Germania*. Genova: Companhia del Librai, 1999. CONTRERAS

PELÁEZ, Francisco J. *Savigny y el historicismo jurídico*. Madrid: Tecnos, 2005. JOUANJAN, Olivier (Org). *L'esprit de l'école historique du droit*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2004. LABOULAYE, Édouard. *Essai sur la vie et les doctrines de Frédéric Charles de Savigny*. Paris: A. Durand, 1842.

39 KLEMAN, Bernd. *Rudolf Von Jhering und die historische rechtsschule*. Frankfurt am Main; Bern; New York; Paris: Verlag Peter Lang, 1989.

40 In the Max-Planck Institute für Europäische Rechtsgeschichte there is a sample of this famous book: JHERING, Rudolf Von. *Die Jurisprudenz des täglichen lebens*. Iena: Verlag Von Gustav Fischer, 1927.

41 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro, Sergipe: J. E. Salomon, Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 72-82.

42 Among a whole variety of authors in this subject, see, for the legal environment, FEHR, Hans. *Deutsche rechtsgeschichte*. Berlin: Walter de Gruyter & CO, 1962. p. 283-294. Also, HOKE, Rudolf. *Österreichische und deutsche rechts-geschichte*. Wien, Köln, Weimar: Böhlau Verlag, 1992. p. 419-438.

43 STOLLEIS, Michael. *Public law in Germany, 1800-1914*. New York: Oxford, 2001. p. 379.

44 SOSA WAGNER, Francisco. *Maestros alemanes del derecho público*. Barcelona: Marcial Pons, 2005.

light on Tobias Barreto's main ideas, one must study the bibliographical sources that explore the background of German private and public law in the 1860's⁴⁵. In this framework, one finds the cultural background that influenced Tobias Barreto, particularly the idea of law as a human artefact and not as metaphysical value to be pursued.

Again in the matter of the German authors who influenced Barreto, for instance, in Michael Stolleis' book there are excerpts regarding Rudolf von Jhering⁴⁶, Rudolf von Gneist⁴⁷, Franz von Holtzendorff⁴⁸, Adolf Samuely⁴⁹, Theodor Mommsen⁵⁰ and Heinrich Lammasch⁵¹. Francisco Sosa Wagner mentioned Theodor Mommsen⁵², Heinrich Lammasch⁵³, Franz von Holtzendorff⁵⁴ and Rudolf Gneist⁵⁵.

The topic raises some interesting questions. Who are all the German authors that Barreto had read? Does the simple fact that the contemporary literature hardly mentioned some of them is a suggestion that they are worthless, at least today? Is it significant that some of them did not have historical recognition? On the other hand, does one run the risk of being unkind to Tobias Barreto's sources, since one has today the benefit of the hindsight? In addition, which is the most important question, to what a magnitude has Tobias Barreto contributed to the spreading of German thought in Brazilian academy?

45 See, EISENHARDT, Ulrich. *Deutsche rechtsgeschichte*. München: Verlag C. H. Beck, 1994. p. 367-390.

46 STOLLEIS, Michael. *Public law in Germany, 1800-1914*. New York: Oxford, 2001. p. 260; 310; 316; 357; 420; 429; 436.

47 STOLLEIS, Michael. *Public law in Germany, 1800-1914*. New York: Oxford, 2001. p. 207; 217; 240; 257; 281; 329; 339; 361; 377-9; 396.

48 STOLLEIS, Michael. *Public law in Germany, 1800-1914*. New York: Oxford, 2001. p. 357; 365; 372; 410; 454.

49 STOLLEIS, Michael. *Public law in Germany, 1800-1914*. New York: Oxford, 2001. p. 87.

50 STOLLEIS, Michael. *Public law in Germany, 1800-1914*. New York: Oxford, 2001. p. 133; 287; 261.

51 STOLLEIS, Michael. *Public law in Germany, 1800-1914*. New York: Oxford, 2001. p. 304.

52 SOSA WAGNER, Francisco. *Maestros alemanes del derecho público*. Barcelona: Marcial Pons, 2005. p. 84; 115; 118; 119; 149; 189; 227; 427.

53 SOSA WAGNER, Francisco. *Maestros alemanes del derecho público*. Barcelona: Marcial Pons, 2005. p. 179; 386-388.

54 SOSA WAGNER, Francisco. *Maestros alemanes del derecho público*. Barcelona: Marcial Pons, 2005. p. 208.

55 SOSA WAGNER, Francisco. *Maestros alemanes del derecho público*. Barcelona: Marcial Pons, 2005. p. 84; 89; 131; 166; 177; 208; 421; 426; 520.

As for the authors quoted by Tobias Barreto it is true that Stolleis and Sosa Wagner mentioned only some of them, which is rather noteworthy, for the historical reception of the authors that Tobias Barreto had studied may confirm how unforeseeable the transportation of institutional arrangements and ideas might be. This is the point the paper tries to explore most.

4. EXPLORING TOBIAS BARRETO'S GERMAN AUTHORS

The main burden that lays ahead is to explore the German authors who had some level of prominence on Tobias Barreto's thought, thus enhancing some comprehension of the Brazilian history of ideas, as well as discussing the reception and translation of cultural values. It is indispensable to explore why and in what specific context had Tobias Barreto quoted the German authors he had read, who were unfamiliar to most of his colleagues.

One must identify his personal library, so in order to map Tobias Barreto's German books there were checked the following sources. First, the presence (or not) of Tobias Barreto's authors on a publication named *Deutsche Biographie – Onlinefassung*, which covers the most prominent German names related to politics, economics, law, social sciences and art⁵⁶. Most of the authors quoted by Tobias Barreto are studied (some at length) in the above mentioned publication.

Secondly, it must be checked the presence (or not) of Tobias Barreto's authors in the *Deutsche Biographische Enzyklopädie*⁵⁷. This publication disclose some level of relevance of those who were chosen. Thirdly, a check on the *Katalog der Bibliothek des Deutschen Reichstages*, published in Berlin, in 1882. It allows one to grasp whose authors had some relevance at the time when Tobias Barreto had bought his German books.

Then, it is necessary a look into the *Deutsche und Europäische Juristen aus Neun Jahrhunderten*⁵⁸. Follows a check on a Spanish Biographical Dictionary, *Juristas Universa-*

56 C.f. <<http://www.deutsche-biographie.de/>>.

57 KILLY, Walter. *Deutsche biographische enzyklopädie*. München; New Providence: K. G. Saur, 1995.

58 KLEINMEYER, Gerd; SCHRÖDER, Jan (Hrsg.). *Deutsche und europäische juristen aus neun jahrhunderten*. Heilderberg: C. F. Müller Verlag, 2008.

les⁵⁹. In the next step, there is a check on some old books at the *Max-Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte* library, as well as in biographies or references related to the authors here considered. All condensed, follows some information.

5. AN ACCOUNT OF SOME AUTHORS FOUND ON TOBIAS BARRETO'S GERMAN LIBRARY

Rudolf von Jhering (1818-1892) is the most acclaimed author quoted by Tobias Barreto⁶⁰. One of the leading German Legal Scholars of his lifetime, Jhering has an impressive biographical canvas in the mentioned *Deutsche Biographische Enzyklopädie*⁶¹. Jhering is also portrayed by *Deutsche Biographie*⁶², in which two long articles cover his life, ideas and work. In 1882, the *Katalog der Bibliothek des Deutschen Reichstages* registered many of his books⁶³. He also had his profile in the *Juristas Universales*⁶⁴, as well as in Michael Stolleis's *Lexicon*⁶⁵. No doubts he was very important.

In a syllabus that Tobias Barreto had prepared for his students is very clear the influence he received from Rudolf von Jhering⁶⁶. Barreto intended to discuss the impact of Darwinism in law. With this purpose, he advocated some discussion on Jhering ideas. Tobias planned to study Law as power, that is, he shielded the study of Law in its physiological and morphological context⁶⁷. The German ideas on Tobias Barreto had approached

Brazilian scholars to Darwin and evolutionism, nonetheless through Jhering⁶⁸.

On a thesis submitted to Recife Law School Tobias Barreto rejected the metaphysical idea of Law, insisting that Law also depended upon the laws of natural selection, in the context of the struggle for life⁶⁹, which discloses the impact he received from Jhering. Tobias Barreto understood Law not as a soon of heavens, but simply as an historical phenomenon, a cultural device of humanity⁷⁰. In this sense, Tobias Barreto had approached Law to the idea of power, that is, the power that does not overcome power does not become Law, for Law is power, which destroyed power itself⁷¹.

Tobias Barreto had studied a famous conference given by Rudolf von Jhering, published as *The Struggle for Law-Der Kampf um's Recht*⁷², which he mentioned on a somewhat sarcastic way, for his Brazilian colleagues would have known the text on its French version:

The speech given by the conspicuous scholar in March of 1872, before he went to Vienna, to Gottingen, to the Viennese Legal Society, and under a title, which by itself worth a discovery. "The Struggle for Law" (Der Kampf ums Recht) was soon after published translated into French; and, in this is way dressed, the book can reach us⁷³.

In fact, Rudolf von Jhering was the German author who most influenced Tobias Barreto. The Brazilian scholar commented devotedly *Jurisprudence of Daily Life*, a famous book by Jhering⁷⁴. There is a notice that Tobias Barreto and his colleague Silvio Romero had sent a

59 DOMINGO, Rafael (Org.). *Juristas universales*. Barcelona: Marcial Pons, 2004.

60 For a complete bibliography regarding Rudolf Von Jhering, see LOSANO, Mario. *Bibliografia di Rudolf Von Jhering*. Torino: Giulio Einaudi, 1968.

61 Che Biographische Enzyklopädie. v. 5. p. 245.

62 HOLLERBACH, Alexander; IHERING, Rudolf Von. In: NEUE Deutsche Biographie 10, 1974. Available: <<http://www.deutsche-biographie.de/pnd118555367.html>>. p. 123-124. MITTEIS, L.; IHERING, Rudolf. In: ALLGEMEINE Deutsche Biographie, 1905. Available: <<http://www.deutsche-biographie.de/pnd118555367.html>>. Accessed on: Dec, 10th, 2014. p. 1-18.

63 Among the entries: Geist des Römischen Rechts (p. 379), Kampf und Recht (p. 373) and Jurisprudenz des täglichen Lebens (p. 371).

64 DOMINGO, Rafael (Org.). *Juristas universales*. Barcelona: Marcial Pons, 2004. p. 308.

65 STOLLEIS, Michael (Org.). *Juristen-ein biographisches lexicon von der antike bis zum 20 jahrhundert*. München: Beck, 2001. p. 334.

66 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1 p. 65.

67 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 65.

68 REALE, Miguel. *Estudos de filosofia brasileira*. Lisboa: Guimarães Editores, 1994. p. 115. Also, REALE, Miguel. *Figuras da inteligência brasileira*. São Paulo: Siciliano, 1994. p. 54.

69 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 56.

70 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 52.

71 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 52. Original in Portuguese: "A força que não vence a força não se faz direito; o direito é a força, que matou a própria força".

72 Among several translations into Portuguese, the most known is BASTOS, José Tavares. *A luta pelo direito*. Porto: Livraria Chardon, 1810.

73 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 73. In Portuguese: "O discurso que fizera o ilustre sábio em março de 1872, antes de sua partida de Viena para Gottingen, na Sociedade Jurídica Vienense, e sob o título, que vale por si só uma descoberta. 'A Luta pelo Direito' (Der Kampf ums Recht), foi logo depois de sua publicação vertido em francês; e, nesse traje, pode também chegar até nós".

74 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p.73-74.

letter to Rudolf von Jhering, inviting him for a visit to the Recife Law School⁷⁵; Jhering had never come to Brazil, nor we have any information concerning Jhering's answer to this invitation.

Rudolf Gneist (1816-1895) is the second most known of the authors Tobias Barreto had in his library. Gneist has an imposing biographical summary in the *Deutsche Biographische Enzyklopädie*⁷⁶, in the *Juristas Universales*⁷⁷, as well as in Michael Stolleis' *Lexicon*⁷⁸. Rudolf Gneist was the typical political jurist of the Bismarckian era (*Ein politischer Jurist in der Bismarckzeit*), as remarked by Eric J. Hahn, one of his biographers, in a dissertation defended at Yale University in 1971⁷⁹.

Rudolf Gneist attended Law School in Berlin. He was a student of Friederich von Savigny⁸⁰, from whom he gained an undying relation to Roman Law, which he subsequently taught at his *alma mater*. An admirer of the English Constitution and British liberalism, Gneist had fought the Prussian autocracy. He had cooperated with Japan in the conception of a Japanese Constitution, right in the blossom of the Meiji Era, in which the Japanese stubbornly tried to copy Western patterns⁸¹. Well aware of the necessary bridge amid theory and practice, Gneist had proceeded in the Prussian Court as a "*Hilfsarbeiter*"⁸². Barreto wrote an interesting description of Gneist, here quoted, as follows, on a free version of my responsibility:

Heinrich Rudolf Hermann Friedrich von Gneist, member of the German Reichstag and Law School Professor at the University of Berlin, is counted among the most important juspublicists of our times. In his country, where one has all the major names of all cultural genders and where many a times on a unique spot one has all groups of eagles, Gneist is known, without any doubt, as a most important expert on English Public Law [...] Gneist's books,

consecrated to the study of this subject, almost reduce to inutility the books of English authors, overcoming it by the profundity of its analyses and the extension of its insights. In order to make it plausible trying to prove its truth, it is enough to warn that all the English publicists are partisan, prismatic, reflecting the political party they belong to [...] One understands that the wise Professor of Berlin could well avoid such a problem, which is not too small. He would be himself an Excellency, when to its qualities one could not combine, as it is combined in superior ranking, the scientific geniality of a personal research, fecund and indefatigable, amidst such an immense scholarship.⁸³

In the *Max-Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte* library there is a sample of a Gneist's book on the English Constitution⁸⁴. In Brazil, this book raised an issue between Tobias Barreto and Jose Higino Duarte Pereira, an endless debate unfolded on local newspapers. The quarrel was due to the translation of a German word, "*Obrigkei*". During the argument, Barreto tried to show himself as the only one in Recife who was able of reading and translating German. One can admit that the knowledge of the German language was a rhetorical strategy used by Tobias Barreto in order to weaken his opponents. In a certain way, this approach is still effective in today's Brazil.

In the mentioned dispute, Barreto had even challenged his opponent to bring the book penned by Gneist in which there was the quotation that he had repudiated. Next day, in the same newspaper, Jose Higino had answered that he actually had a book from Gneist, albeit his ideas were borrowed from another German author, Oscar Glüth⁸⁵.

75 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 73.

76 DEUTSCHE Biographische Enzyklopädie. V. 3. p. 44.

77 DOMINGO, Rafael (Org.). *Juristas universales*. Barcelona: Marcial Pons, 2004. p. 281.

78 STOLLEIS, Michael (Org.). *Juristen- ein biographisches lexicon von der antike bis zum 20 jahrhundert*. München: Beck, 2001. p. 246.

79 HAHN, Eric J. *Rudolf von Gneist: 1816-1895, ein politischer jurist in der bismarckzeit*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1995.

80 HAHN, Eric J. *Rudolf von Gneist: 1816-1895, ein politischer jurist in der bismarckzeit*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1995. p. 3.

81 HAHN, Eric J. *Rudolf von Gneist: 1816-1895, ein politischer jurist in der bismarckzeit*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1995. p. 233.

82 ESSER, Dirk. *Gneist als zivilrechtslehrer: die pandektenvorlesung des wintersemesters: 1854-55*. Paderborn; München; Wien; Zurich: Ferdinand Schöningh, 2004. p. 16.

83 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 231. In: Portuguese: "Henrique Rodolfo Frederico Gneist, membro do Reichstag alemão e professor da Faculdade Jurídica, na Universidade de Berlim, é contado entre os maiores publicistas da época atual. No seu país, onde aliás se agrupam grandezas de todo o gênero e muitas vezes numa só colina aninha-se um bando de águias, passa ele sem contestação pelo mais vasto conhecedor do direito público inglês [...] As obras de Gneist, consagradas ao estudo dessa matéria, quase tornam inúteis as dos próprios escritores da Grã-Bretanha, sobrepujando-as em profundidade de análise e extensão de vistas. Para tornar concebível e evidenciar essa verdade, basta advertir que os publicistas ingleses são todos tendenciosos, prismáticos, refletores de um partido a que pertencem [...] Compreende-se que o sábio professor de Berlim pôde bem evitar um tal defeito que não é pequeno. Já seria por si só uma excelência, quando a isto não se reunisse, como se reúne em grau superior, a genialidade científica de uma pesquisa própria, fecunda e infatigável, no meio de uma erudição pasmosa".

84 GNEIST, Rudolf. *Selfgovernment-communalverfassung und verwaltungsgericht in England*. Berlin: Verlag Von Julius Springer, 1871.

85 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J.

Barreto also mentioned Gneist on a literary review of one of his books⁸⁶. In another passage, discussing the political power of the Brazilian Emperor, Tobias Barreto had recurrently quoted Gneist, a propos of his commentaries on the English Constitutionalism. Clarifying the overwhelming moral and political significance that the British nurtured for opposing corruption Barreto had quoted Gneist straight from German language⁸⁷. Likewise, Barreto had cited Gneist in order to argue that Brazil had solely copied English institutions, doing so inappropriately⁸⁸. After all, concluded Barreto, the Brazilian social organism was not the English one⁸⁹.

Tobias Barreto had studied English Constitutional Law in Gneist's books. He was not acquainted to English authors, which is quite clear while one reads the commentaries that Barreto had published in the issue of British ministries' political responsibilities⁹⁰.

Follows Theodor Mommsen (1817-1903), whose main feature was the connection between Law and History⁹¹. Mommsen had a great influence on Savigny. In that sense, Mommsen is related to the inception of the Historical School of Jurisprudence. Mommsen studied and published in the realm of Roman Law. His *Römisches Staatsrecht* was studied and quoted at length by Tobias Barreto. Well familiar with Cicero, Cato, Caesar, Tacitus, Paulus, Varro, to name but a few⁹², Mommsen is the flawless illustration of a nineteenth century German scholar⁹³. In 1902, he was awarded the Nobel Prize for his literary skills. His life was devoted to learning. Culture and knowledge⁹⁴, *Wissenschaft* and *Bildung* (notions

that are quite peculiar in German language⁹⁵) are among the references inevitably related to his lifespan. He has a great deal of references on the mentioned *Katalog der Bibliothek des Deutschen Reichstages*⁹⁶.

Tobias Barreto cited Mommsen several times. There is a footnote in which Barreto registered that he had studied Roman History on a Mommsen's book published in 1854⁹⁷. Discussing some litigation issues, Barreto exemplified his point of view with a Roman Law lesson taken from Mommsen, in the realm of the relation between creditors and debtors⁹⁸.

Commenting the fundamentals of the right of punishing, Barreto had remarked, basing his opinion in Mommsen, some legacy of Roman Law, in whose historical context the offenses against an individual relied not in the community, but in the offended⁹⁹. Commenting the Brazilian Criminal Imperial Code Tobias Barreto had quoted Mommsen in order to discuss the concept of crime itself¹⁰⁰. Barreto was an expert in Latin, which also justifies the proximity of the Brazilian jurist with Mommsen: indeed; both were classicists.

Johann Kaspar Bluntschli (1808-1888), another author known by Barreto, was a student of Savigny in Berlin. Professor of Constitutional Law, he taught in Munich and later in Heildelberg. He dedicated part of his life do politics. Mario Losano refers to a Bluntschli's book that was at Tobias Barreto's library¹⁰¹. Bluntschli is an autor known outside Germany, for his books were translated into English¹⁰² and French¹⁰³. Bluntschi is

E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 182-183.

86 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 234.

87 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 101-102.

88 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 107.

89 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 123.

90 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 123.

91 DOMINGO, Rafael (Org.). *Juristas universales*. Barcelona: Marcial Pons, 2004.p. 298.

92 MOMMSEN, Theodor. *Römisches strafrecht*. Graz: Akademische Druck-U. Verlagsansalt, 1955.

93 For an study on the role of Theodor Mommsen on the contex of German XIX th century, see HEUSS, Alfred. *Theodor Mommsen und ds 19. jahrhundert*. Kiel: Ferdinand Hirt, 1956 especially pages 33-57, *Mommsen als Jurist*.

94 See the memories of his daughter, MOMMSEN, Adelheid. *Mein Vater: rinnerunger an Theodor Mommsen*. München: Matthes & Seitz Verlag, 1992.

95 See WATSON, Peter. *The german genius-europe's third renaissance, the second scientific revolution and the twentieth century*. London: Simon & Schuster, 2010. p. 53.

96 Among them: Die Annexion Schleswig-Holsteins- ein Senschreiben an die Wählänner der Stadt Halle (p. 68); Römische Froschungen (p. 774); Römische Geschichte (p. 773) and Römische Staatrecht (p. 49).

97 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 168.

98 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 292.

99 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 176.

100 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 218.

101 LOSANO, Mario. *Tobias Barreto, um giurista tropicale*: Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale. Roma; Bari: Laterza, 2000. BLUNTSCHLI, Johann Caspar. *The theory of the state*. Oxford: Clarendon, 1885.

102 BLUNTSCHLI, Johann Caspar. *The theory of the state*. Oxford: Clarendon, 1885.

103 BLUNTSCHLI, Johann Caspar. *Le droit public general*. Paris: Guillaumin, 1880. BLUNTSCHLI, Johann Caspar. *La politique*. Par-

also quoted and explored on an article in the *Allgemeine Deutsche Biographie*¹⁰⁴.

Tobias Barreto had constructed his copyrights law doctrine out of Bluntschli's work¹⁰⁵. In the context of Brazilian private law Barreto is acknowledged as the first scholar to mention copyrights. Barreto had quoted Bluntschli in a paper on this subject, arguing that the German author discussed "[...] copyrights in a section concerning personal rights, right after legal entities"¹⁰⁶. Generally speaking, the issue of classification on Private Law was fairly vexed in the XIX th century. The classical plan, according to Gaius, known as the Roman-French plan understood Private Law in three distinct sections, namely: persons, things and actions. This is the framework of the French Civil Code, as well as the codes of Austria, Argentine and Italy. The concept of Bluntschli, accepted by Tobias Barreto, follows this logic.

Bluntschli was quoted by Barreto on a cited quarrel he had against Jose Higino, a professor at the Law School in Recife. Barreto used the authority of Bluntschli to emphasize that beyond Public and Private Law there was no room for a third gender, namely, Social Law¹⁰⁷. This issue was sustained again in the XX century, when the nature of Labor Law was discussed.

Just after this set of thinkers, Rudolf von Jhering, Rodolf Gneist, Theodor Mommsen and Johann Caspar Bluntschli, there comes a second group, which is less known today, even in the German context, notwithstanding the fact that some of them are cited on reference books. They were less influential in Barreto's conceptual framework. I mention Joseph Stövös (who was Hungarian), Albert Berner, Franz von Holtzendorff, Heinrich Lammasch, Julius Fröbel, Franz Adickes, Maximilian von Buri, Felix Dahn, Rudolf Haym, Hugo Meyer, Theodor Mutter, Conrad Franz Rosshirt, Ernest Traugott Rubo, Salomon Stricker, Adolf Samuely, August von Bethmann-Hollweg, Theodor Reinhold Schüt-

ze, Otto Stobbe, Emil Kraepelin, Edward Böcking, Karl Bolgiano and Friedrich Oskar Schwarze.

As stated, Joseph Stövös (1813-1871) was Hungarian. Albeit publishing some books in Germany, he was an important name in his home country, due to his contributions to literature, political science and pedagogy. He was a Ministry of Hungarian Education (1867-1871) position that had allowed him to advance some educational improvements¹⁰⁸. In the *Max-Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte* library there is a sample of a 1851 edition of a Joseph Stövös work entitled *Der Einfluss der herrschenden Ideen des 19. Jahrhunderts auf den Staat*¹⁰⁹; the book was printed in Wien. Tobias Barreto had the same text, although an 1854 edition printed in Leipzig. This book is referred in the 1882 *Katalog der Bibliothek des Deutschen Reichstages*¹¹⁰.

Tobias Barreto had mentioned a book from Stövös, "[...] an important paper from Baron Joseph Stövös, entitled *Ueber die Gleichberechtigung der Nationalitäten in Oesterreich*"¹¹¹, which confirms that he was acquainted with the events on Hungary. This quotation belongs to a context of a passionate discussion against Tavares Bastos, a Brazilian statesman in the issue of federalism. Barreto considered Stövös as an "distinguished and authoritative Hungarian writer"¹¹².

Alfred Berner (1818-1907), another author known by Barreto, has an entry in the *Neue Deutsche Biographie*¹¹³, as well as in the *Deutsche Biographische Enzyklopädie*¹¹⁴; his work is mentioned in the 1882 *Katalog der Bibliothek des Deutschen Reichstages*¹¹⁵. In the *Max-Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte* library there is an 1861 edition of

is: Guillaumin, 1883. BLUNTSCHLI, Johann Caspar. *Théorie générale de l'état*. Paris: Guillaumin, 1877.

104 KNONAU, Meyer Von; BLUNTSCHLI, Johann Kaspar. In: ALLGEMEINE Deutsche Biographie, 1903. Available: <<http://www.deutsche-biographie.de/pnd118512129.html>>. Accessed on: Dec, 10th, 2014. P. 1-16.

105 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 281.

106 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 283.

107 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 199-200.

108 BÖDY, Paul. *Joseph Eötvös and the modernization of Hungary, 1840-1870*. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1972. p. 98-110.

109 STÖVÖS, Joseph. *Der einfluss der herrschenden ideen des 19 jahrhunderts auf den staat*. Wien: Jasper, Hügel & Manz, 1851.

110 STÖVÖS, Joseph. *Der einfluss der herrschenden ideen des 19 jahrhunderts auf den staat*. Wien: Jasper, Hügel & Manz, 1851. p. 37.

111 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 166.

112 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 153.

113 LANG-HINRICHSSEN, Dietrich; BERNER, Albert Friedrich. In: NEUE Deutsche Biographie 2, 1955. Available: <<http://www.deutschebiographie.de/pnd116102500.html>>. Accessed on: Dec. 10th, 2014. p. 107- 108.

114 DEUSTSCHE Biographische Enzyklopädie. v. 1. p. 463.

115 Among them: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts (p. 543); Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und neuen Controversen über dolus und culpa (p. 546); Lehrbuch des Deutschen Pressrechts (p. 538) and Wirkungskreis des Strafgesetzes (p. 527).

an Albert Berner's book, *Grundsätze des preussischen Strafrechts*, printed in Gothic alphabet¹¹⁶. This is the same issue founded in Tobias Barreto's German library. A biography of Alfred Berner was published in 1960; it was written as a doctoral dissertation; its author, Hubert Alda, emphasized Berner's prominence for Science (*bedeutung für die Wissenschaft*)¹¹⁷. Berner was translated into Italian (1887) and three of his books were reprinted in the twentieth century (1968, 1986 and 1996)¹¹⁸. It is a clue for the fact that he persists with some level of importance.

Tobias Barreto quoted Berner on an essay on Criminal Law, specifically in the issue of punishment of tentative. Barreto sided Berner, for he also defended the necessity of the punishment of preparatory criminal acts¹¹⁹. On the other hand, Barreto disagreed with Berner because, unlike the German author, Barreto understood that the mere orderer of the crime should be punished¹²⁰.

Franz von Holtzendorff (1829-1889) has his life abridged in the *Deutsche Biographische Enzyklopädie*¹²¹. Holtzendorf also has his biography in the present important register of German lives¹²². There are many references to his work in the 1882 *Katalog der Bibliothek des Deutschen Reichstages*¹²³. Many times quoted by Tobias

Barreto, Holtzendorff was translated into Spanish, as well as he had extensively published in the XIX century¹²⁴.

Tobias Barreto mentioned Holtzendorff in Criminal Law subjects while studying the legal meaning of the *regret*, which justified the punishment of tentative. Barreto recommended the reading of an essay from Holtzendorff¹²⁵, *Psychologie des Mordes*¹²⁶, in which the German author discussed the psychological aspects of homicide. In a paper on Criminal Law, Barreto quoted Holtzendorff in order to emphasize that State, Law and penalty are completely inseparable, "[...] in a sense that State, Law and penalty emerged from the very same historical roots, the same ethical necessity of human nature"¹²⁷.

Tobias Barreto had also recommended Holtzendorff's *Psychologie des Mordes* as a book necessary to be read¹²⁸. Disserting on the *mandate* in Criminal Law Barreto had also quoted Holtzendorff, for whom, according to Barreto, the lawgiver silence should not be interpreted as a "*proposal of riddles*"¹²⁹. It's said that Tobias Barreto had sent a letter do Holtzendorff, signed by some other professors of Recife Law School; according to Barreto, the letter was not answered¹³⁰.

The present research continues with Heinrich Lammersch (1853-1920), who was born in Austria. In the *Neue Deutsche Biographie*¹³¹ there is an entry on him. His

116 BERNER, Albert Friedrich. *Grundsätze des preussischen Strafrechts*. Leipzig: Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1861.

117 ALDA, Hubert. *Albert Friedrich Berner: eine biographie*. Münster: Max Kramer, 1960. p. 136.

118 BERNER, Albert Friedrich. *Abschaffung der Todesstrafe*. Dresden: Boethischer, 1861. BERNER, Albert Friedrich. *Grundlinien der kriminalistischen imputationslehre*, Frankfurt: Sauer & Auvermann, 1968. BERNER, Albert Friedrich. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Leipzig: Tauchnitz, 1866. BERNER, Albert Friedrich. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Aalen: Scientia Verlag, 1986. BERNER, Albert Friedrich. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Goldbach: Keip, 1996. BERNER, Albert Friedrich. *Trattato de diritto penale*. Milano: Vallardi, 1887. BERNER, Albert Friedrich. *Wirungskreis des strafgesetzes nach zeit, raum und personen*. Berlin: Decker, 1853.

119 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 321.

120 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 355.

121 DEUSTSCHE Biographische Enzyklopädie. v. 5. p. 156.

122 TEICHMANN, A.; HOLTZENDORFF, Franz Von.. In: ALLGEMEINE Deutsche Biographie, 1910. Available: <<http://www.deutsche-biographie.de/pnd116970243.html>>. Accessed on: Dec. 10th, 2014. p. 1-21.

123 To quote some: Die Auslieferung der Verbrecher und das Asylrecht (p. 528); Die Deportation als Strafmittel in Alter und neuer Zeit (p. 548), Eroberung und Eroberungsrecht (p. 524); Für den Grafen Harry von Armin (p. 556), Das Irische Gefängnisssystem insbesondere die Zwischenans halten vor der Entlassung der

Sträflinge (p. 551); Die Kürzungsfähigkeit der Freiheitsstrafen und die bedingte Freilassung der Sträflinge in ihrem Verhältniss zum Strafmasse und zu den Strafzwecken (p. 549).

124 HOLTZENDORFF, Franz Von. *Allgemeines Staatsrecht und Politik*, München, 1874. Madrid: Fé, 1888. HOLTZENDORFF, Franz Von. *De rebus quarum commercium non est*. Berolini: Schlesinger, 1852. HOLTZENDORFF, Franz Von. *Eroberungen und eroberungsrecht*. Berlin: Lüderitz, 1871. HOLTZENDORFF, Franz Von. *Die idee des ewigen völkfriedens*. Berlin: Habel, 1882. HOLTZENDORFF, Franz Von. *Zeitglossen des gesunden menschenverstandes*. München: Ackerman, 1884. v. 2.

125 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. p. 256.

126 Albeit with this title there is also another book in German: BJERRE, Andreas. *Zu psychologie des mordes*. Heidelberg: Winter im Komm, 1925.

127 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 186.

128 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 324.

129 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 342.

130 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 53.

131 SIMMA, Bruno; LAMMASCH, Heinrich. In: NEUE Deutsche Biographie 13, 1982. Available: <<http://www.deutsche-biographie.de/pnd118726110.html>>. Accessed on: Dec. 10th, 2014. p. 447-448.

biography is included in the *Deutsche Biographische Enzyklopädie*¹³²; Michael Stolleis also mentioned him. There is a 1926 edition of one of his books (*Grundriss des Österreichischen Strafrechts*)¹³³ in the *Max-Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte* library. Lammasch lectured in Wien. Theodor Rittler, once Law Professor in Innsbruck, updated the book. Lammasch's expertise in International Law guaranteed him a seat at The Hague International Court of Justice. He wrote most of his books in the realm of International Law¹³⁴. He defended the creation of the League of Nations. In this sense, he was a forerunner of institutional arrangements built in order to achieve the peace among the nations.

There is also Julius Fröbel (1805-1893) who has also one of his books in the catalog of Tobias Barreto's German library. In the *Max-Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte* library there is a 1971 edition from a Fröbel's book, first published in 1878¹³⁵. Fröbel had a great impact upon Tobias Barreto, particularly for his ideas supporting social Darwinism. Fröbel concepts were explored by Rainer Koch, who somewhat questioned Fröbel's alleged liberalism¹³⁶. Fröbel was the typical nineteenth century revolutionary. Although once having Swiss citizenship, and later on, American, he represented German in Turkey and then in Algeria. Tobias Barreto had once mentioned that Fröbel was Robert Blum's friend of all battles¹³⁷. Blum was a martyr of the 1848 German revolution, who was crudely executed in Wien. Fröbel has his biography on the *Allgemeine Deutsche Biographie*¹³⁸.

Tobias Barreto included Fröbel on a syllabus prepared for a course in Public Law, as a reference for studying

the definition of State as a cultural power evocated for a particular History¹³⁹. Fröbel was also the reference that Barreto used to discuss the role of political oratory, in a sense that *word flux* would be the mechanisms always at the Government's and opposition's service¹⁴⁰. He incidentally criticized the behavior of the French political orators, for whom the shape was more important than the content¹⁴¹.

Acquainted with the works of Fröbel, Barreto had corrected a contender, on a debate in the Recife's newspapers. The competitor had quoted Fröbel old ideas, that is, according to Barreto, "*the ideas imputed to Fröbel are already abandoned by the author on a preamble of one of his latest works*"¹⁴². Barreto had recent Fröbel's books in his library shelves. Barreto had quoted Fröbel in order to argument that the organization of society is done by laws out of which there was a coercive power¹⁴³.

Fröbel was furthermore quoted by Tobias on a paper on which the Brazilian author had criticized Sociology; in the context, Tobias argued that Sociology could not be more than a chapter of a General Theory of Politics¹⁴⁴, as well as he insisted that the State subordinate society to its desires¹⁴⁵. Tobias Barreto also repeated Fröbel on a debate about the nature of *selfgovernment*, suggesting his opponent to read Fröbel's "*System der socialien Politik*"¹⁴⁶. The knowledge of German authors was a powerful weapon vastly utilized by Tobias Barreto.

The *culturalism* - a landmark on Tobias Barreto's thought - somehow is linked to Fröbel's. On a paper written about the topic "*a new intuition to Law*" Barreto sided Fröbel in order to state that culture, as opposed to nature, is a general process of life¹⁴⁷.

132 DEUSTSCHE Biographische Enzyklopädie. v. 6. p. 206.

133 LAMMASCH, Heinrich. *Grundriss der österreichischen strafrechts*. Wien: Druck und Verlag der Österr Staatsdruckerei, 1926.

134 LAMMASCH, Heinrich. *Auslieferungspflicht und Asylrecht*. Leipzig: Duncker und Humblot, 1887. LAMMASCH, Heinrich. *Das recht der auslieferung wegen politischer verbrechen*. Wien: Manz, 1884. LAMMASCH, Heinrich. *Die rechtskraft internationaler schiedsprüche*. München: Duncker und Humblot, 1913. LAMMASCH, Heinrich. *Die Völkerrecht nach dem Kriege, Kristiania*: aschehoug, 1917. Studien zum Strafgesetzentwurfe; Wien: Manz, 1891.

135 FRÖBEL, Julius. *Die gesichtspunkte und aufgaben der politik*. Darmstadt: Scientia Verlag, 1971.

136 KOCH, Rainer. *Demokratie und Staat bei Julius Fröbel: 1805-1893, liberales denken zwischen naturrecht und sozialdarwinismus*. Wiesbaden: Franz Steiner Verlag, 1978.

137 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 58.

138 SANDER, Heinrich, FRÖBEL; Julius. In: ALLGEMEINE Deutsche Biographie, 1904. Available: <<http://www.deutsche-biographie.de/pnd118536303.html>>. Accessed: Dec., 14th, 2014. p. 1-14.

139 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 66.

140 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 130.

141 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 131.

142 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 198. In: Portuguese: "as ideias que contém já foram solenemente desaprovadas pelo próprio autor no prólogo de um de seus trabalhos mais recentes".

143 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 200.

144 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 58.

145 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 59.

146 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 199.

147 Cf. BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Book-

Franz Adickes (1846-1915), another German author known by Tobias Barreto, was once a Frankfurt's Mayor, as well of one of the Johann Wolfgang Goethe Universität founders. He was educated in Heidelberg, Munich and Göttingen. According to Mario Losano, Tobias Barreto had one book written by Franz Adickes in his library¹⁴⁸. This very edition is available at the Max-Planck Institute for European Legal History. The 1882 German Parliament Catalog also mentioned a book authored by Franz Adickes¹⁴⁹, whose biography is likewise in the *Neue Deutsche Biographie*¹⁵⁰. Franz Adickes had written a book defending the reorganization of the bench¹⁵¹, as well as a book on Law History¹⁵². However, on a literary perspective, he presently is more evoked as a memorialist¹⁵³.

Tobias Barreto quoted Adickes on an essay on copyrights, on a transcription from an excerpt from the German author, which he translated into Portuguese¹⁵⁴. In this passage Tobias Barreto criticized the concept of Natural Law, arguing that this notion could not be tantamount as an oracle of truths¹⁵⁵.

It follows Maximilian von Buri (1825-1902) who had expertise on Criminal Law, a field in which the proficiency of Tobias Barreto is yet to be emphasized. Buri's main book was in the shelves of Tobias Barreto's personal library¹⁵⁶. At the Max-Planck Institute for Euro-

pean Legal History collection, there is a sample of this book, which might be somewhat significant, for it was reprinted in 1968¹⁵⁷. Von Buri was known due to its influences to the Criminal Law theory¹⁵⁸, as well as for his studies in the ground of the agent-causation theory¹⁵⁹. He is biographed by the *Neue Deutsche Biographie*¹⁶⁰, which confirms his importance in the milieu of German culture.

Tobias Barreto quoted von Buri on a footnote, in his critical commentary to the Brazilian Criminal Code. Barreto pointed that von Buri was an important source for the study of some peculiarities of criminal law, especially in the setting of criminal liability¹⁶¹. Barreto also quoted von Buri on an essay he wrote about crimes by omission, as in the following passage, that I freely translate from Portuguese:

[...] M, on a travel to a certain place, has to pass necessarily by the doors of a house, propriety of N, who lives in the bank of a river, in which there is a bridge of a general and everyday use. It happens, however, that in this very day the bridge is somewhat deteriorated and cannot be used without any danger for its customers. M ignores, but N knows about this fact; as for the imminent catastrophe N does not warn the passer-by, and also he is delighted in watching the spectacle, cynically speaking: let us see the fall of that demon. Said and done: M falls from the ruined bridge e broke his leg. Was not N culpable? I think it is quite fair, according to von Buri, that we were going far enough with a principle of Law, which makes anyone liable for the result of an act that he could, if he needed, had avoided, if one transcends this principle, with no limits, from the realm of Ethics to the realm of Criminal Law. But also it seems to me unquestionable that it would be hard to maintain the order and tranquility of a society, where similar facts had by only obstacle, or as an unique corrective the voice of a moral conscience, which is relative to idiosyncrasies, according to education, temper and habitual passion¹⁶².

seller, 2000 p. 102.

148 LOSANO, Mario. *Tobias Barreto, un giurista tropicale: Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale*, Roma; Bari: Laterza, 2000. p. 257. ADICKES, Franz. *Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen um über das Gewohnheitsrecht*. Leipzig: G. H. Wigand, Cassel & Göttingen, 1872.

149 KATALOG der Bibliothek des Deutschen Reichstages, 1882. p. 383.

150 MEINERT, Hermann; ADICKES, Franz. In: NEUE Deutsche Biographie 1, 1953. Available: <<http://www.deutsche-biographie.de/pnd118647008.html>>. Accessed on: Dec., 14th, 2014. p. 61-62.

151 ADICKES, Franz. *Grundlinien durchgreifender Justizreform*. Berlin: Guttentag, 1906.

152 ADICKES, Franz. *Zur Lehre von den Bedingungen nach römischem und beutigem Recht*. Berlin: Guttentag, 1876.

153 ADICKES, Franz. *Persönliche Erinnerungen zur Vorgeschichte der Universität Frankfurt a. M.* Frankfurt: Englert & Schlosser, 1915.

154 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 287.

155 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 287.

156 LOSANO, Mario. *Tobias Barreto, un giurista tropicale: Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania Ideale*, Roma; Bari: Laterza, 2000. p. 258. BURI, Maximilian Von. Carl Kirchner: Buri, Maximilian Georg Wilhelm Carl Theodor Gottfried von. In: NEUE Deutsche Biographie (NDB). Ueber Causalität und deren Verantwortung: Leipzig,

1873. p. 116-117.

157 BURI, Maximilian Von. *Einheit und mehrheit der verbrechen*. Frankfurt am Main: Keip, 1968.

158 BURI, Maximilian Von. *Beiträge zur theorie des strafrechts und zum strafgesetzbuche*. Leipzig: Veit, 1894.

159 BURI, Maximilian Von. *Die causalität und ihre strafrechtlichen beziehungen*. Stuttgart: Enke, 1885.

160 KIRCHNER, Carl; BURI, Maximilian. Georg Wilhelm Carl Theodor Gottfried von. In: NEUE Deutsche Biographie 3, 1957. Available: <<http://www.deutsche-biographie.de/pnd115488103.html>>. Accessed on: Dec., 14th, 2014. p. 51-52.

161 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 253.

162 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 307. In Portuguese: “[...] M, em viagem para um certo lugar,

It continues with Felix Dahn (1834-1912), a nationalist and a notorious historian. He was born in Hamburg, educated in Munich and in Berlin. Tobias Barreto had a book written by Dahn; the topic was German private law¹⁶³. At the Max-Planck Institute for European Legal History library, there is a sample of this book, exactly the same edition that Barreto had. In 1882, Felix Dahn had eight of his books categorized in the German Parliament library catalog¹⁶⁴. Tobias Barreto quoted Felix Dahn in his essay on copyrights, mentioning him as the “wise professor of Koenigsberg”¹⁶⁵. Felix Dahn authored books on History¹⁶⁶, one of them edited in 1857¹⁶⁷ and reprinted in 1998¹⁶⁸. His biography is also in the *Neue Deutsche Biographie*¹⁶⁹.

Barreto had known also Rudolf Haym (1821-1901) a notorious historian of the 1848 Frankfurt National Assembly, in which he occupied a seat. In the 1930’s Hans Rosenberg had written Haym’s biography¹⁷⁰. Mario Losano noticed a Rudolf Haym’s book in Tobias

Barreto’s German library¹⁷¹. There is a copy of this text at at the Max-Planck Institute for European Legal History library.

The 1882 German Parliament catalog listed five books written by Rudolf Haym¹⁷². Tobias Barreto had quoted Haym in a passionate controversy he had against a colleague at the Recife Law School (Jose Higino). Tobias Barreto claimed Haym’s authority in order to sustain that during the German national assembly at Frankfurt (circa 1848), the local autonomy was acknowledged as a fundamental right¹⁷³. One must recognize how well Tobias Barreto exploited his bibliographical sources. In this very particular case, he evidenced a fact happened in the German national assembly quoting one of its members.

There is also Hugo Meyer (1837-1902), who commented the German Penal Code. He went to Law School in Gottingen and Berlin, while he was later a Law professor in Halle and Tübingen. Mario Losano detected a damaged sample of the Meyer’s book at Tobias Barreto library. He had lately gathered this book missed information in the Munich State Library (*Bayrische Staatsbibliothek*)¹⁷⁴. At the Max-Planck Institute for European Legal History there are two editions of this book; one, from 1875, published in Erlangen¹⁷⁵, and another, edited in 1907, from the same publishers, albeit printed in Leipzig¹⁷⁶. In addition to the book encountered in Tobias Barreto’s library, Hugo Meyer had written another volume on Criminal Law, published in 1869¹⁷⁷. The 1882 German Parliament catalog listed three books authored by Hugo Meyer¹⁷⁸.

tem de passar necessariamente pela porta da casa de N, que mora à margem de um rio, sobre o qual há uma ponte de trânsito geral e quotidiano. Sucede, porém, que nesse dia a ponte se acha deteriorada e não é transitável sem perigo. M ignora, mas N conhece esse estado; e não só deixa de advertir o transeunte da catástrofe iminente, como ainda se compraz em assistir ao espetáculo, dizendo cinicamente: vejamos a queda daquele demônio. Dito e feito; M cai da ponte arruinada e quebra uma perna. Não haverá imputabilidade criminosa no proceder de N? Eu acho na verdade justo o que diz Von Buri, que seria ir muito longe com o princípio de direito, que faz a qualquer responsável pelo resultado de um ato, que ele pudera, querendo, ter evitado, se se transportasse esse princípio, sem limitação alguma, do domínio da ética para o domínio do direito penal. Mas também me parece inquestionável que seria difícil de conservar-se num certo pé de ordem e tranquilidade uma sociedade, onde fatos de semelhante natureza tivessem por único óbice, ou por corretivo único a voz da consciência moral, que é relativa às individualidades, segundo a educação, o seu temperamento e suas paixões habituais”.

163 LOSANO, Mario. *Tobias Barreto, un giurista tropicale: Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania Ideale*. Roma; Bari: Laterza, 2000. p. 258. DAHN, Felix. *Deutsches privatrecht*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1872.

164 KATALOG der Bibliothek des Deutschen Reichstages, 1882. p. 1289.

165 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 284.

166 DAHN, Felix. *Westgothische studien*. Würzburg: Stahel, 1874.

167 DAHN, Felix. *Studien zur geschichte der germanischen gottes-urtheile*. München: [s. n.], 1857.

168 DAHN, Felix. *Studien zur geschichte der germanischen gottes-urtheile*. Dillenburg: Gruber, 1998.

169 MARTINI, Fritz; DAHN, Julius Sophus Felix. In: NEUE *Deutsche Biographie* 3. 1957. Available: <<http://www.deutsche-biographie.de/pnd118523392.html>>. Accessed on: Dec., 14th, 2014. p. 482-484.

170 ROSENBERG, Hans. *Rudolf Haym und die anfänge des klassischen liberalismus*. München: Oldenbourg, 1933.

171 LOSANO, Mario. *Tobias Barreto, un giurista tropicale: Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania Ideale*. Roma; Bari: Laterza, 2000. p. 260. RAYM, Rudolf. *Die deutsche nationalversammlung bis zu september-ereignissen*. Frankfurt: Carl Jügel, 1848.

172 KATALOG der Bibliothek des Deutschen Reichstages, 1882. p. 1322.

173 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 196.

174 LOSANO, *Tobias Barreto, un giurista tropicale: Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania Ideale*. Roma; Bari: Laterza, 2000, p. 262. MEYER, Hugo. *Lehrbuch des deutschen strafrechts*. Erlangen: Deichert, 1882.

175 MEYER, Hugo. *Lehrbuch des deutschen strafrechts*. Erlangen: Deichert, 1875.

176 MEYER, Hugo. *Lehrbuch des deutschen strafrechts*. Leipzig: Deichert, 1907.

177 MEYER, Hugo. *Das norddeutsche strafrecht*. Halle: Waisenhaus, 1869.

178 KATALOG der Bibliothek des Deutschen Reichstages, 1882. p. 1359.

The list continues with Theodor Muther (1826-1878), professor at Iena and gained celebrity due to the dispute he had against Bernhard Windscheid (1817-1892) a propos of the alleged autonomy of civil process in the face of subjective rights. Windscheid was “an execrate foe of the natural rights theory and its mythology”¹⁷⁹, to whom the Roman Law “action” had been unsuitably considered in Germany (especially by Savigny).

Mario Losano observed that Tobias Barreto had a book from Mutter in his library, on the subject of the restructuring German Law School approaches and curricula¹⁸⁰. This book is available at the Max-Planck Institute for European Legal History library, also in a reprinted edition, dated from 1968¹⁸¹. Tobias Barreto had quoted it, deffending the the reformation of the Brazilian law schools, which he understood as unavoidable¹⁸². Mutter was also a law historian, subject in which he penned a book on the Roman and Canonic Law in Germany Middle Ages¹⁸³. The 1882 German Parliament catalog listed three books authored by Theodor Mutter¹⁸⁴.

A book from Conrad Franz Rossirt was also among Tobias Barreto’s German tomes¹⁸⁵. Rossirt wrote on Roman Law¹⁸⁶, Canonical Law¹⁸⁷, its sources¹⁸⁸, Pro-

cess¹⁸⁹ and Civil Law¹⁹⁰. Tobias Barreto defined Rossirt as an expert of Criminal Law, warden of Natural Law, to which he was totally opposed¹⁹¹. Tobias Barreto once entitled Rossirt as an “old Latinized criminalist”¹⁹², for the German author regarded delinquency under the forms of authorship and complicity¹⁹³. In one of his essays, Tobias Barreto quoted Rossirt, as an argument for criticizing the open interpretation of criminal law¹⁹⁴.

Barreto had known also Ernst Traugott Rubo (1834-1895), educated in Heidelberg, skilled on Criminal Law, who was a magistrate in Berlin. Tobias Barreto had one his books, a commentary on the German Criminal Code¹⁹⁵. At the Max-Planck Institute for European Legal History there are two samples of this tome; one edition from 1879¹⁹⁶ and another one from the twentieth century, printed in 1922¹⁹⁷. The 1882 German Parliament catalog listed three books written by Ernest Rubo¹⁹⁸. Tobias Barreto quoted Rubo on an essay¹⁹⁹, exploiting the boundaries that apart ethical and juridical features of criminal law.

Samuel Stricker (1834-1898), who is also among the authors Tobias Barreto have assembled in his library, although almost rarely cited, has a book on the *Max-Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte* library. It is exactly the same one (title and edition) that Tobias Barreto had in his collection. The text explores the differences between *Recht* and *Gesetz*²⁰⁰, viz., a general concept of a

179 GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007. p. 169. Originally: “hemicci giurati del giusnaturalismo e delle sue mitologie”.

180 LOSANO, Tobias Barreto, *un giurista tropicale: Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania Ideale*. Roma; Bari: Laterza, 2000, p. 262, and the mentioned book is MUTHER, Theodor. *Die reform des juristischen unterrichts*. Weimar: Böhlau 1873.

181 MUTHER, Theodor. *Die reform des juristischen unterrichts*. Frankfurt: Keip, 1968.

182 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 80.

183 MUTHER, Theodor. *Roemisches und kanonisches recht im deutschen mittelalter*. Rostock: Kuhn, 1871.

184 KATALOG der Bibliothek des Deutschen Reichstages, 1882. p. 1365.

185 LOSANO, Tobias Barreto, *un giurista tropicale: Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania Ideale*. Roma; Bari: Laterza, 2000, p. 262 and the mentioned book is ROSSIRT, Conrad Franz. *Entwicklung der grundsätze des strafgesetzbuch für das deutsche reich unda einföhrungsgesetz*. Berlin: Carl Heymanns, 1872.

186 ROSSHIRT, Conrad Franz. *Einleitung in das erbrecht und darstellung des ganzen intestat-erbrechts, besonders nach römischen quellen*. Landshut: Krüll, 1831.

187 ROSSHIRT, Conrad Franz. *Canonisches recht*. Schaffhausen: Hurter, 1857.

188 ROSSHIRT, Conrad Franz. *Zu den kirchenrechtlichen quellen des ersten jabrtausends und zu den pseudoisidorischen decretalen*. Heidelberg: Mohr, 1849.

189 ROSSHIRT, Conrad Franz. *Beiträge zum gemeinen deutschen prozeß*. Heidelberg: Mohr, 1868.

190 ROSSHIRT, Conrad Franz. *Ueber die tendenz des prätorischen rechts und über das verhältniss desselben zum civilrechte*. Erlangen: Hilpert, 1812.

191 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 184.

192 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 338.

193 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1.

194 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 2. p. 44.

195 LOSANO, Tobias Barreto, *un giurista tropicale: Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania Ideale*. Roma; Bari: Laterza, 2000, p. 262 and the above quoted book is RUBO, Ernst Traugott. *Kommentar über das strafgesetzbuch für das deutsche reich*. Frankfurt: Keip, 1992.

196 RUBO, Ernst Traugott. *Kommentar über das strafgesetzbuch für das deutsche reich*. Frankfurt: Keip, 1992.

197 RUBO, Ernst Traugott. *Kommentar über das strafgesetzbuch für das deutsche reich*. Frankfurt: Keip, 1992.

198 KATALOG der Bibliothek des Deutschen Reichstages, 1882. p. 1389.

199 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 325.

200 STRICKER, Salomon. *Physiologie des rechts*. Wien: Teoplitz &

legal order contrasting a very particular notion of a legal rule. Between the lines, Stricker considered the divergences between Natural Law and Positive Law, a nuclear question in the nineteenth century conceptual agenda.

Adolf Samuely, although cited by Michael Stolleis, is an author whose legacy is difficult to map. In the *Max-Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte* library there is an Adolf Samuely essay dated of 1875²⁰¹. The essay is a commentary on an article of the Swiss Constitution. Samuely lectured at the University of Bern. His liberal approach towards religion was close to the laicism that Tobias Barreto had enduringly defended. Tobias Barreto quoted Samuely, from whom he copied a paragraph, while discussing the state secretary's liability on a parliamentary regime. The quote referred to the Samuely conclusions regarding the impeachment in the English Parliament. Similarly, in another passage, Tobias cited Samuely to sustain that a civil servant that practices any crime, and not only the ones directly related to its duties, does severely violate the obligations he has to accomplish.

August von Bethmann-Hollweg (1795-1877) is another author whose work Tobias Barreto was familiar. Even though Bethmann-Hollweg is rarely mentioned in general, there is an 1864 edition of one of his books in the *Max-Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte* collection²⁰². It is a study on Roman Civil Process, a subject that Tobias Barreto effectively had some familiarity. Tobias Barreto quoted Bethmann-Hollweg in an essay he wrote on the civil process in the context of Roman Law²⁰³. In order to challenge the recognized division of the Roman Law species of *legis actiones*²⁰⁴, Tobias Barreto confirmed Bethmann-Hollweg authority to contest this conservative taxonomy²⁰⁵. Some of Bethmann-Hollweg books were reprinted in the twentieth century²⁰⁶. More

common, however, are the XIX th century editions²⁰⁷. Bethmann-Hollweg had also written an interesting book of his memories of Savigny²⁰⁸.

Next, Theodor Reinhold Schütze (1827-1897), who was educated in Kiel and in Munich. Two of his books, both in the field of Criminal Law, are listed on Tobias Barreto's German library catalog²⁰⁹. At the Max-Planck Institute for European Legal History library there are some samples of the mentioned books. The 1882 German Parliament catalog registers one book authored by Theodor Schütze²¹⁰. On a commentary that Tobias Barreto had written on the Brazilian Criminal Code he quoted and criticized Theodor Schütze²¹¹, circumstance that confirms his acquaintance with this German author.

There is also Otto Stobbe (1831-1897), historian and law professor, who studied in Königsberg. He was subsequently a professor in Breslau, Leipzig and Königsberg, his *alma mater*. Tobias Barreto had one of his books²¹². Stobbe had written on the history of German law sources²¹³, as well as on the Jews in German during the middle Ages, a book that was printed in 1923²¹⁴. He also wrote a textbook on German private law, and a history of copyrights, which have two editions²¹⁵. The 1882 German Parliament catalog enlisted five Otto Stobbe's books²¹⁶.

Deutick, 1884. p. 61.

201 SAMUELY, Adolf. *Artikel 50 der schweizerischen bundesverfassung vom 20 mai 1874*. Bern: Buchdruckerei von Jent & Reinert, 1874.

202 BETHMANN-HOLLWEG, August Von Der. *Römische civil-prozess*. Bonn: Aldolph Mareus, 1864.

203 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 311.

204 Namely: sacramento, per iudicis postulacionem, per condicionem, per manus injectionem, per pignoris capionem. BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 312.

205 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1.

206 HOLLWEG, August Von Bethmann. *Gerichtsverfassung und prozess des sinkenden römischen reichs*. Frankfurt: Keip, 1970. HOLLWEG, August Von Bethmann. *Unsprung der lombardischen städtefreiheit*. Amsterdam: Bonset, 1971.

207 HOLLWEG, August Von Bethmann. *Grundriss zu pandekten-vorlesungen*. Frankfurt: Broenner, 1831. HOLLWEG, August Von Bethmann. *Ueber gesetzgebung und rechtswissenschaft als aufgabe unserer zeit*. Bonn: Marcus, 1876.

208 HOLLWEG, August Von Bethmann. *Erinnerung an Friedrich Carl Von Savigny- als rechtlehrer, staatsmann und schiff*. Weimar: Hermann Böhlman, 1867.

209 LOSANO, Tobias Barreto, *un giurista tropicale: Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania Ideale*. Roma; Bari: Laterza, 2000, p. 264 and the mentioned book is SCHÜTZE, Theodor Reinhold. *Lehrbuch des deutschen strafrechts*. Leipzig: J. M. Gebhardt, 1874. SCHÜTZE, Theodor Reinhold. *Die nothwendige theilnahme am verbrechen*. Leipzig: J. M. Gebhardt, 1869.

210 KATALOG der Bibliothek des Deutschen Reichstages, 1882. p. 542.

211 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 247.

212 LOSANO, ano, p. 264 apud STOBBE, Otto. *Hanbuch des deutschen privatrechts*. Berlin: W. Hertz, 1871-1878. v.3

213 STOBBE, Otto. *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*. Leipzig, 1860.

214 STOBBE, Otto. *Die juden in deutschland während des mittelalters in politischer, sozialer und rechtlicher beziehung*, verlagsort. Berlin: Lamm, 1923.

215 STOBBE, Otto. *Zur Geschichte des deutschen vertragsrechts*. Leipzig: [s. n.], 1855. STOBBE, Otto. *Zur geschichte des deutschen vertragsrechts*. Frankfurt: Minerva, 1969.

216 KATALOG der Bibliothek des Deutschen Reichstages, 1882.

Among the least known, Emil Kraepelin (1856-1926), who was a physician; his life was briefed in the *Deutsche Biographische Enzyklopädie*;²¹⁷ he is also cited in the 1882 *Katalog der Bibliothek des Deutschen Reichstages*.²¹⁸ Kraepelin insisted that mental illness had an organic component, as opposed to Sigmund Freud's theory. Furthermore, Edward Böcking (1802-1860), who has correspondingly an entry in the *Deutsche Biographische Enzyklopädie*.²¹⁹ One of his books, *Pandekten des römischen*, was known by Tobias Barreto. There is a sample of this work in the Max-Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte library; it is an 1855 edition²²⁰.

There is also Karl Bolgiano (1816-1897), who studied in Munich and in Heidelberg. Tobias Barreto had a copy of one of his books²²¹. Bolgiano also had written a book on Bavarian law²²². The 1882 German Parliament catalog enlisted two of his books²²³. Lastly, Frederich Oskar Schwarze (1816-1886), criminal law specialist, who studied in Leipzig. He was a law professor in Dresden and subsequently a member of the Reichstag. Tobias Barreto had one of his books in his German library²²⁴. Tobias Barreto had quoted Schwarze on a paper he wrote on Criminal Law²²⁵.

To end with, there is deficiency of information regarding Leonhard Freund, Eugen Tuhn and Wilhelm Lagenbeck.

6. FINAL CONSIDERATIONS

Among the authors explored, the survey stressed a common place, that is, Rudolf von Jhering, Rodolf von

Gneist, Theodor Mommsen and Johann Caspar Bluntschli are of a vital importance in the history of German legal thought. Their reception by Tobias Barreto confirms that this Brazilian law professor was aware of the significant German scholars he studied.

The investigation also found that Josef Eötvös, unknown among Brazilian scholars, has an overriding reputation in Hungarian political history. The research also concluded that Albert Bermer, Franz von Holtzendorf, Heinrich Lammasch, Julius Fröbel, Franz Adickes, Maximilian von Buri, Felix Dahn, Rudolf Haym, Hugo Meyer, Theodor Mutter, Conrad Franz Rossirt, Ernest Traugott Rubo, Salomon Stricker, Adolf Samuely, August von Bethamnn-Hollweg, Theodor Reinhold Schütze, Otto Stobbe, Emil Kraepelin, Edward Bocking, Karl Bolgiano and Friedrich Oskar Schwaze are known in Germany, albeit on a more restrict array of recognition. The present study also found that some authors like William Lagenbeck, Leonhard Freund and Eugene Tuhn are in that quasi-oblivion which was mentioned in the beginning of the text.

In the nineteenth century, a South American scholar could have chosen a European author by a myriad of factors. Those reasons might range from the possibility of importing the book (and in this case, some other aspects, as price and booksellers had played an important role) to the very assumption of the importance of the author, which can be applied to names as Jhering and Mommsen, with no doubts. In the nineteenth century foreign ideas were imported by Brazilian scholars, especially from Europe, although under an apparent conflict between French and German tendencies. Tobias Barreto was with no suspicions a champion of the German concepts in Brazilian cultural history.

The paper assumes that Tobias Barreto's biographers did not explain the methodology he used to select the German authors he studied. Driven by intuition, subject to booksellers' readiness to import, dependent on catalogs and limited by financial restrictions, Tobias Barreto found his own way of perceiving the German cultural legacy. This peculiarity might be one of the aspects that explains that randomness might play an important role in the history of transposition and reception of European ideas in Latin America.

Finally, it must be affirmed that the authors here cited, all known by Tobias Barreto, had their thoughts once discussed in Latin America hence confirming Tho-

p. 1408.

217 DEUSTSCHE Biographische Enzyklopädie. v. 6. p. 62.

218 KRAEPLIN, Emil. *Die abschaffung des strafenases*. Stuttgart: F. Enke, 1880. p. 547.

219 DEUTSCHE Biographische Enzyklopädie. v. 1. p. 609.

220 BÖCKING, Eduard. *Pandekten der römischen privatrechts*. Leipzig: Verlag Von Sirzel, 1855.

221 LOSANO, LOSANO, *Tobias Barreto, um giurista tropicale: Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania Ideale*. Roma ; Bari: Laterza, 2000, p. 258 and the quoted book is BOLGIANO, Karl. *Handbuch des rechts-civil-processrechts*. Stuttgart: F. Enke, 1879.

222 BOLGIANO, Karl. *Beitrag zur lehre vom rückfall nach bayerischem staats rechte*. München: Duncker und Humblot, 1843.

223 KATALOG der Bibliothek des Deutschen Reichstages, 1882. p.589; 590.

224 Cf. LOSANO, Mario. *Tobias Barreto, um giurista tropicale: Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale*. Roma; Bari: Laterza, 2000. p. 264. SCHWARZE, Friedrich Oskar. *Commentar zum strafgesetzbuch für das deutsche reich*. Leipzig: Fue, 1873.

225 Cf. BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Ser-gipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1. p. 297.

mas Duve's perception that Europe's cultural boundaries transcends its geographical limits, for the concept of Europe might be also historical and not only geographical.

REFERENCES

- ADICKES, Franz. *Grundlinien durchgreifender justizreform*. Berlin: Guttentag, 1906.
- ADICKES, Franz. *Persönliche erinnerungen zur vorgeschichte der universität Frankfurt a.M.* Frankfurt: Englert & Schlosser, 1915.
- ADICKES, Franz. *Zur lehre von den bedingungen nach römischem und heutigem Recht*. Berlin: Guttentag, 1876.
- ADICKES, Franz. *Zur lehre von den rechtsquellen, insbesondere über die vernunft und die natur der sache als rechtsquellen um über das gewohnheitsrecht*. Leipzig: G. H. Wigand, Cassel & Göttingen, 1872.
- ALDA, Hubert. *Albert Friedrich Berner, eine biographie*. Münster: Max Kramer, 1960.
- AMADO, Gilberto. *Tobias Barreto*. Rio de Janeiro: Ariel, 1934.
- BARRETO, Luiz Antônio. *Tobias Barreto: a abolição da escravatura e a organização da sociedade*. Recife: Editorial de Sergipe, 1988.
- BARRETO, Tobias. *Estudos alemães*. Rio de Janeiro; Aracaju: Record; Secretaria de Cultura e Meio Ambiente, 1991.
- BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bokseller, 2000.
- BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro; Sergipe: J. E. Salomon; Editora Diário Oficial, 2012. v. 1.
- BECCHI, Paolo. *Ideologie della codificazione in Germania*. Genova: Companhia del Librai, 1999.
- BELLOMO, Manlio. *L'Europa del diritto comune*. Roma: I Cigno Galileo Galilei Edizioni di Arte e Scienza, 1994.
- BERNER, Albert Friedrich. *Abschaffung der todesstrafe*. Dresden: Boethischer, 1861.
- BERNER, Albert Friedrich. *Grundlinien der criminalistischen imputationslehre*. Frankfurt: Sauer & Auvermann, 1968.
- BERNER, Albert Friedrich. *Grundsätze des preussischen strafrechts*. Leipzig: Verlag von Berhnhard Tauchnitz, 1861.
- BERNER, Albert Friedrich. *Lehrbuch des deutschen strafrechtes*. Aalen: Scientia Verlag, 1986.
- BERNER, Albert Friedrich. *Lehrbuch des deutschen strafrechtes*. Goldbach: Keip, 1996.
- BERNER, Albert Friedrich. *Lehrbuch des deutschen strafrechtes*. Leipzig, Tauchnitz, 1866.
- BERNER, Albert Friedrich. *Trattato de diritto penale*. Milano: Vallardi, 1887.
- BERNER, Albert Friedrich. *Wirkungskreis des strafgesetzes nach zeit, raum und personen*. Berlin: Decker, 1853.
- BETHMANN-HOLLWEG, August Von Der. *Römische civilprozess*. Bonn: Aldolph Mareus, 1864.
- BEVILACQUA, Clóvis. Tobias Barreto. In: JURISTAS Filósofos. Salvador: Livraria Magalhães, 1897. p. 75-95.
- BLUNTSCHLI, Johann Caspar. *Deutsches staats-wörterbuch*. Editora: Stugart und Leipzig, 1858.
- BLUNTSCHLI, Johann Caspar. *Le droit public general*. Paris: Guillaumin, 1880.
- BLUNTSCHLI, Johann Caspar. *The theory of the state*. Oxford: Clarendon, 1885.
- BÖCKING, Eduard. *Pandecten der römischen privatrechts*. Leipzig: Verlag Von Sirzel, 1855.
- BÖDY, Paul. *Joseph Eötvös and the modernization of Hungary, 1840-1870*. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1972.
- BOLGIANO, Karl. *Beitrag zur lehre vom rückfall nach bayerischem staats rechte*. München: Duncker und Humblot,, 1843.
- BOLGIANO, Karl. *Handbuch des rechts-civil-processrechts*. Stuttgart: F. Enke, 1879.
- BURI, Maximilian Von. *Beiträge zur theorie des strafrechts und zum strafgesetzbuche*. Leipzig: Veit, 1894.
- BURI, Maximilian Von. Carl Kirchner: Buri, Maximilian Georg Wilhelm Carl Theodor Gottfried von. In: NEUE Deutsche Biographie (NDB). Ueber Causalität und deren Verantwortung: Leipzig, 1873. p. 51-52.
- BURI, Maximilian Von. *Die causalität und ihre strafrechtlichen beziehungen*. Stuttgart: Enke, 1885.

- BURI, Maximilian Von. *Einheit und mehrheit der verbrechen*. Frankfurt am Main: Keip, 1968.
- CAMPOS, Virgílio. *Tobias Barreto e a revolução jurídica alemã: a influência de Von Jhering no pensamento tobiático*. Recife: [s. n.], 1988.
- CHACON, Vamireh. *Da escola do Recife ao código civil*. Rio de Janeiro: Organizações Simões, 1969.
- COING, Helmut. *Das recht als element der europäischen kultur*. Heidelberg: Verlag Lambert Schneider, 1983.
- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J. *Savigny y el historicismo jurídico*. Madrid: Tecnos, 2005.
- CORTES, Paulo Campos. *A concepção filosófica de Tobias Barreto*. Rio de Janeiro: [s. n.], 1980.
- CORTES, Paulo Campos. *Tobias Barreto: antologia de ideia, uma revelação*. Rio de Janeiro: Radial, 1974.
- DAHAN, Felix. *Studien zur geschichte der germanischen gottesurtheile*. München: [s. n.], 1857.
- DAHAN, Felix. *Studien zur geschichte der germanischen gottesurtheile*. Dillenburg: Gruber, 1998.
- DAHAN, Felix. *Westgothische studien*. Würzburg: Stahel, 1874.
- DOMINGO, Rafael (Org.). *Juristas universales*. Barcelona: Marcial Pons, 2004.
- DUVE, Thomas. *European legal history: global perspectives*. Max-Planck-Institute, 2013.
- DUVE, Thomas. Von der Europäischen zu einer Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer perspective. In: RECHTSGESCHICHTE legal history rg 20. 2012. Available: <<http://dx.doi.org/10.12946/rg20/018-071>>. Accessed on: Dec., 10th, 2014. p. 18-71.
- EISENHARDT, Ulrich. *Deutsche rechtsgeschichte*. München: Verlag C. H. Beck, 1994.
- ESSER, Dirk. *Gneist als zivilrechtslehrer: die pandektenvorlesung des wintersemesters: 1854-55*. Paderborn; München; Wien; Zurich: Ferdinand Schöningh, 2004.
- EWALD, Heinrich. *Einleitung in die geschichte des volkes Israels*. Goettingen: Dietrichsche Buchhandlung, 1864.
- FEHR, Hans. *Deutsche rechtsgeschichte*. Berlin: Walter de Gruyter & CO, 1962.
- FERREIRA, Luis Pinto. *Tobias Barreto e a nova escola de Recife*. Recife: Imprensa Industrial, 1953.
- FREUND, Leonhard. *Thaten und namen: forschungen ueber staat und gesellschaft mit besonderer rücksicht auf lorenz stein und Ruldolf Gneist*. Berlin: F. Henschel, 1871.
- FRÖBEL, Julius. *Die gesichtspunkte und aufgaben der politik*. Darmstadt: Scientia Verlag, 1971.
- FRÖBEL, Julius. *Die gesichtspunkte und aufgaben der politik*. Leipzig: Duncker & Humboldt, 1878.
- GAMA, Affonso Dionyzio. *Tobias Barreto*. São Paulo: Monteiro Lobato, 1925.
- GNEIST, Rudolf. *Die preussische kreis-ordnung*. Berlin: J. Springer, 1870.
- GNEIST, Rudolf. *Self-government: communalverfassung und verwaltungs-gerichte*. Berlin: Springer, 1871.
- GNEIST, Rudolf. *Selfgovernment-communalverfassung und verwaltunsgerichtr in England*. Berlin: Verlag Von Julius Springer, 1871.
- GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Roma; Bari: Laterza, 2007.
- HAHN, Ericj J. *Rudolf von Gneist: 1816-1895, ein politischer jurist in der bismarckzeit*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1995.
- HELLERINGER, Geneviève; PURNHAGEN, Kai. *Towards a european legal culture*. Baden-Baden: Nomos, 2014.
- HEUSS, Alfred. *Theodor mommsen und ds 19. jahrhundert*. Kiel: Ferdinand Hirt, 1956.
- HOKE, Rudolf. *Österreichische und deutsche rechts-geschichte*. Wien; Köln; Weimar: Böhlau Verlag, 1992.
- HOLLWEG, August Von Bethmann. *Erinnerung an Friedrich Carl Von Savigny- als rechtlehrer, staatsmann und schift*. Weimar: Hermann Böhlan, 1867.
- HOLLWEG, August Von Bethmann. *Gerichtsverfassung und prozess des sinkenden römischen reichs*. Frankfurt: Keip, 1970.
- HOLLWEG, August Von Bethmann. *Grundriss zu pandektenvorlesungen*. Frankfurt: Broenner, 1831.
- HOLLWEG, August Von Bethmann. *Ueber gesetzgebung und rechtswissenschaft als aufgabe unserer zeit*. Bonn: Marcus, 1876.
- HOLLWEG, August Von Bethmann. *Unsprung der lombardischen städtefreiheit*. Amsterdam: Bonset, 1971.

- HOLLWEG, August Von Bethmann. *Versuche über einzelne theile der theorie des civilprozesses*. Berlin: Nicolai, 1827.
- HOLTZENDORFF, Franz Von. *Allgemeines staatsrecht und politik*, münchen, 1874. Madrid: Fé, 1888.
- HOLTZENDORFF, Franz Von. *De rebus quarum commercium non est*. Berolini: Schlesinger, 1852.
- HOLTZENDORFF, Franz Von. *Die idee des ewigen völkerfriedens*. Berlin: Habel, 1882.
- HOLTZENDORFF, Franz Von. *Eroberungen und eroberrungsrecht*. Berlin: Lüderitz, 1871.
- HOLTZENDORFF, Franz Von. *Materialen der deutschen reichsverfassung*. Berlin: C. Habel, 1873.
- HOLTZENDORFF, Franz Von. *Zeitglossen des gesunden menschenverstandes*. München: Ackerman, 1884.
- HUHN, Eugen. *Politik*. Leipzig: Wilhelm Grunow, 1865.
- JHERING, Rudolf Von. *Der zweck im recht*. Leipzig: Breitkopf & Haertel, 1883.
- JHERING, Rudolf Von. *Die Jurisprudenz des täglichen lebens*. Iena: Verlag Von Gustav Fischer, 1927.
- JOUANJAN, Olivier (Org). *L'esprit de l'école historique du droit*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2004.
- KILLY, Walter. *Deutsche biographische enzyklopädie*. München; New Providence; London; Paris: K. G. Saur, 1995.
- KLEINMEYER, Gerd; SCHRÖDER, Jan (Hrsg.). *Deutsche und europäische juristen aus neun jahrhunderten*. Heilderberg: C. F. Müller Verlag, 2008.
- KLEMAN, Bernd. *Rudolf Von Jhering und die historische rechtsschule*. Frankfurt am Main; Bern; New York; Paris: Verlag Peter Lang, 1989.
- KOCH, Rainer. *Demokratie und Staat bei Julius Fröbel: 1805-1893: liberales denken zwischen naturrecht und sozialdarwinismus*. Wiesbaden: Franz Steiner Verlag, 1978.
- KRAEPLIN, Emil. *Die abschaffung des strafmaßes*. Stuttgart: F. Enke, 1880.
- LABOULAYE, Édouard. *Essai sur la vie et les doctrines de Frédéric Charles de Savigny*. Paris: A. Durand, 1842.
- LAGENBECK, Whillelm. *Die Lehre Von der Teilnahme am verbrechen*. Jena: Mauke, 1868.
- LAMMASCH, Heinrich. *Auslieferungspflicht und Asylrecht*. Leipzig: Duncker und Humblot, 1887.
- LAMMASCH, Heinrich. *Das moment objectiver gefaehrlichkeit im begriffe des verbrechenssuches*. Wien: Alfred Holder, 1879.
- LAMMASCH, Heinrich. *Das recht der auslieferung wegen politischer verbrechen*. Wien: Manz, 1884.
- LAMMASCH, Heinrich. *Die rechtskraft internationaler scheidssprüche*. München: Duncker und Humblot, 1913.
- LAMMASCH, Heinrich. *Die Völkerrecht nach dem Kriege, Kristiania*: ascheoug, 1917. Studien zum Strafgesetzentwurf; Wien: Manz, 1891.
- LAMMASCH, Heinrich. *Diebstahl und beleidigung*. Wien: Manz, 1893.
- LAMMASCH, Heinrich. *Grundris der österreichischen strafrechts*. Wien: Druck und Verlag der Österr Staatsdruckerei, 1926.
- LIMA, Hermes. *O pensamento vivo de Tobias Barreto*. São Paulo: Martins, 1943.
- LIRA, Roberto. *Tobias Barreto, o homem-pêndulo*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1937.
- LOSANO, Mario. *Bibliografia di Rudolf Von Jhering*. Torino: Giulio Einaudi, 1968.
- LOSANO, Mario. *Tobias Barreto, um giurista tropicale: Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale*. Roma; Bari: Laterza, 2000.
- MARINI, Giuliano. *La polemica sulla codificazione*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1982.
- MEYER, Hugo. *Das Norddeutsche strafrecht*. Halle: Waisenhaus, 1869.
- MEYER, Hugo. *Lehrbuch des deutschen strafrechts*. Erlangen: Deichert, 1875.
- MEYER, Hugo. *Lehrbuch des deutschen strafrechts*. Leipzig: Deichert, 1907.
- MEYER, Hugo. *Lehrbuch des deutsches strafrechts*. Erlangen: Deichert, 1882.
- MOMMSEN, Adelheid. *Mein Vater: rinnerunger an Theodor Mommsen*. München: Matthes & Seitz Verlag, 1992.
- MOMMSEN, Theodor. *Roemisches staatsrecht*. Leipzig: Hirzel, 1876.

- MOMMSEN, Theodor. *Römisches strafrecht*. Graz: Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, 1955.
- MONT'ALEGRE, Omer. *Tobias Barreto*. Rio de Janeiro: Vecchi, 1939.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *Medo à utopia: o pensamento social de Tobias Barreto e Silvio Romero*. Brasília, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, INL, 1985.
- MUTHER, Theodor. *Die reform des juristischen unterrichts*. Frankfurt: Keip, 1968.
- MUTHER, Theodor. *Die reform des juristischen unterrichts*. Weimar: Böhlau, 1873.
- MUTHER, Theodor. *Roemisches und kanonisches recht im deutschen mittelalter*. Rostock: Kuhn, 1871.
- PAIM, Antonio. *A filosofia da escola do Recife*. Rio de Janeiro: Saga, 1966.
- PELÁEZ, Manuel J. (Ed.). *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos*. Zaragoza y Barcelona: Cometa, 2005.
- PELÉZ, Manuel J.; BRÁS TEIXEIRA, Antonio. Tobias Barreto. In: DOMINGO, Rafael (Org.). *Juristas universales*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2004. p. 135-137.
- PEREIRA, Virgílio de Sá. *Tobias Barreto*. Rio de Janeiro: Revistas dos Tribunais, 1917.
- RAYM, Rudolf. *Die deutsche nationalversammlung bis zu september-ereignissen*. Frankfurt: Carl Jügel, 1848.
- REALE, Miguel. *Estudos de filosofia brasileira*. Lisboa: Guimarães Editores, 1994.
- REALE, Miguel. *Figuras da inteligência brasileira*. São Paulo: Siciliano, 1994.
- RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luís. *A Influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 938.
- ROMERO, Nelson. *Tobias Barreto*. Rio de Janeiro: Globo, 1943.
- ROSENBERG, Hans. *Rudolf Haym und die anfänge des klassischen liberalismus*. München: Oldenbourg, 1933.
- ROSSHIRT, Conrad Franz. *Beiträge zum gemeinen deutschen prozeß*. Heidelberg: Mohr, 1868.
- ROSSHIRT, Conrad Franz. *Canonisches recht*. Schaffhausen: Hurter, 1857.
- ROSSHIRT, Conrad Franz. *Einleitung in das erbrecht und darstellung des ganzen intestat-erbrechts, besonders nach römischen quellen*. Landshut: Krüll, 1831.
- ROSSHIRT, Conrad Franz. *Ueber die tendenz des prätorischen rechts und über das verhältniss desselben zum civilrechte*. Erlangen: Hilpert, 1812.
- ROSSHIRT, Conrad Franz. *Zu den kirchenrechtlichen quellen des ersten jahrtausends und zu den pseudoisidorischen decretalen*. Heidelberg: Mohr, 1849.
- ROSSHIRT, Conrad Franz. *Entwicklung der grundsätze des strafgesetzbuch für das deutsche reich und einführungsgesetz*. Berlin: Carl Heymanns, 1872.
- RUBO, Ernest Traugott. *Kommentar über das strafgesetzbuch für das deutsche reich*. Berlin: Carl Heimanns Verlag, 1872.
- RUBO, Ernest Traugott. *Kommentar über das strafgesetzbuch für das deutsche reich*. Berlin, 1879.
- RUBO, Ernest Traugott. *Kommentar über das strafgesetzbuch für das deutsche reich*. Frankfurt: Keip, 1992.
- SAMUELY, Adolf. *Artikel 50 der schweizerischen bundesverfassung vom 20. mai 1874*. Bern: Buchdruckerei von Jent & Reinert, 1874.
- SAMUELY, Adolf. *Das prinzip der ministerverantwortlichkeit in der constitutionellen monarchie*. Berlin: J. Springer, 1869.
- SAVIGNY, Freidrich Karl Von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislacion y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Arengreen, 1946.
- SCHÜTZE, Theodor Reinhold. *Die nothwendige theilnahme am verbrechen*, Leipzig: J. M. Gebhardt, 1869.
- SCHÜTZE, Theodor Reinhold. *Lehrbuch des deutschen strafrechts*. Leipzig: J. M. Gebhardt, 1874.
- SCHWARZE, Friedrich Oskar. *Commentar zum strafgesetzbuch für das deutsche reich*. Leipzig: Fue, 1873.
- SOSA WAGNER, Francisco. *Maestros alemanes del derecho público*. Barcelona: Marcial Pons, 2005.
- SÖTVÖS, Joseph. *Der einfluss der herrschenden ideen des 19 jahrhunderts auf den staat*. Leipzig: F. U. Brockhaus, 1854.
- STEIN, Peter; SHAND, John. *Legal values in western society*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1974.
- STOBBE, Otto. *Die juden in deutschland während des mittelalters in politischer, sozialer und rechtlicher beziehung*, verlagsort. Berlin: Lamm, 1923.

- STOBBE, Otto. *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*. Leipzig, 1860.
- STOBBE, Otto. *Hanbuch des deutschen privatrechts*. Berlin: W. Hertz, 1871-1878. v. 3.
- STOBBE, Otto. *Zur Geschichte des deutschen vertragsrechts, leipzig, 1855 zur geschichte des deutschen vertragsrechts*. Frankfurt: Minerva, 1969.
- STOLLEIS, Michael (Org.). *Juristen- ein biographisches lexicon von der antike bis zum 20 jahrhundert*. München: Beck, 2001.
- STOLLEIS, Michael. *Public law in Germany, 1800-1914*. New York: Oxford, 2001.
- STÖVÖS, Joseph. *Der einfluss der herrschenden ideen des 19 jahrhunderts auf den staat*. Wien: Jasper, Hügel & Manz, 1851.
- STRICKER, Salomon. *Physiologie des rechts*. Wien: Teoplitiz & Deutick, 1884.
- WATSON, Peter. *The German genius: Europe's third renaissance, the second scientific revolution and the twentieth century*. London: Simon & Schuster, 2010.
- WESEL, Uwe. *Geschichte des rechts in europa-von den griechen bis zum vertrag von lissabon*. München: Verlag C. H. Beck, 2010.

Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. Revista de Direito Internacional classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a comissão editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Comissão Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresen-

tação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

7. Com a publicação do artigo o autor receberá cinco exemplares da revista. No caso de resenha o autor receberá dois exemplares.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

Envio dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico www.rdi.uni-ceub.br

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a Revista de Direito Internacional passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

Editorial: Resultados da III Conferência Bienal da Red DEI

Michelle Rattón Sanchez-Badin, Fabio Costa Morosini e Lucas da Silva Tasquetto

Direito Internacional Econômico no Brasil: quem somos e o que fazemos? Evidências empíricas de 1994 a 2014

Michelle Rattón Sanchez Badin, Fabio Costa Morosini e Inaê Siqueira de Oliveira

Um espaço para pensar em alternativas? a academia Latino-Americana de direito internacional econômico frente à ordem econômica global

Nicolás Marcelo Perrone

Grupo de alto nível Brasil - Uruguai (GAN): um novo paradigma para a integração produtiva no MERCOSUL

Alebe Linhares Mesquita e Vivian Daniele Rocha Gabriel

O comércio de serviços entre Brasil e Uruguai: liberalização, desafios e perspectivas do setor de tecnologia da informação e comunicação (TIC) e *softwares*

Vivian Daniele Rocha Gabriel e Alebe Linhares Mesquita

Core Labor Standards no regime de preferências tarifárias no MERCOSUL: a necessidade de humanização do comércio internacional

Martinho Martins Botelho e Marco Antônio César Villatore

Acordo TRIMS: flexibilização ou não? Política de conteúdo local, processo produtivo básico (PPB) e os desafios para a indústria brasileira e a integração latino-americana

Natália Figueiredo

Estudios de caso de rechazos en frontera de exportaciones alimentarias latinoamericanas por motivos relacionados con medidas técnicas no arancelarias

Sofia Boza, Juan Rozas e Rodolfo Rivers

América do Sul em face dos tratados bilaterais de investimento: rumo ao retorno do Estado na solução de controvérsias?

Magdalena Bas

Futuro de los sistemas nacionales de ciencia tecnología e innovación en la agenda económica de américa latina: definiendo cambios regulatorios o protegiendo inversiones

Rodrigo Corredor

El papel de las instituciones de control financiero sobre los derechos humanos en el contexto latinoamericano

Jose Miguel Camacho Castro

Convergencia regulatoria en la alianza del pacífico: un capítulo inconcluso

Rodrigo Polanco Lazo

O constitucionalismo e a comunitarização no direito internacional: possibilidades para o comércio internacional?

Camilla Capucio

Escassez hídrica e direito internacional econômico: o Brasil como protagonista na transferência de água para regiões áridas

Douglas de Castro

A Segurança energética como base para maior integração na América Do Sul: à espera de um tratado multilateral

Matheus Bassani

As práticas restritivas da concorrência no mercado de contratação pública europeu

Alice Rocha da Silva e Ruth M. P. Santos

Do transnacional para o nacional: IOSCO, o mercado de valores mobiliários brasileiro e *accountability*

Salem Nasser, Nora Rachman e Viviane Muller Prado

Migração de trabalhadores intelectuais brasileiros para o mercado internacional: identificação de atos de aliciamento de empregados e mecanismos legais para impedir a apropriação tecnológica e concorrência desleal

José Carlos Vaz e Dias e João Marcelo Sant'Anna da Costa

The easier way to have "better law"? The most-significant-relationship doctrine as the fallback conflict-of-law rule in the people's republic of china

Chi Chung

Reflexos jurídicos da governança global subnacional: a paradiplomacia e o direito internacional: desafio ou acomodação

Valéria Cristina Farias e Fernando Rei

Matrizes políticas da justiça penal internacional

Francisco Rezek

Responsabilidad Internacional del Estado frente a lucha contra la discriminación racial y étnica en España

Edilney Tomé da Mata e Eduardo Biacchi Gomes Correio

The Peace Process in Sierra Leone: an analysis on marriages between culture and crime

Gustavo Bussmann Ferreira

Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial

Antonio Henrique Graciano Suxberger e Dermeval Farias Gomes Filho

Proteção Internacional do Consumidor e Cooperação Interjurisdiccional

Héctor Valverde Santana e Sophia Martini Vial

The land rights of indigenous and traditional peoples in Brazil and Australia

Márcia Dieguez Leuzinger e Kylie Lyngard

The reception of European ideas in Latin America: the issue of the German sources in Tobias Barreto, a prominent nineteenth century Brazilian legal scholar

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy