

ISSN 2304-7887 (en línea)

ISSN 2307-5163 (impreso)

Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión

Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão



RSTPR

Año 1 - Nº 1
2013

Asunción
República
del Paraguay

REFLEXÕES SOBRE A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL

Alberto do Amaral Júnior

A (NÃO) CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO PELOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

Ana Cristina Paulo Pereira

COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA CIVIL

Carmen Tiburcio

AS LIÇÕES DA CRISE EUROPEIA PARA O MERCOSUL

Elizabeth Accioly - Jorge Fontoura

EL PERFIL JURÍDICO DEL MERCADO COMÚN DEL SUR

Liliana Etel Rapallini

APORTES METODOLÓGICOS PARA LA INTEGRACIÓN DEL MERCOSUR

Miguel Ángel Ciuro Caldani

REGIONALISMO SUDAMERICANO: SUS CARACTERÍSTICAS

Noemí B. Mellado

A TENDÊNCIA DE CONCLUSÃO DOS ACORDOS EM FORMA SIMPLIFICADA: EVOLUÇÃO E PRÁTICA BRASILEIRA

Paula Wojcikiewicz Almeida

O DIREITO DA GUERRA EM FRANCISCO SUÁREZ: O PROJETO CIVILIZADOR DA ESCOLÁSTICA ESPANHOLA

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo

REGIONALISMO

Raphael Carvalho de Vasconcelos

LOS OBJETIVOS DEL MERCOSUR Y LA OPCIÓN DE FORO

Roque F. Silguero

DELITOS E INFRACCIONES ADUANERAS EN EL CAM

Santiago Deluca

MERCOSUL: DO IDEAL BOLIVARIANO PARA A REALIDADE ATUAL (E QUEM SABE FUTURA?)

Sidney Guerra

MERCOSUR

MERCOSUL

RSTPR

Año 1, N° 1, 2013

Av. Mariscal López y Gral. Santos, Edificio “Villa Rosalba”
Teléfono 595 (21) 221411
CP. 1512

Asunción- República del Paraguay

CONSEJO EDITORIAL

Alberto do Amaral Júnior
Alberto Manuel Poletti Adorno
Alfredo Mario Soto
Ana Cristina Paulo Pereira
Antonio Celso Alves Pereira
Atilio Alterini - in memoriam
Calogero Pizzolo
Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues
Diego Moreno
Enrique C. Barreira
Jorge Luiz Fontoura Nogueira
José María Gamio
Liliana Rapallini
Lilian del Castillo
Luiz Olavo Baptista
Marilda Rosado
Miguel Angel Ciuro Caldani
Natasha Suñé
Noemí B. Mellado
Paula Wojcikiewicz Almeida
Paulo Borba Casella
Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo
Raphael Carvalho de Vasconcelos
Roberto Ruiz Díaz Labrano
Sandra Cecilia Negro
Santiago Deluca
Sidney Guerra
Silvina Barón Knoll
Soledad Villagra de Biedermann
Susana Czar de Zalduendo
Umberto Celli Junior
Violeta Liliana Chantal González Valdez
Wagner Menezes
Welber Barral
Wilson Nerys Fernández
Yeny Villalba

EDITOR JEFE

Raphael Carvalho de Vasconcelos

EQUIPO EDITOR

Maidier Méndez
Natasha Suñé

DIAGRAMACIÓN

Ruth Navarro

SOPORTE DIGITAL

Manuel Fernández

COLABORADORES

Mirzza Vargas
Renata Cenedesi

ISSN 2304-7887 (en línea)
ISSN 2307-5163 (impreso)

Año 1, N° 1, marzo 2013

Prohibida la reproducción total o parcial de esta revista, mediante el uso de cualquier medio de reproducción, sin previa autorización del la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Se agradece comentarios y/o sugerencias a través del correo revista@tprmercosur.org.

Las opiniones contenidas en los artículos, notas o comentarios en la revista corresponden exclusivamente a responsabilidad de los autores.

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN	7
APRESENTAÇÃO	10
Reflexões sobre a solução de controvérsias do Mercosul <i>Alberto do Amaral Júnior</i>	13
A (não) concretização do princípio da precaução pelos tribunais internacionais <i>Ana Cristina Paulo Pereira</i>	29
Cooperação jurídica internacional em matéria civil <i>Carmen Tiburcio</i>	61
Lições da crise europeia para o MERCOSUL <i>Elizabeth Accioly - Jorge Fontoura</i>	81
El perfil jurídico del Mercado Común del Sur <i>Liliana Etel Rapallini</i>	95
Aportes metodológicos para la integración del MERCOSUR <i>Miguel Ángel Ciuro Caldani</i>	109
Regionalismo sudamericano: sus características <i>Noemí B. Mellado</i>	137
A tendência de conclusão dos acordos em forma simplificada: evolução e prática brasileira <i>Paula Wojcikiewicz Almeida</i>	161
O direito da guerra em Francisco Suárez: o projeto civilizador da escolástica espanhola <i>Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo</i>	185
Regionalismo <i>Raphael Carvalho de Vasconcelos</i>	213

Los objetivos del MERCOSUR y la opción de foro <i>Roque F. Silguero</i>	229
Delitos e infracciones aduaneras en el CAM: ausencias de fondo y forma <i>Santiago Deluca</i>	259
Mercosul: do ideal bolivariano para a realidade atual (E quem sabe futura?) <i>Sidney Guerra</i>	275

PRESENTACIÓN

Creado en 2004 en cumplimiento de lo acordado en el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercado Común del Sur – MERCOSUR – el Tribunal Permanente de Revisión – TPR - se constituye en el órgano para la solución de litigios en los estados partes del Tratado de Asunción.

De su función típica, establecida en el tratado - de interpretación del derecho mercosureño cuando se presentan dudas en un litigio- se extrae y otorga al TPR la función de garante de la coherencia del sistema y de la seguridad jurídica de la organización, es decir, de custodio de lo que podría ser llamado Derecho del MERCOSUR.

Sin embargo, el derecho no se produce y estabiliza sólo cuando existen conflictos. El derecho regional tampoco se reduce a norma constituida y se construye, en verdad, con base en lo establecido en los tratados, en la interpretación fijada por los laudos emitidos en la solución de controversias y, también, en la doctrina desarrollada por la academia.

Reconociendo la importancia de la doctrina para la consolidación del Derecho del MERCOSUR, la Secretaría del TPR resolvió crear un espacio para la publicación de artículos académicos que traten temas que afecten al regionalismo y a la organización internacional, del cual el tribunal es parte. La revista pretende constituirse, por lo tanto, en una herramienta de la academia para la divulgación del derecho del MERCOSUR.

Son publicados artículos exclusivamente en las lenguas oficiales del MERCOSUR: español y portugués. La revista sigue estrictamente los términos de conducta establecidos para el TPR y no serán aceptados textos que, directa o indirectamente, presenten cualquier tipo de opinión política.

Aunque el proyecto tiene como objetivo central la difusión del derecho del MERCOSUR, la publicación no se limita solamente a los aspectos jurídicos de la organización regional. Son recibidas producciones académicas que tratan sobre ramas del derecho que se relacionan de alguna forma al marco legal mercosureño tales como el derecho internacional general, el derecho internacional económico o el derecho de la integración y por lo tanto está habilitada a ser sometida, analizada y eventualmente publicada.

Los artículos son inéditos, de carácter científico y no representarán de ninguna manera la opinión del TPR en cuanto a los temas abordados. El Consejo Editorial de la revista primará por el rigor en la selección de los artículos, anteponiendo la calidad a la cantidad. La misma tendrá, inicialmente, una periodicidad semestral.

Los trabajos sometidos son analizados por un consejo técnico en la modalidad blind review, es decir de manera no identificada, lo que permite plena libertad para criticar, revisar, aprobar o reprobar los artículos. La identidad de sus miembros será siempre reservada y el parecer emitido será reconocido como de la revista.

El Consejo Editorial de la Revista del Tribunal Permanente de Revisión MERCOSUR está compuesto por profesores reconocidos involucrados con el proceso de integración regional del MERCOSUR.

No existe ningún interés comercial vinculado a la Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. El acceso a la versión on line está disponible en www.revistatpr.com – y la versión impresa será distribuida de forma gratuita a consideración del TPR.

Como editor jefe de la revista, agradezco a los gobiernos de los estados miembros del MERCOSUR, los cuales – por medio de sus cancillerías – constituyen el verdadero soporte al funcionamiento de nuestra institución.

Mi agradecimiento formal se extiende al Dr. Welber Barral, árbitro-presidente en ejercicio, y a los Doctores Jorge Fontoura, Roberto Ruíz Díaz Labrano, Carlos Correa y José María Gamio, árbitros titulares del TPR que sin su apoyo, no se hubiese concretado este logro.

Finalmente, mi especial gratitud a los funcionarios y colaboradores de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión que participaron en este proyecto: Mainer Méndez, Renata Cenedesi, Natasha Suñé, Mirzza Vargas, Manuel Fernández y Ruth Navarro.

Sin su entusiasmo, ¡no habría revista!

Villa Rosalba, 26 de marzo de 2013 – Día de MERCOSUR

A handwritten signature in blue ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a stylized representation of the name Raphael Carvalho de Vasconcelos.

Raphael Carvalho de Vasconcelos
Secretario del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR

APRESENTAÇÃO

Criado em 2004 em cumprimento do acordado no Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercado Comum do Sul - MERCOSUL -, o Tribunal Permanente de Revisão - TPR - constitui órgão para a solução de litígios entre os estados partes do Tratado de Assunção.

De sua função típica, estabelecida em tratado - de interpretação do direito mercosulino quando apresentadas dúvidas em litígio - é de se extrair a outorga ao TPR da função de garantidor da coerência sistêmica e da segurança legal da organização, isto é, da guarda daquilo que poderia ser chamado de Direito do MERCOSUL.

Direito não se produz e estabiliza, contudo, apenas quando da existência de conflitos. O direito regional tampouco se reduz à norma constituída e se constrói, na verdade, com base nos dispositivos estabelecidos em tratados, na interpretação fixada pelos laudos emitidos na solução das controvérsias e, também, na doutrina desenvolvida pela academia.

Reconhecendo a importância da doutrina para a consolidação do Direito do MERCOSUL, a Secretaria do TPR resolveu criar espaço para a publicação de artigos acadêmicos que tratem de temas afetos ao regionalismo e à organização internacional, da qual o tribunal faz parte. A revista pretende constituir, portanto, ferramenta para a divulgação do direito do MERCOSUL pela academia.

Serão publicados artigos exclusivamente nas línguas oficiais do MERCOSUL: espanhol e português. A Revista seguirá à risca os termos de conduta estabelecidos ao TPR e aceitará para publicação trabalhos exclusivamente jurídicos. Não serão recebidos textos que, direta ou indiretamente, apresentem qualquer tipo de opinião política.

Ainda que o projeto tenha como finalidade central a divulgação do direito do MERCOSUL, a publicação não será restrita aos aspectos jurídicos da organização regional. Serão recebidas produções acadêmicas que tratem de ramos do direito que se relacionem de alguma forma ao marco legal mercosulino, tais como o direito internacional geral, o direito internacional econômico e o direito de integração. Toda e qualquer produção acadêmica relacionada de alguma forma ao MERCOSUL estará, portanto, habilitada à submissão, análise e eventual publicação.

O Conselho Editorial da Revista Jurídica da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL é composto por professores reconhecidamente envolvidos com o processo de integração regional do MERCOSUL.

Os artigos deverão ser inéditos, de rigor científico e não representarão em nenhuma hipótese a opinião do TPR quanto aos temas abordados. A Revista Jurídica da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL primará pelo rigor na seleção dos artigos preferindo qualidade à quantidade. Ela terá, inicialmente, periodicidade semestral.

Os trabalhos submetidos são analisados por um conselho técnico na modalidade *blind review*, é dizer, de forma não identificada. O Conselho Técnico conta com plena liberdade para criticar, revisar, aprovar e reprovar os artigos submetidos. A identidade de seus membros será sempre preservada e o parecer emitido é concebido como sendo da Revista.

Não há nenhum tipo de interesse comercial vinculado à Revista Jurídica da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL. O acesso à sua versão eletrônica é livre – disponível em www.revistastpr.com – e sua versão impressa será, mediante disponibilidade, distribuída gratuitamente pelo TPR a interessados.

Como editor-chefe da Revista Jurídica da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, agradeço aos governos dos estados membros do MERCOSUL, os quais – por meio de suas chancelarias – constituem o verdadeiro suporte do funcionamento de nossa instituição.

Meu agradecimento formal se estende também ao Dr. Welber Barral, árbitro-presidente, e aos Doutores Jorge Fontoura, Roberto Ruíz Díaz Labrano, Carlos Correa e José María Gamio, árbitros titulares do TPR. Sem seu apoio, não haveria mais esta conquista.

Cumpro, finalmente, declarar minha especial gratidão aos funcionários e colaboradores da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL envolvidos neste projeto: Maider Méndez, Renata Cenedesi, Natasha Suñe, Mirzza Vargas, Manuel Fernández e Ruth Navarro.

Sem seu entusiasmo, não haveria revista!

Villa Rosalba, 26 de março de 2013 – Dia do MERCOSUL

A handwritten signature in blue ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a stylized representation of the name Raphael Carvalho de Vasconcelos.

Raphael Carvalho de Vasconcelos
Secretário do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL

REFLEXÕES SOBRE A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL

REFLEXIONES SOBRE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL MERCOSUR

Alberto do Amaral Júnior¹

Resumo: *Reforçar o caráter jurisdicional do sistema, sem eliminar a característica conferida às negociações diplomáticas, é o objetivo principal do Protocolo de Olivos. O aspecto mais inovador residiu na criação de um Tribunal Permanente de Revisão encarregado de julgar, em grau de recurso, as decisões proferidas pelos tribunais arbitrais ad hoc. O Protocolo de Olivos mantém as mesmas etapas para a solução das controvérsias previstas pelo Protocolo de Brasília, mas inclui o Tribunal Permanente de Revisão, TPR. O sistema de solução de controvérsias do Mercosul evidencia a ausência de verificação do efetivo cumprimento das decisões prolatadas pelas instâncias arbitrais. Não há regras que propiciem a plena obediência por parte do Estado condenado em uma disputa. A natureza intergovernamental do Mercosul, fundada no consenso entre os membros, repercute no processo decisório dos órgãos institucionais e, obviamente, nas decisões do sistema de solução de controvérsias. A realidade atual parece sugerir que os Estados relutam em aceitar maior institucionalização da solução de divergências do Mercosul, o que interfere no fortalecimento da integração. Os Estados valem-se do sistema de solução de controvérsias do Mercosul quando acreditam que podem extrair algum benefício. Se, ao contrário, entendem que o sistema não lhes favorece, privilegiam as negociações diplomáticas.*

Resumen: *Reforzar el carácter jurisdiccional del sistema, sin eliminar la característica conferida a las negociaciones diplomáticas, es el objetivo principal del Protocolo de Olivos. El aspecto más innovador consistió en la creación de un Tribunal Permanente de Revisión encargado de juzgar, en grado de recurso, las decisiones proferidas por los tribunales ad hoc. El Protocolo de Olivos mantiene las mismas etapas para la solución de las controversias previstas en el Protocolo de Brasilia, pero incluye el Tribunal Permanente de Revisión, TPR. El sistema de solución de controversias del Mercosur evidencia la ausencia de verificación del efectivo cumplimiento de las decisiones dictadas por las instancias arbitrales. No hay reglas que*

¹ Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Árbitro Suplente do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul.

propicien la plena obediencia por parte del Estado condenado en una disputa. La naturaleza intergubernamental del Mercosur, fundada en el consenso entre los miembros, repercute en el proceso decisorio de los órganos institucionales y, obviamente, en las decisiones del sistema de solución de controversias. La realidad actual parece sugerir que los estados reniegan en aceptar una mayor institucionalización de la solución de divergencias del Mercosur, lo que interfiere en el fortalecimiento de la integración. Los Estados hacen uso del sistema de solución de controversias cuando creen que pueden extraer algún beneficio. Si, al contrario, entienden que el sistema no los favorece, privilegian las negociaciones diplomáticas.

Palavras-chave: *Protocolo de Olivos, Tribunal Permanente de Revisão, Protocolo de Brasília, Mercosul, Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul*

Palabras clave: *Protocolo de Olivos, Tribunal Permanente de Revisión, Protocolo de Brasilia, Mercosur, Sistema de Solución de Controversias del Mercosur*

A Noção de Controvérsia no Direito Internacional

Cumprе distinguir, antes de mais nada, entre tensão política e controvérsia internacional a fim de precisar o objeto da investigação que se irá empreender. Charles de Visscher, em obra clássica, analisou os traços essenciais e os principais tipos de tensão presentes nas relações internacionais. A tensão política é um antagonismo que não tem objeto circunscrito ou claramente definido. Exprime-se, em geral, em pretensões difusas, de cunho passional, não suscetíveis a critérios racionais, o que a torna refratária à solução pacífica².

O jurista encara a tensão como objeto de um litígio na esperança irrealizada de despolitizar um conflito, que é, em si mesmo, essencialmente político. O direito penetra essa esfera excepcionalmente, ao supor a existência de fatos classificáveis em categorias conhecidas que levam a um julgamento objetivo de valor necessário para a aplicação das normas jurídicas.

Visscher aponta as diferenças entre as tensões de equilíbrio e as tensões de hegemonia. No primeiro caso, de que é exemplo o concerto

² VISSCHER, Charles de. *Théories et réalités en droit international public*. Paris: A. Pedone, 1970. p. 95.

européu do século XIX, há relativo equilíbrio nas relações de força, o que facilita e suaviza os ajustamentos³. Já as tensões de hegemonia se caracterizam pela dominação, pela ubiquidade, pela diversidade dos motivos e meios de ação, pela tendência de se organizarem e se consolidarem segundo estratégias próprias. Aceleraram o esforço militar de buscar novas bases, aliados e matérias-primas, mas radicam, ideologicamente, na mobilização dos espíritos e na guerra psicológica⁴.

As tensões que se arrastam por períodos prolongados são deletérias para o direito: dificultam a formação de convenções multilaterais ao reduzirem o número dos participantes, multiplicam as reservas incompatíveis com o objeto da avença e afetam negativamente os fluxos comerciais. As tensões de hegemonia podem acarretar a diminuição do peso do nacionalismo e conduzir à passagem de um sistema de justaposição de soberanias a uma organização de molde confederal ou federal. A solução das controvérsias internacionais sofre as consequências das tensões políticas, que impedem o tratamento racional do conflito e a formulação das pretensões em termos jurídicos. O caráter fortemente passional das atitudes dos contendores é hostil à apresentação ordenada dos argumentos, requisito para o contraditório, sem o qual a solução pacífica não tem condições reais de ocorrer. A fuga da jurisdição internacional torna-se, então, um fato incontornável⁵.

A controvérsia consiste em um desacordo, na divergência de opiniões ou na oposição de pontos de vista entre dois ou mais sujeitos de direito. Trata-se de desavença sobre a materialidade de um fato, sobre a interpretação de uma regra ou a qualificação jurídica de um fato ou de uma situação. O desacordo surge quando um Estado, ao exercer a faculdade de auto-interpretação, formula, implícita ou explicitamente, pretensão a respeito de um objeto (questão fática ou jurídica), capaz de afetar, segundo novas interpretações ou qualificações jurídicas possíveis, os interesses de outro Estado, que poderá reagir de diversos modos. Ele concordará, se houver interesse, com a interpretação ou qualificação realizada, hipótese em que nenhuma controvérsia se delineia. Mas se o Estado contestar a pretensão manifestada com apoio numa interpretação diferente da regra, a controvérsia será inevitável. A essa altura, as partes podem, mediante acordo, resolver o litígio ou decidir submetê-lo à apreciação de um terceiro jurídico, a quem incumbe aplicar o direito ao caso concreto.

³ *Ibid*, p.98-99.

⁴ *Ibid*., p.99-100.

⁵ VISSCHER, Charles de. *Théories et réalités en droit international public*. op. cit., p.104-105.

A solução dos conflitos é considerada o objetivo mínimo⁶ do direito, entendido como ordem coativa ou como ordem que se serve do uso legítimo da força para realizar os seus fins. O direito realiza a função de dirimir os conflitos de duas maneiras: com uma ação preventiva e com uma ação sucessiva, ou seja, tentando impedir que surjam ou então pondo-lhes termo no caso de já terem surgido. Segundo Bobbio⁷, pode-se falar corretamente de paz através do direito ou de estado jurídico de paz (e não de estado de paz em geral) quando houver, simultaneamente, regras sobre a instituição dos acordos e sobre as providências que deverão ser observadas caso os acordos não sejam cumpridos por um dos contraentes. É preciso, enfim, que existam regras sobre a validade, mas também sobre a eficácia dos acordos, já que, se a eficácia das promessas não estiver garantida, os acordos, ao invés de serem instrumentos de paz, se convertem com frequência em novas ocasiões de conflito ou de guerra.

Analiso, nesse contexto, a solução de controvérsias no Mercosul que, em sentido amplo, guarda relação com o desenvolvimento dos meios de disputas do direito internacional contemporâneo. Abordo os aspectos estrutural e funcional, que valorizam, respectivamente, o perfil das regras adotadas e a função que desempenham no âmbito do Mercosul. Destaco, igualmente, o papel exercido pelos atores políticos para resolver os conflitos comerciais e a influência que produzem para os destinos da integração.

As características da solução de controvérsias no direito internacional contemporâneo

O direito internacional clássico possuía, quase exclusivamente, normas de conduta, que previam direitos e obrigações. A ausência de órgãos centralizados para julgar os conflitos, mediante a aplicação de normas preexistentes, levou alguns autores a recusar caráter jurídico ao direito internacional, porque o equiparavam à moral internacional, sem capacidade de vincular o comportamento externo dos Estados.

O direito internacional, composto por normas primárias, forma

6 BOBBIO, Norberto. Paz e direito (1983). In: BOVERO, Michelangelo (Org.). *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p.565.

7 BOBBIO, Norberto. Paz e direito (1983). op. cit., p.566-567. Cf. DOBELLE, Jean François. Le règlement pacifique des différends. In: BRICHAMBAUT, Marc Perrin de; DOBELLE, Jean-François; HAÜSSY, Marie-Reine d'. *Leçons de droit international public*. Paris: Dalloz; Presses de Sciences Po, 2002. Leçon 9, p.215-245. Cf. KRATOCHWIL, Friedrich V. The discourse on grievances: Pufendorf and the 'laws of nature' as constitutive principles for the discursive settlements of disputes. In: _____. *Rules, norms, and decisions: on the conditions of practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991. p.130-154.

um sistema simples, similar ao ordenamento jurídico das sociedades primitivas. Segundo Hart, os sistemas jurídicos primitivos apresentam três grandes debilidades: incerteza, ineficácia e estaticidade⁸. A incerteza surge quando se constata a falta de critérios que identifiquem a pertinência da norma ao seu ordenamento jurídico; a ineficácia ocorre quando não há normas que instituam autoridades competentes para julgar os conflitos e sancionar os comportamentos desviantes; e a estaticidade é o produto da inexistência de normas de mudança, que tornem possível a adaptação do direito vigente às transformações da sociedade.

As Convenções de Haia de 1899 e 1907, que regularam a solução de litígios entre os Estados em vários dispositivos, iniciaram nova fase do direito internacional, marcada pela crescente institucionalização dos procedimentos de resolução de disputas. A criação da Corte Permanente de Justiça Internacional, no começo dos anos 20, foi um passo significativo nessa direção. O interesse pelos meios pacíficos de solução de controvérsias redobrou após a Segunda Guerra Mundial. A maior sofisticação das formas diplomáticas de composição dos conflitos verificou-se, concomitantemente ao aperfeiçoamento da arbitragem e à proliferação das cortes judiciárias, em escala regional e universal. Essa atividade se insere no amplo processo de normatização da política mundial que teve curso nas últimas décadas. A expansão das regras de julgamento constitui apenas uma das facetas desse processo, que contou ainda com o notável alargamento do campo regulatório do direito internacional.

A evolução dos meios de solução de controvérsias no direito internacional do segundo pós-guerra exhibe cinco características principais: a jurisdicionalização, a universalização, a regionalização, a diferenciação e a heterogeneidade. A jurisdicionalização designa o formidável aumento das normas secundárias que instituem autoridades competentes para julgar os conflitos e aplicar o direito ao caso concreto. Esse fenômeno assinala a transição de um sistema simples, análogo à ordem jurídica primitiva, a um sistema complexo⁹, constituído, na linguagem de Hart, pelas normas primárias e pelas normas secundárias. Os sistemas complexos contêm as normas de mudança, que viabilizam a auto-reprodução do sistema normativo, e as normas de julgamento necessárias para impedir que a desobediência sistemática acarrete a neficácia das normas primárias. A tendência de universalização da

⁸ HART, Herbert. O direito como união de regras primárias e secundárias. In: _____. *O conceito de direito*. 3.ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Cap.5, p.89-109.

⁹ BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. Tradução de Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Ed. Debate, 1990. p.321.

jurisdição surge com a competência recebida por certos tribunais para julgar controvérsias, que não se confinam a uma área geográfica do globo.

Paralelamente, houve no nível regional grande desenvolvimento dos meios jurisdicionais de solução de controvérsias com a constituição de cortes judiciais permanentes, ou, de forma trivial, com a previsão do recurso à arbitragem para resolver os conflitos decorrentes da integração econômica. Convém acrescentar ainda, aos traços já enumerados, as notas da diferenciação e da heterogeneidade. A primeira concerne à necessidade de se criarem formas particulares de solução de controvérsias em áreas específicas do direito internacional, enquanto a segunda designa a diversidade dos modos de resolução de disputas que hoje existem, bem como os vários graus de institucionalização que exibem.

Os meios de solução de controvérsias conheceram, no curso do século XX, transformação profunda, dramaticamente intensificada pela aceleração da interdependência. O tradicional receio que os Estados tinham de se vincular a instâncias jurisdicionais arrefeceu com o aparecimento de número ponderável de cortes e tribunais dotados de jurisdição compulsória. As limitações derivadas do exercício da soberania e o postulado de que não existe obrigação internacional sem consentimento do Estado inviabilizaram a repetição, nas relações internacionais, das condições que originaram a jurisdição na ordem doméstica. A superação parcial desses obstáculos fertilizou o terreno para que frutificassem as iniciativas dirigidas a elevar o grau de eficácia do direito internacional. Concomitantemente, avançou a institucionalização dos meios de solução de controvérsias: procedimentos permanentes tendem a conviver e mesmo a substituir os procedimentos *ad hoc*. Cresceu, conseqüentemente, a aceitação de que temas relativos ao interesse vital dos Estados sejam submetidos à apreciação das cortes dotadas de jurisdição compulsória.

Tais mudanças se explicam, ao menos em parte, pelos seguintes fatores: 1) o aumento da densidade, do volume e da complexidade das normas internacionais requer instituições sofisticadas de solução de controvérsias para garantir o cumprimento dos novos tratados, bem como a elucidação do teor das suas disposições; 2) o maior empenho em relação à regra jurídica internacional em detrimento da diplomacia “*power oriented*”; 3) o alívio das tensões internacionais que, no passado, tolheram o progresso dos procedimentos de adjudicação; 4) a experiência positiva de alguns tribunais, ilustrada pela Corte de Justiça da União Europeia e pela Corte Europeia de Direitos Humanos, motivou a criação

de instituições similares; e 5) a inadequação da CIJ e outros tribunais pré-existentes para tratar de vários tipos de disputa, particularmente aquelas que envolvem problemas que demandam grande especialização ou que serão mais bem resolvidas no plano regional¹⁰. É digna de nota, também, a possibilidade que se oferece, em várias hipóteses, de ativação unilateral dos órgãos jurisdicionais, por parte do Estado ou dos atores não estatais, fato que lembra o funcionamento de instrumentos similares do direito interno.

Somente na década de 1990 começaram a operar várias cortes com algum tipo de jurisdição compulsória: o Tribunal Internacional do Direito do Mar, o Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio, a Corte da Área Econômica Europeia (EFTA), a Corte de Justiça da América Central, a Corte Econômica dos Estados Independentes da Commonwealth e a Corte de Justiça do Mercado Comum do Leste e Sul da África. Esta observação é ainda mais significativa se considerarmos que no período precedente funcionavam seis Cortes: a Corte Internacional de Justiça, as Cortes de Justiça das Comunidades Europeias, do Pacto Andino e do BENELUX e as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos¹¹. Recentemente, entraram em funcionamento o Tribunal Penal Internacional e o Tribunal Permanente de Revisão, instituído pelo Protocolo de Olivos. Vale referir ainda a previsão de mecanismos arbitrais institucionalizados na OMC (sistema de painéis), no Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA) e no Mercosul, além da Corte de Conciliação e Arbitragem, criada com base na Convenção de 1992 sob os auspícios da Organização sobre a Segurança e Cooperação na Europa¹².

Até que esses mecanismos entrassem em cena o direito internacional contava apenas com dois procedimentos institucionalizados de arbitragem: a Corte Permanente de Arbitragem e o Centro Internacional para a Solução de Disputas sobre Investimentos do Banco Mundial. Shany acrescenta a esse rol diversos procedimentos quase judiciais, cujas decisões não são vinculantes mas podem contribuir para a solução das disputas internacionais. Nessa categoria figuram os Painéis de Inspeção do Banco Mundial, os procedimentos paralelos adotados pelos Bancos de Desenvolvimento Interamericano e Asiático, o Procedimento de Reclamação Coletiva com fundamento na Carta Social Europeia e o procedimento que atesta o não cumprimento das obrigações previsto pelo Protocolo de Montreal e pela Convenção sobre Armas Químicas.

10 SHANY, Yuval. *The competing jurisdictions of international courts and tribunals*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p.3-4.

11 SHANY, Yuval. op. cit., p.5.

12 Ibid., p.6.

No limiar do novo milênio vieram à baila o procedimento de reclamação constante no Protocolo Opcional à Convenção Contra a Discriminação da Mulher e aquele inserto na Convenção sobre o Clima¹³.

O Tratado de Assunção e o Protocolo de Brasília

O Protocolo de Olivos para Solução de Controvérsias do Mercosul, de 18 de fevereiro de 2002, entrou em vigor em 13 de agosto de 2004, tendo revogado o Protocolo de Brasília, concluído em 17 de dezembro de 1991. Vale lembrar, nesse sentido, que o Anexo III do Tratado de Assunção determinou fosse criado um sistema provisório de solução de divergências o que sucedeu, em 17 de dezembro de 1991, com a assinatura do Protocolo de Brasília, que teve caráter provisório. O Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, dispôs, no artigo 44, que: “antes de culminar o processo de convergência da Tarifa Externa Comum, os Estados partes efetuarão uma revisão do atual sistema de solução de controvérsias do Mercosul com vistas à adoção do sistema permanente a que se refere o item 3 do Anexo III do Tratado de Assunção e do art. 34 do Protocolo de Brasília”.

O Protocolo de Olivos é, igualmente, provisório, conforme o art. 51, análogo ao art. 44 do Protocolo de Ouro Preto. Importa salientar que o Protocolo de Brasília concebeu um procedimento dividido em três fases: a negociação direta entre os Estados, a conciliação buscada pelo Grupo Mercado Comum e a constituição do Tribunal Arbitral “ad hoc”. A decisão proferida por esse órgão obrigava os destinatários e não admitia recurso. O acolhimento das reclamações efetuadas pelos indivíduos e pessoas jurídicas privadas, graças ao instituto da proteção diplomática, era indispensável para que viessem a participar do sistema.

A primeira arbitragem realizada pelo sistema de solução de controvérsias do Mercosul verificou-se em 1999, quase oito anos após a conclusão do Protocolo de Brasília. O aumento do comércio regional a traduzir crescente interdependência econômica, causa de maior número de conflitos, bem como a edificação de instituições jurídicas e políticas, consubstanciadas no Protocolo de Ouro Preto, justificam a tardia utilização do sistema. O final da década de 90 assinalou, ainda, a presença de fortes turbulências, que chegaram a abalar o funcionamento do bloco.

A desvalorização cambial levada a cabo pelo Brasil, em 1999, teve efeitos significativos sobre o processo de integração¹⁴. A Argentina

¹³ *Ibid.*, p.6-7.

¹⁴ VIGEVANI, Tullo; MARIANO, Marcelo P; MENDES, Ricardo G. “Instituições e

experimentou, entre 1995 e 2003, um período de superávit no comércio bilateral com o Brasil, realidade subvertida com a desvalorização da moeda brasileira. A flutuação cambial expôs com nitidez as diferenças competitivas entre as economias, origem de medidas protecionistas, que elevaram a conflituosidade entre as empresas prejudicadas. Cresceram, como não poderia deixar de ser, as pressões para que os governos acionassem o sistema de solução de controvérsias. Os problemas agravaram-se com o término do regime de adequação, no ano 2000, que excluía certos bens do regime de liberalização comercial¹⁵.

As disputas comerciais resultavam da percepção das consequências distributivas da abertura em curso e das marcantes assimetrias entre os países. Além da Argentina, que se sentia diretamente lesada pelas modificações havidas, o Uruguai e o Paraguai passaram a ter comportamento similar. Durante a vigência do Protocolo de Brasília eclodiram 21 disputas: 18 delas decorrentes da vontade manifesta dos Estados e 3 ocasionadas por reclamações dos particulares. Nove controvérsias culminaram com a elaboração de laudos arbitrais.

Alguns conflitos se resolveram pela participação do governo e lideranças empresariais, ao largo das instâncias jurisdicionais previamente concebidas. Acordos bilaterais que registraram a ativa intervenção governamental, puseram fim a demandas capazes de se arrastar por longo período de tempo. O governo uruguaio patrocinou três demandas nascidas de reclamações formuladas por particulares, tais como as que envolveram o setor papeleiro, os impostos de exportação sobre insumos de cigarro e os impostos de importação intrazona, cujo alvo foram, respectivamente, a Argentina, o Brasil e o Paraguai.

Certos conflitos de feição estrutural, nos setores automobilístico e açucareiro, não integraram, provisoriamente, o regime de livre comércio. O setor de calçados e mais recentemente de eletrodomésticos, que é muito estratificado, opuseram Brasília a Buenos Aires, devido a medidas protecionistas executadas pelo governo argentino. Os meios de solução de divergências do Mercosul dependem da exata fixação do alcance dos dispositivos sobre o livre-comércio, das barreiras não-tarifárias, dos instrumentos de defesa comercial e das regras de origem. A estrutura intergovernamental do Mercosul enfatizou a negociação diplomática, em detrimento das formas jurisdicionais de solução dos litígios. Os

Conflitos Comerciais no Mercosul^o. In: *São Paulo em perspectiva*. São Paulo, vol 16, nº 1, jan/mar 2002.

15 VIGEVANI, Tullio; MARIANO, Marcelo P. (org.). Hemeroteca Política Externa Brasileira, 1983-2002 (Banco de dados). São Paulo: Centro de Estudos de Cultura Contemporânea (CEDEC). In: *Consórcio de Informações Sociais*, 2004. Disponível em: <<http://www.cis.org.br>>

Estados preferiram celebrar acordos políticos ao invés de iniciarem o procedimento arbitral, como prova o pequeno número de decisões havidas. A própria organização do sistema de solução de divergências favorece o entendimento político por intermédio da intervenção do Grupo Mercado Comum.

É inquestionável que os Presidentes da República influíram poderosamente na condução das negociações políticas, fato demonstrado pelo diálogo entre os chefes de Estado do Brasil e da Argentina para solucionar a disputa pertinente à área automobilística. Não é por acaso que os Presidentes da República decidem, periodicamente, em reuniões de cúpula, os destinos do bloco e cuidam de superar pendências suscetíveis de comprometer a continuidade da integração.

A experiência do Protocolo de Olivos

Reforçar o caráter jurisdicional do sistema, sem eliminar a característica conferida às negociações diplomáticas, é o objetivo principal do Protocolo de Olivos. O aspecto mais inovador residiu na criação de um Tribunal Permanente de Revisão encarregado de julgar, em grau de recurso, as decisões proferidas pelos tribunais arbitrais *ad hoc*¹⁶. O procedimento de solução de controvérsias tornou-se mais complexo, passando a contar com duplo grau de jurisdição.

As negociações diretas são, dispõe o Protocolo de Olivos, o primeiro estágio para resolver uma divergência. Salvo acordo entre as partes, não poderão exceder o prazo de 15 dias a partir da data em que uma delas comunicar à outra a decisão de iniciar a controvérsia. Os Estados partes informarão ao Grupo Mercado Comum, por meio da Secretaria Administrativa do Mercosul, os resultados obtidos pela atuação dos governos nacionais. Fracassadas as negociações diretas, reservou-se aos litigantes a opção de submeter a divergência ao exame do Grupo Mercado Comum, que avaliará a situação e dará oportunidade às partes para que exponham os seus argumentos. Assiste-lhes o direito de requerer, se necessário, o concurso de especialistas selecionados entre aqueles que figurem na lista constante do art. 33 do Protocolo de Olivos. O Grupo Mercado Comum apreciará o caso se outro Estado que não integre o litígio solicitar, justificadamente, a sua intervenção. Não haverá interrupção do procedimento arbitral já iniciado, exceto se as partes consentirem a esse respeito. A conciliação, que termina com

¹⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo; ACCIOLY, Elizabeth. Solução de divergências no Mercosul. In: BASSO, Maristela (org.). *Mercosul – Mercosur: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 152. Ver: ACCIOLY, Elizabeth. Um olhar crítico sobre o protocolo de Olivos para solução de controvérsias do Mercosul. *Temas de Integração*, Coimbra: Almedina, N.º 19, 1.º Semestre de 2005, p.47-57.

as recomendações feitas pelo Grupo Mercado Comum, é facultativa e deixará de ser utilizada quando se imaginar que não é apta para aproximar os contendores. O prazo para a intervenção e o pronunciamento do GMC não ultrapassará 30 dias.

O Estado notificará à Secretaria Administrativa do Mercosul a decisão de recorrer à arbitragem. O tribunal arbitral “ad hoc” compõe-se de três árbitros escolhidos pelas partes; o presidente jamais terá a nacionalidade dos Estados que protagonizam o litígio. Se, no prazo de 15 dias, a parte não indicar o respectivo árbitro, a designação se fará, mediante sorteio, pela Secretaria Administrativa do Mercosul. A lista de árbitros conta com 12 integrantes designados pelos Estados partes, que indicam também quatro participantes da lista de terceiros árbitros. Nessa hipótese, pelo menos um deles terá a nacionalidade de outro Estado, que não pertença ao Mercosul. É cabível o pedido de esclarecimentos e a apresentação de objeções aos nomes indicados. A designação de árbitros que gozem da nacionalidade de um terceiro Estado não é uma providência corriqueira, pois não encontra paralelo em outras experiências de integração regional.

O Protocolo de Olivos mantém as mesmas etapas para a solução das controvérsias previstas pelo Protocolo de Brasília, mas inclui o Tribunal Permanente de Revisão, TPR. A nova Corte é permanente e pretende desempenhar o papel de instância máxima no procedimento de solução de controvérsias. Permite maior segurança jurídica e é, talvez, o estágio intermediário para um tribunal dotado de supranacionalidade. É, inegavelmente, uma novidade em matéria arbitral, já que é incomum submeter os laudos exarados à revisão de uma instância superior. O TPR é formado por cinco membros; os Estados designam quatro componentes para um mandato de três anos sujeito à renovação. O quinto árbitro é escolhido por unanimidade pelos Estados do Mercosul para um mandato de três anos, sem a possibilidade de renovação.

O Protocolo de Olivos afirma que: “As partes na controvérsia poderão acordar expressamente submeter-se diretamente e em única instância ao Tribunal Permanente de Revisão, caso em que este terá as mesmas competências que um Tribunal Arbitral “Ad Hoc” (art. 23)”. O TPR atua ora como corte revisora, ora como corte de primeira e última instância. Tudo leva a crer que, em favor da celeridade procedimental, as partes venham a submeter-se diretamente ao Tribunal Permanente de Revisão, sem pleitearem a constituição do Tribunal Arbitral “Ad Hoc”, após o insucesso das negociações.

O Conselho do Mercado Comum tem competência para

estabelecer mecanismos relativos à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão, definindo o seu alcance e o seu procedimento. O regulamento do Protocolo de Olivos esclarece que têm legitimidade para solicitar opiniões consultivas o Grupo Mercado Comum, a Comissão de Comércio do Mercosul e os Tribunais Superiores dos Estados partes. Podem solicitar opiniões consultivas os Estados partes, atuando conjuntamente, ou os órgãos decisórios do Mercosul (Conselho do Mercado Comum, Grupo Mercado Comum e Comissão de Comércio do Mercosul), os Tribunais Superiores de Justiça dos Estados partes, com jurisdição nacional, relativamente á interpretação do direito do Mercosul¹⁷. A Venezuela firmou Ata de compromisso de adesão ao Protocolo Modificativo do Protocolo de Olivos, em 17 de janeiro de 2007, com a finalidade de alterar o número de árbitros do Tribunal Permanente de Revisão, tão logo se complete o efetivo ingresso do país no bloco regional.

O Protocolo de Olivos inovou ao permitir que os órgãos de cúpula do Poder Judiciário dos países membros formulem o pedido de opiniões consultivas. Se um juiz de instância inferior, ao analisar um caso concreto, vier a defrontar-se com a necessidade de aplicar o direito do Mercosul, poderá pleitear ao Tribunal Superior do Estado a que pertence, o encaminhamento de solicitação para que o TPR dissipe a dúvida porventura existente. Buscou-se transpor, com algumas adaptações, a figura do reenvio prejudicial que garantiu, pelo Tribunal de Justiça, a interpretação uniforme do direito europeu. Diversamente do que acontece na Europa, as opiniões consultivas não dispõem de efeito vinculante no âmbito do Mercosul. Este é um obstáculo ponderável, que certamente afetará a adoção das opiniões consultivas no interior de cada país.

Em 26 de julho de 2005, consoante o Protocolo de Olivos, constituiu-se um Tribunal Arbitral “*Ad Hoc*” para apreciar a reclamação formulada pelo Uruguai a respeito das restrições argentinas ao comércio de pneus remoldados. Estava em questão a Lei nº 25.626, de 8 de agosto de 2002, que proibia a importação por parte da Argentina de câmaras e pneus remoldados. Competia analisar se o princípio de livre comércio fora infringido ou se havia restrição não-tarifária com base em interesses ambientais, de acordo com o artigo 50 do Tratado de Montevidéu, incorporado pelo Anexo I ao Tratado de Assunção. O Tribunal aplicou ao caso os princípios de precaução e prevenção, que autorizam interrupções do comércio para preservar o meio ambiente

17 VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Integración: Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*. Buenos Aires, Montevideo: Editorial B de f, 2011, p. 107-110.

e proteger a saúde pública. Optou por distinguir a presente contenda da disputa que opôs, em 2002, o Uruguai ao Brasil. O Tribunal Arbitral “*Ad Hoc*” deliberou, por maioria, em 25 de outubro de 2005, que a Lei nº 25.626 não colide com o Tratado de Assunção e as normas derivadas do Mercosul, bem como com as disposições de direito internacional aplicáveis à matéria.

O Tribunal Permanente de Revisão, instado a pronunciar-se sobre o caso, declarou, em 20 de dezembro de 2005, que no processo de integração existe apenas o princípio de livre comércio. Aduziu que é legítimo opor a esse princípio certas exceções, como as que versam a preservação do meio ambiente. Tais exceções devem, contudo, sujeitar-se a um rigoroso exame, omitido pelo Tribunal Arbitral “*Ad Hoc*”. O TPR enfatizou que a Lei nº 25.626 é discriminatória porque só afeta pneus remoldados estrangeiros. Asseverou que o fundamento da lei argentina é incorreto, pois além da preservação do meio ambiente menciona a proteção da indústria nacional de pneus remoldados.

O sistema atualmente existente não autoriza a participação direta dos particulares, que só se efetua por obra do instituto da proteção diplomática. As peculiaridades do procedimento costumam retardar a solução do litígio, a exemplo do caso sobre as medidas discriminatórias e restritivas ao comércio de tabaco e produtos derivados do tabaco, que perdurou por mais de quatro anos.

Os atores não governamentais têm pouco espaço na conformação institucional do Mercosul. Ganham relevo, por isso, as formas não institucionalizadas de negociação. Mudanças nesse plano beneficiariam também as organizações não-governamentais e a própria sociedade civil, que teria um canal suplementar de participação. Convém destacar que a estrutura institucional do Mercosul valorizou a participação da sociedade civil ao instituir canais destinados a vocalizar os interesses de grupos organizados.

O sistema de solução de controvérsias do Mercosul evidencia a ausência de verificação do efetivo cumprimento das decisões prolatadas pelas instâncias arbitrais. Não há regras que propiciem a plena obediência por parte do Estado condenado em uma disputa. O recurso de esclarecimento, previsto pelo artigo 28 do Protocolo de Olivos, tem alcance limitado à determinação do exato sentido do laudo produzido, sem garantir a eficácia da decisão. A natureza intergovernamental do Mercosul, fundada no consenso entre os membros, repercute no processo decisório dos órgãos institucionais e, obviamente, nas decisões do sistema de solução de controvérsias.

O Tribunal Permanente de Revisão, idealizado pelo Protocolo de Olivos, significa, ao mesmo tempo, a possibilidade de diminuir ou prolongar a duração de um litígio. É possível submeter-lhe um caso, em única e derradeira instância, abreviando consideravelmente a extensão do procedimento. Se esta não for a alternativa preferida os prazos serão muito mais longos pela necessidade de que a demanda percorra duas instâncias e venha a ensejar recurso posterior. No caso julgado sobre o Protocolo de Olivos referente à proibição de importar pneumáticos remoldados procedentes do Uruguai, as partes acionaram o Tribunal Arbitral “*Ad Hoc*” e o Tribunal Permanente de Revisão, que foi chamado a elucidar aspectos ainda controvertidos pela propositura do recurso de esclarecimento. A brevidade procedimental precisa estar em harmonia com a rapidez no cumprimento das decisões pelos países, razão última da eficácia do Protocolo de Olivos. A realidade atual parece sugerir que os Estados relutam em aceitar maior institucionalização da solução de divergências do Mercosul, o que interfere no fortalecimento da integração. Os Estados valem-se do sistema de solução de controvérsias do Mercosul quando acreditam que podem extrair algum benefício. Se, ao contrário, entendem que o sistema não lhes favorece, privilegiam as negociações diplomáticas.

Surgido um contencioso comercial as empresas privadas costumam negociar entre si, sem recorrerem às formas institucionais delineadas pelo bloco. A razão desse comportamento encontra-se nos óbices impostos pelas instituições criadas à atuação dos atores não-governamentais. A abertura à representação dos interesses da sociedade civil nos órgãos do Mercosul é uma medida importante, mas ainda não suficiente para concretizar essa finalidade. O processo decisório organizado em torno do consenso, com a ausência de órgãos supranacionais, transforma os governos nos principais agentes da integração.

As partes houveram por bem determinar que as controvérsias compreendidas no âmbito do Protocolo de Olivos e sujeitas ao sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio ou de outros esquemas preferenciais de comércio de que sejam integrantes os membros do Mercosul poderão submeter-se a um ou outro foro, à escolha da parte demandante. Uma vez iniciado o procedimento de solução de controvérsias, nenhuma das partes terá a prerrogativa de recorrer a mecanismos de solução de controvérsias estabelecidos nos outros foros com relação ao mesmo objeto. O contencioso sobre o comércio de frangos, entre o Brasil e a Argentina, tramitou em ambas as instâncias jurisdicionais, que resolveram o litígio de forma diferente. Como esperado, a Argentina submeteu-se à decisão da OMC, dada a maior atratividade do sistema multilateral. Na disputa sobre têxteis,

protagonizada pelos dois países, o Brasil submeteu a demanda, ao mesmo tempo, ao sistema de solução de divergências do Mercosul e à Organização Mundial do Comércio. A Argentina adotou a decisão prolatada no âmbito do Mercosul com a condição de que o Brasil retirasse a reclamação promovida na OMC.

A importação de pneus remoldados despertou intenso debate sobre os limites ao livre comércio quando existe risco de dano ao meio ambiente e à saúde pública. Instalou-se, em 17 de setembro de 2001, conforme o Protocolo de Brasília, um Tribunal Arbitral “*Ad Hoc*” para julgar a controvérsia proposta pelo Uruguai contra o Brasil sobre as medidas restritivas ao comércio de pneus remoldados. Tudo girava em torno de saber se a Portaria nº 8, de 25 de setembro de 2000, da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX), que limitava a importação de pneus remoldados, violava as normas do Mercosul. Os artigos 1 e 10(2) do Anexo I ao Tratado de Assunção vedaram, expressamente, as restrições não-tarifárias.

A Decisão nº 22 de 29 de junho de 2000 do Conselho Mercado Comum proíbe a adoção de medidas, de qualquer natureza, restritivas ao comércio recíproco. Para o governo brasileiro, nos termos da portaria nº 8, pneus remoldados são bens usados, não obstante o emprego de processo industrial para prolongar a sua durabilidade. O Tribunal Arbitral “*Ad Hoc*” decidiu, em 8 de janeiro de 2002, por unanimidade, que a Portaria nº 8 era contrária às normas do Mercosul e determinou que o Brasil modificasse a sua legislação para adaptá-la à determinação do Tribunal. Em consequência, o Brasil eliminou a proibição de importar pneus remoldados originários dos países do Mercosul.

Em Novembro de 2005, a CE solicitou fosse instituído um painel na OMC, sob a alegação de que o Brasil violara os artigos I, III e XI do GATT, que cuidam da cláusula de nação mais favorecida, do tratamento nacional e das restrições quantitativas, além de não encontrarem apoio no artigo XX, relativo às exceções ao livre comércio. O painel e posteriormente o Órgão de Apelação acolheram o pleito da CE e o Brasil teve que modificar a legislação doméstica e ajustá-la às regras do GATT.

A despeito da proibição imposta pelo Protocolo de Olivos, não se descarta que no futuro, conforme o interesse governamental, uma demanda seja, novamente, proposta em ambos os foros. Essa situação tende a perdurar porque o sistema de solução de controvérsias da OMC, revigorado na Rodada Uruguai, ganhou previsibilidade, certeza jurídica e capacidade de aplicar sanções aos comportamentos desviantes. A

OMC conta, ainda, com a automaticidade do procedimento e o efetivo controle das punições sofridas por um membro que tenha violado os tratados constitutivos do sistema multilateral de comércio. A confiança depositada na OMC concorre, assim, para o respeito às regras que lhe competem salvaguardar e proteger. Em contraste, o TPR não logrou alcançar o mesmo grau de confiabilidade e, conseqüentemente, não obtém o mesmo nível de influência no sistema de solução de controvérsias da OMC.

O Uruguai e o Paraguai postularam, nos debates que precederam o Protocolo de Olivos, a adoção de um tribunal com características supranacionais. O Brasil e a Argentina sustentaram, ao contrário, a manutenção do modelo vigente desde 1991. A diplomacia brasileira assinalou, em apoio a esta tese, a necessidade da realização de mudanças nos ordenamentos jurídicos internos, de índole constitucional, e a reduzida quantidade de decisões sob os auspícios do Protocolo de Brasília. O Tribunal Permanente de Revisão parece indicar uma solução de compromisso entre as duas posições antagônicas. A política externa brasileira é essencial para a definição do perfil assumido pelas instituições do Mercosul. A atitude do Brasil é, sob esse aspecto, de capital importância para a conformação do sistema de solução de controvérsias. Brasília tem manifestado predileção pelas negociações diplomáticas em detrimento dos meios institucionais de solução de divergências. Não se deve esquecer, por outro lado, que as profundas assimetrias entre os países do Mercosul são uma causa relevante da deflagração de conflitos comerciais. Por esse motivo, a previsão de instrumentos que atenuem as fortes discrepâncias no interior do bloco diminuiria os contenciosos causados por problemas estruturais.

A (NÃO) CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO PELOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

LA (NO) PUESTA EN PRÁCTICA DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN POR LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

Ana Cristina Paulo Pereira¹

Resumo: Criado com a finalidade de evitar danos graves e irreparáveis ao meio ambiente ou à saúde, o princípio da precaução incide quando há insuficiência de dados científicos conclusivos acerca da ocorrência desse dano ou de sua extensão. O princípio sofre da ausência de unanimidade na doutrina e na jurisprudência internacional quanto ao seu verdadeiro status jurídico, além de confrontar-se com outros princípios mais antigos do direito internacional público. Por outro lado, seu caráter abstrato e genérico faz com que tribunais internacionais, inclusive os que pertencem a áreas de integração regionais, hesitem em extrair-lhe uma obrigação concreta para os Estados. A aplicação efetiva do princípio da precaução por esses tribunais é o objetivo maior do presente trabalho.

Resumen: Creado con el fin de evitar perjuicios graves e irreparables para el medio ambiente o la salud, el principio de precaución actúa cuando no hay suficientes datos científicos concluyentes sobre la ocurrencia de estos daños o su extensión. El principio padece de la falta de unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia internacional con respecto a su status jurídico actual y aún tiene que hacer frente a otros principios más antiguos del derecho internacional público. Por otra parte, su carácter abstracto y genérico no favorece a que los tribunales internacionales, incluso los pertenecientes a las áreas de integración regional, se lo consigne una obligación específica para los Estados. La aplicación efectiva del principio de precaución en estas cortes es el tema central de este trabajo.

Palavras-chave: Princípio da precaução, Obrigação de não-causar danos transfronteiriços, Status jurídico dos princípios do direito internacional do meio ambiente, Jurisprudência internacional sobre meio ambiente

¹ Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Professora Adjunta do Instituto Brasileiro de Mercados de Capitais (IBMEC-RJ), Curso de Relações Internacionais.

Palabras clave: *Principio de precaución, Obligación de no crear daño transfronterizo, Status jurídico de los principios del derecho internacional del medio ambiente, Jurisprudencia internacional en medio ambiente*

Introdução

De acordo com Jonas Ebbesson (2009, p. 1)

padrões, princípios e procedimentos para a proteção do meio ambiente são geralmente instrumentos para alcançar, digase, a conservação de ecossistemas frágeis e espécies ameaçadas, a preservação da água fresca e de outros recursos naturais, a restauração de solos contaminados bem como da camada de ozônio, e a proteção da saúde humana. Essa concepção de objetivo orientado é evidente não só no direito interno como no direito internacional (*tradução nossa*).

O princípio da precaução foi construído, portanto, com vistas a alcançar esses objetivos, eis que, em última análise, visa a evitar o dano muito mais do que repará-lo, mais ainda porque o dano, ao meio ambiente, na maioria das vezes, é irreparável.

Embora o princípio da precaução tenha origem no direito internacional do meio ambiente, sendo um de seus pilares, seu âmbito de incidência é muito mais amplo, alcançando também à saúde humana, animal e vegetal.

Por outro lado, o princípio da precaução não age isoladamente, mas de forma articulada com outros conceitos úteis do direito internacional do meio ambiente, tais como: o do desenvolvimento sustentável, da equidade e da integridade territorial: mais especificamente, o princípio pode ser a base para a concretização da noção da equidade inter-gerações, na medida em que propugna pela obrigação da geração presente de zelar e velar pelo planeta, mantendo sua integridade para as gerações futuras e garantido a sobrevivência da espécie humana, conforme Ebbesson (2009, p. 9).

É preciso ter em mente que precaução e prevenção não se confundem, embora os dois termos possam estar interligados, como explicaremos mais adiante. No momento, basta dizer que a precaução

atua quando há ausência de prova científica conclusiva acerca de um determinado dano irreversível e grave ao meio ambiente ou à saúde, já a prevenção, esta atua na iminência de dano específico. Em suma: na precaução predomina o elemento dúvida, enquanto na prevenção o da certeza, mas em ambos os casos o Estado ver-se-ia forçado a adotar uma conduta capaz de evitar o dano ou, no mínimo, minimizar seus efeitos, dependendo dos riscos envolvidos.

A origem do princípio da precaução como conceito legal remonta à legislação alemã (“*vorsorgeprinzip*”), de 1976, que retoma os termos da Declaração de Wingspread de 1970, conforme informa Schrijver (2008, p. 184). Quanto à sua primeira formulação internacional de forma expressa, vamos encontrá-la na 1ª Conferência Internacional sobre a Proteção do Mar do Norte, de 1984, tendo sido reforçado na conferência de 1987 e, em seguida, reafirmado em outros tratados e declarações internacionais, como ensina Cretella Neto (2012, p. 225). A título de exemplo citamos: a Declaração de Bergen, 1992 (parágrafo 7); a Declaração do Rio, 1992 (Princípio 15); a Convenção sobre a Diversidade Biológica, 1992 (Preâmbulo, parágrafo 9); Acordo sobre a Implementação dos Dispositivos da Convenção do Mar de 1992 concernentes à Conservação e Exploração de População de Peixes Transzonais e Peixes Altamente Migradores, 1995 (Artigo 6); e o Protocolo de Cartágena sobre Biosegurança, 2000 (Artigos 1, 10 e 11).

Apesar da aparente aceitação do princípio da precaução no âmbito internacional, forçoso é constatar que sua aplicação concreta pelos diferentes tribunais internacionais ainda carece de interpretação uniforme ou, pelo menos, harmoniosa. Importa-nos, portanto, entender a que se deve essa oscilação jurisprudencial.

A nosso ver, dois aspectos poderiam contribuir para enfraquecer o princípio da precaução, retirando-lhe a efetividade pretendida. Primeiramente, a própria dúvida quanto ao seu verdadeiro status jurídico: seria um princípio de direito internacional, fonte de obrigação para os Estados, ou simples abordagem ou enfoque?² Em segundo lugar, sua oposição a princípios já consagrados do direito internacional que possuem conotação econômica importante e de conteúdo mais concreto, em contradição ao princípio da precaução de caráter mais abstrato e que atua na inexistência de provas concretas do dano.

Este trabalho pretende analisar o verdadeiro lugar que ocupa o

² Ciente da divergência doutrinária e jurisprudencial e sem nos posicionarmos sobre uma ou outra corrente, utilizaremos neste trabalho o termo “princípio”, eis que esse é o termo usado na sua origem.

princípio da precaução nas relações inter-estatais, mormente quando estiver em causa a proteção do meio ambiente ou da saúde.

Em um primeiro momento, retomaremos os questionamentos acima suscitados, utilizando a doutrina e, principalmente, as decisões prolatadas de modo geral por alguns tribunais internacionais que tiveram a oportunidade de se manifestar, ainda que indiretamente, sobre o princípio da precaução.

Em um segundo momento, observaremos os entendimentos expressos de tribunais regionais que funcionam dentro de sistemas de integração econômica, nomeadamente do Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE) e dos Tribunais Arbitrais Ad Hoc (TAH) e Tribunal Permanente de Revisão que atuam no mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul.

Ao final, esperamos ser capazes de nos posicionarmos e contribuir com uma resposta acerca da real efetividade do princípio da precaução em seu estágio atual. Estamos conscientes de que o tema envolve prioridades, conflitos e confrontos de interesses, ultrapassando a clássica relação Estado-Estado para alcançar a sociedade civil como um todo.

Parte I: Obstáculos à concretização do Princípio da Precaução

O princípio da precaução veio à luz em vários julgados realizados por alguns dos mais importantes tribunais internacionais da atualidade, mormente para justificar condutas contrárias a obrigações assumidas pelos Estados no âmbito internacional, com base na excludente da necessidade ambiental ou segurança pública quando se trata de proteção da saúde.

Que o meio ambiente vem sendo preocupação constante desses tribunais é uma verdade irrefutável: todos são unânimes em declarar a importância de preservar o meio ambiente para gerações presentes e futuras. Porém, quando se trata de dar efetividade ao princípio da precaução, um dos princípios do direito internacional do meio ambiente, deparamo-nos com uma situação distinta: algumas vezes o princípio é relegado a um segundo plano, servindo apenas como elemento subsidiário, subtraído da autoridade de um autêntico princípio de direito internacional; outras vezes, o princípio cede lugar a outros mais tradicionais e caros aos Estados, os quais buscam na exploração de seus recursos naturais um meio de promover seu desenvolvimento econômico.

1) A incerteza quanto à autoridade do princípio da precaução enquanto autêntico princípio de direito internacional

Enquanto a doutrina debate sobre o real status jurídico do princípio da precaução, a jurisprudência internacional, por sua vez, hesita em lhe atribuir valoração clara e precisa: pode-se dizer que o mais perto que um tribunal internacional chegou sobre o status do direito internacional do meio ambiente como um todo ocorreu em 2005, quando do julgamento pela Corte Permanente de Arbitragem (CPA) do caso Iron Rhine (“*IJzeren Rijn*”).

Com efeito, no referido caso, a CPA, sem esclarecer o que no direito internacional do meio ambiente constitui “as regras ou princípios ou ainda o *soft law*, e quais tratados ou princípios contribuíram para o desenvolvimento do direito internacional consuetudinário”, declarou que...

Environmental law and the law on development stand not as alternative but as mutually reinforcing, integral concepts, which require that where development may cause significant harm to the environment there is a duty to prevent, or at least mitigate, such harm. This duty, in the opinion of the Tribunal, has now become a principle of general international law³.

A dúvida doutrinária reside em saber se o princípio da precaução é um princípio do direito internacional nos termos do Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça de 1945, ou simplesmente se trata de um enfoque, uma abordagem, a ser seguido quando da conduta estatal relacionada a questões de meio ambiente ou de saúde pública.

A questão torna-se ainda mais pertinente em se tratando do direito internacional do meio ambiente, eis que, conforme afirma Kiss e Shelton (2007, p. 89), os princípios estão presentes nesse ramo, mais do que em qualquer outro do direito internacional geral.

Conforme informa Rebecca Bratspies (2006, pp. 156-157), os EUA, por exemplo, preferem adotar um sistema regulatório baseado em avaliação quantitativa de risco, ou seja, em extensiva prova de que há risco, do que no princípio da precaução, o qual, para as autoridades norte-americanas, é “tão mítico quanto a figura do unicórnio”. O princípio seria sobretudo uma forma de encarar as coisas, significando apenas “*take care*” ou “*better safe than sorry*”.

³ *Rhine (“IJzeren Rijn”) Railway Arbitration* (Belgium v. The Netherlands), Award of the Arbitral Tribunal, 24 May 2005, paras. 58-59. Disponível em: <http://www.pca-cpa.org>

Obviamente, essa abordagem não nos parece representar a vontade do legislador originário ao vislumbrar o princípio da precaução como um dos integrantes do *corpus juris* do direito internacional do meio ambiente, sendo imprescindível para alcançar o fim a que este se pretende.

Nesse sentido, expressam Kiss e Shelton (2007, p. 94) que a proclamação do princípio da precaução pode ser considerada uma das mais importantes disposições da Declaração do Rio de 1992, conforme expresso em seu Princípio 15...

In order to protect the environment, the precautionary principle shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.

A verdade é que, para que o princípio da precaução seja considerado fonte válida de obrigação para os Estados deve possuir características que o permitam integrar uma das categorias previstas no artigo 38 do Estatuto da CIJ, constituindo norma convencional, costumeira ou princípio geral do direito internacional reconhecido pelas nações civilizadas, conforme curiosa expressão usada no referido dispositivo.

Convém, entretanto, uma explicação prévia acerca dos princípios, eis que, embora figurem como fonte do direito internacional no Artigo 38 do Estatuto da Corte, compartilhamos da posição de alguns doutrinadores de que os princípios não são propriamente fonte do direito internacional, mas sim normas com características próprias (conteúdo abstrato/valorativo/abrangente), que se extraem seja do direito costumeiro - o mais comum - ou de tratado ou convenção internacional. Nesse sentido, Benedetto Conforti expressa que os princípios gerais do direito não são mais do que uma categoria *sui generis* de norma consuetudinária internacional (apud Cretella Neto, 2012, p. 208).

Em que pese a alegada falta de autonomia dos princípios enquanto fonte do direito internacional, não resta dúvida quanto às suas características peculiares, que os distinguem das demais normas. Assim sendo, faz-se mister uma análise, ainda que superficial, do real significado do termo “princípio”, eis que, a idéia de princípio indica sempre uma função normativa, de modo que não se trata de simples opinião doutrinária ou um conceito abstrato da verdade ou da justiça,

conforme Vitanyi (1976, p. 537).

Portanto, os princípios são imprescindíveis dentro de um determinado sistema de direito, eis que as regras particulares e específicas desse sistema devem representar a aplicação concreta das idéias por eles expressadas às situações regidas.

Em sentido oposto, M. Ustor, um dos negociadores do projeto de artigos sobre a responsabilidade dos Estados, elaborado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, vê nos princípios motivo de complicação, haja vista os vários significados que possam vir a ter. Por conseguinte, o autor defendia que “em vez de introduzir no texto do projeto uma expressão vaga, seria melhor renunciar sua utilização”, tal qual ocorrera com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (apud Vitanyi, 1976 p. 536).

Em todo caso, como observa Virally (apud Vitanyi, 1976, p. 537)...

os princípios permanecem sempre sinônimo de regras jurídicas abstratas, fornecedores das bases de um regime jurídico suscetível de se aplicar a múltiplas situações concretas, seja para as regulamentar de maneira permanente, seja para resolver as dificuldades que essas situações engendram (*tradução nossa*).

Kiss e Shelton (2007, p. 89) vão ainda mais além para atribuir aos princípios quase que a função de um “coringa” em um jogo de cartas. Nesse sentido, os autores expressam que os princípios podem indicar as características essenciais de instituições legais, designar normas legais fundamentais, ou suprir lacunas do direito positivo, servindo, ainda, para orientar e direcionar os rumos desse direito e fornecer-lhe inclusive um *ratio*, sem necessariamente constituírem, em si mesmos, uma norma vinculante.

Quanto ao princípio da precaução especificamente, não restam dúvidas de que seu caráter abstrato e sua função complementar justificam-se na medida em que informa um valor (o da proteção do meio ambiente e da saúde em caso de dúvida) e permeia todo o direito internacional do meio ambiente, de forma coordenada com os demais princípios desse ramo: o princípio da precaução incidirá sempre que houver potencial risco de dano grave e irreversível.

Porém, essas características não são suficientes para atribuir autoridade normativa ao princípio da precaução; para tanto, deve reverter a forma de norma costumeira internacional, a defeito de não

estar previsto convencionalmente em um sistema jurídico de alcance bilateral, multilateral ou regional, caso em que não haverá nenhuma dúvida quanto à sua autoridade normativa para as partes contratantes, em que pese possíveis dificuldades quanto à sua interpretação e alcance.

A dificuldade reside no fato de que, se já é difícil no direito internacional clássico identificarmos a existência de um costume, segundo Cretella Neto (2012, p. 198), dada as condições estritas para sua formação (basicamente, prática reiterada, por certo tempo, pelos Estados, de uma conduta e a convicção por parte destes da sua obrigatoriedade), mais ainda no sub-ramo do direito internacional do meio ambiente que é muito mais recente.

Entendemos que para chegarmos a alguma conclusão sobre o assunto, devemos abordar o princípio da precaução como parte de um todo indivisível, ou seja, considerando outros princípios do direito internacional do meio ambiente, eis que somente a obrigatoriedade desses engendrará a obrigatoriedade daquele.

Nesse sentido, note-se que a mais intrínseca e importante atuação do princípio da precaução se dá na consecução do princípio da prevenção do dano, visto ser este o próprio objetivo do princípio.

O princípio da prevenção, a seu turno, pressupõe a obrigação do Estado de adotar as “devidas diligências” (*due diligence*) antes de autorizar uma atividade ou o comércio de um bem potencialmente danoso ao meio ambiente ou à saúde. Em geral, essa devida diligência se traduziria, por exemplo: na exigência de um estudo de impacto ambiental prévio à autorização, na imposição de condições estritas para a realização da atividade e controle constante sobre esta, bem como na existência de meios capazes de julgar as conseqüências de suas eventuais violações; tudo em consonância com os princípios maiores da razoabilidade e da boa fé.

De acordo com Okowa (apud McIntyre, 2007, p. 221), a obrigação substancial do Estado de prevenir danos ao meio ambiente a áreas fora de sua jurisdição pressupõe a obrigação secundária desse Estado de proceder a um estudo de impacto ambiental, ou seja, a devida diligência. Segundo a autora (apud McIntyre, 2007, p. 221):

It may be argued that such assessments may be a relevant factor in determining whether a State has acted with the requisite degree of diligence in discharging its customary law or treaty-based to prevent environment harm. A State fails to assess the impact of proposed

activities on the territories of other States can hardly claim that it has taken all practicable measures with a view to preventing environmental damage.

A questão que se coloca é a de saber em que medida o princípio da precaução deve ser obrigatoriamente respeitado quando da realização de uma avaliação de impacto ambiental ou de risco à saúde; em outras palavras, qual o seu peso e alcance no momento de uma decisão definitiva. A dinâmica na aplicação do princípio da precaução pode ser resumida da seguinte maneira: o princípio da prevenção exige, na maioria das vezes, uma avaliação de impacto ambiental ou de risco à saúde, antecedendo mesmo ao princípio da precaução, que incidirá na medida em que essa avaliação não tenha chegado a uma decisão conclusiva por indisponibilidade de dados científicos suficientes.

Nesse sentido, discordamos de McIntyre que entende que o princípio da precaução incidiria antes mesmo da avaliação de impacto ambiental. Segundo o autor, o princípio da precaução é relevante para a decisão sobre a necessidade de se fazer a avaliação de impacto ambiental ou se o dano causado ou provavelmente a ser causado pela atividade em questão é significativo no propósito da obrigação de prevenir o dano ambiental (McIntyre 2007, p. 221). Nesse sentido, Birnie e Boyle sublinham que o princípio da precaução pode ser aplicado para determinar quando a proposta de um projeto ou de uma atividade apresenta a probabilidade de ter impacto significativo sobre o meio ambiente de Estados vizinhos, apontando, por conseguinte, para a necessidade de realizar uma análise de impacto ambiental (apud McIntyre, 2007, p. 239).

Qualquer que seja o momento de atuação do princípio da precaução, o fato é que organizações internacionais e órgãos de codificação parecem encarar os procedimentos de avaliação de impacto ambiental como essenciais para o cumprimento efetivo da obrigação de prevenir danos ambientais transfronteiriços e da respectiva obrigação de cooperar (McIntyre (2007, p. 239).

Conforme Kiss e Shelton (2007, p. 95), o princípio da precaução pode ser considerado a forma mais desenvolvida de prevenção, sendo que ambos inserem-se no contexto maior da obrigação do Estado de não causar danos a espaços fora de sua jurisdição (*no-harm obligation*); mandamento esse já consagrado em julgados internacionais⁴.

⁴ Nesse sentido, vide a declaração da CIJ no caso *Gabcikovo-Nagymaros Project*, retomando o enunciado na opinião consultiva *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* de 1996: "The environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and

Para Birnie e Boyle (apud McIntyre, 2007, pp. 198-199), a avaliação de impacto ambiental é um dos procedimentos imprescindíveis para evitar o dano. Nesse sentido, expressam os autores...

(I)t is beyond serious argument that states are required by international law to take adequate steps to control and regulate sources of serious global environmental pollution or transboundary harm within their territory or subject to their jurisdiction. This is a principle of harm prevention, not merely a basis for reparation after the event, although in its judicial application it has usually taken the latter form.

Em que pese a obrigação dos Estados de procederem a um estudo de impacto ambiental ou de risco à saúde, o direito internacional costumeiro em matéria de meio ambiente não prevê diligências específicas. Com efeito, procedimentos pré-estabelecidos somente existem dentro de regimes fechados, i.e. em instrumentos convencionais que apenas vinculam seus Estados partes, como, por exemplo, a Convenção da Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas (UNECE) Relativa à Avaliação do Impacto Ambiental num contexto Transfronteiriço, de 1991⁵, mais conhecida como *Espoo Convention*, que conta atualmente com 45 Estados Partes⁶.

No âmbito da União Européia, vamos encontrar menção vaga ao princípio da precaução na Diretiva 2011/92/EU (conhecida como '*Environmental Impact Assessment*' – *EIA Directive*), a qual estabelece os princípios de avaliação que devem ser seguidos pelos Estados-Membros com vista a completar e coordenar os processos de aprovação de determinados projetos públicos ou privados que possam ter impacto importante no ambiente, facultando aos Estados-Membros o estabelecimento de regras mais restritivas em matéria de proteção ambiental (Considerando 3). Porém, a menção ao princípio da precaução se faz apenas em seus Considerandos, o de n.º 2, o qual informa que a política da União no domínio do meio ambiente baseia-se no princípio da precaução, nos termos do artigo 191 do TFUE, sem prever, no decorrer do texto, sua forma concreta de aplicação⁷.

the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of State to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment (*Gabcikovo-Nagymaros Project, Hungary v. Slovakia*, judgment, 25 September 1997. ICJ Reports 1997, para. 140).

⁵ Em vigor desde 27 de junho 1997.

⁶ Instituições financeiras internacionais também costumam estabelecer procedimentos específicos para a avaliação de impacto ambiental, como é o caso da Diretiva do Banco Mundial de 1989 em sua primeira edição.

⁷ Essa mesma observação aplica-se à Diretiva 2001/42/CE do Parlamento Europeu e do

A falta de parâmetros comuns na aplicação do princípio da precaução foi objeto de preocupação da Comissão Europeia, de modo que publicou um comunicado estabelecendo diretrizes claras comuns aos Estados-Membros (Comunicado da Comissão, de 02 de fevereiro de 2000 (COM(2000)1 final – não publicado no Jornal Oficial)⁸. De acordo com o referido comunicado, o recurso ao princípio da precaução deve ser guiado pelos seguintes parâmetros:

1. Uma avaliação científica tão completa quanto possível e a determinação, na medida do possível, do grau de incerteza científica;
2. Uma avaliação do risco e das potenciais conseqüências da não ação
3. A participação de todas as partes interessadas no estudo de medidas de precaução, logo que os resultados da avaliação científica e/ou da avaliação estiverem disponíveis.

Ademais, o Comunicado determina que, sempre que o princípio da precaução for invocado, deverão ser aplicados os princípios gerais da gestão dos riscos, quais sejam:

1. A proporcionalidade entre as medidas tomadas e o nível de proteção procurado;
2. A não discriminação na aplicação das medidas;
3. A coerência das medidas com as já tomadas em situações similares ou que utilizem abordagens similares;
4. O exame das vantagens e desvantagens resultantes da ação ou da não ação;
5. O exame das medidas à luz da evolução científica.

Excetuado o sistema normativo da União Europeia, verifica-se a ausência de um procedimento universal para a realização da avaliação de impacto ambiental. Nesse caso, Okowa sugere que alguns componentes devem constituir o núcleo duro de uma boa avaliação, referindo-se à *Espoo Convention 1991* e aos Objetivos e Princípios sobre Estudo

Conselho (conhecida como *Strategic Environmental Assessment – SEA Directive*), aplicada para projetos públicos, que igualmente apenas faz menção ao princípio da precaução no seu Considerando 1.

⁸Disponível em: http://europa.eu/legislation_summaries/environment/general_provisions/l32042_pt.htm

de Impacto Ambiental, adotado em 1987 pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, mais conhecido pela sigla em inglês UNEP (apud Mc Interyre, p. 238). Note-se, porém, que nenhum desses instrumentos contempla o princípio da precaução, como tampouco o faz o *Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities*, simples “*guideline*” que estabelece procedimentos a serem seguidos pelos Estados quando da realização de atividades potencialmente danosas a Estados vizinhos⁹.

A necessidade de utilizar o princípio da precaução como instrumento de análise nas avaliações de impacto ambiental foi trazida na demanda da Nova Zelândia de reexame pela CIJ do caso dos testes nucleares e, concomitantemente, de medida cautelar, visando a impedir que a França realizasse qualquer teste nuclear nos atóis de Mururoa e Fagataufa, no sul do Pacífico¹⁰. De acordo com a Nova Zelândia, a França somente poderia realizar tais testes, desta vez subterrâneos (e não mais aéreos como no caso julgado em 1974), se apresentasse indícios de que os mesmos não iriam contaminar, direta ou indiretamente, o meio ambiente marinho com a introdução de material radioativo, afetando direitos da Nova Zelândia e de outros Estados. De acordo com o pedido da Nova Zelândia, a França devia realizar sua avaliação de impacto ambiental utilizando-se, inclusive, do princípio da precaução, o qual, segundo a demandante, era amplamente aceito no direito internacional contemporâneo.

Como observa McIntyre (2007, p. 236), embora a maioria da Corte tenha rejeitado a demanda da Nova Zelândia, sem analisar o mérito da questão, os três votos dissidentes entenderam que a Nova Zelândia tinha sim um caso *prima face*. O autor sublinha particularmente o entendimento dos juízes Palmer e Weeramantry de que a necessidade de realizar um estudo de impacto ambiental é auxiliar ao princípio da precaução, e que tal necessidade poderia ser deduzida do artigo 12 da Convenção de Nouméa para a Proteção dos Recursos Naturais e do Meio Ambiente do Pacífico Sul de 1986,¹¹ da qual Nova Zelândia e França são partes. O autor destaca, ainda, a posição do juiz Palmer de que tanto o princípio da precaução como o requerimento mais específico de avaliação de impacto ambiental poderiam, no momento,

9 Adotado em 2001 pela Comissão de Direito Internacional da ONU em segunda leitura, in Report of ILC on the Work of its Fifty-Third Session, April 23-June 1 and July 2-August 10, 2001. General Assembly official records (GAOR), Fifty-Sixth Session, Supp. No. 10 (A/56/10, p. 370). *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two.

10 Request for an Examination of the Situation in Accordance with paragraph 63 of the Court’s Judgment of 20 December 1974 in the nuclear Tests (New Zealand v. France) Case Order 22IX 95, ICJ Rep. (1995). Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/97/7554.pdf>

11 26 ILM (1987) 38, em vigor desde 18/08/1990.

serem considerados princípios de direito internacional costumeiro relacionados ao meio ambiente¹².

O princípio da precaução foi trazido novamente à apreciação da CIJ, desta vez pela Hungria, no *Caso Gabčíkovo-Nagymaros*,¹³ na tentativa de justificar seu estado de necessidade ambiental e eximir-se, assim, da obrigação imposta no tratado celebrado com a antiga Tchecoslováquia que previa diversas obras no Rio Danúbio com base em um projeto comum. Segundo a Hungria, havia um vínculo direto entre o princípio da precaução e a obrigação de cooperar e o dever de prevenir danos ambientais transfronteiriços, conforme se podia deduzir do artigo 3º da *Espoo Convention* 1991. Na realidade, o referido artigo trata, em diversos parágrafos, da obrigação de notificar o Estado afetado e da conseqüente constituição de uma comissão de inquérito quando as partes envolvidas não chegarem a um entendimento sobre a probabilidade da atividade em questão causar dano ambiental significativo; em momento algum o artigo invocado pela Hungria se refere ao princípio da precaução.

Como vimos, embora o princípio da precaução possa ser subsidiário à obrigação de não causar dano, a CIJ, nos dois casos abordados acima, preferiu não dar-lhe maior importância. Poderíamos esperar outro comportamento da Corte? Acreditamos que não, porquanto, como já ressaltamos, de um lado os dispositivos invocados não faziam referência ao princípio e, de outro, os procedimentos de avaliação de impacto ambiental não o contemplam como elemento determinante.

Vamos observar a seguir que a dificuldade dos tribunais internacionais em dar eficácia ao princípio da precaução aumenta na medida em que se deparam com a incidência de princípios de vícios preponderantemente econômico, mais antigos e já consagrados do direito internacional.

2) A concorrência do princípio da precaução com outros princípios do direito internacional

A ponderação entre princípios e normas de direito é uma constante da atividade jurisdicional. Em matéria de proteção do meio ambiente ou da saúde a realidade não poderia ser diferente, mormente em se tratando de tema sensível à sociedade civil e ao mesmo tempo indesejado para os países que anseiam pelo desenvolvimento econômico.

¹² Em realidade, o artigo 12 dispõe que “as partes devem adotar todas as medidas apropriadas para prevenir, reduzir ou controlar a poluição na área que podem resultar de resíduos de testes nucleares”.

¹³ *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), judgment, 25 September 1997. ICJ Reports 1997. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>

Dentre os princípios que mais comumente se opõem ao princípio da precaução, e em geral aos princípios do direito internacional do meio ambiente, encontram-se o princípio da soberania exclusiva permanente do Estado sobre seus recursos naturais e o princípio do livre comércio. Neste capítulo, vamos observar qual a tendência de tribunais internacionais diante da concorrência entre tais princípios e o princípio da precaução.

2.1) O princípio da soberania exclusiva permanente sobre recursos naturais versus princípio da precaução

O Princípio da soberania exclusiva permanente do Estado sobre seus recursos naturais e seu corolário princípio do desenvolvimento econômico foram fundamentais no século XX, notadamente na década de 70, para legitimar medidas que visavam promover o desenvolvimento econômico dos Estados, especialmente dos países menos desenvolvidos.

O princípio teria alcançado status de norma consuetudinária, tendo sido consagrado em vários instrumentos internacionais, dentre os quais destacam-se: a Declaração sobre Soberania Permanente sobre Recursos Naturais (Resolução AGNU 1803/1962); a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados (Resolução AGNU 3281/1974);¹⁴ a Convenção sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e a Convenção sobre Direitos Cíveis e Políticos de 1966.

Com base nesse princípio, os Estados reivindicam sua competência exclusiva para dispor de seus recursos naturais da maneira que melhor convenha a seus interesses sociais, econômicos ou de segurança nacional, fazendo comumente “vistas grossas” sobre os efeitos danosos ao meio ambiente provocados por atividades econômicas realizadas em seu território ou sob sua jurisdição.

Na seqüência, faremos uma análise geral da jurisprudência internacional ao se posicionar entre a aplicação do princípio da soberania exclusiva do Estado sobre seu recursos naturais e o princípio da precaução.

No caso conhecido como “*Pulp Mills*”¹⁵, submetido à CIJ pela Argentina contra o Uruguai, e mais especificamente no pedido de medida

¹⁴ Essas duas Resoluções da ONU foram inclusive usadas por alguns países (e.g. Irã, Líbia, México e Venezuela) para legitimar a nacionalização de empresas privadas estrangeiras exploradoras de petróleo.

¹⁵ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Provisional Measures, Order, 13 July 2006, ICJ Reports 2006. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/11235.pdf>

provisória para suspender as obras de instalação de usinas de papel junto ao Rio Uruguay, a demandante refere-se apenas indiretamente ao princípio da precaução para justificar a necessidade da cautelar, a fim de evitar conseqüências danosas que por sua gravidade não poderiam mais ser reparadas com uma simples compensação ou outra forma de indenização material.

Por sua vez, a CIJ, passando ao largo do principio da precaução e do argumento argentino de que a continuidade das obras acabaria por dar ao Uruguai o pretexto do fato consumado (*fait accompli*), o que tornaria irreversível a atual localização das mesmas, não concedeu a provisória solicitada.

Segundo a Corte, a Argentina não tinha demonstrado que a construção das fábricas representava uma ameaça iminente de dano ao meio aquático do Rio Uruguay e que a construção em curso não poderia ser usada pelo Uruguai para criar uma situação de fato consumado, pois se eventualmente a Corte viesse a decidir pela ilegalidade da construção, as instalações poderiam ser destruídas¹⁶.

O Tribunal Internacional do Direito do Mar, mais conhecido pela sigla inglesa ITLOS, também foi chamado para dirimir um conflito no qual apenas indiretamente o princípio da precaução foi suscitado. Trata-se do caso do “atum da nadadeira azul”,¹⁷ em que o referido tribunal teve que decidir sobre o pedido de medidas provisórias feito por Nova Zelândia e Austrália a fim de impedir que o Japão continuasse seu programa experimental de pesca. Segundo as demandantes, o método utilizado pelas embarcações japonesas fazia com que o atum do sul de nadadeira azul acabasse por ser capturado acima da cota nacional estabelecida para os anos de 1987-1997, conforme acordo firmado entre as partes no conflito.

Embora o acordo não estivesse mais em vigor desde 1998, as demandantes alegaram que a necessidade de manter as respectivas cotas nacionais permanecia, tendo em vista a ameaça ao stock do atum do sul de nadadeira azul, que estaria reduzindo consideravelmente: o método de pesca japonês acabaria levando à extinção da espécie.

¹⁶ Em acórdão datado de 20/04/2010, a CIJ decide pela legalidade da instalação da usinas na área, muito embora tenha lembrado ao Uruguai de sua responsabilidade em caso de dano efetivo ao Rio Uruguay, retomando um ditame anterior de que os Estados tem a obrigação de adotar todas as medidas necessárias para que atividades em seu território não causem danos aos países vizinhos.

¹⁷ *Southern Bluefin Tuna Cases* (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Requests for provisional Measures, Order, 27 August 1999. Disponível em: http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_3_4/Order.27.08.99.E.pdf

Com base em alguns dispositivos genéricos da Convenção Internacional sobre o Direito do Mar de 1982, que tratam da preservação dos meios marinhos e de seus recursos naturais, o ITLOS ordenou, por maioria, que o Japão suspendesse imediatamente seu programa de pesca, mantendo sua cota anual de captura (6.065 toneladas), embora não houvesse nenhuma prova científica de que realmente o stock do atum do sul de nadadeira azul estivesse diminuindo. Segundo o Tribunal, a medida se justificaria com base na urgência de preservar os direitos das partes e evitar uma posterior deterioração da espécie¹⁸.

Afora o caso que acabamos de analisar, o qual aplicou o princípio da precaução em sua forma mais ampla, o fato é que dificilmente um tribunal irá impedir ou determinar a suspensão de uma atividade econômica “lucrativa” com base em um suposto dano, tendo prevalecido até o momento o princípio da soberania territorial do Estado. Como veremos a seguir, essa hipótese estaria ainda mais afastada quando está em jogo o princípio do livre comércio.

2.2) O princípio do livre comércio versus princípio da precaução

Dentre as regras preconizadas pelo Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (mais conhecido pela sigla inglesa GATT), de 1994, que consubstanciam o princípio maior do livre comércio, está a obrigação dos Membros da Organização Mundial do Comércio (OMC) de não impor medidas quantitativas que tenham por efeito restringir o fluxo de comércio entre seus Membros (156 atualmente), também conhecidas como barreiras não-tarifárias, prevista essencialmente no artigo XI do GATT 1994.

Em geral, pode-se dizer que a *ratio* do sistema normativo da OMC é a de que o livre comércio promove o bem estar geral, eis que facilita a lei da vantagem econômica comparativa. Dessa forma, os governos devem limitar ao máximo sua atuação na economia, de modo a não interferir no fluxo de comércio e permitir que os agentes econômicos tornem-se eficientes e obtenham lucro.

Por outro lado, a fim de não subtrair a seus Membros toda e

¹⁸ Posteriormente essa medida provisória foi revogada pelo Tribunal Arbitral constituído de conformidade com o Anexo VII da Convenção sobre o Direito do Mar de 1982 para decidir sobre o mérito da controvérsia, o qual acatou a defesa japonesa de que não tinha jurisdição para julgar o caso (Southern Bluefin Tuna Case, Award on Jurisdiction and Admissibility, 04 August 2000, disponível em: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnouncePDF&AnnouncementType=archive&AnnounceNo=7_10.pdf)

qualquer soberania sobre matérias mais sensíveis, o próprio GATT 1994 prevê, em seu artigo XX, situações que permitem a adoção de medidas que, embora restritivas de comércio, visem, dentre outros objetivos, a proteção da saúde ou da vida das pessoas, animais ou vegetais (alínea b), bem como a conservação dos recursos naturais não renováveis (alínea g).

Os casos expostos a seguir foram solucionados pelo mecanismo de solução de controvérsias da OMC e trataram da articulação entre a regra e as exceções acima mencionadas, trazendo à tona o princípio da precaução na tentativa de sustentar a legitimidade das medidas controversas. De forma sucinta, tentaremos demonstrar a tendência geral dos *panels* e do Órgão de Apelação ao se defrontarem com o referido princípio.

No caso ‘CE-Carne com Hormônios’,¹⁹ os EUA contestaram a normativa europeia que proibia a importação de carne tratada com hormônios sintéticos que estimulam o crescimento do gado. Segundo os EUA, a medida violava dispositivos de diversos acordos da OMC, principalmente o artigo XI do GATT 1994, não estando amparada pela exceção do artigo XX, porquanto a CE não pôde demonstrar, mediante prova científica conclusiva, de que tal produto era prejudicial à saúde.

No que toca ao princípio da precaução, enquanto a França defendia que o referido princípio deveria ser aplicado ao caso, tendo este alcançado status de “norma consuetudinária geral do direito internacional”, os EUA alegavam que o princípio da precaução nada mais era do que um simples enfoque.

Ainda que a França tivesse argumentado perante os órgãos judicantes da OMC de que não era necessário que todos os cientistas do mundo estivessem de acordo sobre a possibilidade e a magnitude dos riscos e que nem todos os Membros da OMC entendessem e avaliassem o risco da mesma forma, não obteve sucesso.

Com efeito, enquanto o *Panel* aceita o princípio, mas refuta a defesa da França por entender que o princípio da precaução não podia prevalecer sobre os textos dos Acordos da OMC, restringindo sua aplicação às medidas provisórias, o Órgão de Apelação, em grau de recurso, sequer reconheceu a autoridade normativa do princípio.

¹⁹ *European Communities – Measures concerning Meat and meat Products* (EC – Hormones), WTO- Panel Report WT/DS26/R/USA adotado em 18/08/1997 e Appellate Body Report WT/DS48/AB/R, adotado em 16/01/ 1998. Disponível em: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds26_e.htm

Nesse sentido, o referido Órgão expressa que não há consenso entre os acadêmicos, profissionais do direito, órgãos normativos e juízes sobre o status jurídico do princípio, não estando claro que o mesmo tenha sido aceito amplamente pelos Membros da OMC. Em qualquer caso, o Órgão de Apelação entendeu que ainda que houvesse tal reconhecimento, o princípio da precaução não poderia servir para justificar medidas sanitárias e fitossanitárias incompatíveis com as obrigações decorrentes dos acordos da OMC²⁰.

Esse posicionamento foi mantido em caso posterior, conhecido como “EC-Biotech”,²¹ no qual a UE foi questionada em virtude de uma sua normativa que permitia aos Estados-Membros, a título de “salvaguarda”, a adoção unilateral de medidas restritivas de comércio sobre produtos geneticamente modificado, ainda que tivesse havido aprovação prévia da Comissão Européia. Para tanto, bastava que o Estado interessado tivesse razões para acreditar que o produto acarretava risco à saúde e ao meio ambiente face à superveniência de conhecimento científico novo ou complementar que pudesse alterar a avaliação de risco previamente feita.

O *Panel* decidiu a favor das reclamantes (Argentina, Canadá e EUA), lembrando que não havia até o momento nenhuma decisão mandatória de uma corte ou tribunal internacional que tivesse reconhecido o princípio da precaução como princípio geral ou costumeiro de direito internacional. Ademais, estatuiu que a normativa européia não encontrava respaldo nas exceções do Artigo XX do GATT 1994, eis que a “salvaguarda” permitida aos Estados-Membros não condicionava a que estes dispusessem de provas científicas suficientes para inferir que os produtos em causa provocariam dano à saúde ou ao meio ambiente²².

Em que pese às considerações feitas pelos tribunais internacionais favoráveis ao meio ambiente, o fato é que tem prevalecido na jurisprudência internacional princípios que, em última análise, visam a promover o desenvolvimento econômico dos Estados, sem uma preocupação maior com os efeitos sócio-ambientais negativos que

20 Em acordo de 13/05/2009 celebrado entre as partes e comunicado ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC em 25/09/2009, os EUA aceitaram que a UE continuasse proibindo a entrada de carne tratada com certos hormônios promovedores de crescimento, mas passa a aplicar tarifas mais elevadas sobre a importação de certos produtos procedentes da UE.

21 *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Product*, WTO- Panel Report WT/DS291/R/, adotado em 29/09/2006. Disponível em: http://www.wto.org/english/traop_e/dispu_e/cases_e/ds291_e.htm

22 Em acordos celebrados com os reclamantes e comunicados ao Órgão de Solução de Controvérsias em 14/01/2008, a UE foi obrigada a lhes conceder compensações a fim de evitar contramedidas comerciais.

as medidas adotadas a esse título possam vir a ter. Segundo André Nollkaemper (apud Ebbesson, 2007, p. 21), o desejável seria que o direito internacional estabelecesse, de forma concreta, um conjunto de normas que deveriam determinar como um Estado faria sua escolha entre meio-ambiente, desenvolvimento social e outros valores não econômicos

No âmbito regional, a situação não é muito diferente eis que a problemática que domina o debate também se encontra presente nas áreas de integração econômica. Nesse sentido, passaremos à análise da jurisprudência da União Européia e do Mercosul sobre a aplicação do princípio da precaução nos seus respectivos comércios intra-bloco.

Parte II: A Jurisprudência da União Européia e do Mercosul acerca do Princípio da Precaução

A proteção do meio ambiente encontra-se dentre os objetivos tanto da União Européia (UE) como do Mercosul, embora exista um descompasso entre as duas áreas de integração quanto à adoção de medidas efetivas com essa finalidade.

Com efeito, na UE a proteção do meio ambiente não constitui apenas uma idéia abstrata, mas foi merecedora de uma política comum, bem como de normativa harmonizadora e mesmo unificadora da legislação de seus Estados-Membros.

No Mercosul, o tema foi acolhido de forma geral no segundo considerando do Tratado de Assunção de 1991, o qual expressa que o objetivo da integração entre seus Estados Partes deve ser alcançado mediante “o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis e a preservação do meio ambiente, entre outros meios”.

Nesta 2ª parte do trabalho, iremos observar como os órgãos judicantes dessas duas áreas de integração tem interpretado e aplicado o princípio da precaução nas relações que se estabelecem no interior de seus respectivos mercados.

1) A posição ambígua do Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE) acerca do princípio da precaução

O Princípio da precaução é um dos instrumentos da política ambiental comum da União Européia. Com efeito, o artigo 191.2 do TFUE determina que a política da UE em matéria de meio ambiente deve basear-se em diversos princípios, tais como: o princípio da precaução e

da ação preventiva, da correção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao meio ambiente, e do poluidor-pagador.

Curioso notar, por outro lado, que o artigo 114.3 do TFUE, ao tratar das propostas normativas visando à aproximação das legislações nacionais em matéria de meio ambiente, dentre outras, determina que tais propostas devem buscar um nível de proteção elevado, tendo em conta nomeadamente nova evolução baseada em dados científicos.

Em que medida os dispositivos acima são complementares ou contraditórios não nos parece claro, mesmo porque a própria jurisprudência do TJUE parece oscilar entre a aplicação do princípio da precaução em sua forma mais “pura” e a necessidade de dados científicos concretos que justifiquem a adoção de medidas restritivas de comércio. Nicolas de Sadeleer opta pela segunda tendência ao referir-se à jurisprudência do TJUE. O autor afirma que, embora os Estados-Membros da UE possam adotar medidas restritivas de comércio, a despeito de norma comunitária harmonizadora, quando circunstâncias demográficas, geográficas ou epidemiológicas justifiquem tais medidas excepcionais, que visam, em geral, a proteção da saúde e do meio ambiente, invocando inclusive o princípio da precaução para se prevenir contra a ocorrência de riscos incertos, tais medidas restritivas de comércio somente são legítimas se tiverem sido adotadas com base em informações científicas (apud Ebbensson, 2009, p. 34).

A nosso ver, essa assertiva deve ser mitigada, eis que não nos parece ser sempre o caso, conforme se pode inferir dos acórdãos proferidos nos três casos que trazemos à análise neste trabalho: Ação de incumprimento (sic) C-333/08; Decisão prejudicial C-343/09 e Decisão prejudicial C-15/10.

Na Ação de incumprimento (sic) C-333/08, a Comissão Européia acusa a República Francesa (Acórdão de 28/01/2010) de impor uma restrição quantitativa à importação, contrária à livre de circulação de mercadorias, ao exigir autorização prévia para os aditivos tecnológicos (AT) ou gêneros alimentícios em cuja preparação fossem utilizados aditivos tecnológicos procedentes dos demais Estados-Membros, ainda que nesses Estados tenham sido legalmente fabricados e/ou comercializados²³. De acordo com a lei francesa, somente os produtos

²³ Nos termos da Diretiva 89/107/CEE, os AT são substâncias utilizadas no processo de elaboração ou fabrico de gêneros alimentícios que visam a obtenção de um determinado efeito técnico durante esse processo, mas que não são consumidos como ingrediente alimentar em si, embora o produto final de consumo possa apresentar resíduos técnicos inevitáveis da substância em causa. Esses aditivos podem ser utilizados na medida em que não apresentem qualquer risco sanitário ou não produzam efeitos tecnológicos sobre o produto acabado (artigo 1º,

dessa categoria inscritos em uma lista francesa “positiva” é que poderiam ser introduzidos automaticamente no território francês.

Vale lembrar que, se por um lado os AT não foram objeto de harmonização horizontal na UE, de modo que os Estados-Membros podem regulamentar a sua utilização, desde que respeitem as regras do Tratado CE²⁴, por outro lado o comércio dos gêneros alimentícios em geral encontra-se disciplinado no Regulamento (CE) n.º 178/2002, o qual estabelece, *inter alia*, os princípios e normas gerais da legislação alimentar. Nesse sentido, em suas considerações dispõe que “a livre circulação de gêneros alimentícios e de alimentos para animais na Comunidade só poder ser alcançada se os requisitos de segurança dos gêneros alimentícios e dos alimentos para animais não diferirem de forma significativa entre os Estados-Membros” (Terceiro considerando).

Para evitar entraves desnecessários ao comércio, o regulamento em causa determina que os Estados-Membros, ao visarem um nível elevado de proteção da vida e da saúde humanas, deverão fazer sua avaliação de riscos baseada em provas científicas disponíveis, de forma independente, objetiva e transparente (artigo 6 parágrafos 1 e 2). Todavia, referindo-se ao princípio da precaução, o parágrafo 1 do artigo 7 determina que se uma possibilidade de risco for identificada, mas persistirem incertezas a nível científico, o Estado-Membro poderá adotar medidas provisórias de gestão dos riscos, ainda que restritivas do comércio, enquanto se aguardam outras informações científicas que permitam uma avaliação mais exaustiva dos riscos. O parágrafo 2 do mesmo dispositivo, por sua vez, condiciona a legalidade da medida a que esta seja proporcional, i.e, não seja mais restritiva do que o necessário para assegurar o elevado nível de proteção da saúde. Obviamente, essa faculdade do Estado-Membro somente existe na medida em que não há norma comunitária específica sobre o gênero alimentício em causa.

Ocorre que a legislação francesa, Decreto de 1912, proibia a aquisição para venda ou a colocação à venda de produtos ou gêneros alimentícios destinados à alimentação humana que contivessem aditivos químicos que não tivessem sido expressamente autorizados pelas autoridades francesas competentes na matéria (artigo 1). Ademais, o Decreto proibia a utilização na preparação desses produtos e gêneros alimentícios de produtos químicos que não tivessem sido previamente autorizados (artigo 2).

n.º 3, alínea a). Por outro lado, nos termos da Diretiva 2000/13, os aditivos utilizados como AT não são considerados ingredientes (art. 6º, n.º 4, alínea c, ii) e, por conseguinte, não necessitam constar nos rótulos, apresentação e publicidade dos gêneros alimentícios.

²⁴ Substituído, em 2010, pelo Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Em geral, a autorização para comercializar AT estava condicionada ao respeito de critérios de pureza e outras características definidas na regulamentação francesa. Da mesma forma, a comercialização de gêneros alimentícios acabados somente seria autorizada se os mesmos não contivessem AT proibidos ou obedecessem um teor residual máximo de AT autorizados.

O Decreto n.º 2001-725, em seu artigo 2, lista os AT cuja utilização é autorizada, as condições de sua utilização e os limites máximos de resíduos admissíveis, permitindo, no artigo 3, eventual alteração/complemento dessa lista mediante requerimento de qualquer pessoa interessada. Assim sendo, somente os gêneros alimentícios destinados à alimentação humana que possuam AT listados é que podem ser adquiridos, vendidos ou distribuídos a título gratuito no mercado francês.

No que importa à aplicação do princípio da precaução no caso em tela, ressaltamos as considerações do TJUE sobre a justificativa francesa de proteção da saúde, expressas no Acórdão de 28/01/2010²⁵.

Primeiramente, o TJUE partiu da premissa de que o regime de autorização prévia do Decreto 1912 constituía uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa na acepção do artigo 28 do TCE (atual artigo 34 do TFUE), eis que tornava mais onerosa e difícil, ou em certos casos, impossível a comercialização de AT e gêneros alimentícios em cuja preparação foram utilizados AT legalmente fabricados e/ou comercializados noutros Estados-Membros (Parágrafos 75 e 76). A partir daí, tornava-se necessário determinar se tal medida restritiva de comércio encontrava respaldo no artigo 30 do TCE (atual artigo 36 do TFUE), nomeadamente no objetivo de proteção da saúde pública.

Basicamente, a análise do TJUE concentrou-se na modalidade de aplicação do princípio da proporcionalidade, referindo-se concomitantemente ao princípio da precaução como elemento subsidiário. Com efeito, remetendo-se a julgados anteriores, nomeadamente dos casos C-192/01 e C-24/00, o TJUE determinou que os Estados-Membros, ao exercerem o seu poder de apreciação relativo à proteção da saúde pública, deviam respeitar o princípio da proporcionalidade, o que implica impor limites a sua escolha: os meios devem ser efetivamente necessários para assegurar a proteção da saúde pública e proporcionais aos objetivos perseguidos, os quais não poderiam ser alcançados por medidas menos restritivas de comércio no

²⁵ Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=74482&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=717257>

mercado interno europeu (Parágrafo 90).

Em primeira análise, o TJUE estabeleceu que as decisões dos Estados-Membros que restringem o comércio estão condicionadas a que o alegado risco real à saúde pública esteja suficientemente demonstrado com bases em dados científicos mais recentes, disponíveis na data de adoção dessa decisão. Dessa forma, a avaliação do risco tem por objetivo apreciar o grau de probabilidade dos efeitos nefastos da utilização do produto à saúde humana e a gravidade desses potenciais efeitos (Parágrafo 89).

Por outro lado, o TJUE reconheceu que a apreciação a que o Estado-Membro tem de proceder pode revelar que existe um grau de incerteza científica e prática a esse respeito. Tal incerteza, inseparável do conceito de precaução, influencia o alcance do poder de apreciação do Estado-Membro, repercutindo-se, assim, nas modalidades de aplicação do princípio da proporcionalidade. Nessas circunstâncias, o TJUE admite que um Estado-Membro pode, ao abrigo do princípio da precaução, adotar medidas de proteção sem ter de esperar que a realidade e a gravidade de tais riscos estejam plenamente demonstradas (Parágrafo 91).

Paradoxalmente, na seqüência de seu entendimento, o TJUE prescreve que a aplicação correta do princípio da precaução pressupõe, em primeiro lugar, a identificação das conseqüências negativas potenciais à saúde da utilização da substância em causa e, em segundo lugar, da avaliação completa dos riscos para a saúde fundada sobre dados científicos disponíveis e mais fiáveis, bem como dos resultados mais recentes de pesquisas internacionais (Parágrafo 92).

Nesse aspecto, o TJUE acompanhou a alegação da Comissão de que o regime de autorização prévia assentava-se em presunção generalizada do risco para a saúde e não em justificação precisa de natureza científica. O TJUE não encontrou suporte nos elementos apresentados pela França para explicar a razão pela qual a comercialização de qualquer gênero alimentício em cuja preparação foram utilizados AT legalmente fabricadas e/ou comercializadas em outros Estados-Membros devesse depender de inclusão dos AT em causa em uma lista positiva estabelecida pela regulamentação francesa, inclusão esta que dependia da conformidade de vários critérios especificados nessa regulamentação. Segundo o TJUE, ao existirem riscos associados a certas categorias de AT, a regulamentação nacional deve concentrar-se nessas categorias e ser claramente justificada a respeito delas, não devendo visar todos os AT ou todos os gêneros alimentícios em cuja preparação foram utilizados os

AT não pertencentes a essas categorias perigosas e suspeitas (Parágrafo 97).

Logo, o TJUE entendeu ser desproporcional a decisão interna que, exceto em caso de autorização prévia, proíbe de forma sistemática a comercialização de qualquer AT ou gênero alimentício em cuja preparação foram utilizados AT legalmente fabricados e/ou comercializados noutros Estados-Membros, sem distinguir em função dos diferentes AT ou segundo o nível de risco que a sua utilização pode representar para a saúde (Parágrafo 100)²⁶.

Mas se no caso que acabamos de analisar o TJUE parece ter feito uma interpretação cautelosa e restritiva do princípio da precaução, para, ao final, condenar a regulamentação francesa por ser contrária ao livre comércio de bens no mercado europeu, não beneficiando da exceção da proteção da saúde pública, já não podemos inferir o mesmo de alguns de seus julgados posteriores.

Com efeito, quando da análise sobre a validade de normas comunitárias que harmonizam e/ou uniformizam a legislação dos Estados-Membros em matéria de proteção da saúde e do meio ambiente, vislumbramos maior acolhida e importância dada ao princípio da precaução pelo TJUE, que passa a ter papel mais decisivo e não mais de simples coadjuvante.

Na Decisão prejudicial C-343/09, submetida pela High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), do Reino Unido, o TJUE foi chamada a decidir sobre a validade da regulamentação comunitária²⁷ que, por um lado, estabelecia um teor máximo do aditivo metálico tricarbonilo metilciclopentadienil de manganês (MMT) nos carburantes e, por outro, exigia a informação aos consumidores da presença da referida substância.

Segundo a autora no processo interno (Afton Chemical Limited contra Secretary of State for Transport), a normativa europeia violava diversos princípios da ordem jurídica comunitária, dentre os quais o da precaução e da proporcionalidade.

²⁶ Note-se que, embora em Decreto posterior – Decreto de 2001 – a França tivesse assegurado a livre circulação de AT e gêneros alimentícios procedentes dos demais Estados-Membros da UE e do Espaço Econômico Europeu (EEE), mediante um sistema de reconhecimento mútuo de certificação, o TJUE o desconsiderou tendo em vista que o mesmo ainda não havia entrado em vigor na França até o prazo fixado durante a fase pré-contenciosa no parecer fundamentado da Comissão, que se deu em 04/09/2006. O TJUE entendeu que no momento do contencioso havia na França uma situação de insegurança jurídica para os operadores econômicos.

²⁷ Diretiva 2009/30/CE e Diretiva 98/70/CE.

O TJUE, em Acórdão de 08/07/2010,²⁸ embora se apóie recorrentemente no acórdão que acabamos de analisar (C-333/08), acaba por justificar a legalidade da normativa comunitária.

Nesse sentido, retoma o entendimento de que quando se verifica a impossibilidade de determinar com certidão a existência ou o porte do risco alegado em razão da natureza insuficiente, não concludente ou imprecisa dos estudos realizados, mais do que a probabilidade de um dano real para a saúde pública, persiste na hipótese onde o risco se realizaria o princípio da precaução, o qual justificaria a adoção de medidas restritivas, sob reserva de que tais medidas sejam não-discriminatórias e objetivas (Parágrafos 61 C-343/09 e 92 C-333/08). Por conseguinte, o TJUE estabelece que nessas condições o legislador da União pode, em virtude do princípio da precaução, adotar medidas de proteção sem ter que esperar que a realidade ou a gravidade de tais riscos seja demonstrada (Parágrafos 62 C-343/09 e 91 C-333/08).

Ao responder a alegação da Afton de que o nível máximo de MMT nos carburantes foi determinado sem nenhum embasamento científico e de que a Comissão não teria levado em conta os inconvenientes desse teor reduzido para os veículos antigos, o que, levaria, de fato, a uma interdição do MMT, o TJUE respondeu que quando incertezas existem quanto aos danos suscetíveis de serem causados pelo MMT, não pode haver informações mais precisas que permitam definir qual o nível de teor limite do MMT nos carburantes que seriam capazes de prevenir adequadamente esses mesmos danos (Parágrafo 66). Por conseguinte, tendo em vistas as incertezas sobre os danos causados pela utilização do MMT, bem como sobre os riscos gerados por sua utilização, a fixação de teor limites em MMT nos carburantes não parece desproporcional em relação aos interesses econômicos do produtor de MMT, com vistas a garantir um nível elevado de proteção da saúde e do meio ambiente.

O TJUE conclui que a regulamentação comunitária em análise não violava nem o princípio da precaução e nem o da proporcionalidade (Parágrafo 69); tendência essa que será mantida em caso submetido posteriormente ao TJUE, como veremos.

Na Decisão prejudicial C-15/10, submetida pela High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), do Reino Unido, o TJUE, em Acórdão de 21/07/2011,²⁹

²⁸ Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79066&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=717528>

²⁹ Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=107921&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=717675>

determinou como válida a normativa comunitária³⁰ que classificara na categoria 2 as substâncias à base de borato como tóxicas para a reprodução, e não na categoria 3, menos grave, como desejava a autora no processo interno (empresa Etimine SA, contra Secretary of State for Work and Pensions, do Reino Unido). Segundo a autora, a medida classificatória deveria ser diferida face a estudos que ainda estavam em curso e que poderiam por em causa a referida classificação.

O TJUE justificou a validade da normativa no princípio da precaução, que segundo o tribunal “é aplicado no âmbito sensível da proteção da saúde humana e do ambiente, tal como resulta de uma leitura conjugada dos Artigos 95 n.º3, CE (atual Artigo 114 do TFUE) e 174 n.os 1 e 2, CE (atual Artigo 191 do TFUE)” (Parágrafo 129). Esse princípio, em realidade, teria sido utilizado pelo TJUE como elemento essencial para determinar a adequação da normativa ao princípio da proporcionalidade, um dos princípios gerais do direito comunitário.

Ao final do estudo desses casos podemos concluir que a jurisprudência do TJUE parece-nos um pouco tendenciosa conforme se trate de medidas restritivas de comércio adotadas, de um lado, pelos Estados-Membros e, de outro, pela própria normativa comunitária. No primeiro caso, o princípio da precaução encontrar-se-ia condicionado ao respeito de certas condições e atuaria de forma subsidiária ao princípio da proporcionalidade, ao passo que no segundo o princípio seria aplicado de forma autônoma e mais flexível, aproximando-o da intenção original de seu criador.

2) As posições divergentes dos tribunais do Mercosul acerca do princípio da precaução

Diferentemente da jurisprudência da UE em matéria de meio ambiente e de proteção da saúde, no Mercosul ainda não podemos dizer que existe uma tendência consolidada acerca do princípio da precaução.

Isso porque, até o momento, somente um caso referindo-se à proteção do meio ambiente/saúde foi levado ao seu mecanismo de solução de controvérsias, o que nos parece ser insuficiente para consagrar

30 Directiva 2008/58/CE da Comissão, de 21 de Agosto de 2008, que altera, tendo em vista a trigésima adaptação ao progresso técnico, a Directiva 67/548/CEE do Conselho relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à classificação, embalagem e rotulagem das substâncias perigosas, bem como por outro, do Regulamento (CE) n.º 790/2009 da Comissão, de 10 de Agosto de 2009, que altera, para efeitos da sua adaptação ao progresso técnico e científico, o Regulamento (CE) n.º 1272/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à classificação, rotulagem e embalagem das substâncias e misturas.

uma jurisprudência. Ademais, o referido caso originou entendimentos opostos do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* (TAH) e do Tribunal Permanente de Revisão (TPR), gerando incertezas sobre seu real alcance.

O caso em tela - “Argentina: proibição de importar pneus remoldados” - foi proposto pelo Uruguai contra a Argentina, com fundamento de que a Lei 25.626 de 09/08/2002, que proibia a importação de pneumáticos reformados, restringia o comércio na região ao criar uma barreira ao livre fluxo de mercadorias, sendo, portanto, contrária ao Artigo 1º do Tratado de Assunção de 1991 e outras normativas do Mercosul.

Enquanto a Argentina apóia sua defesa essencialmente na proteção do meio ambiente e da saúde, o Uruguai prefere não atribuir maior importância ao tema, preferindo utilizar argumentos mais técnicos, conforme observa o TAH em seu laudo (Parágrafo 81)³¹.

Com efeito, a Argentina utiliza-se da exceção do Artigo 50 do Tratado de Montevideu, em remissão do artigo 2º, letra b do Anexo I do Tratado de Assunção de 1991, para sustentar que a lei contestada pelo Uruguai era uma medida de caráter preventivo destinada a evitar o dano potencial dos pneumáticos remodelados ao meio ambiente, à saúde das pessoas, animais e vegetais, comprometendo o desenvolvimento de gerações presentes e futuras (Parágrafo 27). Por sua vez, conforme observou o TAH, a posição do Uruguai durante o curso do processo foi a de não atribuir maior importância ao tema ambiental, apoiando-se em fundamentações mais técnicas (Parágrafo 81).

Acolhendo o entendimento da Argentina, o TAH refere-se inicialmente ao Princípio 15 da Declaração do Rio de 1992, a qual, como visto, consagra o princípio da precaução, reafirmando que “quando houver perigo de dano grave ou irreversível ao meio ambiente, a falta de certeza científica não deve servir como motivo para não adotar medidas julgadas necessárias” (Parágrafo 61).

Ainda nesse sentido, o TAH expressou que “em consonância com o princípio da integridade territorial, o princípio da precaução determina que o poder público utilize critérios científicos objetivos que conduzam ao equilíbrio entre a adoção de decisões para resultados a longo prazo e a satisfação de necessidades de curto prazo” (Parágrafo 69).

No entender do tribunal, a “incerteza científica”, derivada do

31 Laudo N.º 11 do Tribunal *Ad Hoc* do Mercosul, de 25/10/2005 “Proibição de importar pneus remoldados” (revogado pelo Laudo do TPR), disponível em <http://www.mercosur.int>

atraso e precariedade do conhecimento científico, deve ser incorporada como componente das políticas ambientais (Parágrafo 69). Acrescenta, ainda, que essa incerteza não pode ser um obstáculo para adoção de medidas de precaução e defesa e que dever-se-ia inverter o ônus da prova àquele que pretende implantar uma atividade considerada nociva ou potencialmente perigosa ao meio ambiente, demonstrando que tal atividade é segura e não constitui um perigo ecológico (Parágrafo 70).

Concluiu o TAH que os pneumáticos reformados, por terem vida útil menor do que a dos pneus novos, aumentando de forma acelerada o passivo ambiental, causam danos ao meio ambiente, eis que liberam substâncias danosas à natureza, bem como à saúde, porquanto se transformam em autênticos criadores de insetos transmissores de doenças (Parágrafo 80). Dessa forma, a medida argentina, embora restritiva do comércio intra-bloco, estava justificada e amparada pela normativa do Mercosul.

Contudo, a consagração do princípio da precaução pelo Tribunal Arbitral *Ad Hoc* do Mercosul não se manteve por muito tempo. Com efeito, inconformado com a vitória da Argentina em primeira instância, o Uruguai consegue junto ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul (TPR), em grau de recurso, reverter a seu favor o julgado, conforme se depreende do laudo proferido em 20/12/2005³².

No tocante especificamente à exceção ambiental, o TPR descarta o entendimento do TAH de que era necessário fazer uma ponderação entre os princípios do livre comércio e da proteção do meio ambiente, eis que para o TPR deve prevalecer, em qualquer caso, o direito da integração, sob pena de se cometer o pecado original de desconhecer sua autonomia em relação ao direito nacional e ao direito internacional, referindo-se a Alejandro Perotti (Parágrafo 9).

Concretamente, o TPR repreende ao laudo do TAH de ter cometido um erro de direito ao não detalhar e, por conseguinte, não avaliar os critérios que devem ser respeitados para que um Estado possa justificar uma medida restritiva de comércio nas exceções do Artigo 50 do Tratado de Montevideu, notadamente na exceção ambiental, ainda que reconheça que tais critérios não estão previstos na normativa do Mercosul (Parágrafo 14).

32 Laudo n.º 1/2005 do Tribunal Permanente de Revisão, de 20/12/2005 “Laudo do Tribunal Permanente de Revisão constituído para resolver o recurso apresentado pela República Oriental do Uruguai contra o laudo do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* de 25 de outubro de 2005 na controvérsia ‘proibição de importar pneus remoldados procedentes do Uruguai’”, disponível em <http://www.mercosur.int>

Tomando como base acórdãos proferidos pelo TJUE, o TPR analisa se a medida argentina era não-discriminatória, justificada por razões ambientais, ou seja, necessária para alcançar o objetivo proposto e, por último, proporcional, i. e, não era mais rigorosa do que o necessário para alcançar o objetivo almejado: critérios esses aplicados cumulativamente e que, segundo o TPR, não foram preenchidos pela medida argentina (Parágrafos 15, 16 e 17).

Nesse ponto, importa-nos explicitar o entendimento do TPR sobre o princípio da precaução quando da análise do critério da proporcionalidade, ao manifestar-se que “o dano alegado não era nem grave nem irreversível, pressupostos que devem estar presentes para a aplicação do princípio”.

Ainda sobre o princípio da precaução, discorda o TPR do laudo arbitral que inverteu o ônus da prova ao Uruguai sob o argumento da incerteza científica (Parágrafo 19). Em sentido oposto, o TPR entendeu que cabe àquele quem excepciona a regra demonstrar o dano. Por outro lado, sublinhou que no caso em concreto não havia nenhuma incerteza científica quanto aos riscos associados aos pneus jogados no lixo e ainda que houvesse essa incerteza, esta, por si só, não poderia justificar a adoção de “qualquer” medida, como era o caso da restrição de importar pneus reformados (Parágrafo 20).

A bem da verdade, no caso que acabamos de ver, não havia lugar para a aplicação do princípio da precaução, porquanto, como bem sublinhou o TPR, em momento algum se discutiu sobre a necessidade da medida argentina para proteger o meio ambiente/saúde de um dano potencial: a questão era a de saber se a medida restritiva adotada pela Argentina respeitava as condições necessárias para excepcionar a regra mais geral da livre circulação de mercadorias no Mercosul.

Resta, portanto, ainda em aberto o alcance que o princípio da precaução possui no âmbito do Mercosul, mesmo porque o bloco ainda carece de uma política comum em matéria de meio ambiente e mais ainda de medidas concretas de implementação: somente a partir daí e de uma jurisprudência constante de seus tribunais é que poderíamos arriscar um posicionamento mais firme.

Conclusão

Não resta dúvida de que o princípio da precaução constitui um dos princípios do direito internacional do meio ambiente, atuando conjuntamente com outros princípios desse sub-ramo do direito

internacional. Contudo, a autoridade do princípio enquanto norma costumeira internacional ainda é um anseio da sociedade civil.

Aliado a sua falta de previsão nos procedimentos de avaliação de impacto ambiental, o princípio da precaução ainda sofre pela falta de conteúdo e critérios claros para sua aplicação, carecendo de formulação legal precisa. Nesse sentido, Kiss e Shelton (2007, p. 89) expressam que a grande maioria dos princípios do direito internacional do meio ambiente tem sido chamados de “normas sem conteúdo determinado”, possuidores de uma abstração tão grande a ponto de tornar impossível deduzir deles obrigações precisas com algum grau de certeza.

Da mesma forma, manifesta-se D. Bodansky (apud McIntyre 2007, p. 192-193) ao alegar que se fossem levados em conta critérios ortodoxos para a análise do direito internacional costumeiro, chegaríamos à conclusão de que poucos princípios do direito internacional do meio ambiente se qualificariam como costumeiro. O autor esclarece que grande parte das supostas normas costumeiras do direito internacional do meio ambiente informadas pelos doutrinadores em geral, dentre as quais o princípio da precaução, não está baseada em pesquisas sobre as práticas dos Estados, mas sim em referência em textos produzidos por atores não estatais, tais como tribunais internacionais judiciais ou arbitrais, organizações internacionais e organizações não governamentais e juristas. Por conseguinte, o autor caracteriza esses textos mais como “declaratórios” do que normas costumeiras, reconhecendo que, embora tenham uma utilidade limitada na resolução de conflitos pelos tribunais judiciais ou arbitrais, podem desenvolver um importante papel em termos de aplicação voluntária pelos Estados e nas negociações internacionais.

Com efeito, retornando à redação do Princípio 15 da Declaração do Rio, observamos que há termos abertos, que condicionam a aplicação do princípio da precaução a que o dano seja sério ou irreversível e ao custo-eficácia das medidas preventivas: difícil extrair daí uma obrigação precisa para os Estados.

Assim sendo, os Estados permanecem vinculados a sua legislação interna ou a instrumentos convencionais, mas que tampouco fornecem maiores esclarecimentos sobre a aplicação do princípio da precaução: tudo vai depender dos interesses em jogo, tendo em mente que a presunção de que os governos sempre agem no melhor interesse de seu povo deve ser afastada quando a situação envolve, sobretudo, os recursos naturais, conforme observa Okowa (apud Ebbensson, p. 20).

Atualmente, a responsabilidade internacional do Estado em matéria de meio ambiente resume-se na obrigação de não causar danos graves ao território de outro Estado ou áreas fora de sua jurisdição, o que não representa nenhuma inovação da jurisprudência, eis que nada mais é do que a aplicação do princípio geral do não-dano formulado em 1949 pela CIJ no caso Corfu Channel³³ e em outras decisões internacionais,³⁴ como informa André Nollkaemper (2009, p. 255).

Porém, em matéria de proteção do meio ambiente ou da saúde pretende-se ir mais além, com a imposição de obrigações concretas aos Estados para evitar que o dano ocorra efetivamente, sendo este, na maioria das vezes, irreparável e não suscetível de compensação financeira. Nesse aspecto, o princípio da precaução seria um dos mais eficientes princípios do direito internacional, embora tenhamos que reconhecer que permanece um princípio ainda em construção e que não conta com a ousadia dos tribunais internacionais, à exceção do ITLOS, para tentar galgar o status de norma costumeira internacional.

Referências bibliográficas

EBBENSSON Jonas (2009) “Introduction: dimensions of justice in environmental law”. In J. Ebbensson, e P. Okowa (coord). *Environmental law and justice in context*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, pp. 1-36.

BRATSPIES Rebecca M. (2006) “Trail Smelter’s (semi) precautionary legacy”. In R. Bratspies e R. Miller (org). *Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter Arbitration*. New York: Cambridge University Press, pp. 153-166.

CRETELLA NETO José (2012) *Curso de direito internacional do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva.

KISS Alexandre e SHELTON Dinah (2007) *Guide to international environmental law*. Leiden, The Netherlands: Koninklijke Brill NV.

McINTYRE Owe (2007) *Environmental protection of international watercourses under international law*. Hampshire (England): Ashgate Publishing Limited.

³³ *Corfu Channel* case, Britain v. Albanian, ICJ Reports (1949). Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1645.pdf>

³⁴ *Trail Smelter Arbitration* 1911, Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (CIJ 1996); *Gabcikovo-Nagymaros Project* (CIJ 1997) e *Pulp Mills on the River Uruguay* (CIJ Request for Provisional Measures)

NOLLKAEMPT André (2009) “Sovereignty and environmental justice in international law”. In J. Ebbensson, e P. Okowa (coord). *Environmental law and justice in context*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, pp. 253-269.

SCHRIJVER Nico (2008) *The evolution of sustainable development in international law: Inception, meaning and status of sustainable development*. *Pocketbooks of the Hague Academy of International Law*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.

VITANYI Béla (1976) “La signification de la “généralité” dès principes de droit”. *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 80, pp. 536-545

COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA CIVIL

COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL

Carmen Tiburcio¹

Resumo: O trabalho cuida dos sistemas e dos instrumentos de cooperação em matéria civil no âmbito do Mercosul: Protocolos de Las Leñas e Ouro Preto. Analisam-se os textos dos respectivos tratados, a jurisprudência brasileira e de outros países do Mercosul.

Resumen: El trabajo se ocupa de los sistemas y de los instrumentos de cooperación en materia civil en el ámbito del Mercosur: Protocolos de las Leñas y de Ouro Preto. Se analizan los textos de los respectivos tratados, la jurisprudencia brasileña y de otros países del Mercosur

Palavras-chave: Cooperação Civil, Rogatórias, Homologação de Sentenças Estrangeiras

Palabras clave: Cooperación Civil, Exhortos Judiciales, Homologación de Sentencias Extranjeras

1. Introdução

Do ponto de vista legal, é possível afirmar que o mundo está dividido em jurisdições, que coincidem, via de regra, com a divisão geopolítica. Como as decisões e ordens emanadas da autoridade judicial de cada Estado são eficazes apenas dentro de seus respectivos limites territoriais, é fundamental que se estabeleçam meios efetivos de cooperação entre os Estados, especialmente em espaços integrados, como o Mercosul.

A cooperação entre Estados para os fins de administração da justiça, além de viabilizar citações e intimações no exterior e o reconhecimento ou homologação de sentenças estrangeiras, também se presta à troca de

¹ Professora Associada de Direito Internacional Privado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, LLM e SJD pela University of Virginia School of Law, EUA. Advogada no Escritório Luís Roberto Barroso & Associados. A autora agradece a colaboração de Julia Dias Carneiro da Cunha, Raphael Corrêa e Gabriel Almeida nas pesquisas para a elaboração deste trabalho.

informações – o que é essencial para o desenvolvimento dos processos judiciais.

Na esfera civil, cumprindo tal propósito, dois instrumentos assumem relevância prática: as cartas rogatórias e a homologação de decisões estrangeiras. Na ausência de tratado entre os países, a carta rogatória é o meio processual mais utilizado para viabilizar citações, intimações e coletas de prova requeridas por autoridades estrangeiras. Por exemplo: se o domicílio do réu é fixado num país estrangeiro e ele deve ser citado para que o processo tenha início, ou mesmo se uma testemunha relevante para o deslinde do caso tem domicílio noutra país e faz-se imprescindível sua oitiva, a carta rogatória é o meio adequado para atingir tais finalidades no âmbito do Mercosul. Igualmente, a carta rogatória presta-se à requisição de informações acerca do conteúdo do direito estrangeiro.

Ademais, é sabido que as decisões judiciais são válidas apenas dentro das fronteiras do país no qual foram proferidas. Desta sorte, se um réu domiciliado no país B – onde se encontram todos os seus ativos – é condenado a pagar certo montante em pecúnia pelo Judiciário do país A, a decisão prolatada neste país pode tornar-se ineficaz na eventualidade de inexistirem meios de cooperação avançados entre os países em questão que permitam a execução do provimento judicial referido. Evidente, portanto, que a possibilidade de reconhecimento de decisões estrangeiras assume extrema relevância no cenário internacional.

Desse modo, a cooperação se revela tão premente que os mentores da Constituição Norte-Americana de 1787 previram que o reconhecimento automático das decisões proferidas em outros estados componentes dos Estados Unidos era fundamental para a garantia de uma união estreita entre seus estados². A mesma ideia fora reproduzida pelos idealizadores da Comunidade Econômica Europeia, no Tratado de Roma. Tanto assim que o art. 293 do Tratado (originalmente, art. 220) determina que as decisões proferidas num Estado-Membro devem ser reconhecidas nos demais³. Posteriormente, esta mesma regra fora

² Sobre a importância da cooperação em espaços integrados, veja-se Andreas Lwenfeld, *International Litigation and the Quest for Reasonableness*, 1996, p. 109. Constituição Norte-Americana, artigo IV, § 1º: “Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State.”

³ Tratado de Roma de 1957, artigo 293 (antigo art. 220): “Os Estados-Membros entabularão entre si, sempre que necessário, negociações destinadas a garantir, em benefício dos seus nacionais: a proteção das pessoas, bem como o gozo e a proteção dos direitos, nas mesmas condições que as concedidas por cada Estado aos seus próprios nacionais; a eliminação da dupla tributação na Comunidade; o reconhecimento mútuo das sociedades, na aceção do Segundo parágrafo do art. 48º, a manutenção da personalidade jurídica em caso de transferência da sede de um país para outro e a possibilidade de fusão de sociedades sujeitas a legislações

inserida na Convenção de Bruxelas⁴ e, ainda, figurou na Convenção de Lugano⁵, bem como nos Regulamentos (CE) 44/2001⁶, 1.347/2000⁷ e 2.201/2003⁸. No continente americano, a ideia de cooperação jurídica foi objeto das Convenções Interamericanas sobre Cumprimento de Medidas Cautelares (1979), sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Estrangeiros (1979) e sobre Obrigação Alimentar (1989)⁹. Esta mesma tendência pode ser observada no âmbito do Mercosul, e transparece quando da análise de convenções processuais em vigor, marcadamente dos Protocolos de Las Leñas e de Ouro Preto (Protocolo de Las Leñas sobre Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa de 27 de junho de 1992, e

nacionais diferentes; a simplificação das formalidades a que se encontram subordinados o reconhecimento e a execução recíprocos tanto das decisões judiciais como das decisões arbitrais”.

4 Convenção de Bruxelas sobre a competência judiciária e execução de decisões em material civil e comercial de 1968, a qual foi ratificada inicialmente pelos seis estados fundadores da Comunidade Econômica Europeia e entrou em vigor em 1º de fevereiro de 1973. Esta Convenção sofreu modificações introduzidas por quatro Convenções de Adesão, consequência da entrada de novos Estados-membros nas comunidades: a Convenção de 9 de Outubro de 1978, relativa à adesão da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido; a Convenção de 25 de Outubro de 1982, relativa à adesão da Grécia; a Convenção de 26 de Maio de 1989, assinada em San Sebastian, relativa à adesão de Espanha e de Portugal; e a Convenção de 29 de Novembro de 1996, relativa à adesão da Áustria, Finlândia e Suécia.

Estas informações foram obtidas na página eletrônica do Gabinete de Documentação e Direito Comparado: <<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/uniao-europeia.html>>.

Até 1º de julho de 2007, a Convenção de Bruxelas aplicava-se a todas as relações envolvendo Estados-Membros da União Europeia. Contudo, um acordo fora firmado entre os Estados, estendendo as disposições do Regulamento 44/2001 à Dinamarca.

5 Convenção de Lugano de 16 de setembro de 1988, relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial. A Convenção de Lugano foi celebrada a fim de estender os princípios já adotados pela Convenção de Bruxelas aos Estados-membros da Associação Europeia de Livre Comércio (ou EFTA, *European Free Trade Association*). Esta Convenção foi ratificada pelos seguintes países: Holanda e França, Luxemburgo, Reino Unido, Portugal, Suíça e Itália, Suécia, Noruega, Finlândia, Irlanda, Espanha, Alemanha, Islândia e Áustria, Dinamarca, Grécia, Bélgica e Polónia. Esta informação fora extraída no sítio eletrónico do Gabinete de Documentação e Direito Comparado: <<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/uniao-europeia.html>>. Em 30 de outubro de 2007, em Lugano, a nova Convenção de Lugano sobre a competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, fora assinada pela União Europeia, Dinamarca e os três Estados-membros do EFTA que participaram da antiga Convenção de Lugano (Suíça, Noruega e Islândia).

6 Este Regulamento substituiu a Convenção de Bruxelas entre os Estados da União Europeia. A partir de 1º de julho de 2007, passou a aplicar-se também à Dinamarca.

7 Regulamento (CE) No 1347/2000 de 29 de maio de 2000, relativo ao reconhecimento e à execução de decisões em material matrimonial e de regulação do poder paternal em relação a filhos comuns do casal.

8 Regulamento (CE) No 2201/2003 de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) No 1347/2000.

9 Sobre cooperação internacional em geral, vide a Convenção Interamericana sobre Prova e Informação do Direito Estrangeiro (1979), a Convenção Interamericana sobre Obtenção de Provas no Exterior (1975), a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias (1979), o Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre a Obtenção de Provas no Exterior (1984) e o Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias (1979).

Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares de 16 de dezembro de 1994).

É interessante notar que, na esfera do Mercosul, o auxílio direto, como espécie de instrumento de cooperação internacional, ainda não ganhou ampla aceitação. A decisão sobre a medida requerida por auxílio direto é tomada pela autoridade local e, se for necessária decisão judiciária, será competente o magistrado do Estado ao qual o auxílio foi requerido.

2. Sistemas de cooperação no MERCOSUL

No Mercosul, a cooperação internacional opera-se por três diferentes sistemas, baseados em: (1) tratados bilaterais; (2) tratados plurilaterais patrocinados por outras organizações internacionais; (3) tratados específicos do Mercosul. O escopo deste trabalho é exclusivamente os tratados do Mercosul. Há que se mencionar, todavia, que estão em vigor diversos tratados bilaterais em matéria civil entre os países-membros do Mercosul, bem como tratados plurilaterais patrocinados pelas CIDIP¹⁰ ou pela Conferência de Haia¹¹, por exemplo. Então, em verdade, a cooperação em matéria civil entre Estados componentes do Mercosul pode abranger um espectro muito mais amplo. Contudo, este trabalho ocupar-se-á tão-somente da cooperação civil entre Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai e Venezuela, baseada em

10 A Organização dos Estados Americanos (OEA), através da Secretaria de Assuntos Jurídicos (SAJ), exerce papel decisivo na harmonização e codificação do Direito Internacional Privado no Ocidente. O principal fator neste trabalho são as Conferências Interamericanas Especializadas em Direito Internacional Privado, realizadas regularmente pela OEA a aproximadamente cada quatro ou seis anos. Mais conhecidas pela sigla CIDIP, proveniente da língua espanhola, estas Conferências resultaram na edição de 26 instrumentos internacionais largamente aprovados pelos Estados-membros (incluindo convenções, protocolos, documentos uniformes e leis-modelo), que ditam o tom do Direito Privado Interamericano. V. <http://www.oas.org/DIL/private_international_law.htm> (acesso em: 06.dez.2012).

11 Entre 1893 e 1904, a Conferência aprovou 7 Convenções internacionais, todas substituídas posteriormente por instrumentos mais modernos. Entre 1951 e 2008, a Conferência aprovou 38 Convenções internacionais, cuja aplicação prática é regularmente analisada por Comissões Especiais. Mesmo quando não são ratificadas, as Convenções influenciam os sistemas legais tanto dos Estados-membros quanto daqueles que não participam da Conferência. Elas também são fontes de inspiração para os esforços na unificação do direito internacional privado a nível regional, como por exemplo na Organização dos Estados Americanos ou na União Europeia. As Convenções ratificadas pelo maior número de países regem: a abolição da legalização (Apostille); a citação no processo; a produção de provas no exterior; o acesso à justiça; o sequestro internacional de crianças; a adoção internacional; o conflito de leis relativo às disposições testamentárias; a manutenção das obrigações; o reconhecimento de divórcios. As Convenções mais recentes são as Convenções sobre a Lei Aplicável a Certos Direitos Relativos a Valores Mobiliários Mantidos por um Intermediário (2006), a Convenção sobre Cláusula de Eleição de Foro (2005), a Convenção sobre Cobrança de Alimentos e outras formas de manutenção da família (2007), bem como o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares (2007). V. <http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=26> (acesso em: 06.dez.2012).

tratados do Mercosul, é dizer, nos Protocolos de Las Leñas e de Ouro Preto.

3. Os Tratados de Las Leñas e de Ouro Preto: Admissibilidade de cartas rogatórias executórias

a) O Protocolo de Las Leñas

O Protocolo ocupa-se de duas espécies de cartas rogatórias. Os artigos 5º a 17 do Protocolo regulam as cartas rogatórias que contêm pedidos para citação, intimação ou produção de provas (doravante intituladas de cartas rogatórias de 1ª categoria) e os artigos 18 a 24 do texto convencional tratam das cartas rogatórias que veiculam pedidos de homologação e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros (cartas rogatórias de 2ª categoria).

Neste contexto, o art. 5º do Protocolo restringe os objetos das cartas rogatórias (de 1ª categoria) à citação, intimação e afins, bem como coleta de provas:

“Cada Estado Parte deverá enviar às autoridades jurisdicionais do outro Estado, segundo o previsto no artigo 2, carta rogatória em matéria civil, comercial, trabalhista ou administrativa, quando tenha por objeto: a) diligências de simples trâmite, tais como citações, intimações, citações com prazo definido, notificações ou outras semelhantes; b) recebimento ou obtenção de provas.”

No que se refere a este tipo de cartas rogatórias, o art. 8º estabelece que apenas a ordem pública do país requerido escusará o descumprimento de um pedido realizado através da carta.

“A carta rogatória deverá ser cumprida de ofício pela autoridade jurisdicional competente do Estado requerido, e somente poderá denegar-se quando a medida solicitada, por sua natureza, atente contra os princípios de ordem pública do Estado requerido. O referido cumprimento não implicará o reconhecimento da jurisdição internacional do juiz do qual emana.”

Desse modo, as cartas rogatórias requerendo medidas simples – tais como intimações, citações ou produção de provas em geral –, como regra, devem receber o exequatur das autoridades competentes do Estado requerido, salvo se a natureza da medida contrariar a ordem pública local. Isto é, será objeto de análise apenas a medida requerida pela carta rogatória, não sendo examinado o mérito da ação ajuizada

no exterior. Logo, mesmo que a ação proposta no estrangeiro não tenha correspondente no país requerido ou mesmo que contrária à ordem pública local, o pedido veiculado na carta rogatória deve receber o exequatur¹².

Ademais, a carta rogatória deve ser executada ainda que se trate de causa da competência exclusiva das autoridades do Estado requerido, eis que o Protocolo estabelece que o cumprimento do pedido não implica o reconhecimento da jurisdição internacional do juiz do qual emana. Sendo assim, se o pedido for para a citação do réu, deve ser-lhe concedido o exequatur ainda que o caso no qual a decisão será proferida enseje posterior não homologação da decisão pelo Estado requerido, tendo em vista a sua competência exclusiva para apreciar a questão, verificada, por exemplo, nos casos que envolvam bens imóveis situados em seu território.

No que concerne à homologação e execução de decisões estrangeiras requeridas por carta rogatória (de 2ª categoria), os seguintes requisitos devem ser observados:

“Art. 20. As sentenças e os laudos arbitrais a que se referem o artigo anterior terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes quando reunirem as seguintes condições:

- a) que venham revestidos das formalidades externas necessárias para que sejam considerados autênticos nos Estados de origem.
- b) que estejam, assim como os documentos anexos necessários, devidamente traduzidos para o idioma oficial do Estado em que se solicita seu reconhecimento e execução;
- c) que emanem de um órgão jurisdicional ou arbitral competente, segundo as normas do Estado requerido sobre jurisdição internacional;

12 “(...) Em tema de comissões rogatórias passivas - tanto quanto em sede de homologação de sentenças estrangeiras -, o ordenamento normativo brasileiro instituiu o sistema de contenciosidade limitada, somente admitindo impugnação contrária à concessão do exequatur, quando fundada em pontos específicos, como a falta de autenticidade dos documentos, a inobservância de formalidades legais ou a ocorrência de desrespeito à ordem pública, aos bons costumes e à soberania nacional. Torna-se inviável, portanto, no âmbito de cartas rogatórias passivas, pretender discutir, perante o Tribunal do foro (o Supremo Tribunal Federal, no caso), o fundo da controvérsia jurídica que originou, no juízo rogante, a instauração do pertinente processo, exceto se essa questão traduzir situação caracterizadora de ofensa à soberania nacional ou de desrespeito à ordem pública brasileira. (...)” (STF, DJU 04.mar.1999, Ag. Reg. CR 7.870/EUA, Rel. Min. Celso de Mello). No mesmo sentido: STJ, DJU 25.fev.2005, SEC 6152/EUA, Rel. Min. Celso de Mello.

d) que a parte contra a qual se pretende executar a decisão tenha sido devidamente citada e tenha garantido o exercício de seu direito de defesa;

e) que a decisão tenha força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que foi ditada;

f) que claramente não contrariem os princípios de ordem pública do Estado em que se solicita seu reconhecimento e/ou execução.

Os requisitos das alíneas (a), (c), (d), (e) e (f) devem estar contidos na cópia autêntica da sentença ou do laudo arbitral.”

Em suma, o Protocolo distingue claramente as cartas rogatórias contendo simples solicitações para a citação, intimações e produção de provas (1ª categoria) daquelas que reclamam a homologação e a execução de decisões estrangeiras (2ª categoria). Tanto é que o Protocolo estabelece apenas um obstáculo às primeiras, qual seja, a ordem pública local, e, quanto às últimas, impõe a satisfação de seis requisitos a fim de possibilitar o exequatur.

Admite-se, também, a possibilidade de execução parcial da decisão estrangeira caso alguns de seus aspectos, de mérito ou processuais, violem a ordem pública local. Nesses casos, aos pontos que não conflitem com os princípios fundamentais da ordem pública do país requerido, assegura-se execução¹³.

O Protocolo também contém normas impeditivas do reconhecimento de sentenças estrangeiras na ocasião de pender no Estado requerido ação na qual figurem as mesmas partes, com base nos mesmos fatos e tendo o mesmo objeto. Explica-se: em primeiro lugar, se o processo judicial pendente no Estado requerido iniciou-se antes da ação que originou a sentença estrangeira, esta última não será reconhecida. Em segundo lugar, ainda que a ação tenha sido proposta no estrangeiro antes do início da ação proposta no Estado requerido, não será reconhecida a decisão caso seja incompatível com outro pronunciamento anterior ou simultâneo proferido no Estado requerido¹⁴. Nestes termos, o artigo 22 do Protocolo de Las Leñas acolhe

13 Protocolo de las Leñas, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 6891/2009, art. 23: “Se uma sentença ou de um laudo arbitral não puder ter eficácia em sua totalidade, a autoridade jurisdicional competente do Estado requerido poderá admitir sua eficácia parcial mediante pedido da parte interessada.”

14 Protocolo de las Leñas, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 6891/2009, art. 22: “Quando se tratar de uma sentença ou de um laudo arbitral entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos, e que tenha o mesmo objeto de outro processo judicial ou arbitral no Estado

o chamado princípio da preferência da jurisdição nacional.

Além disto, o Protocolo prevê regra que impõe a igualdade de tratamento processual entre nacionais e residentes permanentes no foro, de um lado, e, de outro, nacionais e residentes permanentes em outros Estados Partes¹⁵.

Os artigos 13 e 24 do Protocolo aduzem que a legislação interna do Estado requerido deve determinar os procedimentos para o exequatur nos casos de cartas rogatórias de 1ª e 2ª categorias¹⁶.

Portanto, cada Estado tem a faculdade de determinar a autoridade competente para tais procedimentos. Deve-se observar que os Estados Partes podem adotar o sistema da competência concentrada, ao exemplo do Brasil, onde a concessão de exequatur incumbe ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) – o mais elevado Tribunal brasileiro em matéria infraconstitucional –, ou mesmo o sistema segundo o qual os juízes de primeira instância são competentes para conceder exequatur. Dessarte, é de se notar que todos os aspectos processuais referentes ao procedimento para a concessão de exequatur devem ser regulados pela lei do Estado requerido.

Ademais, o art. 25 do texto convencional consignou que os documentos emanados da autoridade competente de um Estado Parte serão reputados válidos e legais nos demais, prescindindo de quaisquer

requerido, seu reconhecimento e sua executoriedade dependerão de que a decisão não seja incompatível com outro pronunciamento anterior ou simultâneo proferido no Estado requerido. Do mesmo modo não se reconhecerá nem se procederá à execução, quando se houver iniciado um procedimento entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos e sobre o mesmo objeto, perante qualquer autoridade jurisdicional da Parte requerida, anteriormente à apresentação da demanda perante a autoridade jurisdicional que teria pronunciado a decisão da qual haja solicitação de reconhecimento.”

15 Protocolo de las Leñas, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 6891/2009, arts. 3º e 4º. Art. 3º: “Os cidadãos e os residentes permanentes de um dos Estados Partes gozarão, nas mesmas condições dos cidadãos e residentes permanentes do outro Estado Parte, do livre acesso à jurisdição desse Estado para a defesa de seus direitos e interesses. O parágrafo anterior aplicar-se-á às pessoas jurídicas constituídas, autorizadas ou registradas conforme as leis de qualquer dos Estados Partes”. Art. 4º: “Nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja sua denominação, poderá ser imposto em razão da qualidade de cidadão ou residente permanente de outro Estado Parte. O parágrafo precedente se aplicará às pessoas jurídicas constituídas, autorizadas ou registradas conforme as leis de qualquer dos Estados Partes.”

16 Protocolo de las Leñas, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 6891/2009, arts. 13 e 24. Art. 13: “Ao diligenciar a carta rogatória, a autoridade requerida aplicará os meios processuais coercitivos previstos na sua legislação interna, nos casos e na medida em que deva fazê-lo para cumprir uma carta precatória das autoridades de seu próprio Estado, ou um pedido apresentado com o mesmo fim por uma parte interessada”. Art. 24: “Os procedimentos, inclusive a competência dos respectivos órgãos jurisdicionais, para fins de reconhecimento e execução das sentenças ou dos laudos arbitrais, serão regidos pela lei do Estado requerido.”

formalidades adicionais¹⁷.

Por derradeiro, o Protocolo também trata das informações sobre o direito estrangeiro, úteis nas hipóteses em que regras de conexão locais conduzirem à aplicação do direito substantivo de qualquer outro dos Estados partes¹⁸.

i) Jurisprudência brasileira

Tem sido tradição no Brasil, tanto em doutrina quanto em jurisprudência, sustentar que requerimentos de medidas de natureza executiva não podem ser instrumentalizados por cartas rogatórias, ao passo que estas teriam por objeto tão somente os pedidos de citação e produção de provas.. Uma célebre decisão do Supremo Tribunal Federal esclarece o ponto:

“Sentença negatória de exequatur. 1. Carta rogatória expedida pela Justiça da República Argentina para se proceder no Brasil ao seqüestro de bens móveis e imóveis. Medida cautelar prevista no art. 1.295 do Código Civil argentino com o nome jurídico de embargo e no art. 822, III, do Código de Processo Civil Brasileiro, com o nome jurídico de seqüestro. 2. Tratando-se de providência judicial que depende, no Brasil, de sentença que a decrete, imperiosa é a conclusão de que tal medida não pode ser executada em nosso País antes de ser homologada, na jurisdição brasileira, a sentença estrangeira que a tenha concedido.3. Exequatur denegado.”¹⁹.

Nas razões do precedente mencionado, consta a seguinte passagem:

17 Protocolo de las Leñas, promulgado no Brasil pelo Decreto n° 6891/2009, arts. 25, 26. Art. 25: “Os instrumentos públicos emanados de um Estado Parte terão no outro a mesma força probatória que seus próprios instrumentos públicos.” Art. 26: “Os documentos emanados de autoridades jurisdicionais ou outras autoridades de um dos Estados Partes, assim como as escrituras públicas e os documentos que certifiquem a validade, a data e a veracidade da assinatura ou a conformidade com o original, e que sejam tramitados por intermédio da Autoridade Central, ficam isentos de toda legalização, certificação ou formalidade análoga quando devam ser apresentados no território do outro Estado Parte.”

18 Protocolo de las Leñas, promulgado no Brasil pelo Decreto n° 6891/2009, arts. 28, 29 e 30. Art. 28: “As Autoridades Centrais dos Estados Partes fornecer-se-ão mutuamente, a título de cooperação judicial, e desde que não se oponham às disposições de sua ordem pública, informações em matéria civil, comercial, trabalhista, administrativa e de direito internacional privado, sem despesa alguma.” Art. 29: “A informação a que se refere o artigo anterior poderá também ser prestada perante a jurisdição do outro Estado, por meio de documentos fornecidos pelas autoridades diplomáticas ou consulares do Estado Parte de cujo direito se trata.” Art. 30: “O Estado que forneceu as informações sobre o sentido do alcance legal de seu direito não será responsável pela opinião emitida, nem estará obrigado a aplicar seu direito, segundo a resposta fornecida.”

19 STF, DJU 12.ago.80, CR 3.237/AT, Rel. Min. Antônio Neder.

“A carta rogatória constitui expediente pelo qual se cumprem ou executam os atos judiciais de procedimento que não dependem de sentença, tais como citações, intimações, avaliações, ‘et similia’”.

Todavia, o STF, a quem competia conceder exequatur a cartas rogatórias antes da Emenda Constitucional 45 de 2004, modificou seu entendimento após a entrada em vigor do Protocolo de Las Leñas, defendendo a tese de que o Brasil passaria a aceitar cartas rogatórias executórias:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de considerar insuscetíveis de cumprimento, no Brasil, as cartas rogatórias passivas revestidas de caráter executório, ressalvadas aquelas expedidas com fundamento em atos ou convenções internacionais de cooperação interjurisdicional, como o ‘Protocolo de Las Leñas’...”²⁰.

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal afirmou que, a despeito da controvérsia envolvendo a aprovação do Protocolo, o método tradicionalmente adotado no Brasil remanesceu inalterado, vale dizer: o reconhecimento da decisão estrangeira ainda é necessário, admitindo-se, no entanto, o endereçamento do pedido ao STF mediante carta rogatória:

“O Protocolo de Las Leñas (‘Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa’ entre os países do Mercosul) não afetou a exigência de que qualquer sentença estrangeira - à qual é de equiparar-se a decisão interlocutória concessiva de medida cautelar - para tornar-se exequível no Brasil, há de ser previamente submetida à homologação do Supremo Tribunal Federal, o que obsta à admissão de seu reconhecimento incidente, no foro brasileiro, pelo juízo a que se requeira a execução; inovou, entretanto, a convenção internacional referida, ao prescrever, no art. 19, que a homologação (dito reconhecimento) de sentença provida dos Estados partes se faça mediante rogatória, o que importa admitir a iniciativa da autoridade judiciária competente do foro de origem e que o exequatur se defira independentemente da citação do requerido, sem prejuízo da posterior manifestação do requerido, por meio de

20 STF, DJU 14.set.98, CR 7.613/República Argentina, Rel. Min. Celso de Mello. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, é possível colher inúmeros julgados na jurisprudência do STJ concedendo o exequatur a cartas rogatórias executórias com base no Tratado de las Leñas. Nesta linha, v. STJ, DJU 25.abr.12, CR 4.611/AR, Rel. Min. Cesar Ari Pargendler; STJ, DJU 15.abr.10, CR nº 2.151/PY, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha; STJ, DJU 18.mar.09, CR 398/AR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha; STJ, DJU 13.dez.06, CR 1.709/AR, Rel. Min. Barros Monteiro; e STJ, DJU 13.jun.07, CR 2.189/AR, Rel. Min. Barros Monteiro.

agravo à decisão concessiva ou de embargos ao seu cumprimento.”²¹

A inovação trazida pelo Protocolo suscitou dúvidas no que tange aos requisitos a serem observados na análise destas cartas rogatórias (de 2ª categoria): deve-se averiguar a satisfação das mesmas exigências feitas para a homologação de sentenças estrangeiras ou seria impositivo o preenchimento dos requisitos para a concessão de exequatur às cartas rogatórias que contêm pedidos simples (de 1ª categoria)? Via de regra, as decisões estrangeiras que se pretende sejam reconhecidas são examinadas com base em vários aspectos, tais como a competência internacional da autoridade que proferiu a decisão, sua exequibilidade no país de origem, a citação válida do réu, a tradução da decisão e a ausência de violação à ordem pública local²². De outra parte, as cartas rogatórias que solicitam a prática de atos como a citação ou a produção de provas são examinadas com vistas a apenas dois aspectos, quais sejam: se violam a ordem pública²³ e se a hipótese é de competência exclusiva da autoridade judicial brasileira²⁴. Depreende-se que, neste segundo caso, o exame realizado pelo judiciário seria mais superficial.

A controvérsia pode ser ilustrada com um caso apreciado pelo STF, em que um menor – residente na Argentina com sua mãe – fora subtraído ilegalmente pelo pai à guarda materna e trazido ao Brasil. O Ministro Celso de Mello, então presidente do Supremo Tribunal Federal, atendeu a pedido efetuado pela 7ª Vara de Menores de Buenos Aires via carta rogatória, da qual constava o requerimento de reconhecimento e execução de sentença que determinou a busca e apreensão do menor²⁵. Mais tarde, em sede de recurso, o Presidente do STF aduziu que os requisitos a serem analisados numa carta rogatória que objetiva o reconhecimento e a execução de uma decisão estrangeira são apenas aqueles elencados no art. 226, §2º, do Regimento Interno do STF, que se ocupa das cartas rogatórias de 1ª categoria²⁶.

Noutro julgado, contudo, o Ministro Celso de Mello referiu-se aos artigos 20 e 21 do Protocolo, que compreendem o rol composto por seis

21 STF, DJU 09.05.97, AgRg CR 7.613/AR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

22 Requisitos estabelecidos no artigo 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e no art. 217 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Os mesmos requisitos estão arrolados no art. 20 do Protocolo de Las Leñas.

23 V. Regimento Interno do STF, art. 226, §2º, do. O dispositivo atende o princípio inserto no art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a mesma previsão é encontrada no art. 8º do Protocolo de Las Leñas.

24 STF, DJU 06.ago.1993, AgRg CR 4.982/AT, Rel. Min. Octavio Gallotti. No mesmo sentido: STF, DJU 01.jul.1985, AgRg CR 4274/EUA, Rel. Min. Moreira Alves; STF, DJU 29.jun.1988, AgRg CR 4707/Reino Unido, Rel. Min. Rafael Mayer.

25 STF, DJU 20.nov.98, CR 8.240/AR, Rel. Min. Celso de Mello.

26 STF, DJU 1º.mar.99, CR 8.240 embargos/AR, Rel. Min. Celso de Mello.

exigências para o reconhecimento da sentença estrangeira no Brasil²⁷. Esta orientação foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça, após o advento da EC n° 45/2004²⁸.

Destaca-se que o STJ superou o entendimento adotado anteriormente pelo STF e hoje concede *exequatur* a cartas rogatórias executórias ainda que inexistia tratado²⁹.

ii) Análise crítica do texto Convencional e da Jurisprudência

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal aplicou o Protocolo de Las Leñas de modo inconsistente a alguns casos, notadamente no que concerne aos requisitos a serem examinados para que se promova o reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras pleiteados pela via da carga rogatória. Como no Brasil, historicamente, havia um processo de homologação de decisões estrangeiras tanto para sentenças proferidas no exterior quanto para cartas rogatórias – para atos como citações, intimações e coleta de provas –, a Corte não percebeu, num primeiro momento, que o texto convencional não fez mais do que permitir que a solicitação de reconhecimento de uma sentença estrangeira fosse endereçada ao STF por carta rogatória.

Desta maneira, o Protocolo estatuiu procedimento diverso para o reconhecimento de sentenças estrangeiras – que ainda é necessário –, exigindo a observância dos requisitos listados no art. 20.

Após a Emenda Constitucional 45/2004, precisamente em junho de 2006, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o Protocolo de Las Leñas em decisão que apreciou carta rogatória proveniente do Uruguai, concedendo-lhe o *exequatur*. A carta rogatória (de 1ª categoria) pugnou pelo envio de declarações de renda de dois indivíduos, a fim de instruir uma ação de simulação e nulidade de contrato de compra e venda de imóvel localizado em território uruguaio³⁰. Na mesma linha, o STJ já

27 STF, *DJU* 11.09.97, CR n° 7.662-6/AR, Rel. Min. Celso de Mello. Esta orientação foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça após a edição da EC 45/2004.

28 STJ, *DJU* 15.04.10, CR n° 2.151/PY, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha; e STJ, *DJU* 7.11.12, CR n° 5.645/UY, Rel. Min. Felix Fischer, de onde se extrai a seguinte passagem: “Verifico que o pedido rogatório está embasado no Protocolo de Las Leñas, o ‘Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul e a República da Bolívia e a República do Chile’, no qual está acordada a possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais. O artigo 19 do mencionado protocolo permite que a execução se dê com trâmite por cartas rogatórias, **desde que com respeito aos direitos internos e aos requisitos previstos no artigo 20**. Destaco que na hipótese esses requisitos estão devidamente observados” (negrito acrescentado).

29 V., especialmente: STJ, *DJU* 29.nov.09, CR 374/PT, Rel. Min. Barros Monteiro. V., também: STJ, *DJU* 24.set.07, CR 438/BE, Rel. Min. Luiz Fux.

30 STJ, *DJU* 26.jun.06, CR 1110, Rel. Min. Barros Monteiro: “1. O Juizado de Direito de

concedeu exequatur a cartas rogatórias envolvendo pedidos de produção de provas³¹ e de quebra de sigilo fiscal³². O Tribunal segue a mesma lógica no tocante às cartas rogatórias de 2ª categoria, cujo acolhimento tem por consectário a homologação de sentenças estrangeiras³³.

b) Protocolo de Ouro Preto

O Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares de 1994 estabelece o reconhecimento de medidas cautelares tendentes a evitar danos irreparáveis possivelmente infligidos a pessoas, à propriedade ou obrigações, e a assegurar a efetividade de processos judiciais pendentes ou futuros, nos seguintes termos:

“Art. 1. O presente Protocolo tem objetivo regulamentar entre os Estados Partes do Tratado de Assunção o cumprimento de medidas cautelares destinadas a impedir a irreparabilidade de um dano em relação às pessoas, bens e obrigações de dar, de fazer ou de não fazer.”

Neste contexto, o protocolo assenta a possibilidade de reconhecimento de medidas cautelares concedidas por autoridades

Primeira Instância da Quarta Vara de Rivera, Uruguai, solicita mediante esta carta rogatória que lhe seja enviado cópia autenticada das declarações de renda de Ilson Moreira Velleda e Adelca Teixeira, referentes aos anos de 1992, 1993, 1994 e 1995. Requer também sejam obtidas informações junto ao Ministério da Previdência Social a respeito de Bernardina Teixeira. O pedido objetiva instruir ação de simulação e nulidade de compra e venda. Em parecer, acostado às fls. 28/30, o Ministério Público Federal, na pessoa do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, opinou pela concessão do exequatur. 2. O pedido encontra amparo no Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, no âmbito do Mercosul, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 55, de 19.5.1995, e promulgado pelo Decreto n. 2.067, de 12.11.1996. O artigo 5º, “b”, do referido Protocolo prevê o envio pelos Estados Partes de cartas rogatórias que tenham por objeto “recebimento ou obtenção de provas”. É o caso dos autos, em que se pretende obter as declarações de imposto de renda dos interessados, bem como informações perante o Ministério da Previdência Social tendentes à apurar suposta fraude na compra e venda de imóvel situado no Uruguai. (...) 3. Posto isso, satisfeitos os pressupostos necessários, concedo o exequatur. Remetam-se os autos à Justiça Federal do Distrito Federal para as providências cabíveis.”

31 Cf. STJ, *DJU* 09.nov.12, CR 7.106/AR, Rel. Min. Felix Fischer; STJ, *DJU* 07.nov.12, CR 7.191/AR, Rel. Min. Felix Fischer; STJ, *DJU* 25.out.11, CR 6.121/AR, Rel. Min. Ari Pargendler; STJ, *DJU* 18.out.10, CR 5.100/AR, Rel. Min. Ari Pargendler; STJ, *DJU* 13.set.11, CR 5.820/UY, Rel. Min. Ari Pargendler; STJ, *DJU* 18.out.10, CR 5.100/AR, Rel. Min. Ari Pargendler; e STJ, *DJU* 17.out.07, CR n° 2.634/AR, Rel. Min. Barros Monteiro.

32 STJ, *DJU* 13.mai.08, CR 3.137/AR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros.

33 V. STJ, *DJU* 05.mai.11, CR 4.970/AR, Rel. Min. Ari Pargendler; STJ, *DJU* 05.mai.10, CR 3.512/PY, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha; STJ, *DJU* 15.abr.10, CR 2.151/PY, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha; STJ, *DJU* 18.03.09, CR 398, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha; STJ, *DJU* 13.dez.06, CR 1.709/AR, Rel. Min. Barros Monteiro; e STJ, *DJU* 13.jun.07, CR 2.189/AR, Rel. Min. Barros Monteiro. Nessa esteira, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, concedeu ordem a carta rogatória enviada pela República da Argentina, em que era solicitado o reconhecimento de sentença de adoção proferida naquele país e a consequente inscrição do ato de adoção no Registro Civil do Rio Grande do Sul, além da alteração do nome do adotando (v. STJ, *DJU* 25.abr.12, CR 4.611, Rel. Min. Cesar Ari Pargendler).

judiciais estrangeiras:

“Art.4. As autoridades jurisdicionais dos Estados Partes do Tratado de Assunção darão cumprimento às medidas cautelares decretadas por Juízes ou Tribunais de outros Estados Partes, competentes na esfera internacional, adotando as providências necessárias, de acordo com a lei do lugar onde sejam situados os bens ou residam as pessoas objeto da medida.”

Contudo, não se especificou o âmbito de aplicação do Protocolo.

É sabido que as medidas cautelares podem ser obtidas (i) através de ordem liminar ou provisória, determinada por uma decisão interlocutória, derivada unicamente do pedido do autor, sem a prévia manifestação do réu ou (ii) ao final do processo, como o resultado da sentença final e após a apresentação das razões de ambas as partes em busca da concessão/rejeição da medida. Assim, é controverso se o Protocolo versa o reconhecimento em ambas as situações, assegurando a eficácia extraterritorial das duas espécies de medidas.

Há três possíveis interpretações sobre o Protocolo. A primeira delas é a de que o diploma lida com ambas as hipóteses mencionadas, ao passo que o texto não estabelece qualquer distinção. Nessa linha, seria possível concluir que, tanto as medidas concedidas sem a manifestação do réu como aquelas derivadas de decisões finais, após albergada a oportunidade de contestar ao demandado, estão compreendidas no objeto do Protocolo. A segunda opção é considerar que o Protocolo regula apenas as liminares obtidas após pedido do autor, sem prévia manifestação do réu, pois as medidas derivadas de decisões finais – portanto, após a defesa do réu – seriam regidas pelo Protocolo de Las Leñas. Finalmente, a terceira interpretação possível conduz à restrição do escopo deste Protocolo ao reconhecimento das medidas resultantes de um processo em que tenha sido franqueado o contraditório ao réu, excluídas as medidas obtidas liminarmente (calcadas apenas no pleito do autor). O texto do Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares não esclarece a questão.

Importante assinalar que o Protocolo de Ouro Preto não reproduz os requisitos necessários para o reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras previstos no art. 20 do Protocolo de Las Leñas. O Protocolo de Ouro Preto, aparentemente, apõe um único obstáculo ao reconhecimento de uma medida cautelar estrangeira: a ordem pública do Estado requerido, a teor de seu art. 17³⁴.

34 Protocolo de Ouro Preto, promulgado no Brasil pelo Decreto n° 1901/1996, art. 17: “A

Entretanto, ao longo do texto convencional, estão presentes outros requisitos também arrolados no Protocolos de Las Leñas. São eles: a) autenticidade – art. 20 (a) do Protocolo de Las Leñas e art. 21, §1, do Protocolo de Ouro Preto; b) tradução – art. 20 (b) do Protocolo de Las Leñas e art. 23 do Protocolo de Ouro Preto; c) legalização – art. 26 do Protocolo de Las Leñas e art. 19, §§2, 3 e 4 do Protocolo de Ouro Preto. Note-se que o Protocolo de Ouro Preto não reproduz as mesmas exigências realizadas no art. 20, itens *d* e *e*, do Protocolo de Las Leñas (que trazem como condições a citação válida do réu e a formação de coisa julgada sobre a decisão que se pretende seja reconhecida), omissão que guarda coerência com os fatos, pois a medida cautelar pode ter sido concedida liminarmente, logo após o pleito do autor, estando sujeita, portanto, a alterações supervenientes.

Isto posto, há duas possíveis soluções: (1) aplicar o Protocolo de Ouro Preto para todos os tipos de medidas cautelares, tanto as concedidas mediante o simples pedido do autor (*inaudita altera parte*) quanto aquelas decretadas após o contraditório do réu, ao passo que o Protocolo de Las Leñas regerá todas as demais sentenças estrangeiras; ou (2) aplicar o Protocolo de Ouro Preto apenas para as medidas cautelares determinadas sem o contraditório do réu, enquanto aquelas concedidas após a resposta do demandado estariam sujeitas ao Protocolo de Las Leñas. De todo modo, sempre que houver dúvidas sobre a base legal para o pedido de reconhecimento de uma medida cautelar, é aconselhável a menção a ambos os Protocolos.

Além disso, o Protocolo de Ouro Preto regula a possibilidade de reconhecimento de medidas cautelares concedidas a qualquer tempo nos processos que tramitam no exterior: antes do ajuizamento do processo principal, durante o processo principal ou posteriormente, a fim de garantir a eficácia da decisão nele prolatada³⁵.

A convenção estabelece ainda que o meio adequado para o pleito de reconhecimento de uma medida cautelar concedida no estrangeiro é a carta rogatória³⁶. De tal sorte, o Protocolo de Ouro Preto cria um novo tipo de carta rogatória com força executiva: aquela referente ao reconhecimento de uma medida cautelar concedida por uma autoridade

autoridade jurisdicional do Estado requerido poderá recusar o cumprimento de uma carta rogatória referente a medidas cautelares, quando estas sejam manifestamente contrárias a sua ordem pública.”

35 Protocolo de Ouro Preto, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 1901/1996, art. 3: “Admitir-se-ão medidas cautelares preparatórias, incidentais de uma ação principal e as que garantam a execução de uma sentença.”

36 Protocolo de Ouro Preto, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 1901/1996, art. 18: “A solicitação de medidas cautelares será formulada através de *exhortos* ou cartas rogatórias, termos equivalentes para os fins do presente Protocolo.”

judicial estrangeira.

Convém registrar que o Protocolo prevê a necessidade de observância da lei do local onde está sendo executada a medida – *lex diligentiae*³⁷ –, nos termos do art. 4. É dizer: a admissibilidade da medida cautelar é aferida pelo tribunal do país que a decretar³⁸, enquanto a execução da mesma e o procedimento seguido reverenciam a lei do Estado no qual será cumprida³⁹.

O Protocolo prevê que a execução das medidas cautelares pelo Estado requerido não implica a obrigatoriedade de reconhecer ou dar executividade ao julgamento final eventualmente proferido pela corte estrangeira no processo principal⁴⁰.

Há que se assinalar a viabilidade de decretação de medidas cautelares nos processos de reconhecimento de sentenças estrangeiras mediante carta rogatória. Com isto, o Tribunal do Estado requerido pode proferir decisões cautelares, em ordem a garantir o cumprimento da decisão proferida no estrangeiro⁴¹.

O art. 7º do Protocolo, reproduzindo dispositivo da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, institui uma regra controversa que possibilita aos juízes localizados nas zonas fronteiriças dos Estados Partes a transmissão direta de cartas rogatórias. Por exemplo, se o Brasil for o Estado requerido, segundo esta disposição, ao juiz estrangeiro é

37 Sobre o cumprimento da *lex diligentiae*, cf. Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, *The Forum Law Rule in International Litigation – Lex Fori or Lex Diligentiae? Unresolved Choice of Law Issues in the Transnational Rules of Civil Procedure*, *Texas International Law Journal* 33:425, 1999.

38 Art. 5: “A admissibilidade da medida cautelar será regulada pelas leis e julgada pelos juizes ou tribunais do Estado requerente.”

39 Art. 4: “As autoridades jurisdicionais dos Estados Partes do Tratado de Assunção darão cumprimento às medidas cautelares decretadas por Juizes ou Tribunais de outros Estados Partes, competentes na esfera internacional, adotando as providências necessárias, de acordo com a lei do lugar onde sejam situados os bens ou residam as pessoas objeto da medida.”

Art. 6: “A execução da medida cautelar e sua contracautela ou respectiva garantia, serão processadas pelo Juizes ou Tribunais do Estado requerido, segundo suas leis.”

Art. 7: “Serão também regidas pelas leis e julgadas pelos Juizes ou tribunais do Estado requerido: a) as modificações que no curso do processo se justificarem para o seu correto cumprimento e, se for o caso, sua redução ou sua substituição; b) as sanções em decorrência de litigância de má-fé; e

c) as questões relativas a domínio e demais direitos reais.”

40 Art. 10: “O cumprimento de uma medida cautelar pela autoridade jurisdicional requerida não implica o compromisso de reconhecimento ou execução da sentença definitiva estrangeira proferida no processo principal.”

41 A Resolução nº 9 do STJ expressamente admite esta possibilidade em seu art. 4º, §3º, *verbis*: “Admite-se tutela de urgência nos procedimentos de homologação de sentenças estrangeiras”

dado transmitir a carta rogatória sem submetê-la ao exequatur do STJ⁴².

i) Jurisprudência brasileira

No Brasil, há diversas decisões proferidas pelos Tribunais Superiores acerca do Protocolo de Ouro Preto. O primeiro caso em que o Protocolo esteve em pauta relacionava-se com uma carta rogatória originária da Argentina, que não recebeu o exequatur do presidente do Supremo Tribunal Federal, pois, àquele tempo, o citado texto convencional não vigorava no país⁴³.

Noutra decisão, também envolvendo carta rogatória emanada das autoridades argentinas, pleiteava-se o reconhecimento de sentença estrangeira que determinou a apreensão de direitos e ações localizadas no Brasil. Na hipótese, fora concedido o exequatur pelo STF, com fundamento no Protocolo de Las Leñas. Releva notar que o caso dizia respeito a medidas cautelares e, àquele momento, o Protocolo de Ouro Preto já vigorava no Brasil. Todavia, a Suprema Corte fundamentou sua decisão no Protocolo de Las Leñas, reforçando o entendimento de que as medidas cautelares decretadas após o exercício do contraditório pelo réu estão sujeitas a tal convenção⁴⁴.

Existe outro precedente digno de registro baseado no Protocolo de Ouro Preto, novamente tendo por objeto carta rogatória exarada na Argentina, no qual o STF concedeu o exequatur, sem mencionar se a decisão argentina havia sido proferida antes ou depois da manifestação do réu no processo.

“Trata-se de carta rogatória proveniente da República Argentina, com a finalidade de obter autorização para a efetivação de penhora sobre investimentos financeiros de qualquer natureza de empresa estabelecida em nosso país, junto às entidades bancárias com as quais a mesma opera. (...)A medida rogada encontra amparo nos arts. 3º, 21 e segs. do Protocolo de Medidas Cautelares, concluído em Ouro Preto, em 16 de dezembro de 1994, e aprovado pelo Decreto

42 Alguns doutrinadores, assim como alguns julgados, consideraram esta previsão inconstitucional, ao passo que a competência do STJ para conceder exequatur está prevista no art. 105, I, I, da Constituição Federal de 1988. Em sentido contrário, confira-se Carmen Tiburcio, STJ – CR nº 1.457/França - A polêmica da quebra de sigilo bancário no Brasil pela via rogatória, RDE nº 4, out.-dez. de 2006.

43 STF, *DJU* 14.mai.98, CR 8.279/AR, Rel. Min. Celso de Mello. O recurso, julgado em 17 de junho de 1998, fora publicado no *DJU* de 10.08.2000. Lembra-se que, no Brasil, antes da promulgação, um tratado internacional é ineficaz internamente, embora, a nível internacional, a entrada em vigor de um tratado ocorra com o depósito de um determinado número de instrumentos de ratificação previsto no próprio diploma.

44 STF, *DJU* 15.jun.99, CR 7.613/AR, Rel. Min. Celso de Mello.

n° 2.626, de 15 de junho de 1998. Ainda, a carta possui todos os elementos necessários à sua devida instrução, tendo sido remetido por via diplomática (ofício de fls. 02), o que lhe confere autenticidade. Opinamos, desta forma, pela rejeição da impugnação e concessão do exequatur' (fls. 40/41). Está correto o parecer, que adoto. Em conseqüência rejeito a impugnação e concedo o exequatur"⁴⁵.

Saliente-se que, com o advento da Emenda Constitucional 45 de 2004, as cartas rogatórias fundamentadas no Protocolo de Ouro Preto que peçam a efetivação, no Brasil, de medidas cautelares decretadas no estrangeiro devem ser submetidas à apreciação do Superior Tribunal de Justiça; este é mais um exemplo de cartas rogatórias executórias admitidas no âmbito do Mercosul.

Em 2007, o STJ denegou exequatur a carta rogatória baseada no Protocolo de Ouro Preto. O pedido, enviado pelo Juizado Nacional de Primeiro Grau na Matéria Cível n. 9 de Buenos Aires, República da Argentina, visava à proibição de quaisquer transações efetuadas sobre imóvel localizado no Município de Porto Seguro, Bahia, a fim de salvaguardar futura partilha de bens em ação de divórcio em curso na Argentina. O STJ entendeu que a ordem não poderia ser concedida, pois a inteligência do art. 89, I, do Código de Processo Civil, dispõe ser a competência para conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil exclusiva dos juízes e tribunais brasileiros. Confira-se:

“1. O Juizado Nacional de Primeiro Grau na Matéria Cível n. 9 de Buenos Aires, República Argentina, solicita, mediante esta carta rogatória, que se promova a inscrição da ‘proibição de inovar em relação a bem imóvel’ situado no Município de Porto Seguro, Bahia,

para resguardar futura partilha de bens na ação de divórcio lá em curso, conforme texto rogatório de fls. 7-9. Tal pedido fundamenta-se no protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul, promulgado pelo Decreto n° 2.626, de 15 de junho de 1998. O Ministério Público Federal opinou pela não concessão da ordem, uma vez que ‘esta comissão rogatória fere princípio da ordem pública, pois a hipótese dos autos é de competência absoluta da jurisdição brasileira’ (fls. 23/24). 2. A ordem não pode ser concedida, pois, segundo o art. 89, I, do Código de Processo Civil, a competência para ‘conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil’ é exclusiva da Justiça Brasileira, com exclusão de qualquer outra. Acrescente-se o contido na Lei de Introdução ao Código Civil, art. 12, § 1º: ‘Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados

45 STF, DJU 26.06.00, CR n° 9.194/AR, Rel. Min. Carlos Velloso.

no Brasil. Nesse sentido, a lição de Pontes de Miranda: ‘Os juízes brasileiros é que têm competência para conhecer de ações relativas a bens situados no Brasil e nenhum ato processual ou sentença a respeito deles pode ser proferido no estrangeiro com eficácia para o Brasil, mesmo se as partes eram estrangeiras’ (in Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo II, 3ª Edição, Forense, Rio de Janeiro, 1995, pág. 225). 3. Posto isso, por ferir a ordem pública, não concedo o exequatur (art. 6º, Resolução n. 9/2005 deste Tribunal)⁴⁶.

Afora esta rara ocasião de denegação de exequatur, o STJ normalmente tem concedido a ordem para dar cumprimento, em território nacional, a medidas cautelares decretadas no exterior versando sobre pensão alimentícia⁴⁷ ou sequestro de ativos⁴⁸, dentre outras situações.

c) Aplicabilidade do Protocolo de Ouro Preto na Argentina⁴⁹

Na Argentina, a Câmara Nacional de Apelações em Matéria Comercial, turma A, aplicou o Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares em decisão proferida em maio de 2003.

No caso, examinou-se carta rogatória originária do Paraguai, em que se pleiteava o depósito de ações. A decisão do tribunal fora alvo de diversos recursos, nos quais houve controvérsia quanto à lei procedimental aplicável a estes recursos. A Corte considerou que a lei aplicável seria a lei do foro, à luz do disposto no art. 6 do Protocolo. Assim, a lei argentina deveria ser observada quando da determinação dos recursos admissíveis naquela ocasião.

d) Aplicabilidade dos Protocolos de Las Leñas e de Ouro Preto no Uruguai⁵⁰

A Suprema Corte de Justiça do Uruguai aprovou dois diplomas contendo regras sobre as cartas rogatórias: (1) *Acordada* N° 7.491⁵¹,

46 STJ, *DJU* 23.out.07, CR 2.755/AR, Rel. Min. Barros Monteiro.

47 V. STJ, *DJU* 10.out.05, CR 215/EX, Rel. Min. Edson Vidigal; STJ, *DJU* 20.set.07, CR 2.430/AR, Rel. Min. Barros Monteiro.

48 V. STJ, *DJU* 27.06.12, CR n° 5.940/AR, Rel. Min. Ari Pargendler; STJ, *DJU* 07.11.11, CR n° 6.086/AR, Rel. Min. Ari Pargendler; STJ, *DJU* 26.09.11, CR n° 5.892/AR, Rel. Min. Ari Pargendler; STJ, *DJU* 06.11.06, CR n° 870/AR, Rel. Min. Barros Monteiro; STJ, *DJU* 11.09.07, CR n° 2.078/AR, Rel. Min. Barros Monteiro; e STJ, *DJU* 08.06.06, CR n° 1.462/EX, Rel. Min. Barros Monteiro.

49 V. Primeiro Relatório sobre a Aplicação do Direito do MERCOSUL pelos Tribunais Nacionais (2003).

50 V. Primeiro Relatório sobre a Aplicação do Direito do MERCOSUL pelos Tribunais Nacionais (2003).

51 Suprema Corte de Justiça, *Acordada* N° 7.491, que estabelece regras sobre cartas

versando as cartas rogatórias provenientes do estrangeiro e (2) *Acordada* N° 7.507⁵², que alterou o diploma anterior, tratando sobretudo as cartas rogatórias enviadas ao exterior.

A *Acordada* N° 7.491 contém previsões sobre as cartas rogatórias provenientes do estrangeiro e recebidas pela Suprema Corte de Justiça (artigos 1 a 4) e previsões comuns relacionadas às cartas rogatórias recebidas do exterior pela Suprema Corte de Justiça e pela Autoridade Central estabelecida nos Protocolos (artigos 5 a 7); já a *Acordada* N° 7.507 traz regras sobre as cartas rogatórias enviadas ao exterior (art. 8).

rogatórias provenientes do exterior e recebidas pelos Tribunais por intermédio da Suprema Corte de Justiça, Setembro de 2003 (DO 16.09.03).

⁵² Suprema Corte de Justiça, *Acordada* N° 7.507, que complementa a *Acordada* N° 7.491 no que tange às cartas rogatórias recebidas do exterior, contemplando-se o tratamento das cartas rogatórias por meio das quais as autoridades judiciais uruguaias dirigem-se a autoridades estrangeiras, abril de 2004 (DO 16.04.04).

LIÇÕES DA CRISE EUROPEIA PARA O MERCOSUL

LECCIONES DE LA CRISIS EUROPEA PARA EL MERCOSUR

*Elizabeth Accioly¹
Jorge Fontoura²*

***Resumo:** Profundas diferenças de matriz permeiam processos de integração, e, em notável medida, o europeu daquele sul-americano. Não há, no entanto, como escapar de uma base comum que preside toda e qualquer construção comunitária.*

Pelas peculiaridades do modelo presidencialista, e em particular na América Latina, com a rígida concentração de poderes presidenciais, soa imponderável cogitarmos a soberania compartilhada. A forma de integração intergovernamental, onde o mecanismo decisório está alicerçada no consenso, e mais que isso, na unanimidade, é aquela com menor nível de interdependência entre Estados, a prescindir de altas autoridades e de suas instâncias supranacionais. Por isso, parece o modelo PASSIVEL DE ADOÇÃO para a construção de blocos econômicos consequentes, na perspectiva de regimes rigidamente presidencialistas.

No atual momento europeu, quando surgem perceptíveis tentações de retorno a nacionalismos exacerbados e à plena autonomia e independência, a comparação entre os modelos parece conveniente e oportuna. Diante de seus contingentes problemas, não parece diagnóstico acertado imaginar que faltou supranacionalidade na Europa do direito comunitário de efeito direto e de aplicação imediata da normativa comunitária. Os problemas de sua governança são mais amplos e fazem reviver assimetrias essenciais, desafios de uma Europa talvez exageradamente dimensionada, tanto no plano geográfico, quanto no plano institucional.

Da experiência europeia derivam duas importantes lições a serem de imediato consideradas em relação ao MERCOSUL. Primeiro, a do acerto em não se seguir o modelo supranacional tout court, não propriamente por suas eventuais deficiências, senão pelas suas exigências dificilmente a altura da realidade política latino americana. Depois, como segunda lição, a consciência de que crescer, tanto no sentido de alargamento comunitário, quanto em nível de institucionalidade, requer plane-

1 Doutora em Direito, Professora da Universidade Lusíada de Lisboa e do Centro de Excelência Jean Monnet, da Faculdade de Direito de Lisboa.

2 Doutor em Direito, Professor Titular do Instituto Rio Branco, Quinto Árbitro do Tribunal Permanente do MERCOSUL e Coordenador Internacional da Comissão de Relações Institucionais do Conselho Nacional de Justiça, CNJ, em Brasília.

jamento e governança extraordinários.

Resumen: Profundas diferencias de matriz influyen procesos de integración, y, en gran medida lo europeo de aquel suramericano. No hay sin embargo, como escapar de una base común que preside toda y cualquier construcción comunitaria.

Por las peculiaridades de modelo presidencialista, y en particular en América Latina, con la rígida concentración de poderes presidenciales, suena improbable pensar la soberanía compartida. La forma de integración intergubernamental, donde el mecanismo decisorio está alineado en el consenso, y más que eso, en la unanimidad, es aquella con menor nivel de interdependencia entre Estados, la de prescindir de altas autoridades y de sus órganos supranacionales. Por lo tanto, parece el modelo POSIBLE DE ADOPCIÓN por la construcción de bloques económicos de construcción lógicos en la perspectiva de los regímenes estrictamente presidencialistas.

En el actual momento europeo, cuando surgen perceptibles tentaciones de volver a nacionalismos exacerbados y la plena autonomía e independencia, la comparación entre los modelos parece conveniente y oportuna. Contra de sus posibles problemas, no parece diagnóstico acertado imaginar que faltó supranacionalidad en Europa de derecho comunitario de efecto directo y de aplicación inmediata de la normativa comunitaria. Los problemas de su gobernanza son más amplios y hacen revivir asimetrías esenciales, desafíos de una Europa tal vez exageradamente dimensionada, tanto en el plano geográfico, como institucional.

De la experiencia europea derivan dos importantes lecciones a ser de inmediato consideradas en relación al MERCOSUR. Primero, no dar seguimiento el modelo supranacional "tout court", no propiamente por sus eventuales deficiencias, sino por sus exigencias difícilmente a la altura de la realidad política latino americana. Después, como segunda lección, la conciencia de que crecer, tanto en el sentido de ampliación comunitaria, en cuanto en nivel de institucionalidad, requiere planificación y gestión extraordinaria.

Palavras-chave: *Processos de Integração, Supranacionalidade, Presidencialismo, Blocos Econômicos, União Europeia, MERCOSUL*

Palabras clave: *Procesos de Integración, Supranacionalidad, Presidencialismo, Bloques Económicos, Unión Europea, MERCOSUR*

Apresentação

Muito pelo inelutável malinichismo que nos habita, muito pelas inegáveis conquistas do *acquis communautaire*, estudantes e estudiosos latino americanos de integração regional e de blocos econômicos foram desde sempre condicionados a olhar para a Europa como espelho, como modelo a ser seguido ou sim ou sim.

Não poucas vezes ouvimos opiniões fervorosas atribuírem os dilemas do MERCOSUL ao fato de desconsiderar-se a cartilha integracionista da União Européia à risca, adotando desde logo a supranacionalidade, com instituições fortes, com altas autoridades, com direito comunitário, banco central e moeda comum, tribunal de justiça e toda a parafernália bruxeleza. Opiniões discutíveis, por certo, como se sociedades com suas vicissitudes e circunstâncias não devessem de forma necessária preceder ao direito. Fruto de convicções acadêmicas não isentas de notável ingenuidade histórica e política, tais opiniões pareciam querer adotar o famoso brocardo ao contrário: *ubi jus, ibi societas*.

Sem a perspectiva de tempo a permitir análise razoável dos percalços que europeus têm enfrentado, é possível perceber desde sempre a imensa dificuldade da governança comunitária a vinte e sete soberanias, complacente com desmandos sucessivos que culminaram, dentre outras nefastas consequências, por ocasionar a erosão das economias mediterrâneas. A gestão caótica do sistema bancário, a recorrente irresponsabilidade fiscal dos governantes, inebriados pela certeza de fundos comunitários sempre disponíveis, parece ter resistido por algum tempo, mas não por todo o tempo. O pano de fundo da crise europeia que se dilaga remonta a questão essencial dos debates europeístas dos tempos seminais de Jean Monnet, Robert Schuman e Konrad Adenauer: como poderia estar a Europa unida, se tão desigual e tão ciosa de suas nacionalidades profundas. No atual momento, enquanto por um lado a Europa e seu fabuloso projeto de integração se vêem reconhecidos *malgré tout* pelo inusitado Prêmio Nobel generosamente concedido – curiosamente por uma Academia de Oslø, da Noruega que não quis aderir ao Tratado de Roma – por outro, surgem politólogos a identificar a tentação dos Estados em retornarem a seus velhos nacionalismos e à plena autonomia e independência³.

Consciente das profundas diferenças de matriz que em nosso

³ Vide Bremmer, Ian. *Every Nation for Itself. Winners and Losers in G-Zero World*, New York: Portfolio-Penguin, 2012.

sentir permeiam processos de integração, e em grande medida o europeu daquele sul-americano, não há, no entanto, como escapar de uma base comum que preside toda e qualquer construção comunitária. No entanto, há diferenças fundamentais dentre as famílias de blocos econômicos nem sempre percebidas, a considerar desde logo a maneira pela qual as decisões são tomadas. O modelo de integração intergovernamental, onde o mecanismo decisório está alicerçada no consenso, e mais que isso, na unanimidade, é o sistema com baixo nível de interdependência entre Estados, a prescindir de altas autoridades e de suas instâncias supranacionais. Pelas peculiaridades do modelo presidencialista, e em particular na América Latina com seus presidencialismos imperiais, soa imponderável cogitarmos a soberania compartilhada; com efeito, imaginarmos supranacionalidade com presidentes que detêm poderes que se não são ilimitados, em boa medida se fundamentam em imponderável faculdade de agir, parece tarefa árdua. Presidentes *ipso facto* comandantes de forças armadas, senhores da política monetária, donos ilimitados da condução da política externa, no mais das vezes acima da sociedade civil e do terceiro sector, impositivos em relação às instâncias de controle dos demais poderes. Galvanizam ainda com facilidade os poderes legislativos, normalmente submissos e pouco ou nada proativos, meros homologadores da política externa adotada, em nome de governabilidade e de alianças de base governistas nem sempre confessáveis.

Não é de se imaginar a forma política deste ou daquele país como vício ou virtude. Trata-se de mera constatação histórica, sem juízo de valor implícito. E o presidencialismo imperial que se instaurou na América Latina é decorrência de toda uma tessitura de tempo, de percurso político e de construção histórica, atrelada a processo de colonização e de emancipação colonial particularmente difícil.

Assim como a Europa tem suas agendas indisponíveis, algumas nem sempre lisonjeiras, como a política agrícola comunitária ou o “cheque britânico”, mecanismo de abatimento da contribuição líquida acordada ao Reino Unido, a América Latina tem seu inarredável “presidencialismo imperial”. Nele, sem que haja ruptura democrática ou comprometimento do marco constitucional, os presidentes dispõem de poderes extraordinários. Nos quatro – cinco anos em alguns sistemas – que exercem o governo, sempre com a tentação da reeleição, irão atuar de maneira personalista, dotados de faculdades quase ilimitadas. Mesmo em relação aos poderes legislativos nacionais, no mais das vezes hipertrofiados e dependentes da política palaciana, bem como a partidos políticos e seus programas de governo, a sindicatos e à sociedade civil organizada. Logo, quando nossos presidentes vencem eleição e “tomam

posse” (atente-se para a utilitária expressão utilizada), estão unguídos para exercerem de forma desmedida suas propostas e seus projetos pessoais. Inclusive em relação à condução da política externa, dentro da qual se insere a integração regional e a política de blocos econômicos, fora da ideação comunitária, no sentido europeu que se lhe dá.

Nesse quadro é difícil contarmos com a temperatura e a pressão que a integração com supranacionalidade requer. Forma de integração que demanda ambiência política apropriada, a comportar partilha de soberania, complementaridade, coordenação e autolimitação de poderes do Estado, para que se chegue a patamares mais elaborados de interação, com altas autoridades e com instituições dotadas de efetividade e de supremacia em relação às instâncias nacionais. No presidencialismo da América Latina, distante em anos luz da percepção europeia de governança comunitária, a soberania é dogma, insculpido no inconsciente coletivo das nações, estimado como quintessencial à consideração do Estado enquanto tal. Bem a propósito, não é incomum que a soberania seja de forma textual a previsão primeira dos diplomas constitucionais, como é o caso da Carta brasileira de 1988, em seu Título I, Art. 1º, Inciso I⁴.

A integração mercosulina, portanto, distante dos pressupostos europeus e parlamentaristas de supranacionalidade, é *tout court* a integração dos presidentes, das agendas presidenciais, da discricção e da diplomacia presidencial, para usar a expressão da voga. Logo, mudam presidentes, mudam agendas, mudam princípios e objetivos, a levar de roldão toda a condução dos processos de integração. Em face do possível déficit de segurança jurídica, com baixa previsibilidade empresarial e baixo investimento que isso poderia acarretar, parece-nos importante a eficiência e a presteza do sistema de solução de controvérsias que se adota. Por outro lado, a flexibilidade e a funcionalidade incontestes dessa *presidential rule* pode ter aspectos positivos, como, por exemplo, funcionar como elemento de contenção diante da propagação e do contágio de crises internacionais; como estamos a assistir, de fato pode-se preservar países de intempéries do ambiente econômico externo, como na saudável relação das economias dos países sul-americanos que ora se verifica, pouco abalados pela crise internacional.

Esse modelo da América Latina, no entanto, não conflita, não compromete a convicção de que é necessário prestigiar e promover a

4 Wendpap Friedmann, A soberania Permanece Soberana, *Gazeta do Povo*, pag.03 Curitiba - PR, 3 de dezembro de 2012. “A soberania não é invenção europeia imposta ao mundo. Os europeus apenas conseguiram expressar em palavras um fato político que remonta à China e à Roma Imperial”.

construção de blocos. Vale dizer, mesmo o presidencialismo imperial não é contra a política de blocos, apenas que levada a efeito dentro de padrões intergovernamentais, que salvaguardam convicções seculares de exercício de poder nacional. Nesse espectro, destaca-se a prática de política monetária sem limites, por meio de bancos centrais absolutamente atrelados à política presidencial. Nesse sentido, foi elucidativo o recente episódio institucional ocorrido na República Argentina, onde o Presidente de seu Banco Central, o economista Martin Redrado, resolveu insurgir-se contra decisões da Casa Rosada e da presidente Cristina Kirchner. Em particular sobre a utilização de reservas monetárias do país e mesmo sobre a autonomia da instituição que dirigia. O imbróglío terminou de forma óbvia em face do regime circunstante, com a prevalência da relação hierárquica que deve haver entre o Poder Executivo e seu Banco Central, com o presidente da república podendo inclusive demitir seu funcionário *ad nutum*, o que baliza a manutenção do exercício de política monetária como ferramenta essencial de governo. De fato, nos presidencialismos, bancos centrais são meras ferramentas políticas para o exercício de política monetária. Apesar de todas essas considerações realistas, devemos lembrar que existe na América do Sul, e não apenas no MERCOSUL, apoio enorme a integração, porém na forma de ver e de sentir da macro política latino americana.

Quanto à Europa, hoje muitas vozes já se somam a reivindicar novo patamar de integração, argumentando que a integração econômica e monetária teria sido mais eficaz em modelo federalista, para impor regras e para controlar de perto os Estados. Outras, apenas constataam a insuperável dificuldade do convívio entre desiguais, com expectativas, valores e aspirações radicalmente diferentes. Não parece desde logo um diagnóstico acertado imaginar que faltou supranacionalidade na Europa do direito comunitário de efeito direto e de aplicação imediata da normativa comunitária. Os problemas são mais amplos e fazem reviver assimetrias essenciais, desafios de uma Europa talvez exageradamente ampliada, tanto no plano geográfico, quanto no plano institucional. Logo, uma crise de excessos, longe de ser crise de parcimônia, prudência e comedimento. O pecado da exuberância impensada, a pressupor ser fácil harmonizar a ética protestante e o hedonismo mediterrâneo. Enquanto as crescentes dificuldades ganham às ruas, com o drama do desemprego e da perda de direitos sociais e de privilégios arduamente conquistados, com a dificuldade política da implantação dos planos de austeridade fiscal, vê-se mesmo a volta de velhos anseios separatistas. Da Catalunha que talvez sempre hesitou em ser de Espanha, à Padania *irridenta* que não quer continuar governada pela Roma inconfiável da pequena política, ou a Escócia que irá se pronunciar sobre sua autonomia

e independência, por meio de referendo, em 2014⁵.

Há duas décadas o MERCOSUL sobrevive entre uma zona de livre comércio e uma união aduaneira, ambas imperfeitas, em face das profundas assimetrias que permeiam o bloco. Porém, sempre sob a forma rígida da intergovernabilidade, prevista à exaustão em seus documentos fundacionais⁶. A distância entre a economia brasileira e o peso específico de sua presença no comércio internacional em relação aos demais membros do bloco gera necessidade de constantes acertos, o que se dá pela notável flexibilidade concedida interpartes, sem a qual qualquer MERCOSUL seria imponderável. A partir da recente experiência europeia, parece haver duas importantes lições a serem de imediato consideradas: primeiro, a do acerto em não se seguir o modelo supranacional, não pelos limites, senão pelas exigências dificilmente a altura da contingência latino americana. Depois, que crescer, tanto no sentido do alargamento comunitário, quanto em nível de institucionalidade, requer planejamento e governança extraordinários.

Para um MERCOSUL de vultoso e irrenunciável comércio intrabloco, uma das razões a permitir o crescimento econômico inusitado do Brasil, bem como fator que mantém a crise internacional distante da América Latina, preocupa a dimensão do *superavit* da balança comercial de Brasília em relação a seus vizinhos⁷. O recente alargamento do bloco, com a inclusão da Venezuela, na nova perspectiva do MERCOSUL do Caribe à Patagônia pouco acresce na gritante assimetria que ainda mantém o Brasil acima do patamar de setenta por cento do PIB do bloco.

5 *Revolta social será nova onda da crise*, Correio Braziliense, pg. 10, 4 de novembro de 2012. Em ampla matéria, o jornal demonstra como a crise do desemprego elevado, jovens sem perspectiva, salários e aposentadorias cortadas se agrava. A conjugação desses fatores criaria em breve lapso de tempo um caldeirão de insatisfação na Europa, apto inclusive a gerar e estimular violência.

6 Art.16 do Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991 e art. 37 do Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994.

7 *Argentina tem superávit com o Brasil*, Correio Braziliense, pag. 10, 2 de novembro de 2012. A referida notícia alude ao fato de que em outubro de 2012, depois de muitos anos, a Argentina obteve superávit comercial com o Brasil, em volume de comércio superior a US\$ 1,6 bilhões, o que é valor significativo face aos constantes reajustes e desequilíbrios do país platino. Em que pese muitas reclamações por parte do setor exportador brasileiro, pela tolerância às medidas restritivas adotadas pelo país vizinho, em especial às licenças não automáticas que tem penalizado produtos brasileiros, o Palácio do Planalto tem sido condescendente com o voluntarismo da política comercial da Argentina. Trata-se, claramente, de uma atitude estratégica de política externa, pois a retomada do crescimento econômico do segundo maior país do MERCOSUL essencial para todo o bloco. Se a Argentina for bem, o bloco irá ainda melhor, o que é essencial para o Brasil em sua perspectiva de inserção internacional plena. A dinâmica entre Brasília e Buenos Aires, em relação ao acomodamento diplomático das constantes controvérsias, faz lembrar a frase sempre invocada em política externa, segundo a qual “a solidariedade é a forma mais inteligente de egoísmo”.

Talvez permanecer na etapa da união aduaneira, fortalecendo-a e aproveitando a perspectiva da recente aprovação do Código Aduaneiro, fomentando o comércio em moedas locais, com mecanismos mais expeditos de arbitragem monetária pelos Bancos Centrais nacionais, auxiliando o árduo processo de reequilíbrio econômico da Argentina, inserindo de *facto* a economia venezuelana, segunda produtora mundial de petróleo, de forma complementar e a não conflitar com as demais economias regionais, ou mesmo fortalecendo e consolidando os velhos e seguros passos da zona de livre comércio pura e simples, sem descurar os avanços políticos e institucionais, poderia ser a posição de cautela para o momento.

Atualmente o MERCOSUL conta, para além dos cinco sócios, com cinco associados – Chile, Bolívia, Colômbia, Equador e Peru, o que traz a constante perspectiva do alargamento, sempre motivo de cautela. Segundo Rubens Ricupero, em crítica acerba ao processo de ampliação do bloco: *sensato seria fazer-se uma autocrítica, empreender esforço objetivo para tentar satisfazer aos menores, aperfeiçoar e aprofundar suas instituições de solução de litígios, melhorar e fortalecer o secretariado e sua incipiente institucionalização, completar a integração nas áreas de serviços e investimentos. Exigiria imaginação criadora e paciência, daria trabalho, mas seria o caminho da competência e do profissionalismo. Em vez disso, prefere-se a fuga para a frente, ampliar na superfície em lugar de adensar em profundidade, diluir e dissolver em retórica em vez de consolidar de modo efectivo e operacional*⁸.

Também José Serra tem se constituído em crítico da integração protagonizada pelos governos, desde Fernando Henrique Cardoso, passando por Lula da Silva e Dilma Russef, particularmente no que concerne a adoção e a articulação da união aduaneira e de seus desdobramentos . Em sua visão, a integração latino americana deveria cingir-se apenas ao livre comércio, como na tradicional cartilha da Associação Latino America da Integração, ALADI ou nos moldes do *North American Free Trade Association*, NAFTA. Em percepção puramente simplista e funcional, sem considerar os efeitos políticos e de presença do Brasil na América Latina que permeiam todo o processo, aduz o polêmico economista: *quando Ministro da Saúde [no Governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso], tentei firmar com a Índia um acordo comercial para a produção de medicamentos genéricos em troca da venda de aviões e de ônibus brasileiros. Não podia porque tinha de dar compensação à Argentina, ao Uruguai e ao Paraguai, que não tinham assunto com a Índia. E não pudemos fazer. Ficar carregando o Mercosul não faz sentido. Eu sou contra o Mercosul? Não. Só que o*

⁸ *Metamorphose*. Folha de São Paulo – Brasil, em 23 de julho de 2006.

Mercosul tinha de ter começado como zona de livre comércio, comércio livre entre os países. Nos últimos oito anos no mundo, houve 100 tratados de livre-comércio. O que é tratado de livre-comércio? Acesso ao mercado. Sabe quantos o Brasil fez? Dos 100? Um. Não podemos fazer tratado fora do Mercosul. O Mercosul é uma barreira para o Brasil fazer acordo, a zona aduaneira, hoje, é uma farsa que só atrapalha. Temos de mudar para salvar o Mercosul⁹.

Entretanto, independentemente do modelo a ser seguido, o MERCOSUL vai fortalecendo suas instituições, como o recém-criado Parlamento, com sede em Montevidéu, mas ainda em fase de implantação, composto por parlamentares eleitos pelo voto direto¹⁰, e com o Tribunal Permanente de Revisão¹¹, TPR, com sede em Assunção, como instância jurisdicional arbitral, contenciosa e consultiva, com caráter permanente. Para além de competência contenciosa, como instância revisora de arbitragens *ad hoc*, ou como eventual instância arbitral única, por indicação das partes, o TPR dispõe ainda de competência consultiva¹². (12) Trata-se de poder formular, a pedido das mais altas instâncias judiciais dos Estados-membros, de seus governos ou de instituições comuns do bloco, opiniões consultivas sobre questões específicas decorrentes de casos concretos. É oportuna registrar que as opiniões consultivas ao TPR, procedentes do Brasil, foram recentemente regulamentadas pelo Supremo Tribunal Federal¹³.

O Brasil, que não havia regulamentado tais solicitações de opiniões consultivas, esvaziava em grande medida a atuação do TPR, pois a concentrar mais 75% do PIB do bloco, o país é o grande contendor regional, quer pelo peso específico de sua economia, quer pela dimensão de seu comércio e de seus investimentos. O Uruguai foi o primeiro país a regulamentar as opiniões consultivas do TPR, em 2007, seguido de Argentina e do Paraguai, já em 2008. Foi ainda a Suprema Corte uruguaia sua maior usuária, mas não a única, com a Suprema Corte argentina invocando opinião consultiva ao TPR, por decisão quase unânime, em 2009, no conhecido caso denominado Sancor,

⁹ Serra faz críticas ao MERCOSUL. Correio Braziliense, 20 de abril de 2010.

¹⁰ 75 parlamentares do Brasil, 32 da Argentina, 31 da Venezuela, 18 do Paraguai e 18 do Uruguai.

¹¹ Composto por quatro Árbitros nacionais, um por país, por indicação unilateral, e mais um Quinto Árbitro, representante comum e de escolha consensual.

¹² Art. 3º do Protocolo de Olivos, de 18 fevereiro de 2002: “*pronunciamientos fundados del Tribunal Permanente de Revisión en torno a preguntas de carácter jurídico respecto de la interpretación y aplicación de las normas Mercosur en un caso concreto, con el objeto de resguardar su aplicación uniforme en el territorio de los Estados Parte*”.

¹³ O STF aprovou, em 3 de abril último, a Emenda Regimental nº48, de 2012, a incluir em seu Regimento Interno, no Art. 7º, o inciso VIII, bem como, no Art. 354, as letras de “h” a “m”, para regulamentar a solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, TPR.

embora a solicitação, a envolver as polêmicas licenças não automáticas de comércio como travas ao livre comércio, não se tenha concretizado.

Quer pela natureza intergovernamental, quer pela letra dos tratados, resta pacífico que opiniões consultivas não são mandamentais, em nada assemelhadas ao reenvio prejudicial do direito comunitário europeu¹⁴. Há que se verificar, no entanto, que tais manifestações constituem *prius logico* elaborado por juristas plurinacionais, indicados pelo livre querer das partes, de especial relevância em matérias carentes de interpretação ou de harmonização hermenêutica. Logo, a ausência de *imperium*, ou de obrigatoriedade formal, não desabilitam essas manifestações colegiadas, erigidas com *autoritas*, a constituir valiosa ferramenta de cooperação judiciária na aplicação do direito. Como em toda a ambiência arbitral, no entanto, eventual decisão mal elaborada decorrerá exclusivamente de escolha inapropriada de árbitros. Não há arbitragem má, o que pode haver é mau árbitro.

Por fim, é inevitável revisitarmos o velho tema de reiteradas dificuldades, a contemplar as relações formais que poderiam existir entre União Europeia e MERCOSUL, cujas negociações foram deixadas de lado em 2004, por atropelos bilaterais. Os europeus reclamavam do protecionismo industrial e da falta de coordenação dos possíveis parceiros e a América Latina queixava-se da política agrícola comunitária indevassável. Faltou desde então, para ambas as partes, sensibilidade diplomática, vontade política, e sejamos francos, grandeza política. Faltou, por assim dizer, uma dimensão maior de percepção estratégica, para vislumbrar a importância em buscar-se de forma generosa e construtiva a superação desses impasses. E, simplesmente, deixou-se de negociar. Finalmente, em 2008, com a presidência portuguesa da UE, as negociações destravaram, e a presidência espanhola da UE, em 2010, reforçou o avanço das negociações. Como então assinalou Alfredo N. Atanasof¹⁵:

Se puede señalar que, desde el comienzo de la crisis global, aumentó el interés en retomar las negociaciones para establecer una zona de libre comercio. Según cálculos publicados, se estima que el acuerdo permitirá crear una zona de libre comercio para 700 millones de habitantes, con un potencial equivalente a 5000 millones de euros en exportaciones en ambos sentidos.

¹⁴ *Las opiniones consultivas emitidas por el TPR no serán vinculantes ni obligatorias*, é o comando contido no termos do Art.11 do Protocolo de Olivos, de 18 de fevereiro de 2002, usando terminologia abundante e desnecessária. Ora bem, se não são vinculantes, tampouco são obrigatórias.

¹⁵ *El Mercosur y la Unión Europea*, La Nación, Buenos Aires, 8.06.2010.

Si bien las negociaciones entre la UE y el Mercosur para construir la “mayor área de libre comercio del mundo” están en marcha, nada garantiza el éxito de éstas. Lograr un acuerdo significa ceder posiciones entre ambas partes. El principal temor de Francia y de varios países que conforman la Unión Europea corresponde al sector agrícola, ante la posible consecuencia de una invasión de productos provenientes de América del Sur.

A modo de ejemplo, el bloque suramericano cuenta con el 20% del ganado vacuno del mundo, la Unión Europea estaría dispuesta a otorgar una cuota de importación de carne equivalente a las 60.000 toneladas anuales, mientras que los países del Mercosur pretenden un cupo de 300.000 toneladas. Brasil estaría comprometiéndose, a su vez, a realizar una lenta apertura de su sector automotriz, y la Argentina también estaría dispuesta a bajar sus barreras proteccionistas, para permitir un mayor acceso a los mercados de servicios de telecomunicaciones.

A considerar a notória crise que a Europa vive, seria importante dar consequência ao discurso e reativar as negociações entre a Bruxelas e MERCOSUL, pois é na crise que encontramos motivações renovadas, para buscar soluções para velhos dilemas. Também é grande a queixa da UE acerca da pouca coordenação do MERCOSUL, o que revela se não ingenuidade, pelo menos excessiva expectativa acerca da realidade da América do Sul, ademais de percepção eurocêntrica do mundo. Não há uma Bruxelas em todos os processos de integração, e isso não é necessariamente mal, como em particular se verifica no bojo da crise vivida pela Europa. No atual contexto da economia mundial, com as necessidades agregadas às possibilidades de novas alianças de geometria variável, para usar a expressão de Celso Lafer¹⁶, teremos sempre que desbravar as fronteiras das sinergias latentes, renovadas no ímpeto de iniciativas audaciosas e criativas.

Se é verdade incontestemente que não se pode mais conceber o mundo sem a UE e seu prodigioso referencial comunitário, e conscientes de que a Europa sempre sai mais forte de seus dilemas e de suas crises, com respostas audaciosas, como foi o próprio Tratado de Paris que deu origem à Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, em 18 de abril de 1951, agora é o momento de propugnarmos pela aproximação consequente entre os dois grandes blocos em comento, como possível resposta as ingentes dificuldade que se apresentam para todos.

¹⁶ Lacerda Prazeres, Tatiana. *A OMC e os Blocos Regionais*, Prefácio de Celso Lafer, São Paulo: Aduaneiras, 2008.

Com mais de 51 bilhões de dólares de comércio intrabloco, o que afasta a crise mundial do Cone Sul, apesar dos constantes esforços de reequilíbrio econômico argentino, essencial para o êxito de toda a região, e com o salutar debate que a crise da suspensão do Paraguai tem gerado, trazendo o MERCOSUL de volta à ribalta, a integração regional está de volta a ordem do dia. Como a maioria das críticas que se faz ao processo é de índole ideológica e de avaliação política, fruto de oposição interna a governos vigentes, questões técnicas e de percepção de conjuntura internacional são negligenciadas. Também na perspectiva das lições da crise européia, há avanços reais no MERCOSUL, malgrado o endêmico desencontro dos presidentes e de suas agendas, a dificultar o planejamento e a continuidade¹⁷.

No entanto, não se pode desqualificar a integração que se tem conseguido na América Latina por leituras subjetivas, de *gostibus et coloribus*, sem atentar para a natureza do processo e para os limites que se verificam a partir dos problemas internos dos países. De resto, o que se observou nos recentes atropelos do MERCOSUL foram países querendo permanecer ou querendo entrar, o que demonstra não ser o bloco tão indesejável como alardeiam alguns entorpecidos de verdades ideológicas. Há frutos definitivos, como os investimentos intra-região, projetos de financiamento importantes na área de infraestrutura para países menos desenvolvidos, inclusive para o Paraguai, sem que haja solução de continuidade com a crise política que se instaurou, *joint ventures*, redes produtivas e comércio sempre crescente. É claro que todos são beneficiários do bom momento da economia brasileira e de sua formidável inserção como *player* de excelência da economia mundial¹⁸.

Nesse contexto de crescentes vínculos que se vão constituindo, o olhar para o processo europeu de integração é inevitável. Porém devemos estar cientes de que ninguém nasce em um vazio de história, como assevera Estevão de Rezende Martins¹⁹. Não é mais possível inventar a integração que os europeus já inventaram. Porém, se diante

17 Andrade, Robson Braga, Presidente da Confederação Nacional da Indústria, do Brasil, em artigo de opinião no Correio Braziliense, 5 de dezembro de 2012, pg.15, Mais e Melhor Integração, assim se manifestou: “Falar das relações econômicas entre Argentina e Brasil é tratar de um projeto de desenvolvimento que pode ser considerado vitorioso. Apesar de eventuais dificuldade, é impossível não reconhecer a contribuição de duas décadas de MERCOSUL na dinamização do comércio, no aumento dos investimentos, na ampliação da produção em escala e na promoção do amadurecimento institucional de toda a região[...] A mudança no nível da corrente de comércio entre os dois países de US\$ 2 bilhões em 1991 para US\$ 39, 6 bilhões em 2011 comprovam isso.

18 Franco sostiene que Paraguay se deve “pegar” al Brasil para desarrollarse, manchete do jornal Última Hora, Asunción, 27 de novembro de 2012.

19 In Accioly, Elizabeth. *Sistema de Solução de Controvérsias em Blocos Económicos*. Coimbra: Editora Almedina, 2004, p. 253. 27 de noviembre de 2012.

do mercado voraz a verdade é a realidade, a América Latina não pode ou deve construir-se à revelia de suas circunstâncias, apenas com mudas transplantadas, ainda que de castas excelentes.

EL PERFIL JURÍDICO DEL MERCADO COMÚN DEL SUR

PERFIL JURÍDICO DO MERCADO COMUM DO SUL

Liliana Etel Rapallini

Resumen: *La unificación del derecho en un bloque de integración es de carácter esencial. En primer lugar, por trasladar las libertades que el bloque consagra en el Tratado o Acuerdo Marco a los ciudadanos del mismo. En segundo lugar, por contribuir a la solidificación de su identidad como persona jurídica y sujeto de derecho. Dicha unificación no consiste exclusivamente en la creación de un código único sino también, en la generación de acuerdos sobre aquellas materias cedidas o transferidas por los Estados que lo integran y que requieren de normas propias.*

El Derecho Comparado y el Derecho Internacional Privado conforman la calidad de fuentes de conocimiento, ineludibles para lograr el objetivo. El Mercado Común del Sur a poco tiempo de su nacimiento, recibe Acuerdos y Protocolos de diferente etiología que dan inicio a una interesante proliferación con especial destino a la cooperación jurídica, lo que evidencia el interés de sus socios e incluso de sus asociados, por dar efectividad a los derechos más allá de las fronteras de origen. Empero, el camino trazado requiere de su enriquecimiento propendiendo a afianzar la suma de principios comunes que otorguen un perfil suficiente de especificidad, propiedad e identidad.

Resumo: *A unificação do direito em um bloco de integração é essencial. Em primeiro lugar, movendo as liberdades que bloqueiam consagrado no Tratado ou quadro acordo aos cidadãos do mesmo. Em segundo lugar, contribuir para a solidificação de sua identidade como pessoa jurídica e o sujeito de direito. Essa unificação está na criação de um código único, mas também, na geração de acordos sobre matérias emprestada ou transferidos pelos Estados no programa e exige suas próprias regras.*

O direito comparado e direito internacional privado compõem a qualidade das fontes de conhecimento, essenciais para atingir o objetivo. O Mercado Comum do Sul para logo após seu nascimento recebe a acordos e protocolos de etiologia diferente que dar início uma proliferação interessante com destino especial de cooperação judiciária, o que demonstra o interesse dos parceiros e até mesmo seus parceiros, dar efeito para a direita além das fronteiras de origem. No entanto, o caminho requer enriquecimento tende a reforçar a soma dos princípios

comuns que dão um perfil suficiente de especificidade, a propriedade e a identidade.

Palabras clave: *Integración, Unificación*

Palavras-chave: *Integração, Unificação*

1. Panorama general de los procesos de unificación legislativa

La unificación del derecho privado en América Latina como la de todo intento de la misma índole, conduce por sí al interrogante de qué se pretende con ello, en qué consiste y es más, cómo se logra.

Los procesos de unificación legislativa entendiendo que en ellos subyace la unidad de las fuentes del derecho, léase jurisprudencia, doctrina, usos, costumbres, pueden canalizarse bajo dos aristas.

Una de ellas pretende la progresiva aproximación o “armonía conceptual” o “simetría jurídica” de los diversos ordenamientos nacionales convocados. La otra ha de propender al caro objetivo de llegar a una fuente codificadora única.

La metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho es por sí una cuestión compleja y comprometida; en la Roma antigua y en la clásica el derecho se desarrolló con su correspondiente praxis generándose el determinismo del derecho conforme a ciertos axiomas y valores, así la pretensión de “justo”¹. Pero si esto fue trabajoso para los romanos cuanto más ha de serlo en cualquier dimensión geográfica y en nuestros tiempos, pese a la tan mentada globalización.

Existe además, una correlación entre el derecho y el lenguaje de manera que “evidencie constante conformidad entre la idea jurídica que se pretende expresar y las palabras que para ello se utilizan; en suma, el tema jurídicamente unificado debe manifestarse como un “hecho diferencial” y por sobre todo claro y conteste con la ideología de pertenencia².

1 Vallet de Goytisolo, Juan: Esquema introductorio para una metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho. Imprenta de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Madrid, 1999. Páginas 5 y 12.

2 Fernández-Galiano Fernández, Antonio: Cultura, Lengua y Derecho. Conferencia publicada por la Universidad San Pablo CEU. Madrid, 23 de enero de 1997.

El empleo de un método en materia de legislación significa tanto como claridad, y claridad ha de ser sinónimo de codificación. Codificación, método y claridad son cuestiones que en técnica legislativa caminan de la mano³.

Pero siendo los ordenamientos latinoamericanos de raíces comunes hay cuestiones que aminoran en su complejidad a lo cual colabora el contar con semejanza en lengua y bases culturales⁴.

El mismo doctrinario alude significativamente a la unidad del sistema jurídico iberoamericano a través de un pilar común como lo es el jurista Andrés Bello nacido en Caracas y creador del Código Civil Chileno, pionero e inspirador de otras codificaciones que lo elevan a baluarte permanente del derecho privado latinoamericano⁵.

Otro pilar compartido es que en los territorios americanos dependientes de la Corona española, el derecho que a partir del descubrimiento se fue desarrollando, y las contestes concepciones jurídicas que se fueron aplicando, tenía ciertamente base iusnaturalista. Es así, como el derecho de los países iberoamericanos tiene estrecha relación con el occidental de fuente romana y canónica, también germánica; a ésta tradición iusnaturalista se suma la incipiente pero propia cultura indígena⁶.

Unificar el derecho privado iberoamericano es una propuesta, cómo hacerlo es una respuesta que obedece a diversas influencias sean culturales, económicas o políticas.

La codificación es para los juristas un hecho histórico; como importante movimiento aparecido en el siglo XIX en buen número de países occidentales y tendente a la elaboración de grandes cuerpos legales, se hizo sentir no sólo en Europa pues en América la situación no era muy diferente y muchos de los argumentos esgrimidos en su favor eran válidos también para los nuevos países que iban surgiendo con la Independencia e imitaron la conducta compilando leyes⁷.

3 Sarin, Pablo Esteban: El proyecto de codificación” civil y comercial de 1998. Imposibilidad de ser considerado un Código. En Revista del Colegio de Abogados de La Plata- Año XLIII- N° 64, página 9.

4 Castán Vazquez, José María: El Derecho español en América. Separata Verbo, n° 319-320. Speiro S.A.. Madrid, 1993.

5 Castán Vazquez, José María: El Código Civil de Andrés Bello y la unidad del sistema jurídico iberoamericano. Anuario de Derecho Civil enero-marzo de 1982. Ed. Aranzadi. Madrid. España.

6 González, María del Refugio: Historia del Derecho Civil en México durante el siglo XIX. UNAM. Méjico, 1981. Página 14 y siguiente.

7 Castán Vazquez, José María: La codificación como un hecho actual. Separata de Estudios

Si la idea es unificar el derecho privado no existe una rama de la ciencia del derecho que se ocupe de esto, sí requerirá del auxilio de ciertas disciplinas que por su objeto serán herramientas idóneas para llegar al fin.

Aparece entonces el Derecho Comparado que permitirá conocer el estadio y contenido de los ordenamientos nacionales de los países latinoamericanos. Y aparecerá el Derecho Internacional Privado con codificaciones preexistentes que denoten la intención de fusión jurídica de los mismos.

Si bien ambas ramas aprontan en propiedad y cercanía al objeto propuesto cual es la unificación, debemos diferenciar que la primera responde a lograr ordenamientos nacionales en paridad o identidad conceptual con reformas de los mismos en caso de ser necesario; y que la segunda es una interesante fuente en el supuesto de superar la unificación a través de la codificación, lo que importaría creación de un código único de derecho privado iberoamericano con la impronta de jerarquía y supremacía normativa. Esto sin olvidar que todo proceso o intento de unificación ha corrido paralelo al Derecho Comparado y que la diferencia sustancial entre éste y el Derecho Internacional Privado es que sólo el primero presenta la valoración y explicación de las divergencias entre las mismas leyes, mientras que el segundo presenta los caracteres de un derecho positivo funcional dirimiendo cuál de las leyes nacionales se aplicará al caso⁸ lo que equivale a decir que constituye un aporte a la armonización pero no soluciona la aplicación de leyes imperativas.

En síntesis, cabe acotar que el mero conocimiento de las legislaciones extranjeras no supone por sí mismo hacer comparación, aunque sí constituye un presupuesto de ésta. A su vez, la aplicación de reglas de Derecho Internacional Privado supone hacer un ejercicio comparativo aún cuando aquella operación jurídica facilite el conocimiento y aplicación de éste⁹.

Consideremos que el alemán Theodor Viehweg en su *Tópica y Jurisprudencia* observa la existencia de temas que constituyen verdaderos “tópicos” o sea puntos de vista directivos que retornan continuamente,

de Derecho Civil (libro guión homenaje al Dr. Luis Moisset de Espanés). Ed. Universidad. Bs.As., 1980.

8 Fernández Rosas, José Carlos: Los proyectos de unificación internacionales del derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados. En *La unificación Jurídica Europea* obra dirigida por José Manuel García Collantes. Ed. Civitas. Madrid, 1999.

9 García Cantero, Gabriel: Cien años de Derecho Comparado. *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez Picaso*. T° I, p. 567. Ed. Thomson Civitas. Madrid, 2004.

temas fijos que no sólo ayudan a entender el Derecho Privado sino que ayudan a construirlo. Es entonces que Cámara Lapuente sugiere tres tópicos compuestos de subtópicos: al por qué le siguen los pro y contra de la armonización y el papel que juega el Derecho Internacional Privado; al cómo le sucede las opciones de método, pudiendo elaborarse un “restatement” o conjunto de principios o bien un Código; al cuándo, finalmente, le siguen los tiempos jurídicos y políticos propicios para su creación¹⁰.

Obviamente si se alcanza la “unión judiciaire” o “espacio jurídico único” vendrá luego la opción de estructura, vale decir elaboración de un código, de una ley modelo, de una convención siendo quizás la última la modalidad más permeable y efectiva¹¹.

En cualquiera de los caminos sugeridos lo propicio será la centralización de tareas en un organismo internacional que a su vez convoque a los Estados partícipes, así por ejemplo la Organización de Estados Americanos a través de la Conferencia Permanente de Jurisconsultos; siendo una vía inmediata de captación de conocimientos y de opinión la labor de las Unidades Académicas Especializadas de cada país, siendo indirecta con relación al organismo el que recibirá los informes recabados en los ámbitos nacionales.

2. La unificación y el integracionismo

Ahora bien, la ansiada unificación probado está que conduce a la integración entre Estados y que los bloques de integración son los espacios más fecundos para unificar el derecho.

Tomando como ejemplo a Europa, se parte de la idea que la codificación es el mejor camino para arribar a la plena integración. No se puede avanzar en la integración europea sólo a golpe de directivas o de reglamentos, la mejor manera de satisfacer las necesidades del “mercado único europeo” es conseguir que exista un “código único” que regule las relaciones que en el mismo se desenvuelven¹².

Es así como emana del Parlamento Europeo en fecha 15 de no-

¹⁰ Cámara Lapuente, Sergio: El hipotético Código Civil Europeo: por qué, cómo y cuándo. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez- Picaso. Tº I, página 347. Ed. Thomson. Civitas. Madrid, 2004.

¹¹ Viñas Farré, Ramón: Unificación del Derecho Internacional Privado. Ed. Bosch. Barcelona, 1978. Páginas 11 y siguientes.

¹² De Los Mozos, José Luis: El anteproyecto de código europeo de contratos de la Academia de Pavia. La Ley nº 5629 del 9 de octubre de 2002. Madrid, España.

viembre de 2001, una resolución por la que se impone la progresiva armonización de los ordenamientos internos de los Estados de la Unión, constituyendo un nuevo impulso para la unidad del derecho privado¹³.

Frente a la convocatoria del Parlamento y a través de la Comisión se convocó a su vez, a los sectores profesionales, universidades y grupos de empresarios y de consumidores para que viertan sus opiniones por medio del sitio web “Europa”¹⁴.

Como se observa el tema nos preocupa a todos, europeos y latinoamericanos y por algo fundado y premeditado será.

Empero, ni en la Unión Europea se ha logrado aún el Código Único pero sí se está en vías de ello conforme a lo antes dicho.

Es entonces bueno observar, por ser precisamente los europeos pioneros en el tema, que en Europa y puntualmente en la hoy Unión la armonización no es un fin en sí mismo sino un medio para otros fines; actualmente no existe un derecho uniforme en materia de Derecho Privado sino una paulatina armonización de los ordenamientos nacionales conductora de futuros acuerdos o pactos sobre determinadas materias como propiedad intelectual, consumo, contratación.

Se presentan aristas difíciles de sondear; la íntima conexión del Derecho Patrimonial con el Derecho de las Obligaciones y con los Derechos Reales requiere armonizar el sistema de transmisión de la propiedad y la constitución de las garantías reales. Consecuentemente, fuera de la armonización queda el Derecho de Familia y el de Sucesiones, áreas sensibles y especialmente ligadas a la tradición y cultura legal de cada pueblo, tampoco por ello imposible de lograr.

Los intentos y proyectos europeos fueron y son numerosos; así puede citarse al “Grupo Lando” hacedor del primer proyecto, al “Grupo Estudio del Código Civil Europeo” integrado por cincuenta profesores y abogados pertenecientes a los Estados miembros de la Unión subvencionados por Alemania y Holanda, al “Grupo Pavía” fundado en 1992 por el Profesor Gandolfi centrado en la elaboración de un Código de Contratos y al “Grupo Tiburg” orientado al Derecho de Daños¹⁵.

13 Arroyo I Amayuelas, Esther- Vaquer Aloy, Antoni: La Ley nº 5482 del 14 de febrero de 2002. Madrid, España.

14 Parra Lucán, María Ángeles: Apuntes sobre la unificación del Derecho Privado en Europa: ¿Es posible un Código Civil europeo?. Actualidad Civil nº 36, 30 de setiembre a 6 de octubre de 2002. Página 1163. Madrid, España.

15 Díez-Picazo, Luis: Reforma de los Códigos y Derecho Europeo. Anuario de Derecho Civil octubre-diciembre de 2003. Tomo LVI, Fascículo IV, página 1566. Madrid, España.

Pero es menester admitir que la armonización europea se sirve de un principio básico del Derecho Civil como es la autonomía privada y los derechos disponibles, de ahí la necesidad de abordar la unificación de la que es su principal exponente el contrato en particular y el Derecho de las Obligaciones en general. El Derecho Contractual se presenta como esencial para conseguir el mercado único demostrando como cierta la dependencia entre la codificación y la integración¹⁶.

También hay cuestiones que se presentan como elementales y que igualmente deben ser tenidas en cuenta incluso como método de trabajo.

Ya en 1923 el español Miñana Villagrasa indicaba que si se deseaba unificar la legislación civil y mercantil de España, Portugal y las Repúblicas hispano-americanas, es trascendente que lo primero que habrá de hacerse será conocer las leyes de tales países y la diligencia previa será poseer los textos. El segundo paso será la catalogación de este artesanal manejo legislativo. Conocidas las legislaciones que se pretenden unificar han de compararse para determinar analogías y diferencias. Un paso intermedio será observar si entre las afines es necesario modificar alguna. De allí concluye que cabrá preguntarse si se propondrá la unidad legislativa para tener una única ley o si se desea la unificación como unidad en lo esencial, aunque subsistan discrepancias en variables secundarias¹⁷.

Y he aquí el eslabón de unión con lo aportado al inicio de ésta presentación, en suma cuál es el propósito, si lograr ordenamientos nacionales uniformes o lograr una única fuente codificatoria; en verdad hay entre ambas opciones estrechez de vínculo a punto tal que la segunda será exitosa si la primera etapa está cumplida.

3. La unificación del derecho privado en el Mercado Común del Sur

Como corolario de lo hasta aquí comentado, cabe reparar en que la unificación del derecho privado en Latinoamérica puede encontrar en el Mercado Común del Sur un satisfactorio eco, más aún considerando que el bloque cuenta con nutrida normativa de Derecho Comunitario Derivado rama en proximidad al orden civil y mercantil.

A su vez, captando experiencias antecesoras se sugiere utilizar al

¹⁶ Arroyo I Amayuelas: trabajo citado.

¹⁷ Miñana Villagrasa, Emilio: La unificación del Derecho Mercantil ibero-americano. Ed. Jaime Ratés. Madrid, 1923. Páginas 261 y siguientes.

Derecho Comparado y a las fuentes normativas internacionales con finalidad de unión de criterio jurídico.

El primer paso será entonces la progresiva aproximación y armonización de los ordenamientos nacionales basados en el respeto y la tolerancia y en el reconocimiento de las raíces comunes. Este fue el camino trazado y que aún continúa vigente, pese a ello consideremos que han transcurrido varios años suficientes como para dar cabida a una creación espontánea y de color propio.

Este nuevo siglo señala búsquedas, cambios, tomar modelos existentes y rehacerlos a las necesidades actuales. Seguramente los proyectos de unificación constituyan una búsqueda y una necesidad.

La tan mentada globalización no debe implicar para el derecho, la eliminación de las identidades sino una regulación progresiva que permeabilice la comunicación y contacto con sistemas aún diversos.

Véase, que dentro del Mercosur la incorporación de países asociados constituyó una oferta política tentadora a través de los Acuerdos de Integración y Complementación Económica. Empero, la convocatoria reformuló la adhesión a fuentes normativas propias tales como el Acuerdo de Arbitraje y a través de él al mismo Protocolo de Las Leñas.

La necesidad de los Estados de aliarse no obedece exclusivamente al factor económico; su espectro se amplía, va mas allá y al mejoramiento del nivel económico, le subyace el logro de una mejor condición de vida del hombre dentro de su comunidad en el plexo de elementos que hacen a elevar su dignidad.

Es así, como un Derecho Comunitario en su totalidad debe cubrir en su faz primaria y también en la secundaria o derivada al intercambio de bienes, servicios, capital y trabajo.

Pese al interés económico como pilar en la creación del Mercado Común del Sur, el bloque integrado conforma entonces, una opción jurídica.

Visto así, los principios en los que se asienta deben revestir especial importancia diferenciándose las competencias exclusivas o de atribución exclusiva que apuntan a las políticas comunes, de las competencias transferidas o compartidas en donde está incito el principio de subsidiariedad por el cual el bloque actúa cuando es más favorable al resultado buscado y en la medida de no ser la materia, patrimonio

exclusivo del Estado integrado.

El constituir una opción jurídica le concede al Mercado personalidad jurídica suficiente; por ende es contenedor de un acervo comunitario integrado actualmente por disposiciones y normas, con relativa y entrecomillada jurisprudencia.

Sabido es que el acervo comunitario del Mercosur está compuesto por Derecho de Primera Generación conocido como Originario y de Segunda Generación o Derivado.

Pero lo cierto es que este Acervo Comunitario del Mercosur como de todo otro bloque integrado constituye un ordenamiento jurídico, es decir, un conjunto organizado y estructurado de normas jurídicas que posee sus propias fuentes. Consecuentemente tiene mecanismo propio de creación de la especie “derivado” aún cuando no lo sea a través de un órgano previsto por *Ouro Preto* al tiempo de dar organización institucional definitiva.

Los Acuerdos de Complementación Económica que pasan a formar parte del Derecho Comunitario Originario o de Primera Generación por los que se incorpora países en calidad de socios concede a ellos el gozar de un programa de liberación económica con el objetivo de arribar en plazo determinado a un punto óptimo de desgravación.

No obstante, el espíritu de la asociación se encuentra en afianzar la cooperación entre el Mercosur y su país socio, sea Chile, Bolivia, Perú o el que en lo futuro se avenga.

Dichos Acuerdos de Complementación Económica que en sí son de asociación de tercer país, nada dicen acerca del Derecho Comunitario Derivado.

Sin embargo y de manera prácticamente coetánea, junto a ellos se elaboran, en el caso de Chile y de Bolivia, reproducciones del Acuerdo sobre Arbitraje del Mercosur y son así incorporados al sistema de solución de controversias los países hermanos asociados.

Instituir e internar al arbitraje como el medio idóneo de solución de controversias entre particulares facilita y hace confiable el comercio entre los países socios y asociados del Mercosur. En el presente el Tribunal de conciliación y arbitraje del Mercosur –TICAMER– no despliega la totalidad de sus funciones pero el cometido de difusión y de formación de recursos humanos adquiere progresiva solidez.

Pero ésta no es la única herramienta, contar con normas específicas sobre toma de medidas cautelares, sobre cooperación judicial especializada o sobre contratación, sería por cierto de suma utilidad.

El interrogante es si el Mercado Común del Sur cuenta con normas de Derecho Comunitario Derivado sobre los ítems mencionados, que fue sólo a título de ejemplo pues el enunciado podría ser más extenso. La elección se justifica pues son aspectos que, reiteramos, facilitan el ejercicio del comercio contribuyendo a su crecimiento.

La respuesta al interrogante es afirmativa. Reparemos que por el Protocolo de Ouro Preto se cubren las medidas cautelares, por el de Las Leñas la Asistencia y Cooperación Judicial y por el de Buenos Aires la jurisdicción en materia contractual.

Pero la unificación jurídica y sobre todo la ideológica, no se logra exclusivamente con el aporte normativo sino con los decisorios de sus autoridades competentes que agregan identidad.

Se inicia entonces el perfil jurídico conformando un orden público regional.

A ello ha contribuido sin duda alguna, la creación y profusa actividad del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. Sin bien no conforma una justicia propia de resolución supranacional, unifica criterios generando una jurisprudencia de pertenencia al bloque abonando en positivo hacia la cuestión interpretativa. La potencialidad de los operadores jurídicos para crear derecho es en nuestros días innegable y esperada.

Su existencia es inductora incluso, de la conducta de los Estados quienes se ven obligados a cumplir la normativa específica no sólo por la autonomía de la misma sino por el relieve de los precedentes.

4. Aportes Finales

Propicio sería llegar a conclusiones normativas en cuanto a regulación de la contratación comercial interbloque en aspectos de fondo, que se sumen y complementen a los preceptos jurisdiccionales vertidos en el Protocolo de Buenos Aires.

De igual forma, unificar la calidad de instrumento en que han de volcarse determinados actos jurídicos tal el caso de la cesión de acciones y derechos judiciales permitida por unos en instrumento privado y por

otros en público lo que fracciona el régimen permeable y seguro que persigue toda actuación entre los países formadores del bloque.

O el mentado requerimiento del poder de representación, propendiendo a pautas mínimas que definan a través de la aplicación del principio de equivalencia a su plena y segura eficacia y circulación dentro de los países integrados.

Otra idea ronda hacia el reconocimiento y libre circulación de sentencias especialmente las que versan sobre cuestiones parentales.

Otro dato interesante a mi parecer, sería implementar un logo identificativo del Mercado Común del Sur a insertarse en todos los documentos sean jurisdiccionales o administrativos uniformando así todo trámite de legalización y autenticación; haría esto las veces de una “apostilla” mercosureña otorgando a los documentos un sistema simplificado y único para su exhibición en los Estados socios y asociados del mercado.

Respondiendo a tópicos de actualidad, regular la protección de datos personales y estrechamente vinculado, atender a la prevención y represión de los delitos en el ciberespacio son aspectos que requieren de resolución imperiosa.

Pero la tarea es ardua y requiere de consenso y voluntad política; no es esto desalentador pues el pilar fundacional se conserva y se ensancha lo cual significa que la operatividad es satisfactoria y mejorable.

Como cierre del tema atinente a codificación, cabe aportar las ideas que se manejan en el tema en los foros productores de derecho paccionado en materia privada internacional y regional.

Siendo los centros de mayor actividad las Conferencias Especializadas Permanentes de La Haya como de la OEA, se observa una puesta de reflexión sobre si lo conducente es codificar con base en el “hard law” o en el “soft law”. La diferencia entre ambas técnicas radica sustancialmente en el grado de obligatoriedad para los Estados partícipes.

Por el “hard” se alude al derecho duro, rígido que llevado a la fuente convencional internacional se traduce en un Tratado Internacional. Al respecto, cabe recordar que a partir de 1969 con la creación del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados y de 1986 con su par sobre Tratados celebrados entre Organismos Internacionales o entre Organismos Internacionales y Estados, se pasa de un derecho consuetudinario a un derecho codificado identificado como “tratado de tratados”

o “derecho de los tratados”. Se uniforma el tema y se elimina toda distinción entre tratado, pacto, convenio, convención, acuerdo, protocolo y otras variables, siempre y cuando guarde el perfil indicado por el tratado marco o dogmático que indica su naturaleza, características y grado de eficacia.

Por el contrario, el “soft” propende al desarrollo de reglas flexibles, de menor rigorismo y que otorgan a los Estados una suerte de directrices sin generar obligatoriedad alguna. Conforman un plexo de principios generales sobre determinado tema cuya forma de expresión más frecuente es la “ley modelo”, siendo técnica de notoria proliferación en el ámbito del comercio internacional. Se observa como virtud, ser una fuente de inducción para la modificación de los ordenamientos nacionales y también, que una vez nacida no es menester que transite por el tedioso camino de los tratados hasta su entrada en vigor. Desde ya, el “soft law” descansa en el esfuerzo de las naciones por implementar las máximas de los documentos y en la buena fe para su acatamiento.

Precisamente, no todas las áreas del derecho responden por igual a ésta expectativa de vuelco absoluto hacia una u otra variable de reglamentación.

Como bien se sabe, el “soft law” encuentra campo propicio desde antaño en el plano del Derecho Mercantil pero es de tener en cuenta que se trata por excelencia de un ámbito que reconoce a la autonomía de la voluntad y por ende, a los derechos disponibles como rectores del tema. No ocurre lo mismo con la denominada “parte necesaria o imperativa” del orden jurídico.

Otra forma sugerente de expresión de “soft law”, son las llamadas “guías prácticas” que incorporan pautas de aplicación relativas a un acuerdo instrumentado previamente o bien, se encargan de difundir y enraizar conductas apropiadas sobre materias determinadas.

Consideremos que la época y la ideología de las grandes codificaciones han quedado atrás pero no ha desaparecido la demanda social de una codificación en su aspecto formal, como exigencia técnica de seguridad jurídica.

Concluyendo, sea por “hard” o por “soft” el Mercado Común del Sur cuenta con un perfil jurídico que es menester continuar y profundizar no sólo por el bloque en sí mismo sino por sus ciudadanos, que merecen reconocerse ciudadanos que comparten un espacio con seguridad y confianza jurídica que haga tangibles las libertades que la carta

fundacional promete.

Referencias Bibliográficas

ARIAS RODRIGUEZ José Manuel (2007), *El programa de La Haya: Un nuevo programa en el área de libertad, seguridad y justicia*. La Ley nº 6641, Madrid.

ARROYO I AMAYUELAS Esther, VAQUER ALOY Antoni. (2002), *La Ley nº 5482 del 14 de febrero de 2002*, Madrid.

AZNAR GÓMEZ Mariano J. (2007), “En torno a la unidad sistémica del Derecho Internacional”, en *R.E.D.I.*, vol. LIX.

BELLIDO BARRIONUEVO María (2006), “¿Hacia un nuevo ordenamiento jurídico comunitario?”, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Julio- Agosto.

BOELE-WOELKI Katharina (2010), *Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws*, Hague Academy of International Law, Londres.

CÁMARA LAPUENTE Sergio (2004), “El hipotético Código Civil Europeo: por qué, cómo y cuándo”, en: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez Picaso*, Tº I, pág. 347, Thomson Civitas, Madrid.

CASTÁN VAZQUEZ José María (1982), “El Código Civil de Andrés Bello y la unidad del sistema jurídico iberoamericano”, *Anuario de Derecho Civil enero-marzo de 1982*, Aranzadi, Madrid.

CASTÁN VAZQUEZ José María (1993), “El Derecho español en América”, *Separata Verbo*, nº 319-320, Speiro, Madrid.

CASTÁN VAZQUEZ José María (1980), “La codificación como un hecho actual”, *Separata de Estudios de Derecho Civil (libro guión homenaje al Dr. Luis Moisset de Espanés)*. Ed. Universidad. Bs.As.

DE LOS MOZOS José Luis (2002), *El anteproyecto de código europeo de contratos de la Academia de Pavia*. La Ley nº 5629 del 9 de octubre de 2002, Madrid.

APORTES METODOLÓGICOS PARA LA INTEGRACIÓN DEL MERCOSUR

CONTRIBUIÇÕES METODOLÓGICAS PARA A INTEGRAÇÃO DO MERCOSUL

Miguel Ángel Ciuro Caldani

Resumen: *Se utiliza el integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico, que construye el Derecho incluyendo repartos, normas y referencias a la justicia, para presentar una metodología de la estrategia del Mercosur.*

Resumo: *É utilizada a integração tridimensionalista da teoria trialista do mundo jurídico que constrói o Direito, incluindo distribuições, normas e referências à justiça, para apresentar uma metodologia da estratégia do Mercosul.*

Palabras clave: *Integrativismo, Tridimensionalismo, Teoría trialista, Mundo jurídico, Repartos, Normas, Justicia, Metodología, Estrategia, Mercosur*

Palavras-chave: *Integração, Tridimensionalismo, Teoria trialista, Mundo jurídico, Distribuições, Normas, Justiça, Metodologia, Estratégia, Mercosul*

1. Introducción: ideas básicas

1. La *integración* de diversos Estados¹ es uno de los caminos para superar las limitaciones de la *globalización/marginación*² que, con numerosas tensiones entre la mundialización y las reacciones de los Estados y las regiones, se produce en nuestro tiempo. Vivimos en una *nueva era* de la historia, signada por enormes cambios científicos, técnicos y morales que quizás culminen en las posibilidades de la genética humana. Dichos cambios incluyen también, en despliegues relevantes, las po-

¹ Se puede *ampliar* en CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Filosofía y sistema del Derecho de la Integración", en "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 29, págs. 27/48, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/899/720>, 24/11/2012.

² La globalización incluye y excluye.

sibilidades de relacionamiento mundial brindadas por los medios de comunicación e información y la abstracción financiera. Los moldes de los Estados suelen ser demasiado pequeños para las nuevas realidades. De cierto modo estallan y se retraen el espacio, el tiempo, la materia e incluso las personas.

La integración, que puede aportar a una *universalización* respetuosa de las particularidades, es una opción para contribuir a superar esas dificultades haciendo más concretos los cuatro despliegues, en nuestro caso, con especial referencia al sentido espacial. Sin embargo, para que tal superación se produzca es necesario poder manejar *estratégicamente*³ las *fortalezas* y las *debilidades* respectivas y esto puede lograrse aprovechando la riqueza *metodológica* que brinda el planteo jurídico del *integrativismo*⁴ *tridimensionalista* de realidad social, normas y valores. Hay que aprovechar las fortalezas y superar las debilidades con los métodos adecuados. Los caminos del tridimensionalismo permiten referir mejor el Derecho a la *meta* que adoptamos, consistente en ubicarlo en la *vida humana* en plenitud⁵.

2. Entre las propuestas metodológicas que podemos denominar *integrativistas tridimensionalistas* se encuentra la que en su momento formuló, con valor de verdadero clásico, la *escuela de la libre investigación científica* de François GénY. El jurista francés se refirió a lo *dado* y lo *construido*. Lo *dado* se constituye con los datos real, histórico, ideal y racional. Los datos son aportados por la ciencia y lo *construido* se basa en la técnica.

Los datos *reales* son las condiciones de hecho en las que se encuentran los elaboradores (realidades físicas, biológicas, psicológicas, condiciones económicas, fuerzas políticas y sociales, etc.). Los datos *históricos* son los procesos que han configurado las situaciones concretas, generando sus reglamentaciones. Los datos *racionales* se remiten al fondo esencial del Derecho natural clásico⁶. Los datos *ideales* son las aspiraciones sociales⁷.

3 Es posible *ampliar* en CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estrategia Jurídica”, Rosario, UNR Editora, 2011, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 23-11-2012.

4 Consideramos en este caso la integración de despliegues jurídicos.

5 Se puede *ampliar* la metodología en la bibliografía que propondremos respecto del tridimensionalismo.

6 Que a nuestro parecer debería reemplazarse por la referencia a la justicia.

7 V. GÉNY, Francisco, “Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo”, 2ª. ed., Reus, Madrid, 1925 (también Granada, Comares, 2000); “Science et technique en Droit Privé Positif”, Sirey; “La libertad en el derecho entre la certeza y la incertidumbre”, sel. y trad. María José Bernuz Beneitez, Granada, Comares, 2007.

En el curso siguiente, a través de una versión tridimensionalista que consideramos más evolucionada, iremos mostrando cómo lo dado y lo construido se presentan en el Mercosur.

3. Estimamos de especial interés al integrativismo tridimensionalista planteado en la *teoría trialista del mundo jurídico*⁸. Para el trialismo el mundo jurídico ha de construirse incluyendo repartos de potencia e impotencia (*dimensión sociológica*), captados por normas (*dimensión normológica*) y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia (*dimensión dikelógica*)⁹. Desde un despliegue más dinámico, el mundo jurídico consiste en la *actividad* relacionada con el aprovechamiento de las *oportunidades* de realizar repartos de potencia e impotencia (dimensión sociológica) captada por normas (dimensión normológica) y valorada por un conjunto de valores que culmina en la justicia (dimensión dikelógica)¹⁰. Los repartos resuelven relaciones de *intereses* y se despliegan en ámbitos de *fuerza*. La potencia y la impotencia se constituyen con lo que favorece o perjudica a la *vida humana*¹¹. El trialismo construye el objeto jurídico con una *complejidad pura*¹² donde se

8 Fundado por Werner Goldschmidt.

9 La palabra “Dikelogía” fue utilizada ya por Altusio, pero con un significado algo diferente.

10 Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico c. v. gr. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; “La ciencia de la justicia. Dikelogía”, Madrid, Aguilar, 1958 (2ª. ed., Bs. As., Depalma, 1986); “Justicia y verdad”, Bs. As., La Ley, 1978; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Cartapacio de Derecho, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/961/795> 24-7-2012; “Metodología Dikelógica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, Cartapacio <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/1003/883>, 24-7-2012; “Distribuciones y repartos en el mundo jurídico”, Rosario, UNR Editora, 2012, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 28-7-2012; “Bases del pensamiento jurídico”, Rosario, UNR Editora, 2012. En general, v. Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 23-7-2012; Facultad de Derecho de la Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, http://www.cartapacio.edu.ar/index.cgi?wid_seccion=2&wid_item=3, 24-7-2012.

Cada teoría se construye, estratégicamente, con una *meta* a lograr con *métodos*. La meta de la teoría “pura” es, precisamente, la purificación del objeto de la ciencia jurídica; la del tomismo es en definitiva el cumplimiento de la ley eterna a través de ley divina, la ley natural y la ley humana; la del integrativismo de la teoría trialista del mundo jurídico es, como se desarrollará, lograr que se cumpla la *justicia* a través de la asignación a cada individuo de la esfera de libertad necesaria para que se convierta en persona. En términos más simples, la meta trialista es realizar la personalización del ser *humano*. Es difícil determinar qué es el ser humano, pero resulta imprescindible referirse a él, porque es lo que al menos creemos que somos y al fin *debemos ser*.

11 Aunque la vida humana es muy difícil de definir nos es imprescindible referirnos a ella porque vivimos. También los médicos deben remitirse a la vida y enfrentan así cuestiones análogas a las de los juristas.

12 C. por ej. GOLDSCHMIDT, “Introducción filosófica al Derecho”, cit., págs. XVII y

hace un aporte *metodológico*¹³ que a nuestro parecer es muy satisfactorio.

En nuestro caso, nos interesa especialmente aportar metodológicamente al *proceso* de integración del Mercosur¹⁴. Estimamos que el Mercosur posee particular relevancia para los intereses argentinos. Como nuestro propósito es metodológico, se trata sobre todo de mostrar la importancia de las *preguntas* y los *planteos* para las respuestas. Los datos y las soluciones propuestas sólo tienen la finalidad de mostrar cómo pueden recorrerse los senderos tridimensionales de referencia. En este caso no nos ocupan al fin las soluciones, sino cómo es posible buscarlas. No pretendemos presentar “la metodología de la integración”, ni siquiera “la metodología trialista de la integración” (o específicamente la integración del Mercosur) sólo brindamos aportes metodológicos para la integración del Mercosur que nos parecen satisfactorios.

ss.; BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (comp.), “La sfida della complessità”, traducciones de Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, 10ª. ed., Milán, Feltrinelli, 1997; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en “El Derecho”, t. 126, págs. 884 y ss.); LAPENTA, Eduardo V. – RONCHETTI, Alfredo Fernando (coord.), “Derecho y complejidad”, Tandil, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 2011; DABOVE, María Isolina, “El Derecho como complejidad de “saberes” diversos”, 2004, Cartapacio, 2004, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/29/17>, 15-6-2012. Asimismo, GALATI, Elvino Diego, “La Teoría Trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin. Coincidencias y complementariedades de dos complejidades” (tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 26 de abril de 2010, Sobresaliente con recomendación de publicación).

13 V. lo expuesto precedentemente respecto de metas y métodos de las diferentes teorías jurídicas.

14 Es posible v. por ej. Mercosur, <http://www.mercosur.int/>, 19-11-2012; Mercosur. Documentos oficiales, http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=1317&site=1&channel=secretaria&seccion=3, 23-11-2012; Mercosur. Normativa, http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=5008&site=1&channel=secretaria&seccion=4, 23-11-2012; Mercosur abc, <http://www.mercosurabc.com.ar/>, 21-11-2012; index mundi, Listado de Países, <http://www.indexmundi.com/es/>, 19-11-2012, también <http://www.indexmundi.com/>, 19-11-2012; Somos Mercosur, <http://www.somosmercosur.net/>, 2-12-2012; NEGRO, Sandra (dir.), “Derecho de la Integración”, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2010-12; SOTO, Alfredo Mario, “Temas del Derecho de la Integración”, Bs. As., Estudio, 2010; ALTERINI, Atilio Aníbal (dir.), “La Integración Regional. Una Vía Relevante para la Construcción del Contrato Social en Nuestro Tiempo”, 2006; ALTERINI, Atilio A. – NICOLAU, Noemí L. (directores), “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani”, Bs. As., La Ley, 2005; PIZZOLO, Calogero (h.), “Pensar el Mercosur”, Mendoza, Jurídicas de Cuyo, 1998; además se puede c. v. gr. FERNANDEZ ARROYO, Diego Fernando (coord.), “Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur”, Bs. As., Zavallía, 2003.

Aunque algunos datos difieren según las fuentes, son suficientemente representativos a los fines del texto.

Se puede v. asimismo Viajar pelo Mercosur, Mapas, http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/turismo_pag/ES/mapas.html, 19-11-2012. Hoy el Mercosur ha de ser también comprendido en relación con la Unasur, <http://www.unasur.org/>, 27-11-2012.

Como lo expuesto es suficiente a los fines de mostrar la metodología, dejamos de lado a los países asociados.

4. Utilizando la teoría de las *respuestas jurídicas*¹⁵ es posible enriquecer la estrategia mediante métodos de “plusmodelación”¹⁶, “minusmodelación”¹⁷ y sustitución de las mismas, en los despliegues fácticos e ideales, sean éstos normativos o valorativos. Los cambios en los problemas y las soluciones, en lo sociológico, normológico y axiológico pueden ser caminos para el éxito¹⁸.

Esas variaciones pueden hacerse en la metodología para la integración del Mercosur, por ejemplo, diversificando los alcances de los acuerdos parciales, la conveniencia de nuevas incorporaciones, etc.

2. Desarrollo: la referencia metodológica trialista al Mercosur

2.1) El mundo jurídico en general

a) Dimensión sociológica

5. La dimensión sociológica del mundo jurídico permite *desenmascarar* lo que suelen presentar las normas respondiendo a los intereses de quienes las hacen. Abarca adjudicaciones de potencia e impotencia, que son *distribuciones* originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas¹⁹ y el azar²⁰ y centralmente *repartos* producidos por la conducta de seres humanos determinables. La referencia metodológica jurídico-sociológica²¹ ha de remitirse a distribuciones y repartos. Aunque tal vez no utilizada inicialmente con la importancia que puede tener, la inclusión de la categoría distribuciones se ha evidenciado como una de las aperturas más relevantes del pensamiento del Derecho, de particular relevancia ante la complejidad del tiempo actual. Entre los grandes interrogantes metodológicos del mundo jurídico está el de re-

15 Es posible *ampliar* en CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976, reed. en “Investigación y Docencia”, N° 37, págs. 85/140, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/959/793>, 24-11-2012.

16 Ampliación de las respuestas.

17 Reducción de las respuestas.

18 Puede ser útil el *método de las variaciones* que modifica imaginariamente los casos para averiguar qué es lo que se considera importante.

19 Aunque es difícil diferenciar la naturaleza de las influencias humanas difusas consideramos que la referencia a las dos categorías, evidenciada por el uso constante de las categorías naturaleza y cultura, puede ser esclarecedora.

20 Nos parece que la discutida categoría azar planteada desde el trialismo originario puede ser mantenida, aunque en el presente caso no la emplearemos.

21 A veces, diferenciando la consideración del objeto jurídico en sí de su referencia al resto del mundo se la nombra con la expresión “Jurística”, de modo que se habla de dimensiones jurísticas.

solver cómo se considerarán las distribuciones y los repartos existentes y cómo se producirán otros repartos. En la dimensión sociológica se encuentran sobre todo los datos real e ideal de la propuesta de Gény.

a') *Las distribuciones*

6. En la referencia a las distribuciones de la *naturaleza* cabe atender a la geografía, con sus proyecciones hidrográficas, orográficas, fitogeográficas, zoogeográficas e ictícolas en especial; de ubicación en cuanto a mares, de situación planetaria, etc.; a las características biológicas de la población, de salud, expectativa de vida, etc. Las *influencias humanas difusas* abarcan, por ejemplo, la economía (con sus despliegues de producción, distribución y consumo, estructura de clases, etc.); la religión; la lengua; la ciencia; el arte; la historia, la educación; la cultura general, etc.²² Puntualizando lo expuesto, cabe señalar que las distribuciones son afines de modo destacable a los datos reales e ideales de la propuesta de Gény. En ellas se realiza el valor espontaneidad.

7. La región del *Mercosur* tiene una composición de países con *asimetría* muy notable que dificulta su integración²³. De cierto modo, el ingreso de Venezuela contribuye a atenuarla. El proceso “mercosureño”²⁴ abarca una gran extensión *geográfica* continua, que incluye tierras de las dos grandes proyecciones de América del Sur, sobre todo atlánticas y en parte andinas. Corresponde a un espacio oceánico atlántico que durante varios siglos vino a ser el “Mare Nostrum”, pero ahora parece estar en vías de ser sustituido por el Pacífico. En su mayor parte, se sitúa en el hasta ahora dependiente hemisferio Sur. En la actualidad están quedando en el espacio mercosureño como miembros plenos la mayoría de los países del sector atlántico sudamericano. En el comienzo del Mercosur ocupaba un lugar predominante la Cuenca del Plata, de la que incluía una parte especialmente significativa. Lo que suceda en esta Cuenca tiene siempre para la Argentina, cuyo nombre incluso se asocia al río de su desembocadura, una importancia estratégica muy especial. El movimiento integrador abarcaba también gran parte de la Cuenca del

²² Se puede *ampliar* en CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Distribuciones y repartos en el mundo jurídico”, Rosario, UNR, 2012.

²³ Es posible *ampliar* en CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Meditación de la asimetría en los procesos de integración, con especial referencia a la relación del Brasil con los otros países del Mercosur”, en “Derecho de la Integración”, N° 8, págs. 27 y ss.

En cuanto a las diversidades entre los países hispanoamericanos y el ámbito lusoamericano, cabe *ampliar* en CIURO CALDANI, Miguel Angel, “El marqués de Pombal, Portugal, Brasil y el Mercosur”, en “Derecho de la Integración”, N° 4, págs. 113 y ss.

²⁴ Dado que se utiliza la expresión “sureño”, preferimos “mercosureño” a “mercosuriano”. Ninguna de las dos palabras figura en el Diccionario de la Real Academia Española (se puede v. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, <http://www.rae.es/rae.html>, 27-11-2012).

Amazonas. En la actualidad sucede lo propio con la Cuenca del Orinoco. En el territorio mercosureño no existen cordones montañosos que interrumpen de manera significativa la continuidad territorial, pero ésta es hasta ahora enormemente dificultada por la selva amazónica. La diversidad climática es muy amplia.

En cuanto a la extensión de los países, cabe referir, en km², que la Argentina posee 2.791.810 (sudamericanos), Brasil 8.511.965, Paraguay 406.752, Uruguay 176.215 y Venezuela, 915.445. El Mercosur tiene importantes y diferentes posibilidades y magnitudes de producción agrícola, ganadera, de hidrocarburos²⁵ y minerales. La zona cuenta con enormes recursos de agua dulce²⁶ y el ámbito amazónico cumple una gran función en la purificación del aire del Planeta²⁷. En general las características geográficas son una fortaleza del Mercosur.

En cuanto a la *población*, en cifras estimadas a 2012 la Argentina tiene 42.192.494 habitantes (2012); Brasil 205.716.890 (2012); Paraguay 6.541.591 (2011); Uruguay 3.316.328 (2011) y Venezuela 28.047.938 (2011). Las expectativas de vida en Uruguay, Argentina y Venezuela superan o alcanzan los 70 años, las de Paraguay y Brasil son inferiores. Los países mercosureños han recibido importantes corrientes migratorias, sobre todo europeas, al punto que la Argentina se ha considerado a veces un país casi europeo. También los despliegues relativamente homogéneos de la población contribuyen a viabilizar el proceso integrador.

8. En lo que se refiere a la *economía*, en cuatro de los países del Mercosur imperan modelos al menos relativamente capitalistas. Uno en cambio se proclama socialista. Suele afirmarse que para la viabilidad de los países mercosureños el Estado tiene que fortalecer la calidad y efectividad de las políticas monetaria y fiscal, así como promover activamente la educación, la inversión en infraestructura e innovación y el desarrollo productivo²⁸. En diversos grados se reclama en general una

25 Se discute si el petróleo es un mineral.

26 Se destacan los acuíferos de Alter Chão y Guaraní. Se dice que el primero es el mayor del mundo.

27 Suele señalarse que la Amazonia es uno de los grandes “pulmones” del mundo.

28 Es posible v. Perspectivas Económicas de América Latina 2012, Transformación del Estado para el Desarrollo, OCDE – CEPAL, 2011, El Estado tiene además que fortalecer la calidad y efectividad de las políticas monetaria y fiscal, así como promover activamente la educación, la inversión en infraestructura e innovación y el desarrollo productivo., http://www.eclac.org/publicaciones/xml/4/44904/2011-548_Leo2011_WEB.pdf, 20-11-2012; Coordinadora de Centrales del Cono Sur, Por una justa distribución de la riqueza, <http://www.cccscs.org/noticias/71-destacadas/234-por-una-justa-distribucion-de-la-riqueza>, 20-11-2012. Tal vez sea útil recordar, por ejemplo, CAPUTO, Orlando L.- GALARCE V., “Aspectos de la Situación Social en los Países del Mercosur. Una Visión Crítica”, Octubre, 1997, <http://www.redcelsofurtado.edu.mx/archivosPDF/caputo2.pdf>, 20-11-2012.

mayor intervención del Estado y una más justa distribución de la riqueza, que en algunos ámbitos está muy concentrada en sectores burgueses o de predominio de cierto modo “feudal”. Argentina ha sido durante mucho tiempo casi un país de clase media. Ahora hay en general, tal vez sobre todo en la recuperación argentina y el crecimiento brasileño, cierto incremento en el desarrollo de las clases medias²⁹. Esta composición constituye una relativa fortaleza del Mercosur.

Por intereses ajenos y propios, la estructura de *comunicaciones* fue en gran medida construida para la vinculación con los espacios centrales internos y del hemisferio Norte, pero a veces habiéndose tomado conciencia del problema se procura superarlo. En la Argentina existen verdaderos “embudos” comunicacionales referidos al puerto de Buenos Aires y a diversos países poderosos del resto del mundo. Especial atención merece el aprovechamiento de las posibilidades fluviales³⁰. La Cuenca del Plata es de gran valor para los países ribereños. Merecen relevante consideración los corredores bioceánicos. La estructura comunicacional es hasta ahora, sin embargo, una debilidad del Mercosur.

Otra gran cuestión económica es la disponibilidad de fuentes de *energía*, asunto de gran relevancia en la viabilidad de Venezuela e incluso para Brasil y en este momento crítico para la Argentina. El petróleo y el gas originan tramas de intereses especialmente complejos³¹. Existen además producción y cooperación hidroeléctrica importantes, por ej. en la Cuenca del Plata³². Vale recordar la gigantesca represa brasile-

29 V. Terra, Banco Mundial destaca política argentina de mejora de ingresos y reducción de la pobreza. En Argentina y Brasil, la disminución de la desigualdad de los ingresos contribuyó sustancialmente a la expansión de la clase media”, detalla el documento titulado “La movilidad económica y el crecimiento de la clase media en América Latina”, que también le confiere al aumento del ingreso per cápita promedio “un rol mucho más importante” en el resto de la región., <http://noticias.terra.com.ar/banco-mundial-destaca-politica-argentina-de-mejora-de-ingresos-y-reduccion-de-la-pobreza,47c03f3a609fa310VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html>, 20-11-2012 ; El Nuevo Herald, 11.20.2012, BM: Clase media en América Latina aumenta 50%,

Read more here:

<http://www.elnuevoherald.com/2012/11/13/1343056/bm-clase-media-en-america-latina.html#storylink=cpy>,

<http://www.elnuevoherald.com/2012/11/13/1343056/bm-clase-media-en-america-latina.html>, 20-11-2012

30 VENESIA, Gualberto (Ing.), “Hidrovia Paraná Paraguay”, <http://cdi.mecon.gov.ar/biblio/docelec/dp3360.pdf>, 21-11-2012; Facetas de la relación política-territorio, LLAIRO, María Monserrat (Dra.), “Los grandes proyectos de infraestructura del Mercosur, La Hidrovia Paraguay-Paraná: realidades y controversias”, http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/3458/llairoproyeccion6.pdf, 21-11-2012.

31 Es posible v. Portal Energético Internacional, RIOS ROCA, Álvaro, “La realidad del gas”, http://www.gabinete.org.ar/Noviembre_2007/gas.htm , 21-11-2012.

32 En relación con el tema se puede c. CEFIR, Atlas de energías renovables del Mercosur, Producción de Energía del Mercosur, http://cefir.org.uy/atlas/index.php?option=com_content&view=article&id=4&Itemid=7 , 21-11-2012. Consumo de Energía del Mercosur, <http://>

ña-paraguaya de Itaipú, la más grande del mundo. También que hay emprendimientos como la argentino-paraguaya represa de Yacyretá-Apipé y las obras, a menudo resistidas -sobre todo por sectores ambientalistas- de las zonas del Amazonas y el Orinoco.

La *producción* de los países mercosureños es a veces entre sí competitiva, pero en otros casos complementaria, como sucede de maneras notorias respectivamente, en el campo de la agricultura, entre la Argentina y Brasil y en el de la energía y la alimentación entre la Argentina y Venezuela³³. El proceso integrador ha incrementado el *comercio* intrazona, pero múltiples barreras han evitado que tuviera los alcances debidos³⁴. Los intereses de los países mercosureños están entramados de modo que, por ejemplo, la Argentina depende mucho de lo que suceda en Brasil e incluso en Venezuela y Uruguay depende en ciertos aspectos de lo que suceda en la Argentina. Al fin parece que lo que más importa a veces es la comercialización externa, por ejemplo con China. El gigante asiático es un factor de recomposición de la estructura económica mundial. Un aspecto del proceso que ha motivado conflictos importantes entre la Argentina y Uruguay es la tensión entre la conservación del medio ambiente y la industrialización, cuyo desenvolvimiento generó sucesos ajenos a lo que puede esperarse de un camino integrador³⁵. Los países mayores del área evidencian importantes dificultades de integración interna que han llevado a afirmar, por ejemplo, que el Mercosur originario respondía sobre todo a los intereses de Buenos Aires y San Pablo. La producción competitiva y la atracción externa son debilidades; la complementariedad es una fortaleza.

Hoy Brasil es referido como parte del grupo de países de gran

cefir.org.uy/atlas/index.php?option=com_content&view=article&id=3&Itemid=6 , 21-11-2012; La energía en el Mercosur al 2025, <http://www.ambiental.net/coscoroba/hontyenergia/HontyEnergiaAmbDesarrolloCap5.pdf>, 21-11-2012.

33 Mercosur abc, MASI, Fernando, "Integración Productiva: la salida competitiva para las economías pequeñas del Mercosur", <http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=3272&IdSeccion=7> . 21-11-2012

34 V. por ej. Cámara Argentina de Comercio, http://www.cac.com.ar/noticia/INFORME_MERCOSUR_ELABORADO_POR_EL_DEPARTAMENTO_DE_ECONOMIA_DE_LA_CAC_3248, 21-11-2012

35 Cabe recordar por ejemplo: Cour Internationale de Justice, Usines de Pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/10779.pdf>, 26-11-2012 ; American Society of International Law, Pulp Mills on the River Uruguay: The International Court of Justice Recognizes Environmental Impact Assessment as a Duty under International Law

By Cymie R. Payne, <http://www.asil.org/insights100422.cfm>, 26-11-2012). GEIC, CIPOLATTI, Verónica, "Caso Papeleras: el Fallo de la Corte Internacional de Justicia y sus repercusiones nacionales e internacionales", http://geic.files.wordpress.com/2010/12/nota_de_opinion_fallo_de_la_haya1.pdf, 21-11-2012.

territorio y población constitutivo del espacio “Brics”. Sus proyecciones principales no siempre están remitidas al Mercosur. Quizás a través de su amistad con Venezuela y tal vez por cuestiones energéticas la Argentina se aproxime a Irán, cuya producción respectiva puede serle de interés³⁶. Todo lo que se resuelva en los países del Mercosur y en el proceso en conjunto ha de tener en cuenta la crisis del capitalismo central, principalmente en la Unión Europea. En general, la economía constituye una complejidad de fortalezas y debilidades del proceso integrador.

9. La *religión* predominante en el Mercosur es el catolicismo, aunque también hay presencia de otras orientaciones cristianas, el judaísmo³⁷, el Islam, la tradición umbanda, etc.³⁸. Asimismo hay orientaciones sincréticas, sobre todo en Brasil. En los últimos tiempos, desde Brasil se ha desarrollado la Iglesia Universal del Reino de Dios, con ciertas afinidades pentecostales³⁹. Brasil es el país con más presencias católica y espiritista en el Planeta. La herencia católica constituye la base religiosa de todos los países mercosureños, aunque hay importante espacio de quienes se llaman católicos no practicantes. Esta herencia permite considerar con especial interés la explicación weberiana de la menor aptitud de los países católicos para el desarrollo capitalista⁴⁰. Algunos piensan que la expansión de ciertas orientaciones protestantes estaría ligada a la obra norteamericana para debilitar el sentido nacionalista de los países de la región. La afinidad religiosa básica constituye, de todos modos, una fortaleza mercosureña.

10. Si se ha podido decir incluso que el hombre es su *lenguaje*, mucho vale considerar que las lenguas mercosureñas dominantes, el español y el portugués, son derivaciones latinas muy próximas⁴¹. Incluso, sobre todo en regiones de fronteras, hay híbridos que integran las dos lenguas. El español y el portugués conviven en diversas medidas con lenguas indígenas, como la importante lengua guaraní que, junto al español, es oficial en Paraguay. La supervivencia del guaraní en Paraguay suele ser explicada por el carácter mediterráneo del país y la fuerte influencia educadora de las madres, que la transmitieron a sus hijos. Sin

36 También se ha de atender a las dificultades financieras internacionales del país rioplatense.

37 Las colectividades judías de la Argentina y Brasil figuran entre las mayores del mundo.

38 Es posible v. Asociación de Cientistas Sociales de la Religión en el Mercosur, <http://www.naya.org.ar/religion/histor.htm>, 21-11-2012; Escuela de Umbanda del Mercosur, <http://escueladeumbanda.blogspot.com.ar/2010/03/ciclo-2010-promocion-exclusiva-para.html>, 21-11-2012.

39 Caracterizada por promesas de curas milagrosas, prosperidad y cambios vida y a menudo apoyada en testimonios de conversos.

40 Es posible c. WEBER, Max. “La ética protestante y el espíritu del capitalismo”, trad. Luis Legaz Lacambra, 2ª ed., Barcelona, Península 1973.

41 También denominadas “romances” o “románicas”.

embargo, todas las lenguas mercosureñas se encuentran bajo la presión globalizante del inglés. Por primera vez en siglos la lengua dominante en el mundo no es de origen latino sino en gran medida germánica. El despliegue lingüístico muy afín es una fortaleza muy grande para el Mercosur.

11. Los países del Mercosur tienen acervos *científicos* y *técnicos* de nivel intermedio. Todos poseen una organización estructurada en consejos nacionales de investigaciones científicas y técnicas y organismos especializados por áreas⁴². En cuanto a distinciones en ciencias naturales, cabe referir que la Argentina cuenta con tres premios Nobel (uno nacionalizado británico), Brasil fue lugar de nacimiento de uno y Venezuela fue sitio de nacimiento de otro que se desarrolló profesionalmente en los Estados Unidos de América⁴³. El enfoque científico y técnico en colaboración es una vía de fortaleza para la integración mercosureña⁴⁴.

12. El potencial *artístico* de los países del Mercosur es muy relevante. En el ámbito arquitectónico cabe destacar por ejemplo al argentino César Pelli y al brasileño Oscar Niemeyer; en el de la literatura, v. gr. al argentino de amplia dimensión universal Jorge Luis Borges, su de cierto modo connacional Julio Cortázar⁴⁵, el brasileño José Mauro de Vasconcelos, el paraguayo Augusto Roa Bastos, el uruguayo Eduardo Galeano y los venezolanos Rómulo Gallegos y Arturo Uslar Pietri; en la música, al argentino Astor Piazzolla, el brasileño Heitor Villa-Lobos y el venezolano Inocente Carreño; en la danza, al argentino Jorge Don, etc. El espacio artístico es una fortaleza para la integración del Mercosur.

13. En el campo *histórico* cabe mencionar la ubicación de los pueblos precolombinos, diversa de las divisiones impuestas por las potencias europeas conquistadoras, como es el caso de la familia lingüística tupí-guaraní, que ocupó partes de la Argentina, Paraguay y Brasil⁴⁶. Las potencias ibéricas que se asentaron en las tierras mercosureñas transpusieron su cultura sobreponiéndola a las de los pueblos indígenas. En

42 Es posible c. Slideshare, CAMPERO, Esteban, “Los sistemas nacionales de innovación en los países del Mercosur. Diferencias y similitudes y políticas de conjunto”, 25 de junio de 2008, <http://www.slideshare.net/estebancampero/mercosur-488194>, 21-11-2012.

43 Científicos uruguayos comparten el premio Nobel de la Paz (v. Presidencia República Oriental del Uruguay, http://archivo.presidencia.gub.uy/_web/noticias/2008/04/2008040708.htm, 21-11-2012).

44 V. por ej. Programa marco de Ciencia, Tecnología e Innovación del Mercosur para el período 2008-2012, http://www.recyt.mincyt.gov.ar/files/ProgramaMarco/programa_marco_espanol.pdf, 27-11-2012.

45 Nacido en Bélgica y nacionalizado francés.

46 Es posible ampliar en CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Tres reflexiones filosófico históricas sobre la vida de los guaraníes”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 4, págs. 63 y ss.

el ámbito del Mercosur España armó el Virreinato del Río de la Plata y la Capitanía General de Venezuela y Portugal constituyó el principado y el reino de Brasil. Múltiples *conflictos* se produjeron en Sudamérica entre Portugal y España y luego entre Portugal⁴⁷ y Brasil y las Provincias Unidas del Río de la Plata, en cierta medida sucesoras del Virreinato. La unión virreinal fue constituida reordenando diversos territorios y con miras a frenar la influencia portuguesa en la Cuenca del Plata. Al independizarse, las tierras del Virreinato del Río de la Plata se desintegraron, en tanto Brasil conservó su unidad territorial. Esta diversidad de caminos se debió en parte considerable a la injerencia británica, que dividía a los países hispánicos para acentuar su dominio, en tanto no lo hacía con la esfera de cultura lusitana, según los casos, más o menos amiga. La existencia misma de Uruguay como Estado “de equilibrio”, surgió de la intervención brasileña favorecida por Gran Bretaña. Entre 1864 y 1870 se desarrolló entre países de la Cuenca la Guerra de la Triple Alianza que, aunque el tema se discute, parece ser en parte una expresión más de la permanente intervención inglesa en la región. En ese conflicto la Argentina guerreó contra los que eran, evidentemente, sus intereses permanentes. Como resultado de la lucha, Paraguay padeció un desastre demográfico casi totalmente infundado y quedó durante largo tiempo sometido a excesivas influencias brasileñas y argentinas.

Durante muchos años la Argentina y Brasil tuvieron sus relaciones dominadas por *hipótesis de conflictos* hasta que en 1985 se firmó la *Declaración de Foz de Iguazú* que se plasmaría, con un espíritu más comercial, en el Tratado de Asunción que sirve de base al Mercosur⁴⁸. Las orientaciones en cuanto a “*cuestiones de Estado*”, de interés permanente del país, son mucho más sólidas en Brasil que en la Argentina. Los países más pequeños han tenido a veces ciertos temores ante los mayores. El relato de la historia de los países de la región fue construido con referencia a conflictos que deben ser superados.

Antes del proceso del Mercosur los países de la región participaron en intentos de integración que no fueron satisfactorios. Todos los países mercosureños son parte de la nueva Unasur⁴⁹. La evolución de los últimos años ha mostrado que la confluencia de *intereses asumida* por los gobiernos es limitada. Incluso dentro del proceso, parece que en la actualidad hay una posibilidad de especial afinidad paraguayo-bra-

47 En cierto momento Reino Unido de Portugal, Brasil y Algarve.

48 V. MARTINEZ, María Celia y otros, “Cronología del Mercado Común del Sur (Mercosur): Principales acontecimientos en los 20 años de existencia del bloque 1991-2011”, en NEGRO, op. cit., t. II, 2012, págs. 233 y ss.

49 Paraguay fue suspendido.

sileña⁵⁰ y otra venezolano-argentina. Vale reflexionar acerca de si para los intereses permanentes de la Argentina, más allá de la circunstancia energética, esta referencia paraguaya a Brasil es resultado de un error estratégico propio. La perspectiva histórica es ámbito de fortalezas y debilidades mercosureñas.

14. En el campo *educativo*, según los datos disponibles los países del Mercosur presentan los siguientes índices de analfabetismo: Uruguay, 2; Argentina, 3; Paraguay 6; Venezuela, 7 y Brasil 12. Mucho es lo que puede hacerse para la integración en el campo de la educación. Se ha estructurado el Mercosur Educativo y cabe referir en particular la importancia que desde esta perspectiva tienen las instituciones universitarias⁵¹. En general las realidades y las posibilidades educativas son fortalezas que contribuyen de manera destacada a la viabilidad del proceso integrador.

15. En el ámbito de la *cultura en general* cabe destacar la diversidad de los elementos *anglofranceses e hispánicos tradicionales* de la cultura ibérica peninsular, especialmente hispánica, reproducidos en América. España e incluso Portugal no fueron protagonistas de la Modernidad, ni de las Revoluciones Burguesas, ni de la Revolución Industrial. Tal vez por eso quedaron diferenciadas en esos dos ámbitos culturales.

El despliegue cultural *anglofrancés* es más abstencionista, afín a la Reforma, individualista e ilustrado. A menudo es más republicano⁵² y liberal. Entre sus grandes representantes están Carlos III⁵³ y de cierto modo Pombal⁵⁴. Cabe mencionar también a Miranda, Moreno, Belgrano, Pedro II, Rivadavia, Rivera, Mitre, Sarmiento, los Alvear, Aramburu, etc. En la Argentina estuvo representado en gran medida por el partido

50 UltimaHora.com, 27 de Noviembre de 2012, Franco sostiene que Paraguay se debe “pegar” al Brasil para desarrollarse, <http://www.ultimahora.com/notas/580529-Franco-sostiene-que--Paraguay--se-debe-pegar-al-Brasil-para-desarrollarse>, 27-11-2012.

51 V. Aporte a la comprensión del: Mercosur Red Académica Uruguaya, La educación, <http://www.rau.edu.uy/mercosur/faq/pre26.merco.htm>, 22-11-2012; Ministerio de Educación, Presidencia de la Nación, DNCI, Programa de desarrollo del Sector Educativo del Mercosur, http://www.me.gov.ar/dnci/merc_index.html, 22-11-2012; Ministerio de Educación, Presidencia de la Nación, Instituto Nacional de Formación Docente, Mercosur, Programa de Apoyo al Sector Educativo del Mercosur para Formación docente (PASEM), <http://portales.educacion.gov.ar/inf/d/mercosur/>, 22-11-2012; Asociación de Universidades Grupo Montevideo, <http://grupomontevideo.edu.uy/>, 22-11-2012. Es posible *ampliar* en CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Meditación sobre la tarea jurídica universitaria en los marcos de la integración y la globalización/marginación (A la búsqueda de la universalización)”, en “Derecho de la Integración”, N° 12, págs. 52/56.

52 En el sentido de la división de poderes.

53 Vale diferenciar a los anglofrancesados considerados en el texto de los específicamente afrancesados españoles partidarios de José I.

54 Se puede v. el artículo “El marqués de Pombal ...” cit.

unitario, que buscaba el predominio del puerto de Buenos Aires. En Uruguay parece claro referirlo a la línea del Partido Colorado, más cercano a Brasil y por cierto tiempo a Pedro II. En el campo arquitectónico cabe remitirse, por ejemplo, al italianizante Palacio Real de Madrid y al barrio porteño de la Recoleta.

El despliegue cultural *hispanico tradicional* y en sentido amplio *ibérico tradicional* es más intervencionista, afín al catolicismo tradicional, comunitarista y romántico. Suele referirse más a Santo Tomás de Aquino y Suárez e incluso a la democracia rousseauiana, a menudo con fuerte predominio de las mayorías. Entre sus grandes representantes europeos figura Felipe II. En el ámbito rioplatense cabe mencionar a Rosas, Oribe, Perón, Duhalde, etc.⁵⁵ En Uruguay resulta también claro remitirse a la línea del Partido Nacional (Blanco). En Brasil es posible mencionar a Vargas, Quadros, Goulart, Brizola, etc. También el venezolano Chávez puede ser ubicado en este ámbito. En el campo arquitectónico vale atender como expresiones hispánicas tradicionales al Monasterio de El Escorial y el barrio porteño de San Telmo o la ciudad de Salta⁵⁶. Gran parte de las guerras civiles que se produjeron en la región estuvo motivada por conflictos entre anglofranceses e hispánicos tradicionales⁵⁷.

Otros temas relevantes desde el punto de vista de la cultura son los de las migraciones y la multiculturalidad. Si bien suele haber asimilación, en países como la Argentina se presenta a veces cierto rechazo a migraciones de origen no europeo⁵⁸.

Creemos que puede sostenerse que el sector hispanico tradicional

55 Aunque las relaciones entre ambos no fueron buenas, cabe mencionar que Oribe, a semejanza de lo que había sido Artigas, puede ser considerado un héroe de las luchas argentinas. Rosas y Oribe fueron “demonizados” por la historia oficial escrita por los anglofranceses y tuvieron que ser reivindicados largo tiempo después de su muerte.

Aunque tiene ciertas afinidades anglofrancesas “progresistas” el gobierno argentino actual, a semejanza del chavismo, posee relaciones importantes con el estilo hispanico tradicional. Esgrieme un fuerte planteo opuesto a intereses británicos.

56 Es posible *ampliar* en CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Bases Jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993; “Estudios Jurídicos del Bicentenario”, Rosario, UNR Editora, 2010, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 23-11-2012; “Aportes jusfilosóficos para la comprensión de las condiciones constitucionales de los Estados hispanoamericanos y de su aptitud para la integración”, en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”, 13 ° año, t. II, págs. 725/739.

57 Como en parte se ha referido en el texto y salvando diferencias no del todo irrelevantes, en la Segunda Guerra Mundial cabe referir el sector anglofrancés a las potencias “atlánticas” y el espacio ibérico tradicional a las del Eje europeo, sobre todo a Italia.

58 Unesco, CALDERON G., Fernando – SZMUKLER, Alicia B., “Aspectos culturales de las migraciones en el Mercosur”, referido principalmente al caso de los inmigrantes bolivianos, <http://www.unesco.org/most/calderon.htm>, 23-11-2012.

tiene más inclinación a la integración con los propios países hispánicos, pero en general la escisión entre anglofranceses e hispánicos tradicionales, con las tensiones que produce, puede ser considerada también una debilidad del proceso mercosureño.

b') Los repartos

16. Los *repartos* se producen, también en despliegues de *fuerza*, en espacios de distribuciones y de otros repartos. Hay que aprovechar las oportunidades respectivas. Se han de reconocer realidades en las que se toman y ejecutan *decisiones* mediante lo que se considera el ejercicio de la *libertad*. Para que haya conducta tiene que haber libertad, y debe producirse un ejercicio lúcido de ella. El ejercicio de la libertad se hace más lúcido cuando se cuenta con la metodología de las perspectivas socio-normo-dikelógicas del trialismo. En los repartos se satisface el valor *conducción*.

Para considerar los *repartos* hay que atender a los *repartidores* (conductores), los *recipiendarios* (beneficiados y gravados), los *objetos* (potencias e impotencias), las *formas* (camino para iniciarlos) y las *razones* (móviles, razones alegadas y razones que en su caso atribuye la sociedad cuando considera que son valiosos). Por ejemplo: es relevante establecer cuáles son y serán las formas –procesales o de mera imposición, negociales o de mera adhesión– como caminos previos de mayor o menor audiencia para la toma de decisiones. El campo de los alegatos suele ser muy diverso de lo que se quiere. La fuerza de desenmascaramiento de la noción de reparto tiene destacada significación.

Es en marco complejo de distribuciones y repartos, con fortalezas y debilidades, que ha de producirse la *conducción repartidora* mercosureña. Es necesario contar con la fuerza necesaria para cambiar la realidad y con la libertad y la lucidez debidas para producir las conducciones pertinentes. A veces los repartidores mercosureños son y serán otros que los expresados en las normas y mucho de lo que se decide y decidirá al respecto depende del gran poder que no sólo en las normas sino en los hechos ejercen y ejercerán los respectivos Presidentes. Asimismo vale atender todavía a cierto predominio de sectores económicos regionales y extrarregionales y a la insuficiencia de la participación democrática⁵⁹. Cabe recordar que, como ha sucedido hasta no hace mucho en países de nuestro continente, algunas medidas económicas pueden

⁵⁹ Se puede *ampliar* en CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Significados de los órganos de gobierno del Mercosur”, en “La Ley - Voces Jurídicas Gran Cuyo”, Año 3, Número 4, 1998, págs.279/285; CORREA FREITAS, Ruben, “Los órganos del Mercosur: hacia la conformación de un Parlamento común”, UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2005.2/pr/pr21.pdf>, 2-12-2012.

producir sumisión a la injerencia de gobernantes de organismos financieros internacionales. Importa atender a qué repartidores judiciales, arbitrales, financieros, etc. intervendrán en la solución de los conflictos de particulares y de gobiernos.

Es muy relevante considerar quiénes se *benefician* y se *beneficiarán*, se perjudican y perjudicarán con los repartos mercosureños. Por ejemplo, hay que apreciar si serán sectores privilegiados o populares, de ciertas regiones o de los países en su conjunto, etc. A semejanza de lo que se ha debatido en Europa, hay que determinar si se tratará o no de la integración “de los comerciantes”. Es muy significativo considerar en qué *aspectos de la vida* se producen y producirán los beneficios y los perjuicios de la integración. Parecería que, pese a lo alegado, el Mercosur no cuenta a veces con móviles de compromiso de los gobernantes y la razonabilidad social generalizada deseables. Esto puede ser una de sus mayores debilidades.

17. Hay que atender a que los repartos pueden ser *autoritarios*, desenvueltos por imposición, y *autónomos*, desarrollados por acuerdo. Los primeros realizan el valor poder y los segundos satisfacen el valor cooperación. En el caso especial del monismo internacional e interno, los acuerdos entre los Estados plasmados en tratados se desenvuelven por autonomía, aunque en los marcos internos constituyan autoridad. Sin embargo, por ejemplo, la incorporación de Venezuela se produjo autónomamente pero sobre la base de la autoridad plasmada en la suspensión de Paraguay. Los alcances de la autonomía de los particulares en el ámbito del Derecho Privado del Mercosur ha motivado debates, pero se ha llegado a sostener que es muy amplia, sobre todo en el curso de la “lex mercatoria”⁶⁰. El despliegue debido de la autonomía de los particulares puede fortalecer la integración.

18. El método ha de considerar que los repartos pueden presentarse *ordenados*, constituyendo un régimen que satisface el valor orden, o *desordenados*, en anarquía que realiza el “disvalor” arbitrariedad. El orden de repartos se produce según dos modos constitutivos, el *plan de gobierno*, con sentido vertical descendente, y la *ejemplaridad*, de modo horizontal. El plan de gobierno indica quiénes son los supremos repartidores (quiénes mandan) y cuáles son los criterios supremos de reparto (con qué criterios se manda). Se manifiesta por ejemplo en constitu-

60 Es posible c. GIMENEZ CORTE, Cristian, “Usos y Costumbre Jurídica y nueva lex mercatoria en América Latina con especial referencia al Mercosur” (tesis doctoral Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; aprobada con clasificación 10 –Sobresaliente– y recomendada para publicación; 8 de febrero de 2007), “Usos comerciales, costumbre jurídica y nueva “lex mercatoria” en América Latina. Con especial referencia al Mercosur”, Bs. As., Ábaco, 2010.

ciones, tratados en sus despliegues internos, directivas, leyes, decretos, sentencias, ordenanzas administrativas, etc. Cuando está en marcha realiza el valor previsibilidad. La ejemplaridad se desarrolla a través del seguimiento de repartos considerados razonables y se expresa en la costumbre, la *lex mercatoria*, la jurisprudencia, etc. Satisface el valor solidaridad. La anarquía puede ser institucional y teleológica, en la primera no se sabe quiénes mandan y en la segunda se ignora cuáles son los criterios con que se manda.

La planificación del Mercosur, expresada de modo principal en el Tratado de Asunción y sus protocolos, cuenta con una ejemplaridad muy diversificada según países, sectores y niveles de compromiso. Como de cierto modo ya se manifestó, el proyecto mercosureño no ha contado con el seguimiento debido de parte de varios gobiernos⁶¹ y poblaciones de frontera que han adoptado comportamientos claramente contrarios al sentido de la integración y han suscitado casos de anarquía, sobre todo teleológica (por ejemplo en cuanto al comercio y a las barreras o los obstáculos producidos por pobladores con cierto consentimiento gubernamental, v. gr. en los cortes de rutas). Los comportamientos internos a menudo no ordenados de las poblaciones de algunos países suelen provocar también debilidades para el proceso integrador⁶². Sin orden, la integración es muy difícil.

19. Los repartos y su orden pueden tropezar con *límites necesarios* surgidos de la denominada “naturaleza de las cosas”. Pueden ser físicos, psíquicos, lógicos, sociopolíticos, socioeconómicos y de proyectos en cuestiones vitales. Los límites deben ser respetados o cambiados, no ignorados.

Los repartos y sus órdenes se producen en espacios constitucionales materiales, formados por los factores de poder. Si estos factores se oponen a lo pretendido es necesario hacerlos ceder para que lo pretendido sea posible.

El Mercosur viene tropezando con límites en la voluntad integra-

61 Suelen evidenciarse carencias para llegar a ser de manera suficiente un proyecto vital común.

Cabe considerar v. gr. RUBINO, María Angélica (Dra.), “Protocolo de medidas cautelares”, en Seminario Internacional, “Derecho de la Integración”, Los jueces ante el Mercosur, <http://www.salvador.edu.ar/dchointe.htm>, 26-11-2012.

62 Vale tener presente por ej. NINO, Carlos Santiago, “Un país al margen de la ley”, Bs. As., Emecé, 1992; Portal Guarani, ROMERO SANABRÍA, Aníbal, “La globalización y los diez pecados, capitales del paraguay”, http://www.portalguarani.com/obras_autores_detalle.php?id_obras=1722, 23-11-2012. Cabe c. asimismo los “Estudios Jurídicos del Bicentenario” cits., págs. 91 y ss.

dora de ciertos gobernantes⁶³; socioeconómicos, por obstáculos emergentes de los conflictos de intereses internos y externos, y de proyectos en cuestiones vitales, porque los dirigentes suelen creer que les es vital proyectarse al exterior abandonando las referencias integradoras y replantean e incluso abandonan las exigencias del proceso. Muchos factores de poder dejan las consideraciones mercosureñas procurando éxitos quizás sólo momentáneos. La estructura del Mercosur no tiene la solidez que deseamos y a veces los intereses de la confluencia son claudicantes. Tal vez la Unasur agregue un ingrediente de simpatía más amplia, pero sea todavía más difícil de estabilizar. En este despliegue de los límites necesarios se evidencian importantes debilidades de la integración.

20. Las *categorías básicas* de la dimensión sociológica del mundo jurídico más significativas en este caso son la causalidad, la finalidad subjetiva, la finalidad “objetiva” de los acontecimientos⁶⁴, la posibilidad y la realidad. Todas, menos la finalidad subjetiva, se refieren al conjunto de sus manifestaciones y en consecuencia nos son inabordables. Por eso tenemos que fraccionarlas produciendo certeza. El manejo de estas categorías tiene gran valor para la metodología jurídica. Por ejemplo, vale dominar la causalidad, la finalidad objetiva, la finalidad subjetiva, la posibilidad y la realidad⁶⁵.

Cuando la finalidad subjetiva logra que la causalidad y la finalidad objetiva correspondan a ella los repartos son *exitosos*; si la finalidad objetiva corresponde a la finalidad subjetiva por otras causas, los repartos son “*superados*” y si la causalidad y la finalidad objetiva no llegan a corresponder a la finalidad subjetiva los repartos son *fracasados*. El manejo de las categorías brinda *experiencia*.

En el caso del Mercosur, la metodología categorial puede consistir por ejemplo en reducir, ampliar, sustituir o incluso suspender alcances del proceso integrador; en el establecimiento de acuerdos con otros países o procesos, etc. El manejo de las categorías puede ser relevante para la comprensión del carácter de proceso que tiene la integración.

63 V. por ej. Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Argentina y Brasil 2015. Construyendo una visión compartida, Segunda Parte, Informe coordinado por Félix Peña y José Botafogo Gonçalves, <http://www.cari.org.ar/pdf/argentina-brasil-2015-parte2.pdf>, 26-12-2012. Asimismo puede v. El Atlántico, 08.08.2012, Brasil militarizó sus fronteras con Argentina Uruguay y Paraguay, <http://www.diarioelatlantico.com/diario/2012/08/08/45100-brasil-militarizo-sus-fronteras-con-argentina-uruguay-y-paraguay.html>, 26-11-2012). Según lo ya referido, quizás también la problemática de Botnia evidencie interés limitado en la integración.

64 Al menos las tenemos por objetivas.

65 Se puede ampliar en CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Bases del pensamiento jurídico”, Rosario, UNR Editora, 2012.

Consideramos notorio que la integración sería más *posible* que su realidad actual si las *finalidades subjetivas* de sus gobernantes fueran más firmes en sostenerla y desarrollarla. Intereses y certezas que deberían ser momentáneos producen incluso debilidades y ciertos retrocesos en los niveles de integración. El tiempo transcurrido desde el origen del Mercosur permite juicios de éxito y frustración y brinda cierta experiencia.

b) Dimensión normológica

21. Entre los grandes interrogantes metodológicos del mundo jurídico está el del reconocimiento y la producción de las normatividades. En éstas se presentan en gran medida el dato histórico y sobre todo lo construido del planteo de la escuela de la libre investigación científica.

La propuesta del integrativismo tridimensionalista trialista, preocupada por la realización del Derecho en la vida de los seres humanos, construye la noción de *norma* como la captación lógica neutral de un reparto proyectado, respecto de la cual es particularmente importante el cumplimiento, productor de su *exactitud*⁶⁶. Se requiere la metodología necesaria para que las normas sean exactas.

En este caso, importa que las normas mercosureñas obtengan exactitud, logro que a veces se realiza y en otros casos no. El Mercosur está lejos de ser un mercado común. Casos especialmente notorios de frecuente inexactitud son los obstáculos fronterizos para la circulación de personas y de mercaderías. Ante ciertos problemas, se plantea la debilidad de que intereses tácticos de circunstancias hacen dejar de lado la estrategia de la integración.

22. La norma es un juicio y como tal posee una *estructura* que consta de un antecedente, que capta el sector social a reglamentar, y una consecuencia jurídica, que capta su reglamentación. Cada uno posee características positivas, que deben estar presentes para que la norma funcione, y características negativas, que excluyen o concluyen su funcionamiento⁶⁷. La referencia a las distintas partes de la norma abre campos más comprensibles a movimientos metodológicos.

La estructura normativa de referencia se presenta también en las normas de la integración. Las partes de las normas son perspectivas

⁶⁶ Un tema muy discutible, pero que merece importante consideración, es el expuesto por SANGUINETTI, Julio María, en "Un Mercosur sin leyes ni principios", La Nación, 25 de agosto de 2012, La Nación.com, <http://www.lanacion.com.ar/1502304-un-mercosur-sin-leYES-ni-principios>, 26-11-2012.

⁶⁷ Se opta por una construcción compleja de la norma que pretende captar la plenitud compleja del reparto.

para la comprensión lógica de la metodología normativa de la integración.

Incluso puede construirse al respecto una *norma generalísima*, sistematizadora de los problemas de la integración, inspirada en nuestro caso en la norma generalísima que sistematiza los problemas del Derecho Internacional Privado⁶⁸. Como en todos los contactos de sistemas significativos diversos, las normas de integración generan el problema de las *calificaciones*, consistente en determinar qué Derecho determinará en última instancia los significados de los términos empleados. A menudo se utilizan calificaciones propias de las fuentes empleadas. Las características positivas del antecedente son el lugar de la *delimitación de los problemas de integración*. Las características negativas del antecedente brindan el sitio sistemático de las *salvaguardas*, que protegen la existencia diversa de los Estados y el rechazo del *fraude a la ley*, que resguarda a la estructura integrada del abuso de las partes. Las características positivas de la consecuencia jurídica constituyen el lugar de la configuración del *espacio integrado*, con sus distintas *profundidades* y las *libertades fundamentales*. Las características negativas de la consecuencia jurídica son el sitio de la reserva del orden público que resguarda al fin la individualidad de los Estados. El manejo de las posibilidades estructurales de los problemas es una fortaleza de la integración.

23. Las *fuentes* de las normas son reales o de conocimiento. Las primeras son materiales, los repartos mismos, o formales, las “autobiografías” de las normas elaboradas por los propios repartidores. Las fuentes de conocimiento constituyen la doctrina.

Las fuentes formales pueden ser más o menos flexibles o rígidas, según la facilidad o dificultad con que son elaboradas o modificadas; elásticas o inelásticas, conforme a su aptitud para adaptarse a los cambios de la realidad, y más o menos participativas, atendiendo a la intervención que los interesados tengan en elaboración. Es relevante, asimismo, la jerarquía material y formal que tengan en relación con otras normas. El empleo de diferentes fuentes corresponde a distintas soluciones metodológicas. Por ejemplo: una opción metodológica es la constitucionalización o el tratamiento constitucional de las cuestiones para brindar a sus soluciones los caracteres de rigidez y superioridad que poseen las fuentes constitucionales e internacionales.

Los procesos de integración suelen generar fuentes propias, incluso con denominaciones, flexibilidad o rigidez, elasticidad o inelasticidad y participación específicas. Las fuentes jurídicas del Mercosur son

68 Se presenta así la concepción normológica de la ciencia del Derecho de la Integración.

sobre todo 1) el Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios; 2) los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos; 3) las decisiones del Consejo del Mercado Común y las directivas de la Comisión de Comercio. A veces las fuentes producen cierta “inflación” legislativa. Un dato significativo es que las normas mercosureñas carecen de supranacionalidad. Aunque se ha afirmado la tendencia formal a reconocer supremacía a los tratados sobre las leyes, sucesos como los obstáculos en áreas fronterizas evidencian que la jerarquía de las fuentes en la materialidad es inferior a la que se indica en el nivel de las formas. Salvo la debilidad de la inexistencia de supranacionalidad, las fuentes formales mercosureñas son en general fortalezas que, sin embargo, no se concretan del mismo modo en la materialidad. Quizás se ha pretendido desde la forma más de lo que ésta puede brindar.

Existe ya un abundante material doctrinario que contribuye a consolidar el proceso integrador. La existencia de este material es una fortaleza mercosureña.

24. Para que los repartos proyectados captados en las normas lleguen a ser repartos realizados es necesario que éstas *funcionen*, cumpliendo en las medidas necesarias tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación y síntesis. El funcionamiento significa relaciones a menudo tensas entre los autores de las normas (v. gr. los legisladores) y los encargados de su funcionamiento (por ej. los jueces, administradores, etc.). Al fin cada uno hace lo que desea dentro de lo que puede, aunque ha de desear y querer lo valioso. Las normas y en correspondencia con ellas sus repartos proyectados, son lo que los encargados de su funcionamiento (v. gr. los jueces, administradores, etc.) las hacen ser dentro de lo que desean y pueden. Por esto es muy importante contar con encargados que estén suficientemente comprometidos con los proyectos de reparto, v. gr., a través de una jurisdicción especializada. Además del funcionamiento formal existe un funcionamiento conjetural, que influye en gran medida en el comportamiento de los interesados. El funcionamiento constituye un complejo metodológico de importancia.

El funcionamiento mercosureño ha de producirse, sobre todo en caso de necesidad de elaboración, atendiendo a que los Estados Parte tienen como objetivos principales el desarrollo económico con justicia social y la inserción internacional que incentive la competitividad externa de sus integrantes a través de la ampliación de sus mercados nacionales y la consolidación del poder en un bloque económico⁶⁹.

⁶⁹ En cuanto a los aspectos sociales se pueden v. por ej. Secretaría Permanente Mercosur

El Mercosur se ha ocupado de ir avanzando en los métodos de solución de controversias y ha progresado especialmente con la constitución del Tribunal Permanente de Revisión, pero resultaría de gran significación contar con un órgano jurisdiccional del tipo de los Tribunales de las comunidades Europeas, que tanto hacen para la integración⁷⁰. La ausencia de un tribunal de este tipo es una de las debilidades del proceso.

25. Al captar los repartos proyectados, las normas se valen de *conceptos* que les dan precisión e influyen en los sentidos que les atribuimos. Los conceptos integran los repartos proyectados. Pueden ser más institucionales o negociales, más o menos cargados de ideas y menos o más disponibles para los interesados. Desde este punto de vista se aprecia mejor lo que Gény denomina lo construido.

Aunque ha quedado dependiente de la intergubernamentalidad, el Mercosur ha dado a su institucionalidad el nivel máximo conceptual de *persona jurídica* y encomendó su ejercicio al Consejo del Mercado Común⁷¹. Pese a que la intergubernamentalidad es una debilidad, la personalidad jurídica es una relativa fortaleza del proceso integrador.

26. Se considera que el *ordenamiento normativo* es la captación lógica neutral de un orden de repartos. El ordenamiento contiene el imperativo de la *legalidad*. Se constituye mediante *relaciones* verticales y horizontales, de producción y de contenido. Por las relaciones verticales de producción realiza el valor subordinación; por las vinculaciones verticales de contenido satisface el valor ilación; por las relaciones horizontales de producción realiza el valor infalibilidad y por las vinculaciones “horizontales”⁷² de contenido satisface el valor concordancia. El conjunto realiza el valor coherencia. El ordenamiento contiene *subordenamientos* que se identifican al fin por el recurso a principios propios. Según las actitudes que asuman los encargados del funcionamiento ante las lagunas, los ordenamientos son *meros órdenes*, donde corresponde

Social, Declaración de Principios del Mercosur Social, Carta de Montevideo, http://www.mercosur-social.org/documentos/declaraciones/declaracion_de_principios_esp.pdf, 26-11-2012.

70 Tribunal Permanente de Revisión, <http://www.tprmercosur.org/es/index.htm>, 25-11-2012; RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto, “Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente del Mercosur a través de los tribunales superiores de los Estados Partes”, UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.1/pr/pr29.pdf>, 25-11-2012. Se puede ampliar también en CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Filosofía de la Jurisdicción - Con especial referencia a la posible constitución de un tribunal judicial del Mercosur”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1092/996>, 25-11-2012.

71 Art. 8, III del Protocolo de Ouro Preto sobre la Estructura Institucional del Mercosur.

72 Consideramos horizontales a las relaciones que no son verticales, por ejemplo, entre una resolución administrativa y una ley penal que la resguarda.

consultar a los autores y éstos conservan el poder residual; *sistemas materiales*, donde los encargados del funcionamiento resuelven según lo consideren valioso (por autointegración o heterointegración) poseyendo ellos el poder residual, o *sistemas formales*, en los que los encargados deben resolver aplicando una regla de cierre (v. gr. la exigencia de ley previa para que haya delito y pena), de modo que el poder residual corresponde a los beneficiarios de estos cierres. Los meros órdenes suelen expresarse en recopilaciones y los sistemas en codificaciones.

Algunas facticidades opuestas a las normas manifiestan que el Mercosur posee un imperativo de legalidad no suficientemente fuerte. Como en todos los casos conviene establecer cuál es lugar en que se sitúan sus normas. Vale considerarlo como un subordinamiento con principios propios, distanciándolos si es necesario de los de la internacionalidad tradicional. Pese a la diversidad de sus fuentes, que sólo muestran una recopilación, conviene tratarlo como un subsistema material. La insuficiencia del sentido de legalidad es una debilidad del proceso integrador.

c) Dimensión dikelógica

27. Otro de los grandes interrogantes metodológicos del mundo jurídico se refiere a la construcción de la dimensión dikelógica. En ella se hace relativa referencia al dato racional del planteo de Gény.

Según la propuesta integrativista tridimensionalista trialista, el mundo jurídico ha de abarcar un complejo axiológico culminante en el *valor justicia*, que incluye además los valores utilidad, salud, verdad, belleza, amor, etc. El trialismo originario planteó un despliegue objetivo del valor justicia, pero un desarrollo trialista actual entiende que sobre puntos de partida adoptados, por ejemplo consentidos, es posible continuar el pensamiento dikelógico con rigor lógico sin caer en la posible no sustentabilidad de la objetividad⁷³. La propuesta originaria del trialismo, hoy planteada como base construida, exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir, para convertirse en persona.

Los valores pueden plantearse en relaciones de *coadyuvancia* o de *oposición*. Las primeras son siempre legítimas, las segundas pueden ser legítimas en la sustitución o ilegítimas en el secuestro del material estimativo de un valor por otro. El mundo actual es en gran medida escenario de tensiones entre los demás valores y la utilidad que, en lugar

⁷³ Es posible ampliar en GOLDSCHMIDT, "La ciencia de la justicia (Dikelogía)" cit. CIURO CALDANI, "Metodología Dikelógica" cit.

de coadyuvar o sustituirse. secuestra el material de los otros valores. En este marco el trialismo destaca la importancia del valor justicia.

Hoy las tensiones entre valores son producidas sobre todo por el despliegue capitalista, pero también se plantean en los procesos de integración donde, en marcos como el de la Unión Europea y el Mercosur, ha de procurarse de manera intensa que la utilidad no lleve a ignorar los requerimientos de justicia. De acuerdo con lo que plantea el trialismo, es necesario buscar que sin ignorar la Unión Europea y el Mercosur “de los comerciantes” se desarrollen la Unión y el Mercosur “de los pueblos”. La fuerza de utilidad y sobre todo la vocación de justicia son fortalezas, pero ésta aún no ha logrado la concreción deseada.

28. Siguiendo enseñanzas de Aristóteles es posible reconocer caminos (métodos) para el pensamiento de la justicia, denominados *clases de justicia*. Entre estas clases se encuentran la justicia particular y la justicia general (orientada al bien común). La justicia particular es más afín al Derecho Privado y la justicia general se relaciona más con el Derecho Público. También es dado plantear la justicia “de partida” y la justicia “de llegada”. La primera proyecta la situación existente, la segunda sacrifica lo existente en miras a llegar al objetivo pretendido. La justicia de llegada caracteriza más al progreso.

El despliegue de estas grandes opciones lleva a la necesidad de debatir si el Mercosur ha de tener más sentidos privatistas o publicistas, “de partida” o “de llegada”. Parece que una de sus debilidades es la insuficiencia de sentidos de bien común y de llegada. No existe la debida aceptación de los sacrificios necesarios.

29. Como todo valor, la justicia *vale, valora y orienta*. Su sentido de valor es su valencia, su deber ser puro; la valoración es la referencia al material estimativo, que genera un deber ser ideal aplicado; la orientación se produce a través de criterios generales orientadores. El material estimativo de la justicia en el Derecho es la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras⁷⁴. Como este material es inabordable, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, tenemos que fraccionarlo para ponerlo a nuestro alcance, produciendo *seguridad jurídica*.

Aunque se hacen frecuentes invocaciones de justicia, los procesos integradores como el Mercosur suelen requerir grandes reajustes⁷⁵ en su material estimativo, generando cierta inseguridad. A menudo las partes no están dispuestas a aceptar las inseguridades respectivas, procurando

⁷⁴ Por esto la justicia es pantónoma.

⁷⁵ Incluso, por ejemplo, por armonizaciones.

contar sólo con los beneficios, y esto es una de las debilidades del proceso.

A diferencia del Derecho, donde el material estimativo son principalmente las adjudicaciones, en la *moral* ese material son de manera predominante las virtudes y los vicios. El Derecho suele necesitar siempre apoyos morales; hay métodos de construcción moral del Derecho. También es relevante el despliegue moral del Mercosur. Lograrlo es una importante fortaleza a desarrollar⁷⁶.

30. Una vez adoptado un *principio supremo* de justicia, como el que en este caso hemos propuesto (de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente) corresponde reconocer sus proyecciones en los repartos aislados y en el régimen. Construir la justicia “material” que esto significa es una de las mayores opciones metodológicas del Derecho.

La justicia de los *repartidores* como tales se logra principalmente a través de la *autonomía* construida con el acuerdo de todos los interesados; la paraautonomía del acuerdo de los interesados en que algunos repartidores se desempeñen como tales (v.gr. en el arbitraje); la infraautonomía por acuerdo de la mayoría (v. gr. en la democracia) y la criptoautonomía del acuerdo que brindarían los interesados en caso de conocer los repartos (como suele suceder en la gestión de negocios ajenos sin mandato). Otra referencia para la justicia de los repartidores es la *aristocracia* de la superioridad moral, científica o técnica. En el primer sentido, en el Mercosur se brindan espacios a la autonomía y la paraautonomía pero, pese al carácter democrático de los Estados, hay cierta carencia de participación democrática que puede constituir una significativa debilidad. La legitimación de los repartidores mercosureña se apoya también en la superioridad científica y técnica de repartidores calificados en estos asuntos. Cabe hacer referencia, por ejemplo, a los Comités Técnicos de la Comisión de Comercio.

La legitimidad de los repartidores trae consigo la problemática de su *responsabilidad*, por sus propios repartos y por el régimen. Parece que el Mercosur no ha logrado que sus gobernantes tengan pleno sentido de responsabilidad respecto del mismo y esto sería una de sus grandes debilidades.

La justicia respecto de los *recipiendarios* remite a los *méritos* pro-

⁷⁶V. porej. Principios éticos médicos del Mercosur, http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Resoluciones/ES/Res_058_001_Princ-%C3%89ticos_M%C3%A9dicos_MCS_Acta%204_01.PDF, 26-11-2012.

ducidos por la conducta y los *merecimientos* originados por las necesidades. El Mercosur tiene, por ejemplo, una Declaración Sociolaboral⁷⁷ y una Declaración Social⁷⁸. Sin embargo, pese a ciertos progresos, las grandes diferencias y marginalidades constituyen una de sus debilidades.

La legitimidad de los *objetos* se refiere principalmente a la *vida* y la *propiedad*. En cuanto a la vida, importa referirse a dar y quitar la vida, en este caso propia y ajena. Aunque los índices vitales han logrado avances, las condiciones de vida de los sectores marginales constituyen una de las debilidades del Mercosur⁷⁹. Además del Mercosur del comercio y la propiedad debe existir un “Mercosur” como integración de la vida.

La justicia de la *forma* requiere *audiencia* de los interesados. Al respecto, la todavía deficiente participación democrática y la ausencia de un tribunal ordinario relativamente análogo al de las Comunidades Europeas constituyen debilidades del Mercosur.

La legitimidad de las *razones* exige fundamentación. Con la fundamentación se completa la bilateralidad de la comunicación abierta por la forma. Parece que el Mercosur no ha logrado fundamentarse en parte de la población y esto puede constituir una de sus debilidades.

31. Un *régimen* resulta justo cuando considera a cada individuo como un *fin* y no como un medio. Esto significa que es *humanista* y no totalitario. El humanismo requiere considerar a cada hombre único, igual y parte de una comunidad. Una de las fortalezas del Mercosur son sus sentidos humanista y a menudo igualitario, pero es necesario afirmar la referencia a la comunidad mercosureña.

Para realizar el régimen de justicia hay que *amparar* al individuo contra todas las amenazas: de los demás individuos, el régimen, sí mismo y todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, desempleo, etc.). La protección contra el régimen exige el debilitamiento de éste a través de la división del poder en la materia, el espacio, el tiempo

77 V. Declaración Sociolaboral del Mercosur, http://www.sice.oas.org/labor/MERCOSUR_Sociolab.pdf, 26-11-2012.

78 Ya citada.

79 V. PNUD, Informe sobre desarrollo humano para Mercosur 2009-2010, <http://books.google.com.ar/books?id=egCWb4QtQ9IC&pg=PA302&lpg=PA302&dq=mortalidad+infantil+mercosur&source=bl&ots=x2gNpZ2ntu&sig=gQfa8ntHosUdzdAPs0TQQLE0JR-s&hl=es-419&sa=X&ei=luqzUIqqCIWA9gTq-oGICw&ved=0CDQQ6AEwAjk#v=onepage&q=mortalidad%20infantil%20mercosur&f=false>, 26-11-2012; ROJAS CABRERA, Eleonora Soledad y otras, “La mortalidad infantil en el Mercosur desde una perspectiva de derechos humanos”, <http://www.alapop.org/2009/SerieInvestigaciones/Serie10/Serie10.2RojasSantillan.pdf>, 26-11-2012.

y las personas y el fortalecimiento de los individuos mediante los derechos humanos y sus garantías. Es necesario asimismo el resguardo de las minorías. La formación del complejo de este resguardo⁸⁰ es uno de los ámbitos metodológicos de gran significación.

Además de lo que hacen dentro de ellos los Estados Parte, el Mercosur viene organizando medios para proteger a los individuos contra los demás, por ejemplo en cuestiones procesales⁸¹ y penales; respecto de los regímenes, mediante el compromiso con la democracia⁸² y los derechos humanos⁸³ y frente a lo demás, v. gr. en la ya referida política social. Esta protección es en general una fortaleza del Mercosur.

2.2) El mundo jurídico en sus especialidades de materia, espacio, tiempo y personas

32. Los despliegues comunes al mundo jurídico se diversifican tridimensionalmente en la materia, el espacio, el tiempo y las personas. Las diversidades en la *materia* constituyen de modo principal *ramas* jurídicas. Algunas son tradicionales como el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal, el Derecho Procesal, el Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho del Trabajo y el Derecho Internacional, Público y Privado. Otras son más evidentes en la actualidad, como el Derecho de la Salud y el Bioderecho, el Derecho de la Ciencia, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, el Derecho

80 A menudo hay que proteger también contra la “protección”.

81 VÉSCOVI, Enrique, “Derecho Procesal Internacional. Uruguay, el Mercosur y América”, Montevideo, Idea, 2000; AS. VS., “El Derecho Procesal en el Mercosur - Libro de Ponencias”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 1997; FEUILLADE, M. C., “Cooperación jurisdiccional civil de primer grado : tratamiento de los exhortos o cartas rogatorias”, en “Prudentia Iuris”, 68-69, págs. 185-246, Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/cooperacion-jurisdiccional-civil-primer-grado.pdf> , 26-11-2012; RUIBAL PINO, Jorge, “Cooperación penal en el ámbito del Mercosur”, <http://www.fam.org.ar/media/downloads/institutos/PonenciaDrRuibal%20cooperacion%20penal%20en%20MERCOSUR.pdf> , 16-11-2012; ALVAREZ, Alejandro E., “La internacionalización del Derecho Penal: el ejemplo del Mercosur”, en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”, 2003, págs. 485 y ss., UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr27.pdf> , 26-11-2012.

82 Entre sus bases cabe mencionar, por ej., el Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático en el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, http://www.mercosur.int/mweb/Normas/Tratado%20e%20Protocolos/1998_ProtocoloUshuaia-CompromisoDemocr%C3%A1tico_ES.pdf, 1-12-2012.

83 V. por ej. Observatorio de Políticas Públicas en el Mercosur, v. gr., Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Mercosur, <http://www.observatoriomercosur.org.uy/es/obsd23.php>, 1-12-2012; LUCAS GARIN, Andrea, “Derechos humanos en clave de Mercosur”, en “Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC”, n. 15 – jan./jun. 2010, http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-15/RBDC-15-027-Andrea_Lucas_Garin_%28Derechos_Humanos_en_clave_de_MERCOSUR%29.pdf, 2-12-2012.

Ambiental, el Derecho de Menores, el Derecho de la Ancianidad, etc. Todas las especificidades son perspectivas legítimas de consideración en el Mercosur⁸⁴. Viene trabajándose en varios de estos campos y mucho cabe hacer para un desarrollo integral.

3. Conclusión

33. El integrativismo tridimensionalista brinda recursos metodológicos socio-normo-dielógicos de importancia para comprender y resolver de maneras más valiosas las cuestiones estratégicas del Mercosur.

⁸⁴ En el horizonte del mundo jurídico se construye el *integrativismo tridimensionalista del mundo político*, constituido por actos de coexistencia captados por normas y valorados por el conjunto de los valores de convivencia. En este mundo hay diversas *ramas* signadas por referencias a valores de convivencia o a consideraciones de conjunto: por ejemplo, además de la política jurídica (valor justicia, mundo jurídico), la política sanitaria (salud), la política económica (utilidad), la política científica (verdad), la política artística (belleza), la política erótica (amor), la política educacional (expansión del complejo), la política de seguridad (limitación del complejo), etc. Este horizonte se presenta también en la consideración jurídica del Mercosur y puede enriquecer su metodología.

REGIONALISMO SUDAMERICANO: SUS CARACTERÍSTICAS

REGIONALISMO SUL-AMERICANO: SUAS CARACTERÍSTICAS

Noemí B. Mellado¹

Resumen: En el espacio suramericano coexisten distintos procesos: a nivel subregional –CAN, MERCOSUR, ALBA- y regional –UNASUR, CELAC-; algunos de ellos son manifestación de un regionalismo “nuevo”, “en construcción”, “en transición”, “posliberal”, según los autores. Tienen como rasgo común y distintivo su diferente naturaleza, la amplitud temática y la no exclusividad de sus miembros. Es propósito de este trabajo describir al regionalismo actual en sus características principales y contribuir de algún modo al debate académico-científico sobre esta categoría de análisis, desde una perspectiva latinoamericana.

Resumo: Nos espaços sul-americanos coexistem distintos processos: à nível subregional – CAN, MERCOSUL, ALBA e regional UNASUL e CELAC; alguns deles são manifestação de um regionalismo novo, em construção, em transição, pós-liberal, segun os autores. Têm características comuns e distintivas em sua diferente natureza, amplitude temática e a não são exclusividade de seus membros. O propósito deste trabalho é descrever o regionalismo atual e suas características principais e contribuir de algum modo com o debate académico-científico sobre esta categoria de análise, desde uma perspectiva latinoamericana.

Palabras clave: Regionalismo, Integración, Sudamérica

Palavras-chave: Regionalismo, Integração, América do Sul

¹ Profesor Titular Ordinario de Economía Política, Universidad Nacional de La Plata y Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. Profesora de Teoría de la Integración y de Integración Latinoamericana en diversos posgrados. Directora del Instituto de Integración Latinoamericana y de las carreras de posgrado: Maestría en Integración Latinoamericana y Especialización en Políticas de Integración, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Investigador máxima categoría, Ministerio de Educación Ciencia y Tecnología. Profesor visitante en diversas universidades europeas, estadounidenses, latinoamericanas y nacionales. Autora de diversas publicaciones nacionales y extranjeras Dirección Institucional: Instituto de Integración Latinoamericana Calle 10 N° 1074 La Plata, Provincia de Buenos Aires. Dirección Postal Calle 33 N° 1209 La Plata, Argentina (CP 1900). E-mail: integra@netverk.com.ar

Presentación

La utilización indistinta de los conceptos de “regionalismo” y “regionalización” como sinónimo de integración económica en el marco de la economía política mundial, lleva no sólo a precisar estos conceptos sino a abordar al regionalismo actual que, por su carácter innovador, reclama la atención de la comunidad científica, aunque en general no se haya consolidado teórica ni empíricamente como objeto de estudio.

La historia del regionalismo latinoamericano pone en evidencia que desde sus comienzos debió afrontar una realidad compuesta por concepciones e intereses divergentes intra y extrarregionales. Cuando se generaron los primeros procesos concretos de integración en la región, coexistían dos posiciones: una que se ajustaba a la ortodoxia clásica y se adecuaba a las exigencias del sistema formal del Acuerdo General de Tarifas y Aranceles Aduaneros/GATT a cuyas disposiciones Estados Unidos presionaba ceñirse, y otra fundamentada en las ideas estructuralistas de la Comisión Económica para América Latina/CEPAL sobre el desarrollo, por lo que la integración era instrumental al proceso de industrialización tendiente a superar la condición periférica de los países latinoamericanos.

Las concepciones de la CEPAL enriquecieron la teoría de la integración hasta los años setenta. Luego las transformaciones multidimensionales que comenzaron a operar desde esa época y la difusión de enfoques teóricos provenientes de otras latitudes, desde la perspectiva de las relaciones internacionales, superaron aquellas líneas teóricas sin generar otras alternativas a la nueva realidad, pese a la tesis del regionalismo abierto de los años noventa.

Las actuales reglas de juego, tanto a nivel nacional, subregional, regional, internacional y multilateral en un contexto de crisis global, dan cuenta de una realidad que no fue acompañada por desarrollos teóricos que respondan a la misma, lo cual obliga a repensar los paradigmas tradicionales de integración regional y de inserción internacional para fortalecer la región en su conjunto. Desde una perspectiva crítica se pretende contribuir a este propósito.

La realidad incontestable de Suramérica como mosaico de diversidades y contradicciones juega como un obstáculo de importancia, al tiempo de adoptar políticas consensuadas y de fijar posiciones comunes en los foros internacionales, limitando la concertación política, debilitando los propios procesos y afectando a la gobernabilidad, entendida ésta como la capacidad colectiva de resolver los problemas que existen

entre los estados que forman parte del proceso integrador (Cimadamore, 2004).

En el espacio suramericano coexisten distintos procesos: a nivel subregional –CAN, MERCOSUR, ALBA- y regional –UNASUR, CE-LAC-; algunos de ellos son manifestación de un regionalismo “nuevo”, “en construcción”, “en transición”, “posliberal”, según los autores. Ellos tienen como rasgos distintivos su diferente naturaleza, la amplitud temática -medioambiente, infraestructura, inclusión y cohesión social, participación social, democracia, derechos humanos, asimetrías- y la no exclusividad de sus miembros.

Por tanto, en este trabajo se abordará al regionalismo actual en sus características principales y se es consciente que cada una de estas problemáticas es compleja y dan lugar a imprecisiones conceptuales y terminológicas atendiendo a la diversidad valorativa que se tiene de las mismas.

1. Precisiones conceptuales

La utilización indistinta de los conceptos de “regionalismo” y “regionalización” como sinónimos de integración económica en el marco de la economía política mundial, lleva a precisar estos conceptos, aunque el regionalismo puede reflejar dimensiones más amplias y no necesariamente vinculadas a la integración económica, como afirma Bernal Meza (2009), relacionadas con la política exterior y las relaciones internacionales.

La región ha sido redescubierta como una categoría analítica, de interés político y económico (Sepúlveda, 2001). En este marco es posible señalar que desde las Ciencias Sociales las regiones fueron objeto de estudio desde distintas perspectivas teóricas en su evolución (Alfred Weber, Losch y Christaller, Perroux, Friedman y Weaver, Markussen y Gore, Scout y Storpe, Krugman y Obstfeld, Masahisa, Krugman y Venables, entre otros). La nueva configuración espacial de las actividades productivas y de los negocios lleva a una reorganización del espacio entendido como “producto social” y cuyos componentes son la configuración territorial –conjunto de elementos naturales que han sido modificados o lo son, a través del accionar del hombre- y la dinámica social, entendida como el conjunto de relaciones que se establecen en una sociedad en un tiempo y lugar determinado (Santos, 1996: 62). De este modo, se transforma la ocupación y los usos de los territorios –no sólo de su contenido físico sino también de sus construcciones histórico-culturales-, en la búsqueda de un reposicionamiento espacial competitiva-

mente estratégico (Ceceña, 2008).

En los noventa había cierto consenso en el ámbito académico acerca de que la regionalización y la globalización eran dos procesos que estaban caracterizando los años de la Posguerra Fría (Hurrell, 1995; Hettne, Inotai, Sunkel, 1999; Bernal Meza, 1994). Independientemente de que ambos fenómenos fueran objeto de estudio por parte de diversos analistas, con distintos juicios críticos o de aceptación, se convirtieron en centro de debate. Así la regionalización aparece como tendencia contradictoria a la globalización o funcional a ella por ser un componente y/o complemento de la misma, con implicancias para las políticas específicas en torno a su articulación.

En este contexto surge la tesis del “regionalismo abierto” incorporada por la CEPAL al debate teórico latinoamericano, entendiendo por tal al *“proceso de creciente interdependencia económica a nivel regional, impulsado tanto por acuerdos preferenciales de integración como por otras políticas en un contexto de apertura y desreglamentación, con el objeto de aumentar la competitividad de los países de la región y de constituir en lo posible un cimiento para una economía internacional más abierta y transparente”* (CEPAL, 1994: 8 y 97/98). Esta concepción responde al ideario neoliberal de la época tratando de conciliar la interdependencia emergente de los acuerdos de carácter preferencial y la impulsada por el mercado resultante de la liberalización comercial. Fue propuesto como una estrategia para la inserción de la región en una economía internacional más abierta y como complemento de las políticas aperturistas. Para Bernal Meza (2009) este regionalismo no sólo se manifestó en el ámbito económico sino también en temas políticos como derechos humanos, desarme y medio ambiente, bajo una concepción tomada de los mecanismos de cooperación de la región Asia-Pacífico, de tal forma que se presentó como una nueva estrategia de inserción económica internacional y pasó a ser un fundamento de políticas externas.

Siguiendo a Murillo Zamora (2004) y a los efectos de este trabajo, se entiende por “regionalización”, la tendencia o proceso a conformar regiones o grandes espacios económicos, y el “regionalismo”, como disposición explícita de establecer acuerdos e instituciones regionales, salvando las imprecisiones conceptuales que existen sobre estos términos, de modo que el primero es el escenario en el que se desarrolla el segundo, del cual la integración es una manifestación.

2. Del regionalismo del Sig. XX al nuevo regionalismo

Desde la perspectiva de la economía política mundial el regionalismo en el siglo XX se vincula a la experiencia europea, como los procesos de integración latinoamericanos de la década de los sesenta. Se concibieron influenciados por las teorías económicas de entonces: una perspectiva provenía de los países desarrollados (Tinbergen, Jacob Viner, James Meade y Bela Balassa) sobre las áreas de libre comercio y uniones aduaneras, grados de integración, creación y desvío de comercio, sustentada en el pensamiento económico clásico y neoclásico; otro enfoque fue desarrollado por Prebisch y otros economistas de la CEPAL (Theotonio Dos Santos, Osvaldo Sunkel, Pedro Paz) en su crítica a la posición ortodoxa de la economía política.

Los procesos emprendidos en esa época fueron congruentes con las figuras de las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio como excepciones a la cláusula de la nación más favorecida (Art. XXIV del GATT), además de instrumentar aranceles altos, fijar excepciones a la liberalización, reservas y políticas sectoriales como complemento de la industrialización sustitutiva. Ello justifica la denominación de regionalismo *defensivo* (Cienfuegos Mateo, 2006) frente al “abierto” u *ofensivo*, acuñado por la CEPAL en los noventa, que permite múltiples relaciones interregionales.

En ese contexto ideológico se conforma en 1960 la Asociación Latinoamericana de Libre comercio/ALAC y el Mercado Común Centroamericano/MCCA, siguiendo el ejemplo europeo y bajo las condiciones derivadas del orden internacional de posguerra en lo comercial, monetario y financiero. También se inició la integración Caribeña en 1965 con la Asociación de Libre Comercio del Caribe –CARIFTA, en su siglas inglesas-, y en el espacio sudamericano surgió la iniciativa del Grupo Andino –Acuerdo de Cartagena de 1969- constituyendo un proyecto con ambiciosas metas económicas, sociales y políticas, acompañando instrumentalmente por mecanismos como la planificación conjunta, la asignación industrial, la regulación de la inversión extranjera, la coordinación de políticas económicas y sociales y la constitución de un sistema de instituciones fuertes para dirigir el proceso y el tratamiento preferencial para Bolivia y Ecuador, constituyéndose en los años setenta en la referencia obligada de la integración en América del Sur (Mellado, 2009).

A partir de los años setenta estos procesos manifestaron graves dificultades derivadas, entre otras causas, de la interrupción democrática regional, las dificultades internas para cumplir los programas de

liberalización comercial, el agotamiento de los procesos sustitutos de importaciones, el conflicto Centroamericano y la contracción de las tasas de crecimiento regional como consecuencia de las turbulencias macroeconómicas, originadas en la crisis petrolera y en el abandono de las reglas monetarias de Bretton Woods. Además, comenzaron a producirse una serie de transformaciones de diversa naturaleza² en el ámbito mundial, tendientes a conformar un espacio capitalista universal incluyendo a casi todos los países del globo, generando una nueva división internacional del trabajo cuyo rasgo central fue la intensificación de la competencia entre países, regiones, sectores y actores sociales, inmersos todos en una disputa por el dominio de los mercados. Precisamente la interdependencia de los mercados y el debilitamiento del poder estatal que tradicionalmente enmarcaba la actividad económica, dieron lugar a importantes cambios estructurales que se tradujeron en una creciente concentración del ingreso y acrecentamiento de la desigualdad, implicando una ruptura con los paradigmas económicos del estructuralismo y dependentismo de la CEPAL (García Delgado, 2008: 1).

Se sumó la problemática de la deuda externa de los años ochenta, originando las políticas de estabilización y ajuste estructural, en un marco de concepciones teóricas críticas al intervencionismo estatal desde un enfoque neoclásico (Bela Balassa, Anne Osborn Krueger, Ian Malcolm David Little). La crisis externa se caracterizó por el inmanejable endeudamiento, el deterioro en los términos del intercambio, la caída de la participación en las exportaciones mundiales e intrarregionales, la salida neta de capitales y la agudización de los conflictos sociales con sus secuelas de pobreza y marginación social.

El fracaso de la ALALC llevó a la creación de la Asociación Latinoamericana de Integración/ALADI -1980- que es hoy en día la única institución de alcance regional. Sólo promueve la creación de un área de preferencia económica, aunque mantiene como meta formal la creación de un mercado común, sin establecer mecanismos ni plazos fijos para concretar el objetivo. Por tanto, se modificó la estrategia de integración por una flexible y pluralista abriendo el camino al libre comercio bilateral o subregional al permitir acuerdos entre dos o más países no generalizables al resto.

En las postrimerías de los años ochenta los elementos estratégicos adquirieron un mayor relieve cuando Estados Unidos lanzó la Iniciativa

² Incluso un nuevo paradigma socioproductivo (Mellado, 2002: 230) o sociotécnico (Murillo, 2008: 55) refiriendo con ello a un modelo de desarrollo caracterizado por un conjunto de procesos tecno-productivos -en el campo de las telecomunicaciones, informática, microelectrónica, robótica, biotecnología y materiales-, una nueva organización, inserción y control de la fuerza de trabajo, además de un patrón de acumulación y regulación económica-social.

para la Cuenca del Caribe -1983- y el acuerdo con Canadá -1988-, implicando el comienzo del “*regionalismo estratégico*” (Axline, 1999: 24). A posteriori promovió la Iniciativa Bush para las Américas y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte/TLCAN -1992-, incorporando a México y Canadá. De este modo varió su posición respecto a los años sesenta en cuanto a la defensa del multilateralismo y la no discriminación, consagrada en la cláusula de la nación más favorecida del GATT, adoptando una actitud pragmática entre el sistema multilateral y un esquema de regionalismo abierto, como política activa unilateral.

Desde la perspectiva estratégica la integración es vista como un mecanismo de promoción de los intereses de la alianza entre Estado y empresas transnacionales o empresas nacionales que internacionalizan sus actividades económicas (Briceño Ruiz, 2006). Según Axline (1999: 24). El aspecto central de este regionalismo es “*el nacimiento de bloques regionales neo-mercantilistas*”.

El TLCAN pasó a tener una influencia significativa en el regionalismo suramericano de la década de los noventa promoviendo un modelo de baja institucionalidad, al cual se le suponían más posibilidades que al europeo de “*llegar a ser universalmente aceptable*” (De la Reza, 2006: 103). Éste, al igual que el Área de Libre Comercio de las Américas/ALCA -propuesto en 1994-, se caracteriza por su bajo grado de institucionalidad dado por mecanismos gubernamentales flexibles y su desvinculación de las políticas públicas de los Estados, a partir de lo cual los problemas del desarrollo económico-social corresponden al ámbito de la política interna de cada país. Sobre estas premisas trató de integrar bajo su égida a los países latinoamericanos en general por vía de tratados de libre comercio/TLC.

Influido por el fin de la Guerra Fría, la globalización, el regionalismo abierto y el predominio del pensamiento neoliberal, el Grupo Andino se transformó en la Comunidad Andina de Naciones/CAN -1996-. Bajo esas mismas condiciones se creó el Mercado Común del Sur/MERCOSUR -1991- y el Grupo de los Tres/G3 -1994-, aunque las bases del primero comenzaron a desarrollarse a mediados de los años ochenta con el Programa de Integración y Cooperación Económica de Argentina y Brasil/PICE -1988-. Estos procesos respondieron a nuevas concepciones en materia de política económica tendientes a acelerar los ritmos de la integración e instrumentalmente enfrentar los desafíos de las transformaciones económicas y políticas mundiales (Bernal Meza, 2009).

Con el advenimiento del neoliberalismo a nivel mundial en las

agendas nacionales, regionales e internacionales, el eje se concentró en la inserción externa de las economías, la competitividad, la apertura comercial, el predominio de las virtudes como de la racionalidad del mercado y la reivindicación del Estado mínimo.

Paralelamente, se apreció a la apertura comercial como una condición necesaria y suficiente para el crecimiento y el logro de la equidad en la distribución. De este modo, se pasó de una estrategia de desarrollo orientada hacia adentro a una orientada hacia el exterior, privilegiando la inserción de cada país en la economía global. El mercado regional se convirtió en un área de expansión del comercio y de las finanzas de las economías centrales (Mellado, 2002: 237), al tiempo que se concibió a la integración como una etapa en su trayectoria hacia el libre comercio mundial en el marco del regionalismo abierto, acrecentando la vulnerabilidad externa y la desigualdad social.

El modelo de desarrollo que se adoptó entonces centró su matriz en el mercado como asignador de recursos y sobre la base del “*Consenso de Washington*” (Williamson, 1989: 1329/36) logró cierta coincidencia en el nivel de las políticas nacionales -apertura unilateral al exterior, privatizaciones, aliento a la inversión extranjera, desregulación financiera y económica, flexibilización laboral-, resignando poderes del Estado en un marco de democratización política.

Al erigirse el neoliberalismo en la única alternativa válida, se generó una contradicción asociada al tema del poder estatal y social en la que la sociedad aparece como la negación del Estado y éste, a su vez, opuesto a la sociedad (Mellado, 2002: 239/244). Sin embargo ello resulta paradójal porque en la acepción clásica del Estado, la sociedad, el orden jurídico-constitucional, el territorio y el gobierno son sus componentes.

El pensamiento subyacente en el modelo se apoyó en los principios neoclásicos y sostuvo que la lógica de la economía conduce al bien común, pues la libre acción de los mercados asegura una asignación óptima de los recursos, los agentes económicos son racionales y operan con una estricta racionalidad de medios y fines, en tanto que la distribución del ingreso ocurre por arrastre y como efecto del derrame. No obstante, llevó a una menor distribución de recursos materiales “*entendidos como la combinación de niveles salariales, de empleo y de bienes ligados a la seguridad social...*” (Acuña, 1993: 23).

Asimismo, bajo la influencia del regionalismo estratégico se iniciaron las negociaciones Sur-Norte con el ALCA y el Acuerdo Marco Interregional de Cooperación entre la Unión Europea y el MERCOSUR/

AMIC -1995-. También se produjo un acelerado aumento de acuerdos de comercio en un marco de apertura y liberalización económica que tendieron a conformar un mapa de geografía intrincada y variable de compromisos, producto de las negociaciones paralelas de los países.

Este entorno influyó para que Brasil impulsara la iniciativa de convergencia entre la CAN y el MERCOSUR, proponiendo en 1993 la creación del Área de Libre Comercio Suramericana/ALCSA, frente a la alternativa de que EEUU acogiera a otros países latinoamericanos en el TLCAN. Los cambios de los noventa ponen en evidencia la crisis del ciclo de integración de los sesenta.

Aunque en sus comienzos el regionalismo estuvo dirigido a expandirse dentro de una misma región, desde mediados de los años noventa se extendió en un área mayor como corolario de las relaciones que se establecieron entre acuerdos del nuevo regionalismo (Hanggi, 2000, 2006), dando lugar al “*interregionalismo*”³. Esta expansión geográfica supera los límites estrictamente geográficos de la región y llega a tener una dimensión continental -ALCA- o interregional -acuerdos de la Unión Europea/UE con Centroamérica o MERCOSUR, entre otros-, que algunos denominan “*regionalismo global*” (Estevadeordeal-Torrent, 2005: 13).

Si bien el regionalismo no se ha consolidado teórica ni empíricamente como objeto de estudio, como ya se manifestara, la denominación es empleada, conforme a Halperin (2011: 2), “*desde las heridas abiertas en los foros multilaterales*”, haciendo referencia con esto a la Conferencia sobre “la multilateralización del regionalismo” del 10 de septiembre de 2007 en la que el Director General de la OMC manifestó abiertamente su preocupación por la proliferación de los acuerdos comerciales regionales -ACR, denominación utilizada por la OMC-, y los trabajos allí presentados estuvieron orientados a encauzar a éstos dentro del orden multilateral. De modo que para el autor el regionalismo “*es un apelativo que suena más técnico*” para caracterizar a esta nueva modalidad de acuerdos a través de TLC entre países, grupos de países y/o bloques económicos de modo independiente a su vecindad geográfica.

No obstante, ya se hablaba del “nuevo regionalismo” por oposición a los “viejos” (BID, 2002: 35 y 70), caracterizados por el contenido, el alcance de la materia regulada y por ser de libre comercio que tienden a conformar un mapa de articulaciones económicas múltiples semejan-

³ Sobre el interregionalismo y el debate que plantea, puede verse La integración sudamericana entre interrogantes y teorías en: Mellado Noemí B. -editora-, MERCOSUR y UNASUR ¿Hacia dónde van? (2009: 24)

te al “*spaghetti bowl*”, expresión de Jagdish Baghwatti.

Algunos autores consideran que no puede hablarse de una nueva etapa sino de un periodo de “*transición*” (Sanahuja, 2009: 20, 24) en el que el modelo de regionalismo de los años noventa se está agotando.

3. El regionalismo del Sig. XXI

La propuesta del ALCSA se transformó en la Comunidad Sudamericana de Naciones/CSN -2004-, por la que la región se comprometió a impulsar “*la concertación política y diplomática*”, además de la convergencia entre MERCOSUR, CAN y Chile, en vista a lograr una zona de libre comercio a la que se asociarían Surinam y Guyana, quedando integrada por doce países sudamericanos. La conformación de una amplia zona geoeconómica en el Cono Sur formaba parte de una estrategia de política internacional de Brasil en la que el MERCOSUR aparece como núcleo de una integración más amplia atrayendo a aquellos países que se habían mantenido fuera de los esquemas suramericanos, como Chile, Surinam y Guyana (Bernal Meza, 2009).

Pese a la CSN, la CAN se fue fragmentando por las distintas visiones políticas y de desarrollo de sus países. Los TLC entre Colombia-EEUU y Perú-EEUU en el año 2006, fueron los detonadores para que Venezuela renunciara como miembro de la integración andina y solicitara su ingreso al MERCOSUR siendo incorporada en el 2012.

Posteriormente, con una proyección a nivel global, se transformó la CSN en la Unión de Naciones Sudamericanas/UNASUR -2008- como actor político subregional cuyo objetivo general es conformar “*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*”, al tiempo de promover el diálogo político con miras a la concertación para reforzar la integración suramericana y su participación en el escenario internacional (art.2 y 3). De ese modo, la UNASUR desde la perspectiva política exterior incluye su proyección internacional (art.15).

Este cambio se da en un contexto signado por un similar tinte político regional con cuestionamientos a las políticas neoliberales y

condicionado por factores económicos derivados del mejoramiento en los términos de intercambio de las materias primas subregionales. Así, las políticas imperantes en los años noventa fueron perdiendo terreno frente al fortalecimiento del rol del Estado y condujo a la aplicación de nuevas políticas públicas con incidencia tanto interna como externa. De ello derivó un mayor nacionalismo económico a través de un proteccionismo selectivo generador de variados conflictos comerciales dentro de los esquemas subsistentes –MERCOSUR, CAN-, en sus relaciones mutuas y con terceros, además de variar la forma de relacionarse tanto en el ámbito regional como internacional.

En el actual siglo, por iniciativa de Venezuela, surgió el proyecto red denominando Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América/ALBA⁴, que, si bien aparece con una perspectiva distinta desde el punto de vista económico-comercial, social y político, plantea interrogantes porque ese país es miembro también de MERCOSUR, UNASUR y CELAC.

A estas nuevas propuestas que tratan de conformar el espacio suramericano tal como el ALBA y la UNASUR, algunos autores las caracterizan como “*posliberales*” (Chacón, 2004; Sanahuja, 2010) porque su agenda pone mayor énfasis en las dimensiones sociales, políticas y de seguridad y en las políticas comunes como la energética o la de infraestructura.

Las relaciones internacionales de estos tiempos nos enfrentan a diferentes retos políticos, económicos, sociales, estratégicos y de seguridad. Asimismo, surgieron nuevos polos dinámicos de crecimiento como China, India, Rusia y Sudáfrica que modifican su estructura y cuestionan la vigencia de los centros hegemónicos de posguerra.

⁴ La Alternativa Bolivariana para las Américas –ALBA– fue propuesta por el presidente Chávez en la III Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Asociación de Estados del Caribe realizada en Isla Margarita, en el año 2001. En diciembre de 2004 firmó, en La Habana, un acuerdo para la aplicación del ALBA que modificaría y ampliaría el Convenio de Cooperación celebrado en octubre del año 2000. Bolivia se incorporó a dicha iniciativa en abril del 2006 con el Tratado de Comercio de los Pueblos. Además participaba Nicaragua que se sumó en el 2007, Dominica y Honduras en el 2008 y en la VI Cumbre Extraordinaria del Alba -24 de junio de 2009, Maracay, estado Aragua- se formalizó la incorporación de Ecuador, San Vicente y Las Granadinas, así como Antigua y Barbuda. También Paraguay y Granada se vincularon en calidad de observadores. En esa Cumbre se la rebautizó con el nombre actual y los países se comprometieron a consolidar una Zona de Complementación Económica, con el objetivo de coordinar esfuerzos en el área económica. Introdujo desde el punto de vista conceptual nuevas variables tales como cooperación e intercambio solidario sustentado en la complementariedad y reciprocidad. En febrero del 2012 solicitaron su incorporación Surinam, Santa Lucía y Haití. Paralelamente al proceso de constitución del ALBA, se han ido planteando distintas iniciativas y acuerdos con países y grupos de países no miembros (www.alianzabolivariana.org/).

Con el advenimiento de un escenario mundial más multipolar también se generaron nuevas coaliciones de países y surgieron tanto nuevos actores como redes de la sociedad civil, al tiempo que, la crisis financiera internacional con sus efectos recesivos en las economías desarrolladas y los resultados insatisfactorios de la Ronda de Doha, lleva a objetar el orden financiero, monetario y comercial de posguerra.

La crisis del capitalismo ha provocado una serie de cambios en la realidad internacional producto de la recesión de las economías centrales y el fortalecimiento de algunas economías llamadas emergentes como los BRIC -Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica-. Ello se ve acompañado por un cuestionamiento al rumbo de la economía y la política como consecuencia de una dinámica social de protesta sobre los pobres resultados de las políticas económicas neoliberales y de inserción internacional debido a las dinámicas de la globalización.

Por su parte Latinoamérica vive una situación caracterizada primordialmente por una concentración del ingreso y de la riqueza que suele ser, en términos proporcionales y en comparación con otras regiones, “desmesurada” (CEPAL 2012). La pobreza sigue aquejando a la región -esto es 177 millones de personas pobres, de las cuales 70 millones son indigentes-. Pese a las altas tasas de crecimiento que registrara la región en los últimos años y el avance en la reducción de la pobreza, ello fue insuficiente para contrarrestar el crecimiento poblacional desde los años ochenta; en términos absolutos existen 38 millones más de pobres y 8 millones más de indigentes (CEPAL, 2012a)⁵. Además, la fluctuación de sus tasas de crecimiento y la marginalidad en la economía mundial en un proceso de polaridad global centro-periferia, lleva a ampliar la brecha entre los países desarrollados y subdesarrollados.

Las críticas también se extienden al rol del Estado en la economía y en el lenguaje político regional se advierte una apreciación negativa al neoliberalismo del siglo pasado y a las políticas de relacionamiento externo que, bajo el regionalismo abierto, crearon nuevas formas de vinculación dependiente de la economía mundial (Mellado, 2011: 273-274). La lógica de la integración también varió y se orienta a enfrentar las problemáticas derivadas de las dinámicas internas de los propios procesos integrativos, como también la búsqueda de nuevos espacios en la economía global.

⁵ De acuerdo a la CEPAL, el 40% de la población con los ingresos más bajos capta, en promedio, el 15% del total del ingreso, mientras que el 10% de la población situado en el extremo superior de la distribución posee un tercio del ingreso total. Asimismo, el ingreso medio del quintil más rico supera en 18,3 veces al del quintil más pobre.

En este entorno se activa el debate sobre las políticas de desarrollo e inserción internacional y acerca del rol del Estado como de la sociedad civil (CEPAL, 2012). Respecto a esta última, existe una actitud crítica y contestataria con el modelo de acumulación neoliberal que reemplazó la matriz centrada en el Estado por la del mercado, en la que ambos se presentaban como ideas antagónicas del mismo modo que la sociedad apareció como la negación del Estado y éste opuesto a la sociedad (Mellado, 2002). Las transformaciones que ocurrieron en el cuadro político regional, a partir de procesos sociales de resistencias múltiples a las políticas neoliberales, plantean desafíos a la integración Sudamericana en cuanto a la existencia de una voluntad transformadora.

Desde el punto de vista regional se han producido una serie de acontecimientos relacionados con diversos factores: las múltiples propuestas de integración y concertación política de distinta naturaleza y alcances institucionales; la ampliación de las agendas internas de los esquemas de integración económica hacia otras dimensiones como la social y medioambiental; marcos ideológicos, posicionales, comerciales diferentes; advenimiento de gobiernos más progresistas; retorno de intereses nacionales, políticos y sectoriales que imperan sobre los regionales, exhibiendo un fuerte recelo entre los gobiernos en torno a la construcción de instituciones integracionistas o de articulación de políticas públicas; magros resultados en las condiciones sociales de la población pese a las altas tasas de crecimiento, con niveles dramáticos de pobreza, de desigualdad y de distribución inequitativa del ingreso, en términos de exclusión y polarización social.

En ese contexto surgieron las Cumbres de América Latina y el Caribe/CALC, promovidas por Brasil para ampliar su proyección regional⁶. Fruto de esas Cumbres el día 23 de febrero de 2010⁷ se acordó constituir la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños/CELAC,

6 La Primera Cumbre de América Latina y el Caribe sobre Integración y Desarrollo/CALC, se efectuó el 16 y 17 de diciembre de 2008 en la ciudad de Salvador de Bahía, Brasil, con el propósito de “profundizar la integración regional y establecer compromisos efectivos de acción conjunta para la promoción del desarrollo sostenible de sus pueblos”. En ella los Jefes de Estado y de Gobierno de 33 países latinoamericanos y caribeños aprobaron la Declaración de Salvador, por la que decidieron concentrar la atención en los siguientes temas: cooperación entre los mecanismos regionales y subregionales de integración; crisis financiera internacional; energía; infraestructura física; desarrollo social y erradicación del hambre y la pobreza; seguridad alimentaria y nutricional; desarrollo sostenible; desastres naturales; promoción de los derechos humanos y combate al racismo; circulación de personas y migraciones; cooperación Sur-Sur; y proyección internacional de América Latina y el Caribe (<http://www.celac.gob.ve/>).

7 En la II Cumbre de la CALC, conocida como la Cumbre de la Unidad, reunida en Riviera Maya, México, el 23 de febrero de 2010, se celebró de modo simultáneo con la XXI Cumbre del Grupo del Grupo de Río y tuvo como tema principal la creación de un organismo regional para la discusión política de los asuntos comunes y la resolución de posibles conflictos (<http://www.celac.gob.ve/>).

como espacio regional propio que reuniese a todos los estados latinoamericanos y caribeños. La CELAC se concibió como fusión de la CALC y el Grupo de Río, lo que permitiría articular no sólo los objetivos de las Cumbres, así como el valioso patrimonio acumulado en el ámbito del diálogo y la concertación política del Grupo de Río. Esta iniciativa presenta como particularidad la “amplitud”, tanto temática como geográfica, que se pretende dar a la integración. En la III Cumbre realizada entre los días 2 y 3 de diciembre de 2011, en Caracas, Venezuela, se decidió su creación.

El cambio en la reglas de juego en el ámbito regional como en el internacional, fue acompañado por un mayor protagonismo presidencial y un retorno a la diplomacia de las Cumbres, y es allí donde los temas de interés común que se observan en los nuevos acuerdos atraviesan en forma transversal los procesos de integración preexistentes, ya que los documentos emanados de las mismas priorizan la cohesión social, la inclusión, el respeto a la diversidad cultural, la reducción de las asimetrías, el resguardo al ambiente y a la democracia, la seguridad regional, el respeto a los derechos humanos, la gobernabilidad y una mayor participación social.

Bajo un discurso amplio de desarrollo humano aparece el concepto de “cohesión social” como eje dominante en la literatura y discurso político-social actual de los organismos internacionales y regionales. Tanto en los Objetivos de la Declaración del Milenio (ONU, 2005) como en el compromiso por lucha contra la pobreza, se exhibió un consenso respecto a la necesidad de conformar una agenda social de la globalización frente a los efectos indeseables de la economía global en la etapa actual del capitalismo, en la que los Estados nacionales frente a ello asumen un papel de “protector social”, conforme a la terminología de Halperin (2011a: 3).

En este ámbito específico se observa que en los distintos procesos integrativos sudamericanos, de los tratados, reuniones, documentos, declaraciones y decisiones, surgen una serie de problemas heterogéneos con impacto social que afectarían la “cohesión social”. Por tanto se plantea si esta noción, como la de otros términos asociados, constituyen una nueva retórica (Mealla, 2011) tendiente a naturalizar, paliar o remover las problemáticas sociales que aquejan a la región.

Desde la perspectiva política se lo utiliza como sinónimo de políticas sociales, es decir, lo que se ha dado en llamar “políticas de cohesión social”; otros lo reducen a la “lucha contra la pobreza y la desigualdad”; están los que vinculan el concepto con el “diálogo social y con los pactos

sociales”; por último, los que lo asocian con el “desarrollo”. Los estudios y propuestas, en general, se han dirigido a medir o describir la cohesión social, más que a comprender sus causas, sin que sea ésta nuestra pretensión porque escapa a los objetivos del trabajo.

Acorde a lo que acontecía a nivel mundial, la CEPAL a partir del 2006 planteó la idea de llevar a cabo políticas para la cohesión social exponiendo una importante producción intelectual al respecto. Aunque se lo acepta como un concepto en construcción, se lo asocia con otros términos como capital social, integración, inclusión y práctica social. La define como “*la dialéctica entre mecanismos instituidos de inclusión/exclusión sociales y las respuestas, percepciones y disposiciones de la ciudadanía frente al modo en que ellos operan*” (CEPAL, 2007: 1/9) e incorpora en esta conceptualización tanto la dimensión estructural como la subjetiva, esto es, las percepciones y valoraciones de los individuos para mostrar su grado de confianza y adhesión al sistema político y socioeconómico. Incluso promueve un nuevo contrato social en los países y establece para su medición una serie de indicadores semejantes a los europeos. Aquí la noción de cohesión se vincula con el objetivo de lograr la gobernabilidad.

En América Latina la utilización de este término es algo reciente y generó un amplio debate en las ciencias sociales desde diferentes perspectivas -económica, política, antropológica y sociológica-, aunque no fue factible definirlo de un modo preciso (Jarquín, 2007: 29-34; Tironi, 2007: 28-87, Ballón, 2008: 11-26) y se tornó más complejo (Beauvais y Jenson, 2002: 2).

Los niveles y las formas de desigualdad actuales de América Latina son incompatibles con cualquier camino posible de desarrollo humano porque afecta a un conjunto de dinámicas sociales, económicas y políticas que inhiben la constitución de círculos virtuosos entre las diferentes esferas del desarrollo (Filgueira, 2009:175), por tanto se critica la posibilidad de pensar en un proyecto de cohesión social para la región, más teniendo en cuenta que ella no es un todo homogéneo, aunque existe un consenso internacional sobre la necesidad de reducir las desigualdades por medio de acciones específicas de combate a la pobreza.

Conforme a Filgueira (Ídem: 177/178), las metas del milenio sólo serán reales si se comprende que hay que cambiar las dinámicas profundas que producen los valores que se expresan en los indicadores como objetivos a reducir. Considera el autor que la cohesión en América Latina sería una palabra vacía de contenido al no designar ninguno de los objetos reales de los que cualquier palabra pretende dar cuenta. Sin em-

bargo se señala que este concepto, al igual que el de pobreza, desigualdad, exclusión, entre otros, no son más que construcciones teóricas que se usan para comprender algunos aspectos de las relaciones políticas, sociales, económicas e internacionales.

4. Entre el regionalismo y el multilateralismo

En los últimos años se ha observado un mayor incremento de los acuerdos de liberalización preferencial entre países subdesarrollados mientras se reducían los acuerdos Norte/Sur. Según datos de la OMC (2012), desde 1948 a 1994 el GATT recibió 124 notificaciones de Acuerdos Comerciales Regionales/ACR y desde el establecimiento de la OMC más de 300 adicionales. Al 15 de enero de 2012 -contabilizando por separado las notificaciones relativas a mercancías y las de servicios- se llegó a los 511 ACR, de los cuales 319 están en vigor. La mayoría de ellos son de libre comercio y acuerdos de comercio preferencial, mientras que las uniones aduaneras representan menos del 10% restante.

La proliferación de ACR imposibilita trazar líneas definidas alrededor de los bloques subregionales o regionales porque el incremento de acuerdos bilaterales hace que los límites geográficos estén en permanente mutación, sea por la ampliación o por la deserción de sus miembros. Asimismo la pared arancelaria de los bloques puede sufrir perforaciones debido a las asociaciones con otros bloques, países o grupos de países alrededor del mundo.

Por tanto se señala que la expansión geográfica de este fenómeno supera los límites estrictamente espaciales de la región y llega a tener una dimensión tal -vincula países, grupos de países, instituciones regionales y regiones ubicadas en diferentes continentes- que algunos autores lo denominan “*regionalismo global*”, como ya se manifestara, y otros lo llaman “*interregionalismo contemporáneo*” (Cienfuegos Mateo, 2010).

Estas relaciones más o menos institucionalizadas se dan entre regiones que adoptan nuevas formas (Mellado, 2009: 27-28), las que no se limitan de grupo a grupo sino que comprende a las que se establecen entre grupos u organizaciones regionales con un tercer Estado -como la asociación de la UE con Chile- y a Estados que pueden ser parte o no de grupos regionales, pero incluso si son parte actúan por cuenta propia, tal como el Foro de Cooperación Asia Pacífico -APEC- que constituye un proceso “*transregional*”, conforme a la denominación de Cecilia Olivet (2005).

Esta realidad erosiona y cuestiona algunos de los patrones lógi-

co-jurídicos que dominaron el debate académico y las decisiones políticas en el sistema económico mundial de posguerra. Frente a este fenómeno se da una multiplicidad de Cumbres, características de finales del siglo XX y del nuevo siglo, que únicamente tienen por objetivo según Halperin (2011: 3), “*fixar límites al contagio internacional de los desequilibrios*” e instituyen como principio sustantivo de la política económica internacional a las “*condicionalidades*”, criterio éste que había sido de calificación propia del Fondo Monetario Internacional.

De esta forma, la intervención de los Estados nacionales tiene un papel de “*protector social*” frente a los efectos indeseables de la economía global en la etapa actual de desarrollo del capitalismo “*en el que el bilateralismo económico de tipo transaccional como el de los TLCs parece afín a las necesidades de subsistencia dentro de la economía global, por su adaptación a las condiciones de progresiva descentralización o desconcentración de la acumulación reproductiva (o apropiación del excedente generado por los cambios tecnológicos, siguiendo a Prebisch)*” (Halperin, 2011a). En la actualidad, sostiene el autor los ACR, han desbordado los límites de la normativa multilateral y hay una probable proyección de construcción de “*un esforzado -aunque todavía hipotético- multilateralismo*” exclusivamente sobre la base de los entramados bilaterales y plurilaterales que permitiría promover la gobernanza de la globalización.

Esta tendencia contradice los postulados que guiaron el supuesto orden comercial de posguerra -GATT y luego OMC- en virtud del cual el multilateralismo quedaba garantizado por la cláusula de la nación más favorecida. La integración económica bajo el formato de TLC deja de ser una excepción tolerada por esa cláusula de alcance multilateral y pasa a ser la regla de donde afloran los estímulos para reconstituir el orden multilateral eficaz. Pero, sobre nuevas bases de progresiva “*convergencia*”, en la que un “*entrelazado de voluminosos códigos que, más allá de programar la liberalización de transacciones... y aplicación del principio de trato nacional ... bajo el mismo criterio de reciprocidad que ampara las concesiones también consagran nóminas todavía más extensas de gradualismos con techos, limitaciones iniciales y restricciones comerciales y económicas adaptadas a una gran variedad de materias*” (Halperin, 2011: 6).

Por tanto, mientras los países subdesarrollados aceptan disciplinas intrusivas e injustificadas en virtud de los ACR Norte-Sur, usan la OMC para resistir el continuo desnivel del campo de juego y se inclinan a obtener un tratamiento más balanceado de sus propias necesidades a través de alianzas como el G.20.

La nueva realidad económica y comercial está siendo enfrentada por una multiplicidad de relaciones entre países de distintos niveles de desarrollo económico y social, en la que la vertiente Norte-Sur pasó a ser una más, aunque sigue siendo importante.

El predominio de gobiernos progresistas en el ámbito regional no implica orientaciones ideológicas-políticas convergentes respecto a su inserción mundial, como sostiene Mellado (2009). Así, Centroamérica, México, Chile, Colombia, Perú y Foro de Estados ACP del Caribe –CARIFORUM-, firmaron acuerdos de Asociación con la UE pero además esos mismos países o grupos de países tienen TLC con EEUU. También hay países que desechan esa relación birregional como Bolivia y Venezuela. Adicionalmente se amplía el marco de opciones con el avance en el Arco del Pacífico –TPP, por su sigla en inglés- que incluye a Brunei Darussalam, Chile, Nueva Zelanda, Singapur, EEUU, Perú, Australia, Vietnam y Malasia. Por otro lado, el MERCOSUR acordó en la Cumbre de Madrid, retomar las negociaciones para la celebración de un Acuerdo de Asociación.

A modo de reflexión

El análisis de las características singulares del regionalismo sudamericano actual permite afirmar que en un contexto globalizado, el concepto de desarrollo, la inserción internacional y las realidades de la solidaridad están sujetos a deconstrucción. En este marco la inserción internacional adquiere significación en donde la integración se plantea como una alternativa funcional a la economía mundial globalizada o como un proyecto consensual de desarrollo regional en el que se consideren las asimetrías propias de la región, construyendo políticas sobre la base de las similitudes y diferencias desde el principio de solidaridad.

En las relaciones económicas de estos tiempos los países latinoamericanos en general tienen entre sí y con relación a países, grupos de países y bloques, membrecías múltiples que persiguen distintos objetivos y valoraciones, lo cual agrega otro factor de incertidumbre porque puede debilitar la integración regional ante la atomización de esfuerzos y aumentar la fragmentación entre los países. Además conspira con la adopción de una posición común en los foros internacionales porque la maraña de ACR no sólo afecta al multilateralismo sino que se aleja del libre comercio.

Sólo sociedades integradas social y políticamente pueden jugar con éxito en el escenario de estos tiempos. Una integración real no será aquella cuyo protagonismo se concentre en los poderes ejecutivos sino

en las sociedades mismas, lo que implica superar la exclusión social que segmenta y segrega como también la desigualdad.

Referencias Bibliográficas

ACUÑA Carlos H. (1993), “Argentina. Hacia un nuevo modelo”, en: *Nueva Sociedad*, N°126, julio-agosto, Venezuela.

AXLINE Andrew (1999), “El TLCAN, el regionalismo Estratégico y las Nuevas Direcciones de la Integración Latinoamericana”, en: Briceño Ruíz –compilador- *Escenarios de la Integración Regional en las Américas*, Universidad de los Andes, Consejo de Publicaciones, Grupo de trabajo sobre integración regional, Mérida, Venezuela.

BALLON Eduardo (2008), *La Cohesión Social desde América Latina y el Caribe*, Lima, DESCO en: http://www.desco.org.pe/apc-aa-files/d38fb-34df77ec8a36839f7aad10def69/cohesion_social.pdf

BEAUVAIS Carolina-JENSON Jane (2002), *Social Cohesion. Updating the State of Research*, Canadian Policy Research Networks, Discussion Paper, n° F/22, mayo, Ottawa

BERNAL MEZA Raúl (1994), “Globalización, regionalización y orden mundial: los nuevos marcos de inserción de los países en desarrollo”, RAPOPORT Mario (editor), *Globalización, integración e identidad nacional. Análisis comparado Argentina-Canadá*; Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, GEL.

BERNAL MEZA Raúl (2009), “El Regionalismo: Conceptos, paradigmas y procesos en el Sistema Mundial Contemporáneo”, *Aportes para la Integración Latinoamericana*, Año XV, N° 21 /Diciembre 2009 ISSN 1667-8613. RNPI 699.864, Instituto de Integración Latinoamericana, Universidad Nacional de La Plata.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO –BID- (2002), “Más allá de las fronteras. El nuevo regionalismo en América Latina”, *Progreso económico y social en América Latina*, Informe, Washington, D.C., Estados Unidos.

BRICEÑO RUIZ José (2006), “Regionalismo estratégico e interregionalismo en las relaciones externas del MERCOSUR”, en: *Revista Aportes para la Integración Latinoamericana* N° 15, año XII, diciembre, Instituto

de Integración Latinoamericana, Universidad Nacional de La Plata, Argentina.

CECEÑA Ana Esther (2008), “Hegemonía, emancipaciones y políticas de seguridad en América Latina: dominación, epistemologías insurgentes, territorio y descolonización”. Programa Democracia y Transformación Global. Cuadernos Populares. Lima, setiembre, en: <http://www.democraciaglobal.org/facipub/upload/publicaciones/1/406/files/hegemonia%20emancipaciones%20y%20politicas%20de%20seguridad.pdf>

CEPAL (1994), *El regionalismo abierto en América Latina y El Caribe*, CEPAL, 13 de enero, LC/G 1801, Revista 1-P, Naciones Unidas, septiembre, Santiago, Chile.

CEPAL (2007), *Cohesión Social, Inclusión y Sentido de Pertenencia en América Latina y el Caribe*, CEPAL/AECI, Santiago de Chile.

CEPAL (2012), *Cambio estructural para la igualdad: Una visión integrada del desarrollo*, San Salvador 27 a 31 de agosto, Naciones Unidas, Santiago de Chile, en: http://www.eclac.cl/pses34/noticias/documentosde-trabajo/4/47424/2012-SES-34-Cambio_estructural.pdf

CEPAL (2012a), *Panorama social de América Latina 2011*, Naciones Unidas, febrero, Santiago de Chile en: <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/45171/PSE2011-Panorama-Social-de-America-Latina.pdf>

CIENFUEGOS MATEO Manuel (2006), “Las Relaciones entre la Comunidad Andina y el Mercado Común del Sur ¿Una asociación (in) viable?”, *Europa Retos e Incógnitas*. Curso de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria–Gasteiz 2005, Vitoria: Servicio Editorial Universidad del País Vasco, España.

CIENFUEGOS MATEO Manuel (2010), “¿El interregionalismo en cuestión?: el caso de las relaciones de la Unión Europea con el MERCOSUR”, *Aportes para la Integración Latinoamericana*, N°22, Año XVI, junio. Instituto de Integración Latinoamericana, Universidad Nacional de La Plata.

CIMADAMORE Alberto (2004), “Gobernabilidad y niveles de análisis en el proceso de integración del Mercosur”, en: G. de Sierra, M. Bernalles y A. Riella (Comps.) *Democracia, gobernanza y desarrollo en el Mercosur. Hacia un proyecto propio en el siglo XXI*. Montevideo: UNESCO/CLACSO.

CHACÓN J. (2004), “Integración Suramericana: un paso hacia el posneoliberalismo”, diciembre, *Observatorio Sur*, CEICOM.

DE LA REZA Germán A. (2006), *Integración económica en América Latina*; México D.F., Universidad Autónoma Metropolitana/Plaza y Valdés Editores.

ESTEVAORDEL Antoni y TORRENT Ramón- editores- (2005), *Regionalismo global. Los dilemas para América Latina*, Barcelona, CIDOB,

FILGUEIRA Fernando (2009), *El desarrollo maniatado en América Latina: Estados superficiales y desigualdades profundas*, Colección CLACSO-CROP, 1ed. Buenos Aires, Argentina

GARCÍA DELGADO Daniel (2008), “Inclusión y justicia global. La nueva agenda conflictiva y el rol de la región”, presentado en la Conferencia: *Globalization now. ¿The time of the Emerging Powers ant the South-South Interdependence?* FLACSO, Sede Argentina, Universidad de Freiburg, setiembre, Buenos Aires, Argentina.

HALPERIN Marcelo (2011), “Spaghetti Bowl o el Multilateralismo en cuestión”, *Informe Integrar*, N° 67, junio, Instituto de Integración Latinoamericana, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, Argentina, en: www.iil.org.ar.

HALPERIN Marcelo (2011a), “¿QUÉ ES LA “DIMENSIÓN SOCIAL” DE LA INTEGRACIÓN?”, *América Latina: Indicadores del futuro*, setiembre, en: http://www.marcelohalperin.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=60:ique-es-la-qdimension-socialq-de-la-integracion&catid=6:situacion-social.

HÄNGGI Heiner (2000), “Interregionalism: Empirical and Theoretical Perspectives”. Paper for the Workshop Dollars, *Democracy and Trade: External Influence on Economic Integration in the Americas*, Los Angeles, CA, May 18, The Pacific Council on International Policy, Los Angeles, The Center for Applied Policy Research, Munich.

HÄNGGI Heiner, ROLOFF Ralf, and RÜLAND Jürgen –eds- (2006), *Interregionalism and International Relations*, London; New York: Routledge.

HETTNE Björn, INOTAI Andrés y SUNKEL Osvaldo (1999), *Globalization and the New Regionalism*, UNU-WIDER World Institute for Development Economics Research.

HURRELL Andrew (1995), “Regionalism in theoretical perspective”, en: Fawcett Louise y Hurrell Andrew (editor) (1995): *Regionalism in world politics: regional organization and international order*, Oxford University Press.

JARQUÍN Edmundo (2007), “¿De qué cohesión social hablamos?”, *Quórum*, Revista de pensamiento iberoamericano, N° 18, verano, Universidad de Alcalá, Madrid.

MEALLA Eloy Patricio (2011), “Cohesión social, algunos interrogantes y nueva concepción de desarrollo”, *XI Congreso Iberoamericano de Extensión Universitaria*; Integración, Extensión, docencia e investigación para la inclusión y cohesión social, 22 al 25 de noviembre, Santa Fe, UNL, Argentina, en: <http://www.unl.edu.ar/iberoextension/dvd/archivos/ponencias/mesa3/cohesion-social-algunos-inte.pdf>

MELLADO Noemí B. (2002), “Integración, Desarrollo y Democracia en América Latina”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, Número 124, mayo-agosto, Caracas, Venezuela.

MELLADO Noemí Beatriz, editora (2009), *MERCOSUR y UNASUR ¿Hacia dónde van?*, Editorial Lerner, Córdoba, noviembre, Argentina

MELLADO Noemí Beatriz (2011), “Estado, sociedad civil e integración. Hacia su rearticulación”, en: Briceño Ruiz José editor, *El MERCOSUR y las complejidades de la integración regional*, Editorial Teseo, Buenos Aires.

MURILLO Susana (2008), “Producción de pobreza y construcción de subjetividad”, en: Cimadamore Alberto D. y Cattani Antonio David – Coordinadores-, *Producción de pobreza y desigualdad en América Latina*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Bogotá, CLACSO, Buenos Aires, Argentina.

MURILLO ZAMORA Carlos (2004), “Aproximación a los regímenes de integración regional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 8, publicación de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, [http:// www.reei.org](http://www.reei.org).

NACIONES UNIDAS (2005), “*Objetivos del Desarrollo del Milenio. Una mirada desde América Latina y El Caribe*”. LC/G.2331-P, Naciones Unidas, agosto, Santiago de Chile, en: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/1/21541/lcg2331e.pdf>

OLIVET Maria Cecilia (2005), “Unravelling Interregionalism Theory: A Critical Analysis of the New Interregional Relations between Latin America and East Asia”. Ponencia presentada en la VI reunión de la RE-DEALAP, Buenos Aires, BID/INTAL, 12 – 13 de octubre.

OMC (Organización Mundial del Comercio) (2012), Informe sobre el Comercio Mundial 2012, Ginebra (disponible en:http://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/wtr12_s.htm)

SANAHUJA José Antonio (2009), “Del regionalismo abierto” al “regionalismo posliberal”. Crisis y cambio en la integración regional en América Latina”, Laneydi Martínez Alfonso, Lázaro Peña, Mariana Vázquez, coordinadores, *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe*, N°7, año 2008-2009, Coordinadora Regional de Investigaciones Económicas y Sociales –CRIES-, Buenos Aires, Argentina, www.cries.org

SANAHUJA José Antonio (2010), “La construcción de una región: Suramérica y el regionalismo posliberal”, *Una región en construcción. UNASUR y la Integración de América del Sur*, Fundación CIDOB, Barcelona.

SANTOS Milton (1996), *Metamorfosis de un espacio habitado*, Edit. Oikos-Tau, Madrid.

TIRONI Eugenio (2007), “Cohesión social en Chile. El retorno de un viejo tema” en: Quórum, *Revista de pensamiento iberoamericano*, N° 18, Universidad de Alcalá, España. http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/7867/cohesion_tironi_QUORUM_2007.pdf?sequence=1,

SEPULVEDA Leandro (2001), *Construcción regional y desarrollo productivo en la economía de la globalidad*; Santiago de Chile, CEPAL, Serie Estudios y Perspectivas, No. 3.

WILLIAMSON J. (1989), “La democracia y el Consenso de Washington”, *World Development*, Vol.21, Estados Unidos.

A TENDÊNCIA DE CONCLUSÃO DOS ACORDOS EM FORMA SIMPLIFICADA: EVOLUÇÃO E PRÁTICA BRASILEIRA

LA TENDENCIA DE CONCLUSIÓN DE LOS ACUERDOS EN FORMA SIMPLIFICADA: EVOLUCIÓN Y PRÁCTICA BRASILEIRA

Paula Wojcikiewicz Almeida¹

Resumo: *A previsão de controle do poder legislativo, como exigência da sociedade democrática, constituiu regra geral nos textos constitucionais que efetua a repartição de competências entre o poder executivo e legislativo em matéria de conclusão de tratados internacionais. Entretanto, a evolução das necessidades da sociedade contemporânea fez surgir uma nova prática tendente a admitir acordos em forma simplificada, que foram cristalizados, sobretudo, na prática norte-americana. A tendência no sentido de minimizar a competência legislativa pode ser verificada em função da aceleração exponencial da conclusão de acordos executivos. O objetivo do presente artigo é, portanto, analisar o surgimento e a evolução dos acordos em forma simplificada para, em seguida, avaliar o emprego de tais acordos no Brasil, país que seguiu a prática constitucional moderna no sentido de admitir a conclusão de acordos sem intervenção obrigatória do poder legislativo. Tal prática, apesar dos inúmeros debates que se instalaram na matéria, afigura-se crescente e constitui, atualmente, o principal meio de sujeição internacional dos Estados.*

Resumen: *La previsión de control del poder legislativo, como exigencia de la sociedad democrática, constituyó regla general en los textos constitucionales que efectúan la repartición de competencias entre el poder ejecutivo y el legislativo en materia de conclusión de tratados internacionales. Sin embargo, la evolución de las necesidades de la sociedad contemporánea hizo surgir una nueva práctica tendiente a admitir acuerdos en forma simplificada, que fueron cristalizados, sobretudo, en la práctica norteamericana. La tendencia en el sentido de minimizar la competencia legislativa puede ser verificada en función de la aceleración exponencial de la conclusión de acuerdos ejecutivos. El objetivo del presente artículo*

¹ Doutorado em Direito Internacional e Europeu pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne e pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público Internacional e Europeu pela Université de Paris XI, Faculte Jean Monnet. Pesquisadora Associada do Institut de Recherche en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIÉS). Professora e Pesquisadora de Direito Internacional Público e Europeu da FGV Direito Rio. Coordenadora do Módulo Europeu do Programa Jean Monnet, financiado pela Comissão Europeia.

es, por lo tanto, analizar el surgimiento y la evolución de los acuerdos en forma simplificada para, enseguida, evaluar el empleo de tales acuerdos en Brasil, país que siguió la práctica obligatoria del poder legislativo. Tal práctica, a pesar de los innumerables debates que se instalaron en la materia, se presenta en forma creciente y constituye, actualmente, el principal medio de sujeción internacional de los Estados.

Palavras-chave: Acordos em Forma Simplificada, Acordos Executivos, Conclusão de Tratados, Prática Brasileira

Palabras clave: Acuerdos Simplificados, Acuerdos Ejecutivos, Conclusión de Tratados, Prática Brasileira

Introdução

Até o final do século XVIII, a conclusão dos tratados era sempre submetida à vontade absoluta dos monarcas². A validade interna de um tratado não era questionada porque o príncipe sempre poderia estabelecer sua primazia³. A política externa era um assunto de competência exclusiva dos príncipes, sendo totalmente excluída da participação dos governados. Estes últimos apenas passaram a participar da política externa após a Revolução Francesa, que produziu uma mudança substancial no direito constitucional da época através da introdução da «*fórmula moderna do controle parlamentar da política externa*»⁴. O Parlamento passou a desempenhar um papel primordial na conclusão de tratados e na condução das relações exteriores, na linha do que dispunha a primeira constituição escrita de 1791. Tal constituição conferiu papel importante ao corpo legislativo. Na qualidade de representante da nação, o corpo legislativo, eleito pelo povo⁵, era competente para ratificar tratados de paz, de aliança e de comércio⁶. A liberdade do rei para decidir e assinar tratados internacionais com as potências estrangeiras estava submetida à ratificação do corpo legislativo⁷.

2 CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O poder legislativo e os tratados internacionais*. Porto Alegre: Instituto dos Advogados do Rio grande do Sul/L&PM, 1983, p. 24; ARAÚJO, J. H. P. *A processualística dos atos internacionais*. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1958, p. 147.

3 MÍRKINE-GUETZÉVITCH, B. *Droit international et droit constitutionnel*, In: *R.C.A.D.I.*, 1931-IV, p. 357-358.

4 *Ibid*, p. 360.

5 Vide título III, artigo 2 da Constituição de 1791.

6 Vide título III, capítulo III, seção primeira, artigo 3 da Constituição de 1791.

7 Vide título III, capítulo IV, seção III, artigo 3 da Constituição de 1791.

A repartição de competências entre o poder executivo e legislativo passou, portanto, a reger o *treaty making power*. Tais tratados, concluídos sob a forma solene, determinam que o consentimento em obrigar-se é configurado com a ratificação⁸. Neste caso, a assinatura estará sujeita à ratificação, devendo o Estado realizar dois atos sucessivos – assinatura e ratificação – para submeter-se ao tratado. Por motivos históricos a aprovação legislativa tem sido apontada como a razão de ser da ratificação⁹. Nos regimes representativos e democráticos a maior parte dos tratados não ratificados permanece sendo motivada pelo desacordo entre Legislativo e Executivo¹⁰. Assim, a recusa em ratificar baseada na não aprovação do Legislativo deve ser vista como exceção à regra de que um Estado não pode invocar normas de direito interno para retirar seu consentimento de um tratado ou recusar a ratificação. Com efeito, a regra cede se a violação for manifesta e disser respeito a uma norma interna de importância fundamental¹¹, como é o caso das normas constitucionais e de determinadas normas infraconstitucionais que tratam especificamente da competência dos poderes do Estado para a celebração de tratados¹².

As mesmas regras já não se aplicam quando a assinatura é suficiente para exprimir o consentimento definitivo de um Estado em obrigar-se por um tratado, coincidindo com sua entrada em vigor. A realização de um único ato para a submissão do Estado ao tratado, considerado Estado signatário parte, confere brevidade ao processo de conclusão, motivo pelo qual a prática dos acordos em forma simplificada ou *executive agreements* têm se desenvolvido como uma resposta às necessidades da sociedade internacional contemporânea¹³. Assim sendo, de acordo com as fases necessárias a fim de que um Estado possa sujeitar-se a um tratado internacional¹⁴, o processo de celebração

8 DINH, N. Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A. *Direito Internacional Público*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 139-140.

9 *Ibid.*, p. 111-112.

10 DINH, N. Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A. *op. cit.* p. 143.

11 Ver art. 46 da Convenção de Viena.

12 CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O Poder de Celebrar Tratados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 263-269.

13 VISSCHER, P. Les tendances internationales des constitutions modernes. In: *R.C.A.D.I.*, 1952-I, p. 536. Segundo VISSCHER, atualmente, é possível afirmar que não há distinção material entre o tratado e o acordo em forma simplificada, pois a escolha entre ambos reside unicamente em razões de tática política, *Ibid.* p. 539.

14 As quatro fases da celebração de um tratado, que podem ser simultaneamente implementadas, são as seguintes: (i) *adoção e autenticação do texto*, (ii) *conclusão do tratado*, (iii) *sujeição dos Estados às regras do tratado* e (iv) *entrada em vigor do tratado*. Na fase relativa à conclusão do tratado se dá a assinatura dos representantes dos Estados negociadores, indicando que o texto elaborado, aceite pelos Estados, constituirá a base do acordo. No que tange à sujeição dos Estados às regras do tratado, significa que os referidos Estados passam a ser caracterizados como contratantes, o que pode ocorrer mediante ratificação ou adesão e, em alguns casos, por assinatura. As quatro fases mencionadas estavam assim previstas no parágrafo 4

será considerado breve, típico dos acordos em forma simplificada, ou mesmo longo, como ocorre no caso dos acordos em forma solene.

A conclusão de um tratado, considerado um «*ato convencional por excelência*»¹⁵, está subordinada às exigências constitucionais que determinam as condições nas quais um Estado poderá assumir obrigações na ótica internacional¹⁶. Como o direito internacional não pode determinar os meios técnicos de expressão do consentimento estatal em se obrigar por um tratado internacional¹⁷, tais meios decorrem exclusivamente da ordem interna. Entretanto, a prática estatal houve por bem moldar-se às necessidades decorrentes da evolução da sociedade contemporânea, marcadas pelo surgimento dos acordos em forma simplificada (1). Tais acordos tornam-se exigíveis para o Estado a partir do momento da assinatura, não exigindo, portanto, ato posterior de ratificação, contrariamente aos acordos em forma solene, como foi visto acima. A assinatura é suficiente para obrigar o Estado na ótica internacional, não se restringindo à obrigação de boa-fé anteriormente anunciada. No Brasil, a conclusão e a recepção dos tratados internacionais seguiram a prática constitucional moderna no sentido de admitir acordos sem intervenção obrigatória do poder legislativo, cristalizando, no nível nacional, o emprego dos acordos em forma simplificada (2).

1. O surgimento dos acordos em forma simplificada

A previsão de controle do poder legislativo, como exigência da sociedade democrática, constituiu regra geral nos textos constitucionais que efetuam a repartição de competências entre o poder executivo e legislativo em matéria de conclusão de tratados internacionais (a). Entretanto, o direito internacional não se encontra apenas nos textos¹⁸, sendo resultado eminentemente da prática. A tendência no sentido de

do art. 14 na proposta de Código do Direito dos Tratados presente no Relatório de Gerald Fitzmaurice apresentado na 8ª Sessão da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas realizada em 1956 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direito Internacional. Yearbook of the International Law Commission. V. II. Fitzmaurice, G. Law of Treaties Document A./CN.4/101, 1956, p. 110). Embora este artigo não tenha sido incluído no texto final do tratado, estas fases podem ser identificadas pela leitura da Seção 1 – Conclusão de Tratados – e da Seção 3 – Entrada em Vigor dos Tratados e Aplicação Provisória – da Parte II – Conclusão e Entrada em Vigor de Tratados – da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

15 CARREAU, D. *Droit international*. 9^{ème} ed. Paris: Pedone, 2007, p. 122.

16 BASDEVANT, J. La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités. In: *R.C.A.D.I.*, 1926-V, vol. 15, p. 577.

17 Nos termos do artigo 11, da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969: “O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado”.

18 VISSCHER, P. op. cit. p. 537.

uma minimização da competência legislativa pode ser verificada em função da aceleração exponencial da conclusão de acordos executivos (b). Se não é possível extrair do texto constitucional tais atos internacionais concluídos sob a égide de acordos executivos, deve-se recorrer à prática estatal para constatar a evolução do direito.

a) A repartição de competências entre o poder executivo e legislativo como regra geral

A revolução francesa, bem como a introdução do regime parlamentar na Europa no século XIX transformou a lógica aplicável à conclusão de tratados internacionais¹⁹, introduzindo o elemento democrático²⁰. Quase todos os textos constitucionais democráticos conferiram ao poder legislativo uma participação importante na conclusão dos atos internacionais²¹. A participação do Parlamento tornou-se uma condição, apesar das críticas que essa prática certamente suscitou²². O regime parlamentar enquadrou a autonomia do governo, exigindo que este submetesse todo e qualquer tratado capaz de acarretar encargos financeiros no momento de sua execução à aprovação da Câmara. Essa fórmula permite efetuar uma distinção relativamente clara²³ entre os tratados que comportam a intervenção das Câmaras e aqueles concluídos unicamente pelo Presidente da República.

A evolução constitucional da Europa e a participação do poder executivo e legislativo na conclusão de tratados internacionais foram igualmente marcadas pela adoção da constituição belga de 1831. Trata-se de um texto constitucional inovador, cuja fórmula foi reproduzida em escala mundial²⁴. São previstos dois tipos de tratados: aqueles que poderiam ser concluídos diretamente pelo poder executivo e aqueles que, relacionados ao comércio, às finanças do Estado e à legislação em vigor, eram obrigatoriamente submetidos à aprovação parlamentar. Não restam dúvidas de que a constituição belga efetivamente serviu de modelo ao movimento constitucional no sentido de ampliar os poderes e prerrogativas do Parlamento em matéria de conclusão de tratados internacionais presente em diversos países²⁵. Segundo VISSCHER, esta

19 MIRKINE-GUETZÉVITCH B. op. cit., p. 361. Vide igualmente CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O poder legislativo...*, op. cit., p. 31.

20 VISSCHER, P. op. cit., p. 535.

21 ARAÚJO, J. H. P. op. cit., p. 148.

22 ROUSSEAU, J. J. *Lettres écrites de la montagne*. In: *Œuvres complètes de J.J. Rousseau*. Tome III, Paris: Bureau de la Société des Publications Illustres, 1846, p. 147.

23 Outras soluções prevaleceram no curso da história constitucional francesa movimentada do século XIX, in MESTRE, A. *Les traités et le droit interne*. In: *R.C.A.D.I.*, 1931-IV, p. 240-241.

24 MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. op. cit., p. 365.

25 *Ibid*, pp. 365-366.

evolução em matéria de tratados internacionais é um fato constitucional. Isso porque, na maioria dos Estados as constituições submetem à aprovação parlamentar categorias cada vez mais numerosas de tratados internacionais²⁶.

Assim, a repartição de competências entre o executivo e o legislativo constitui regra na maior parte dos Estados²⁷. A participação do poder legislativo depende do regime de governo dos Estados: os europeus adotaram o regime parlamentar e os americanos optaram pelo regime presidencial²⁸. Os países dotados de regime parlamentar costumam seguir a fórmula franco-belga. O texto belga de 1831, que serviu de modelo durante a segunda metade do século XIX para diversas constituições européias²⁹, prescreve a intervenção parlamentar seja para todos os tratados internacionais, seja para aqueles considerados como sendo particularmente importantes. A França³⁰ e a Inglaterra aplicam a segunda solução, que atualmente afigura-se como sendo a mais aceita³¹.

As primeiras constituições brasileiras seguiram o modelo franco-belga de uma competência conjunta entre o poder executivo e legislativo, seja submetendo os tratados considerados mais importantes à aprovação legislativa, seja generalizando a regra exigindo o assentimento do legislativo para todo e qualquer tratado assinado pelo país. A constituição de 1988 modificou a lógica anterior por meio da introdução de uma cláusula que deixa margem à discricionariedade do poder executivo, autorizando-o a não submeter ao Congresso Nacional os tratados que não acarretam compromissos gravosos ao patrimônio nacional, conforme será visto em seguida.

b) A tendência de esvaziamento da competência do poder legislativo

Os acordos executivos desenvolveram-se consideravelmente na prática norte-americana. Nos Estados Unidos, o regime presidencial é caracterizado pela competência do executivo com a intervenção

26 VISSCHER, P., op. cit., p. 535.

27 ROUSSEAU, C. *Droit international public*. 11^{ème} ed. Paris: Dalloz, 1987, p. 36.

28 BURDEAU, G.; HAMON, F.; TROPER, M. *Manuel de droit constitutionnel*. 24^a ed. Paris: L.G.D.J., p. 113 e 119.

29 ROUSSEAU, C. op. cit., p. 37.

30 O artigo 8 da lei constitucional francesa de 1875 consagrava a repartição de competências entre o executivo e o legislativo, associando este último à aprovação de certos tratados bem definidos pelo texto constitucional. A exigência de ratificação de tratados mais importantes foi mantida igualmente no artigo 27 da constituição de 27 de outubro de 1946, que ampliou as situações nas quais o Parlamento participava do processo de ratificação dos tratados, acrescentando outros tratados à lista daqueles submetidos a uma intervenção legislativa, in VEDEL, G. *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, p. 527.

31 ROUSSEAU, C. op. cit., p. 37.

obrigatória da Câmara alta para todos os tratados³², nos termos do artigo 2, seção 2, da Constituição federal de 17 de setembro de 1787. A constituição de 1787 prevê, em matéria de conclusão de tratados internacionais, uma repartição de competências entre o Presidente que negocia e o Senado que aprova por maioria de dois terços. O sistema americano de conclusão de tratados dificultou ou mesmo impossibilitou a ratificação de determinados tratados considerados de extrema importância³³, como o Tratado de Versalhes que instituiu a Sociedade das Nações (SDN). Tal tratado, que contém em seu âmbito o pacto da SDN, nasceu do projeto dos quatorze pontos propostos pelo presidente americano Woodrow Wilson. A aprovação do tratado fracassou em função da não obtenção do acordo de dois terços dos senadores, conforme exige a constituição norte-americana.

O fracasso na aprovação legislativa do referido tratado despertou a opinião pública norte-americana com relação à rigidez do procedimento constitucional de conclusão de tratados internacionais praticado no país³⁴. A dificuldade de obter o consentimento dos senadores, conforme exige a constituição norte-americana, incentivou o poder executivo a recorrer à técnica dos *executive agreements* ou acordos em forma simplificada. Tais acordos distinguem-se, apenas teoricamente, dos *treaties*, estes últimos sendo considerados tratados no sentido formal. Os acordos executivos, como a própria denominação já pressupõe, são concluídos unicamente pelo Presidente sem a participação do Senado. Não restam dúvidas de que a consagração de tal prática reforça os poderes do poder executivo em matéria de política externa, não havendo significativa oposição do Congresso³⁵ ou da Corte Suprema³⁶. Ora, o Senado houve por bem tolerar o desenvolvimento desses acordos, em detrimento do risco de uma revisão constitucional capaz de limitar seus poderes, devidamente sustentada pela opinião pública³⁷. No que tange à Corte Suprema, esta efetivamente legalizou a prática³⁸, tendo admitido

32 Idem.

33 CARREAU, D. op. cit., p. 130.

34 VISSCHER, P. op. cit., p. 538.

35 Idem; CARREAU, D. op. cit., p. 132.

36 CARREAU, D. op. cit., p. 130.

37 VISSCHER, P. op. cit., p. 538.

38 U.S. v. Belmont 301 U.S. 324, 1937, Clunet 1938.453 et 569, et U.S. v. Pink 315 U.S. 203, 1942, Clunet 1940-1945.75. No caso U.S. v. Belmont, a Corte considerou que certos tratados não são obrigatoriamente submetidos à aprovação do Congresso. No original: «*The assignment and the agreements in connection therewith did not, as in the case of treaties, as that term is used in the treaty making clause of the Constitution (article 2, 2), require the advice and consent of the Senate. A treaty signifies 'a compact made between two or more independent nations, with a view to the public welfare.'* B. Altman & Co. v. United States, 224 U.S. 583, 600, 32 S.Ct. 593, 596. But an international compact, as this was, is not always a treaty which requires the participation of the Senate. There are many such compacts, of which a protocol, a *modus vivendi*, a postal convention, and agreements [301 U.S. 324, 331] like that now under consideration are illustrations. See 5 Moore, *Int. Law Digest*, 210-221. The distinction was pointed out by this court

a conclusão de acordos executivos em determinados casos³⁹.

A rigidez do regime norte-americano de conclusão de tratados internacionais, cujo objetivo era de democratizar o *treaty-making power*, não apenas levou à consagração da prática dos constitucional dos *executive agreements*, mas sobretudo à sua multiplicação⁴⁰. A tendência da conclusão de acordos em forma simplificada estendeu-se em direção à maioria dos Estados dotados de um regime democrático⁴¹, uma vez que o “procedimento quase-legislativo”⁴² de aprovação de tratados internacionais tornou-se excessivamente lento e não adaptado à evolução da sociedade internacional. O texto constitucional norte-americano de 1787 foi objeto de diversas interpretações jurisprudenciais e doutrinárias divergentes, o que contribuiu para influenciar os legisladores brasileiros de 1891.

2. A consagração dos acordos em forma simplificada no Brasil

As Constituições brasileiras muito evoluíram com relação ao *treaty making power* (a). A exigência de uma aprovação legislativa exerceu papel fundamental na primeira Constituição Republicana brasileira, seguindo a linha da tendência internacional. Com efeito, o poder de concluir tratados passou a ser obrigatoriamente dividido entre o chefe do poder executivo e o congresso nacional. Todavia, a lógica do *treaty making power* foi substancialmente alterada com a adoção da constituição de 1988, que especifica os tratados que somente poderão ser concluídos após aprovação legislativa, eliminando a regra da obrigatoriedade anteriormente prevista. Ora, apesar de parecer evidente, esta interpretação dividiu sobremaneira a doutrina brasileira, que interpretou de forma divergente o conteúdo dos referidos artigos. Foram admitidas, a exemplo da prática norte-americana, algumas exceções ao princípio da exigência de *referendum*. Os debates em torno da questão foram bastante positivos para esclarecer e preencher as lacunas da prática constitucional brasileira em matéria de incorporação

in the Altman Case, supra, which arose under section 3 of the Tariff Act of 1897 (30 Stat. 151, 203), authorizing the President to conclude commercial agreements with foreign countries in certain specified matters. We held that although this might not be a treaty requiring ratification by the Senate, it was a compact negotiated and proclaimed under the authority of the President, and as such was a 'treaty' within the meaning of the Circuit Court of Appeals Act (26 Stat. 826), the construction of which might be reviewed upon direct appeal to this court”, disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=301&invol=324>.

³⁹ Para mais detalhes acerca do domínio coberto pelos acordos executivos, vide ROUSSEAU, C. op. cit., p. 37-38 e CARREAU, D. op. cit., p. 131.

⁴⁰ VISSCHER, P. op. cit., p. 537.

⁴¹ Ibid, p. 540.

⁴² Ibid, p. 536.

de tratados internacionais (b). A ausência de intervenção legislativa não é apenas condicionada às exigências constitucionais⁴³, tendo a prática constitucional brasileira consagrado outros critérios igualmente aplicáveis à incorporação dos tratados internacionais.

a) A evolução das constituições em matéria de conclusão de tratados internacionais

A Constituição política do Império do Brasil de 25 de março de 1824 seguiu o modelo franco-belga, segundo o qual a intervenção do poder legislativo é obrigatória para alguns tratados considerados como particularmente importantes, como aqueles que tratam da cessão ou mutação do território do Império ou de possessões do Império⁴⁴. BUENO, jurista que bem interpretou a constituição do Império, admite que a tarefa de concluir tratados internacionais é de competência do poder executivo por razões práticas, porém esse papel deveria ser atribuído, pelo menos na teoria, ao poder legislativo, pois constitui um ato de soberania ou uma expressão do voto nacional produzindo efeitos com relação ao país. Entretanto, diversos textos constitucionais das monarquias liberais atenuaram o poder parlamentar na conclusão dos tratados internacionais, permitindo que este último fosse apenas informado dos atos concluídos pelo executivo⁴⁵. É exatamente o que ocorreu na Carta Constitucional brasileira de 1824, obrigando o poder executivo a informar o legislativo acerca da conclusão de tratados específicos, caso o interesse e a segurança do Estado assim permitam⁴⁶. Todavia, os ministros não devem exercer suas competências em matéria de conclusão de tratados internacionais com excesso de poder, pois o legislativo dispõe não somente o poder de ser informado, mas, sobretudo de controlar as atividades executivas⁴⁷. Caso o poder executivo exerça suas funções violando as atribuições constitucionais, o legislativo poderá rejeitar o tratado por ele concluído. A aprovação legislativa somente será exigida no caso de tratados que exigem a cessão ou a troca de territórios do Império ou de possessões do Império em tempos de paz⁴⁸.

43 CANÇADO TRINDADE, O. A. D. *O Mercosul no direito brasileiro, incorporação de normas e segurança jurídica*. Belo Horizonte: DelRey, 2006, p. 141.

44 Vide o artigo 102 da Constituição do Império, relativo às atribuições do Imperador na qualidade de chefe do poder executivo, disponível em:

<http://www2.camara.gov.br/legislacao/legin.html/visualizarNorma.html?ideNorma=532540&PalavrasDestaque=>

45 ARAÚJO, J. H. P. op. cit., p. 148.

46 Ibid, p. 152.

47 MESTRE, A. op. cit., p. 245.

48 BUENO, J. A. P. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978, p. 66.

A partir da primeira Constituição brasileira da República de 1891, o poder de concluir tratados passou a ser obrigatoriamente dividido entre o chefe do poder executivo e o Congresso Nacional⁴⁹. Tal exigência foi introduzida com a finalidade de evitar que os tratados que acarretassem encargos ao patrimônio nacional fossem concluídos unicamente pelo executivo, situação que era freqüente durante o Império⁵⁰. Foram apresentados diversos projetos para a primeira constituição republicana⁵¹, sendo que diversos deles divergiam no que tange à exigência de uma aprovação legislativa para todos os tratados. O projeto que foi adotado com algumas modificações foi aquele apresentado por Magalhães Castro, que condicionava a conclusão de tratados pelo presidente da república ao referendo do Congresso Nacional. A formula ad *referendum*⁵², introduzida no primeiro texto constitucional republicano, significa que compete definitivamente ao Congresso a conclusão de tratados e de convenções assinadas pelo presidente. A competência de “dispor/decidir definitivamente” sobre os tratados, acordos ou atos internacionais é prevista igualmente na constituição atual, apesar de ser flagrantemente inadequada. Com efeito, a decisão definitiva caberia ao Presidente da República, pois este é livre para ratificar os tratados internacionais após sua aprovação pelo poder legislativo brasileiro⁵³. Assim sendo, em não havendo oposição congressual à conclusão de um tratado internacional⁵⁴, a decisão definitiva caberá efetivamente ao chefe de Estado.

Uma análise dos textos constitucionais brasileiros permite concluir que todas as constituições posteriores, na linha da constituição de 1891, mantiveram a participação obrigatória do poder legislativo na conclusão dos tratados internacionais em função dos imperativos

49 O artigo 34 da Constituição de 1891 prevê que “Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) 12) resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras; (...)”. Segundo o artigo 48, “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) 16) entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre ad referendum do Congresso, e aprovar os que os Estados, celebrarem na conformidade do art. 65, submetendo-os, quando cumprir, à autoridade do Congresso”.

50 CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O poder de celebrar tratados...*, op. cit., p. 118.

51 Para uma análise dos diferentes projetos, vide CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O poder de celebrar tratados*, op. cit., pp. 112-117. Vide igualmente RIBEIRO, J. C. G. *A gênese histórica da Constituição Federal*. Oficina Grafica da Liga Maritma Brasileira, 1917, pp. 91 et 96.

52 O legislador optou pela formula ad referendum, que supõe uma autorização prévia do Congresso Nacional para que o presidente possa concluir atos internacionais, in FRANCO, A. A. M. *Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 263.

53 Em seus comentários à Constituição de 1967, com a emenda de 1969, FERREIRA FILHO afirmou que o Congresso Nacional dispunha da palavra final no que tange à conclusão dos tratados internacionais, in *Comentários à Constituição Brasileira*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 247.

54 Entretanto, se o Congresso Nacional decidir não aprovar um tratado internacional, tal decisão é definitiva e impede qualquer atuação em sentido contrário do Presidente da República. Vide CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O poder de celebrar tratados...*, op. cit., p. 118

democráticos⁵⁵, por meio da formula ad referendum. Entretanto, tal regra foi substancialmente modificada com a adoção do texto constitucional de 1988, que modificou as regras relativas ao *treaty making power*⁵⁶ previstas nas constituições anteriores. Foi introduzido um elemento distintivo aos tratados que deverão obrigatoriamente ser submetidos ao Congresso Nacional, sem que tal fato signifique um aumento das prerrogativas do legislativo. O presidente possui competência exclusiva para negociar e concluir acordos internacionais, sendo tal poder delegado aos plenipotenciários⁵⁷, nos termos da Convenção de Viena sobre direito dos tratados⁵⁸. No Brasil, país que segue a prática internacional em matéria de conclusão de tratados internacionais, os ministros do MRE gozam de presunção de representatividade, não devendo apresentar carta de plenos poderes⁵⁹.

A imprecisão do artigo 84⁶⁰ poderia fazer supor que o poder executivo deveria encaminhar todos os tratados internacionais regularmente firmados ao Congresso Nacional, na mesma linha do texto constitucional de 1891. Entretanto, o artigo 49 busca elucidar quais tratados efetivamente exigirão uma aprovação do poder legislativo⁶¹.

55 MIRANDA, P. *Comentários à constituição de 1967*. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 326.

56 A primeira idéia de «*treaty making power*» remonta a Vattel, E. *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquées à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*. V. 3. Washington: The Carnegie Institution, 1916, p. 160. O discípulo de Wolff já havia cogitado na participação de um senado ou de um corpo representativo da nação no procedimento de conclusão de tratados internacionais pelo soberano. Todavia, um dos primeiros juristas a empregar tal expressão foi Wheaton, quando afirmava que «*o poder de concluir tratados depende da constituição civil de cada Estado*». No original, «*the treaty making power dependent on the municipal Constitution*», in *Eléments de droit international*. Paris: A. Durand, 1848, t. 1, p. 227.

57 Carreau, D. op. cit., p. 125.

58 Dispõe o artigo 7 da Convenção de Viena sobre direito dos tratados que “1. Uma pessoa é considerada representante de um Estado para a adoção ou autenticação do texto de um tratado ou para expressar o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado se: a) apresentar plenos poderes apropriados; ou b) a prática dos Estados interessados ou outras circunstâncias indicarem que a intenção do Estado era considerar essa pessoa seu representante para esses fins e dispensar os plenos poderes. 2. Em virtude de suas funções e independentemente da apresentação de plenos poderes, são considerados representantes do seu Estado: a) os Chefes de Estado, os Chefes de Governo e os Ministros das Relações Exteriores, para a realização de todos os atos relativos à conclusão de um tratado; b) os Chefes de missão diplomática, para a adoção do texto de um tratado entre o Estado acreditante e o Estado junto ao qual estão acreditados; c) os representantes acreditados pelos Estados perante uma conferência ou organização internacional ou um de seus órgãos, para a adoção do texto de um tratado em tal conferência, organização ou órgão”.

59 Mello, C. A. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. 1. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 195.

60 Segundo o artigo 84 da Constituição de 1988, “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (...)”.

61 Nos termos do artigo 49 da Constituição de 1988, “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (...)”.

A evolução das relações internacionais, o aumento do número de acordos internacionais e de sua urgência, bem como a conclusão de acordos considerados de menor importância contribuíram para que a obrigação geral de submissão de tratados e convenções internacionais ao poder legislativo fosse atenuada, o que constitui tendência no direito constitucional moderno⁶². Nos termos do artigo 49 da Constituição Federal, a competência do Congresso Nacional é restrita aos tratados que acarretam compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Os artigos 84 e 49 constituem as únicas disposições constitucionais que tratam da conclusão e incorporação dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro⁶³, tendo sido severamente criticados pelos juristas brasileiros⁶⁴. O legislador optou pela menção acerca dos “compromissos gravosos ao patrimônio nacional” com o objetivo de abarcar os acordos de caráter econômico e financeiro que poderiam comprometer o patrimônio nacional. Tratava-se dos acordos e compromissos concluídos pelo governo com o FMI, com o BIRD e com o Clube de Paris⁶⁵.

Não restam dúvidas de que o legislador teve a intenção de limitar a margem de manobra do poder executivo por meio da submissão obrigatória ao Congresso de acordos concluídos na área financeira. Entretanto, um resultado totalmente oposto foi atingido, pois o poder executivo beneficiou-se amplamente de tal autorização constitucional⁶⁶. Segundo MEDEIROS, a constituição de 1988 perdeu a oportunidade de esclarecer as regras relativas ao *treaty making power* e manteve a dualidade doutrinária: alguns sustentavam que todos os acordos deveriam obrigatoriamente ser submetidos ao poder legislativo, sendo que outros insistiam na possibilidade da conclusão de acordos executivos⁶⁷. A primeira tendência, que permite a conclusão de certos acordos sem intervenção legislativa foi concretizada na prática diplomática brasileira.

A análise relacionada ao conteúdo e natureza do tratado internacional será efetuada pelo Ministério das Relações Exteriores

Segundo BASTOS, o objetivo do texto constitucional de 1988 era de restringir a possibilidade de concluir acordos executivos, evitando assim toda sorte de abuso, in *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 4, tomo I, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 112.

62 ARAÚJO, J. H. P. op. cit., p. 149.

63 CANÇADO TRINDADE, O. A. D. op. cit., p. 141.

64 FERREIRA FILHO, M. G. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 21; CÂMARA, J. S. *A conclusão dos tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro*. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, 69/71:74, 1987-1989; MELLO, C. A. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 277.

65 CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O poder de celebrar tratados...*, op. cit., p. 385; CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O poder legislativo...*, op. cit., p. 177-188.

66 CÂMARA, J. S. op. cit., p. 73.

67 CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O poder de celebrar tratados...*, op. cit., p. 383.

(MRE), em momento anterior ao envio do mesmo ao Congresso Nacional. O executivo verificará, na ocasião, se o tratado é capaz de produzir compromissos gravosos ao patrimônio nacional ou, ainda, se pode se enquadrar no domínio reservado à lei. A liberdade da ação do poder executivo na matéria tende a ser ilimitada, podendo este optar pela não submissão de um tratado à aprovação do Congresso, contrariamente ao referido dispositivo constitucional. Uma leitura conjunta dos artigos 49, inciso I e 84, inciso VIII da Constituição brasileira leva a crer que alguns tratados internacionais não devem, obrigatoriamente, ser submetidos ao poder legislativo. Ora, apesar de parecer evidente, essa interpretação dividiu sobremaneira a doutrina brasileira, que interpretou de maneira divergente o conteúdo dos referidos artigos. Os debates em torno da questão foram bastante positivos para esclarecer e preencher as lacunas da prática constitucional brasileira em matéria de incorporação de tratados internacionais. Ademais, a prática diplomática brasileira houve por bem reconhecer outros critérios aplicáveis à incorporação dos tratados internacionais, elucidando a imprecisão do dispositivo constitucional.

b) A polêmica doutrinária que levou ao reconhecimento da prática pelo MRE

Durante as revisões constitucionais posteriores⁶⁸ surgiu intenso debate entre os internacionalistas brasileiros, cujas opiniões divergiam no que tange à obrigatoriedade de uma intervenção legislativa para todos os tratados internacionais assinados pelos representantes do país. A origem de tal discurso remonta à entrada em vigor da Constituição de 1946, com o artigo de ACCIOLY e a respectiva resposta de VALLADÃO (1). Posteriormente, o MRE adotou posição favorável ao reconhecimento da prática dos acordos executivos como um reflexo das relações internacionais contemporâneas, confirmando a tese de ACCIOLY (2).

1) O debate entre ACCIOLY e VALLADÃO

O debate relativamente à conclusão de acordos executivos tem origem na entrada em vigor da Constituição de 1946, com o artigo de ACCIOLY⁶⁹, que defende a possibilidade da conclusão de acordos em forma simplificada no Brasil. Em seu artigo, o jurista brasileiro refere-se constantemente à prática constitucional dos Estados-Unidos que consagrou, apesar da rigidez do texto constitucional, a conclusão

⁶⁸ O texto integral de cada constituição brasileira está disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/constituicao/>.

⁶⁹ ACCIOLY, H. *A ratificação e a promulgação dos tratados, em face da Constituição Federal Brasileira*. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. IV, n.º 7, janeiro/junho. Rio de Janeiro. 1948, p. 5-11.

dos *executive agreements*. Seguindo essa linha, o Brasil poderia se obrigar internacionalmente sem necessidade de obter autorização legislativa, sobretudo em função da competência privativa dos órgãos constitucionais⁷⁰. Assim, a aprovação do Congresso somente seria exigida caso o tratado envolvesse matéria de competência exclusiva do poder legislativo, como aqueles que acarretam compromissos gravosos ao patrimônio nacional, dispõem acerca do déficit público federal, implicam cessão, troca ou estabelecem limites do território nacional ou, ainda, aqueles relativos às alianças militares ou ao comércio e à navegação.

Ademais, no caso norte-americano, o Congresso autoriza frequentemente o poder executivo a concluir tratados em áreas bem determinadas⁷¹. Apesar do aparente impedimento do texto constitucional norte-americano, a antiga prática diplomática no referido país admite a conclusão dos *executive agreements*, o que seria igualmente aplicável no caso brasileiro. Ora, a Constituição brasileira de 1891 inspirou-se amplamente da constituição dos Estados-Unidos, bem como as revisões posteriores de 1934 e 1946, que mantiveram a mesma fórmula relativa à conclusão dos tratados internacionais. O autor afirma que o Brasil poderá assumir compromissos internacionais sem intervenção do poder legislativo nos seguintes casos: acordos relativos a temas de competência privativa do poder executivo; acordos concluídos por agentes ou funcionários competentes sobre questões de interesse local ou de importância limitada; acordos que buscam interpretar cláusulas de um tratado já em vigor; acordos que decorrem lógica e necessariamente de outro tratado em vigor e que atuam apenas para completá-lo; e acordos que estabelecem um *modus vivendi*, cujo objetivo é apenas de manter o estado inicial e estabelecer simples bases para negociações futuras⁷².

Dois anos após a publicação do artigo de ACCIOLY, VALLADÃO expôs sua tese no mesmo Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, contestando os argumentos que sustentavam a possibilidade da conclusão de acordos executivos em determinados casos⁷³. Tratava-se de parecer solicitado pelo Ministro de Relações Exteriores, Raul Fernandes, questionando a validade de um acordo de pagamento entre o Brasil e a França, que havia sido concluído por meio

70 ACCIOLY, H. A ratificação e a promulgação dos tratados..., op. cit., p. 7.

71 É o caso dos tratados de comércio concluídos sob a presidência de Franklin Roosevelt, que recebeu uma autorização do Congresso em 12 de junho de 1934. Vide ACCIOLY, H. A ratificação e a promulgação dos tratados..., op. cit., p. 7

72 Ibid, p. 8.

73 VALLADÃO, H. A aprovação de ajustes internacionais pelo Congresso Nacional. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. VI, n. 11-12, janeiro/dezembro. Rio de Janeiro, 1950, p. 95-108.

de troca de notas entre o Ministério e a Embaixada da França no Rio de Janeiro⁷⁴. Na ocasião, o ministro esclareceu que o acordo envolvia apenas questões administrativas, tendo sido concluído, portanto, pelo governo isoladamente. Assim como outro acordo do gênero concluído com a Inglaterra não havia exigido uma intervenção legislativa, era necessário verificar se o acordo em espécie deveria ser submetido ao Congresso Nacional. Ao redigir seu parecer acerca da questão que lhe foi colocada, VALLADÃO interpretou os artigos da constituição de 1946, confrontando-os às regras estabelecidas pelas constituições anteriores. Concluiu o iminente jurista que a aprovação do Congresso é obrigatória para todo e qualquer tratado internacional assinado pelo Brasil⁷⁵.

A resposta de ACCIOLY combatendo os argumentos de VALLADÃO foi publicada no número seguinte do referido boletim em 1951⁷⁶. O autor, que defende a possibilidade de conclusão de acordos executivos no Brasil, insistiu que a exigência de uma aprovação legislativa nunca foi indispensável para todos os tratado internacionais bilaterais na linha dos acordos concluídos sob a égide das Constituições de 1891, 1934 e 1946, que entraram em vigor apesar da ausência de intervenção do Congresso⁷⁷. Ademais, os constituintes brasileiros não teriam tido a intenção de subordinar o executivo ao legislativo em matéria de política externa⁷⁸, pois cabe ao chefe do executivo a competência de concluir tratados, nos termos da competência privativa do Presidente da República, prevista no artigo 87, VI da Constituição de 1946⁷⁹. Além disso, a tese da ausência de referendo para tratados específicos, admitida por diversos internacionalistas modernos⁸⁰, constitui costume

74 Ibid, p. 95.

75 Para uma análise dos argumentos utilizados por VALLADÃO para sustentar sua tese, vide p. 96, 97, 104 e 107. Segundo o autor, “ha de ser assim, mantida a interpretação clássica que subordina à aprovação do Congresso Nacional todo e qualquer tratado ou convenção, ainda que com a simples denominação de acordo, ajuste, convênio, etc...”, Ibid, p. 99.

76 ACCIOLY, H. Ainda o problema da ratificação dos tratados, em face da Constituição Federal Brasileira. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. VII, n. 13-14, janeiro/dezembro. Rio de Janeiro, 1951, p. 20-33.

77 Ibid, p. 22 e 27.

78 Ibid, p. 23.

79 Ibid, p. 24 e 31.

80 SETTE CÂMARA, J. *The ratification of International Treaties*. Toronto, 1949, p. 46; WRIGHT, Q. The United States and International Agreements. In: *American Journal of International Law*. 38. 1944, p. 345; HYDE, C. C. *International Law*. Vol. II, 2ª ed. Boston, 1945, p. 1405, 1411 e 1415; MARTIN, C. E. Presidential Discretion in World Affairs through Executive Agreements. In: *Proceedings of the American Society of International Law*. 1951, p. 15 e 17; WILCOX, F. O. *The ratification of International Conventions*. Londres, 1935, p. 227; MCNAIR, A. *The Law of Treaties*. Oxford, 1938, p. 85/87; JONES, J. M. *Full Powers and Ratification of International Conventions*. Londres, 1946, p. 13 e 66; ROUSSEAU, C. *Principes généraux du droit international public*. Vol. I. Paris, 1944, p. 193/194; SIBERT, M. *Traité de droit international public*. Vol. II. Paris, 1951, p. 224-225; VISSCHER, P. *De la conclusion des traités internationaux*. Bruxelles, 1943, p. 126-127; ROUSSOS, G. *Les accords en forme simplifiée en droit international*. In: *Revue Hellénique de Droit International*. n. 5, 1953, p. 248;

bem estabelecido no Brasil⁸¹ apesar de não dispor de previsão expressa na constituição brasileira.

Posteriormente, VALLADÃO reconsiderou sua tese em parecer publicado em 1969⁸². De acordo com o jurista, o acordo concluído entre o Brasil e os Estados-Unidos através de troca de notas, relativo à colaboração em pesquisas sobre sensores remotos em levantamento de recursos terrestres, não havia sido submetido a uma aprovação legislativa⁸³. O argumento utilizado consiste na existência de um tratado anterior sobre o qual o acordo em espécie teria sido baseado. Conseqüentemente, não será necessário obter autorização legislativa para a ratificação de um acordo que foi autorizado por ou constitui execução de um tratado anterior devidamente aprovado⁸⁴.

A divergência entre ACCIOLY e VALLADÃO limitou-se à discussão acerca da necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional de tratados que abordavam matéria de competência privativa do poder executivo⁸⁵. Assim como VALLADÃO, que reconheceu a tese de ACCIOLY admitindo a conclusão de acordos executivos em certos casos, o Ministério de Relações Exteriores também se pronunciou ratificando os argumentos de ACCIOLY.

2) A recepção da tese de ACCIOLY pelo MRE

A tese de ACCIOLY, admitida pelo MRE, foi confirmada pela prática constitucional brasileira. CARNEIRO, consultor jurídico do Ministério, confirmou a possibilidade de conclusão de acordos não submetidos ao poder legislativo nas situações mencionadas por ACCIOLY. Em seu parecer pronunciado em 1950, o consultor admitiu exceções à suposta regra da intervenção legislativa, que englobam os acordos relativos a assuntos de competência privativa do poder executivo; os acordos concluídos para a execução, aplicação ou esclarecimento de uma matéria de importância secundária de um tratado; e os acordos de prorrogação ou modificação de um acordo executivo ainda em vigor⁸⁶.

GUGGENHEIM, P. *Traité de droit international public*. Vol. I. Genebra, 1953, p. 72, citados por ACCIOLY, H. *Ainda o problema da ratificação dos tratados...*, op. cit., p. 25-26.

81 *Ibid*, p. 33.

82 VALLADÃO, H. *Necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional de acordo internacional*. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. XXV, n. 49-50, janeiro/dezembro. Rio de Janeiro, 1969, p. 111-112.

83 VALLADÃO, H. *Aprovação de ajustes internacionais...*, op. cit., p. 108.

84 VALLADÃO, H. *Necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional...*, op. cit., p. 112.

85 CANÇADO TRINDADE, O. A. D. op. cit., p. 85-86.

86 CARNEIRO, L. *Acordos por troca de notas. Quando é necessária a aprovação pelo Congresso Nacional*. In: CACHÁPUZ DE MEDEIROS, A. P. (dir.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*, Vol. IV, 1946-1951. Brasília: Senado Federal, 2000, p. 401-414.

Diversos autores e consultores jurídicos do Itamaraty⁸⁷ confirmaram a tese de ACCIOLY, assim como o fez o atual consultor jurídico do MRE desde 1998, MEDEIROS. Este último afirma que tais acordos podem ser concluídos sem a aprovação do Congresso nas seguintes situações:

- 1) quando se destinem a executar, interpretar ou prorrogar tratados preexistentes devidamente aprovados pelo legislativo; 2) quando forem estritamente inerentes à rotina diplomática ordinária e puderem ser desconstituídos mediante comunicação à outra parte, eficaz desde logo, sem necessidade de renúncia.⁸⁸

O consultor sugere a utilização da fórmula acima no processo de conclusão de tratados internacionais, pois melhor se ajustaria às necessidades da vida internacional contemporânea, respeitando, ademais, as prescrições da Constituição Federal de 1988. Segundo o consultor jurídico, 317 acordos em forma simplificada foram concluídos pelo governo brasileiro sem intervenção do Congresso Nacional entre 1946 e 1981⁸⁹. Esse número continua aumentando consideravelmente, conforme é possível inferir da quantidade de acordos executivos concluídos entre 5 de outubro de 1988, data da entrada em vigor da constituição de 1988 e 31 de dezembro de 1993⁹⁰. É possível contabilizar cerca de 182 acordos em forma simplificada, sendo que a maioria constitui ajustes complementares a tratados preexistentes⁹¹.

A divisão de atos internacionais do MRE publicou, em 1984, seu manual de procedimentos relativo à prática diplomática brasileira em matéria de conclusão de atos internacionais⁹². Em razão da multiplicação dos atos internacionais concluídos pelo Brasil desde a publicação do primeiro manual, o que representa cerca de 300 por ano⁹³, a divisão de atos internacionais houve por bem reeditar tal documento em 2008. O MRE confirma, portanto, a tese segundo a qual alguns tratados não

87 ROCHA, A. R. Acordos internacionais: quando é desnecessária a aprovação pelo Congresso Nacional. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. XXIV, n. 47-48, janeiro-dezembro. Rio de Janeiro, 1968, p. 175-183; CANÇADO TRINDADE, A. A. Participação do Legislativo na celebração de tratados. Acordos por troca de notas, acordos em forma simplificada. Ressalvas a atos internacionais em vigor. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. (dir.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Vol. VIII - 1985-1990. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 518-523.

88 CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O poder de celebrar tratados...*, op. cit., p. 481.

89 CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O poder legislativo...*, op. cit., p. 136-145.

90 CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *O poder de celebrar tratados...*, op. cit., p. 431.

91 Idem.

92 MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Atos internacionais. Prática diplomática brasileira. Manual de procedimentos*. Brasília: Departamento Consular e Jurídico/Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores, 1984, 45 p.

93 MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Atos internacionais. Prática diplomática brasileira. Manual de procedimentos*. Brasília: Departamento Consular e Jurídico/Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores, 2008, p. 4.

exigem aprovação legislativa. Trata-se dos tratados concluídos por meio de troca de notas ou outro formato que tenham sido autorizados por ou constituam execução de outro anterior, devidamente aprovado e que não o modifique⁹⁴. Estes atos são “*considerados pela doutrina como derivados da ‘diplomacia ordinária’ ou rotineira*”⁹⁵. Não restam dúvidas quanto ao reconhecimento da prática reiterada dos acordos em forma simplificada pelo poder executivo brasileiro, formando um verdadeiro costume⁹⁶. Ora, o costume existe como regra de direito tanto na ordem interna, quanto na ordem internacional⁹⁷. Engloba um elemento material e um elemento subjetivo (*opinio juris* ou reconhecimento do caráter obrigatório da regra não escrita)⁹⁸. O poder executivo brasileiro fundamentou tal prática nas disposições constitucionais, não tendo o poder legislativo protestado para assegurar o respeito de suas prerrogativas constitucionais. Restam, portanto, confirmados os elementos necessários à configuração da regra costumeira⁹⁹.

Conclusão

A razão de ser da ratificação é a necessidade de aprovação legislativa, que constitui atualmente “fato constitucional” previsto na maior parte das constituições modernas em função da necessidade de democratizar as relações internacionais¹⁰⁰. A associação do poder legislativo na conclusão de atos internacionais mostrou descompasso entre o respeito das regras constitucionais e as exigências do direito internacional. Com efeito, alguns Estados corriam o risco de se expor negativamente perante a comunidade internacional por fato atribuído ao poder legislativo no momento da aprovação ou rejeição do tratado que lhe foi submetido, abalando a confiança legítima que os demais Estados participantes lhe depositaram quando da assinatura. Evidentemente que o atraso ou a negativa da ratificação não poderá ser atribuído unicamente ao poder legislativo, já que não há qualquer obrigação ou prazo de remissão do tratado ao poder legislativo aceito como costume internacional, assim como também não há qualquer obrigatoriedade de ratificação após a devida aprovação pelo legislativo.

94 MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, p. 16.

95 Idem.

96 REZEK, F. op. cit., p. 61; CAMARA, J. S. A conclusão dos tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, ano XXXIX-XLI, n.º 69/71, Brasília, 1987/1989, p. 66; MELLO, C. D. A. op. cit., p. 236; TRINDADE, O. A. D. C. op. cit., p. 87.

97 V. C.I.J., acórdão de 7 de setembro de 1927, Lotus, Rec. p. 28.

98 Artigo 38, § 1, b) do Estatuto da C.I.J. Vide C.I.J., acórdão de 3 de junho de 1985, *Plateau continental (Lybie/Malte)*, Rec. p. 33; C.I.J., acórdão de 27 de junho de 1986, *Activités militaires et paramilitaires*, Rec. p. 98. V. CARREAU (D.), op. cit., pp. 246-267; COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Montchrestien, 6a ed., Paris, 2004, pp. 52-73.

99 C.I.J., acórdão de 20 de fevereiro de 1969.

100 VISSCHER. C. op. cit. p. 535.

É assim que o poder executivo, buscando dar conta dos compromissos internacionais e evitar a ratificação tardia de atos internacionais, houve por bem incorporar a prática dos *executive agreements* que ganharam força na prática norte-americana. O Brasil, assim como os demais Estados democráticos, considerou que o procedimento “quase legislativo” utilizado na aprovação legislativa dos tratados internacionais apenas poderia ser justificado em momento no qual os tratados internacionais constituíam exceção, relacionando-se, principalmente às matérias de grande importância política ou atinentes à natureza legislativa¹⁰¹. Ora, atualmente a maior parte dos tratados internacionais é concluída seguindo o trâmite dos acordos em forma simplificada, ou seja, excluindo-se a participação do poder legislativo e, conseqüentemente, a exigência de ratificação. Justifica-se, dessa forma, a adoção de acordos em forma simplificada, que pode ser vista tanto de forma positiva quanto negativa.

De fato, a proliferação dos acordos executivos, que constitui tendência no direito internacional contemporâneo, acaba por eliminar a substância das regras constitucionais que associam os parlamentos à conclusão de acordos internacionais¹⁰². De acordo com dados recentes da Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores do Brasil, mais de 80% dos atos internacionais são concluídos unicamente pelo poder executivo sob o regime simplificado¹⁰³. Na ausência de qualquer controle com relação à sua conclusão, o objeto destes acordos, inicialmente limitado a assuntos de competência exclusiva do Executivo, tende a se expandir para outras áreas de competência do poder legislativo, abarcando “problemas técnicos e administrativos resolvidos por acordos autônomos alheios a qualquer outro instrumento”¹⁰⁴. Corrobora o fato de que não existe distinção material entre um tratado e um acordo em forma simplificada. A escolha entre tais fórmulas é condicionada apenas por razões de tática política do executivo¹⁰⁵. Atualmente, existem diversos acordos em forma simplificada relacionados a questões políticas tão importantes quanto aquelas reguladas por tratados em forma solene.

101 Ibid. p. 536.

102 BASDEVANT (J.), «La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités», R.C.A.D.I., 1926-V, vol. 15, p. 539.

103 Trata-se da estatística elaborada pela D.A.I. em 8 de junho de 2009. Tal documento foi consultado pelo autor durante a entrevista realizada em outubro de 2009 no Ministério de Relações Exteriores.

104 DAILLIER (P.), PELLET (A.), op. cit., p. 145.

105 VISSCHER (P. de), op. cit., p. 539.

Referências bibliográficas

- ACCIOLY, H. (1948) “A ratificação e a promulgação dos tratados, em face da Constituição Federal Brasileira”. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, ano IV, n. 7, p. 5-11, jan./jun.
- ARAÚJO J. H. P. (1958) *A processualística dos atos internacionais*. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores.
- BASDEVANT, J. (1926) “La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités”. In: *R.C.A.D.I.*, 1926-V, vol. 15, p. 539.
- BASTOS C. R., MARTINS Y. G. (2002) *Comentários à constituição do Brasil*. 4º vol., t. 1, artigos 44-69. 3ª ed. São Paulo: Saraiva.
- BUERGENTHAL, T. (1992) “Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law” In: *R.C.A.D.I.*, 1992-IV, pp. 301-400.
- CACHAPUZ DE MEDEIROS A. P. (1983) *O Poder Legislativo e os tratados internacionais*. Porto Alegre: LPM.
- _____. (1995) *O Poder de Celebrar Tratados: Competência dos poderes constituídos para a celebração dos tratados à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. (1951) “Ainda o problema da ratificação dos tratados, em face da Constituição Federal Brasileira” *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, ano VII, ns. 13-14, p. 20-33, jan./dez.
- _____. (2004) “Acordos internacionais: as atribuições distintas de negociação pelo Poder Executivo e de aprovação pelo Poder Legislativo” In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. (org.) *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Vol. VIII (1985-1990). Brasília: Senado Federal, p. 463-465.
- _____. (2004) “A questão da aprovação pelo Legislativo de atos internacionais” In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. (org.) *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Vol. VIII (1985-1990). Brasília: Senado Federal, p. 518-523.

_____. (2004) “Participação do Legislativo na celebração de tratados. Acordos por troca de notas, acordos em forma simplificada. Ressalvas a atos internacionais em vigor” In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. (org.) *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Vol. VIII (1985-1990). Brasília: Senado Federal, p. 518-523.

_____. (2004) “Processualística dos atos internacionais. Questão da aprovação parlamentar: princípio; alcance. Equilíbrio entre os Poderes” In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. (org.) *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Vol. VIII (1985-1990). Brasília: Senado Federal, p. 527-531.

_____. (2006) *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey.

CANÇADO TRINDADE O. A. D. (2006) *O Mercosul no direito brasileiro, incorporação de normas e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey.

CARNEIRO, L. (2000) “Acordos por troca de notas. Quando é necessária a aprovação pelo Congresso Nacional” In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. (org.) *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Vol. IV (1946-1951). Brasília: Senado Federal, p. 401-414.

_____. (2000) “Acordo mediante notas reversais para assegurar o cumprimento de tratado. Necessidade de ratificação pelo Congresso Nacional” In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. C. (org.) *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Vol. IV (1946-1951). Brasília: Senado Federal, p. 117-118.

CARREAU, D. (2007) *Droit international*. 9ème éd. Paris: Pedone.

CASSESE, A. (1985) “Modern Constitutions and International Law” In: *R.C.A.D.I.*, 1985-III, pp. 331-476.

COMBACAU J. (1991) *Le droit des traités*. PUF, «Que sais-je?», n. 2613.

CORTEN, O. (2007) *Les conventions de Vienne sur le droit des traités, commentaires article par article*. Bruxelles: Bruylant.

COT, J. P. (1968) “La bonne foi et la conclusion des traités” *Revue belge de droit international*, p. 140.

DEHOUSSE, F. (1935) *La ratification des traités*. Paris: Sirey.

DINH N. Q., DAILLIER P., PELLET A. (2003) *Direito Internacional Público*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MESTRE J.-L., PFERSMANN, O., ROUX A., SCOFFONI G. (2001) *Droit constitutionnel*. 4ème éd. Paris: Dalloz.

FILHO M. G. F. (1986) *Comentários à constituição brasileira*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva.

_____. (2002) *Do processo legislativo*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva.

_____. (2002) *Curso de Direito Constitucional*, 29ª ed. São Paulo: Saraiva.

HAMON F., TROPER M. (2007) *Droit constitutionnel*. 30ème éd. Paris: L.G.D.J.

JEAN-ARNAUD André. (2007) *Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

KELSEN, H. (1926) “Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public” In: *R.C.A.D.I.*, 1926-IV, pp. 227-331.

_____. (1953) “Théorie du droit international public” In: *R.C.A.D.I.*, 1953-III, pp. 1-203.

KLABBERS, J. (2001) “How to defeat a treaty’s object and purpose pending entry into force: toward manifest intent” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Mar 1.

KOLB R. (2001) *La bonne foi en droit international*. Paris: PUF.

LARENZ Karl. (1997) *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

MELLO C. A. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. 1. 11ª ed. São Paulo: Saraiva.

MESTRE, A. (1931) “Les traités et le droit interne” In: *R.C.A.D.I.*, 1931-IV, pp. 233-306.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. (1931) “Droit international et droit constitutionnel” In: *R.C.A.D.I.*, 1931-IV, pp. 307-465.

MOSLER, H. (1957) “L’application du droit international public par les tribunaux nationaux” In: *R.C.A.D.I.*, 1957-I, pp. 625-705.

NISOT, J. (1970) “L’article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités” *Revue belge de droit international*, pp. 498-503.

OPPENHEIM L. F. L. (1935) *International Law: a Treatise*. Londres.

PACTET P., MÉLIN-SOUCRAMANIEN F. (2006) *Droit constitutionnel*. 25^{ème} éd. Paris: Dalloz.

PONTES DE MIRANDA, F. C. (1970) *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo III. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

RANGEL, M. (1967) “Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais”. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, ano XXIII, ns. 45-46, p. 29-64, jan./dez.

REUTER, P. (1995) *Introduction au droit des traités*. 3^{ème} éd. PUF.

_____. (1970) *La convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités*. A. Colin.

ROCHA, A. R. (1968) “Acordos internacionais: quando é desnecessária a aprovação pelo Congresso Nacional” *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, ano XXIV, ns. 47-48, p. 175-183, jan./dez.

ROSENNE, S. (1970) *A guide to the legislative history of the Vienna Convention*. Sijthoff, Leyde.

ROUSSEAU, C. (1970) *Droit international public*. Tome I. Paris: Sirey.

SCOTT, D. C. (2002) “Presidential Power to “Un-Sign” Treaties”. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 69, n. 3.

SETTE CAMARA, J. (1989) “A conclusão dos tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro” *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, anos XXXIX a XLI, ns. 69/71, p. 56-75.

TRIEPEL, H. (1923) “Les rapports entre le droit interne et le droit international” In: *R.C.A.D.I.*, 1923-I, pp. 77-118.

VISSCHER, P. (1952) “Les tendances internationales des constitutions modernes” In: *R.C.A.D.I.*, 1952-I, pp. 511-578.

VALLADÃO, H. (2002) “Conceito moderno de ratificação dos tratados e convenções, democrático, originário do Direito Internacional americano” In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. (org.) *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Vol. VI (1961-1971). Brasília: Senado Federal.

_____. (1950) “Aprovação de ajustes internacionais pelo Congresso Nacional” *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, ano VI, ns. 11-12, p. 95-108, jan./dez.

_____. (1969) “Necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional de acordo internacional” *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, ano XXV, ns. 49-50, p. 111-112, jan./dez.

VIRALLY, M. (1967) “La réciprocité dans le droit international” In: *R.C.A.D.I.*, 1967-III, t. 122, pp. 3-105.

WILDHABER, L. (1971) *Treaty making power and constitution*. Basel: Helbing & Lichtenhahn.

ZOLLER, E. (1977) *La bonne foi en droit international public*. Paris: Pedone, 392 p.

O DIREITO DA GUERRA EM FRANCISCO SUÁREZ: O PROJETO CIVILIZADOR DA ESCOLÁSTICA ESPANHOLA

EL DERECHO DE LA GUERRA EN FRANCISCO SUÁRES: EL PROYECTO CIVILIZADOR DE LA ESPAÑA ESCOLÁSTICA

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo¹

Resumo: O presente texto analisa o direito da guerra em Francisco Suárez. Menos uma explanação sobre um ramo do direito internacional, neste trabalho, busca investigar-se a origem deste direito, sob uma ótica bastante particular. Trata-se de reconstruir o intento de um dos maiores expositores da Escolástica Espanhola para salvar uma tradição cristã muito antiga da sua destruição. A doutrina da guerra justa, embora de origem cristã, corresponde a um dos maiores esforços da humanidade como um todo para limitar a violência da guerra, mesmo antes da existência de um direito internacional. Para manter a validade das proposições da teoria da guerra justa – e minimizar os efeitos da guerra –, Suárez precisou alterar-lhe o fundamento: de doutrina religiosa, ela se tornou jurídica.

Resumen: El presente texto analiza el derecho de guerra en Francisco Suárez. Más que una explicación sobre una rama del derecho internacional, este trabajo, busca investigar el origen de ese derecho desde una perspectiva muy particular. Trata de reconstruir el intento de uno de los mayores expositores de la Escolástica española de salvar una tradición cristiana muy antigua de su destrucción. La doctrina de la guerra justa, aunque de origen cristiano, corresponde a uno de los mayores esfuerzos de la humanidad en su conjunto para limitar la violencia de la guerra, incluso antes de la existencia de un derecho internacional. Para mantener la validez de las proposiciones de la teoría de la guerra justa - y minimizar los efectos de la guerra -, Suárez tuvo que cambiarle el fundamento: de doctrina religiosa, ella se convirtió en jurídica.

Palavras-chave: Francisco Suárez, Guerra Justa, Direito das Gentes

¹ Professor Adjunto de Direito Internacional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, autor dos livros Guerra e Cooperação Internacional, Hugo Grócio e o Direito: o jurista da guerra e da paz e de O nascimento do direito internacional. E-mail: borgesmacedo@hotmail.com. Este trabalho é uma versão modificada de trechos da minha tese de doutorado.

Palabras clave: Francisco Suárez, Guerra Justa, Derecho de Gentes

Introdução

Francisco Suárez, um dos maiores escritores da escolástica espanhola, nasceu em Granada, em 5 de janeiro de 1548 e morre em Lisboa, em 24 de setembro de 1617. Proclamado pela Igreja como *Doctor Eximius et Pius*, foi um dos fundadores do direito internacional. O internacionalista norte-americano James Brown Scott, numa feliz analogia, considera Francisco de Vitória o expositor inicial, Francisco Suárez o filósofo, e Hugo Grócio o sistematizador².

Todavia, consoante Pierre Mesnard – autor de uma importante obra sobre a história da filosofia política –, “nós [filósofos políticos] fomos, com frequência, injustos em relação a Suárez”³. O pensamento de Francisco Suárez influenciou sobremaneira a teologia católica e protestante, mas ele foi relegado entre os filósofos e os juristas. Sua maior obra jurídico-política, o *De Legibus ac Deo Legislatore*, acabou tão-somente por ganhar pó nas estantes das bibliotecas. Já o seu segundo maior texto neste gênero, a *Defensio Fidei*, foi, até mesmo, proibido em França e chegou a ser queimado na Inglaterra, tamanha a polêmica que causou. Isso deveria ser um indicativo das ideias que o escritor defende. Mesmo assim, por um bom tempo, os livros de Francisco Suárez não obtiveram acesso às academias de Direito e de Filosofia.

Somente na segunda metade do século XIX, quando se descobre que Hugo Grócio não detém, com exclusividade, a paternidade do direito internacional, os textos jurídicos e políticos de Suárez são revitalizados. Percebe-se, então, que Suárez não é apenas um grande teólogo – um dos maiores do chamado “século de ouro” da Espanha e o mais importante da segunda vaga da escolástica espanhola –, mas também antecipou teses jurídico-políticas bastante modernas como o contrato social, a origem popular do poder e a doutrina do tiranicídio. Além disso, o escritor apresenta uma noção de direito natural que se ajusta às mudanças históricas, o que salva o jusnaturalismo suareziano de uma das mais contundentes críticas que o positivismo desfere contra o direito natural moderno. Tão original é o pensamento do autor que ele desenvolveu uma concepção sofisticada e original de *jus gentium* que

2 Cf. SCOTT, J. B. *The Catholic Conception of International Law*. Washington D.C.: Georgetown University Press, 1934. pp. 183-184.

3 “On a souvent été injuste pour Suarez” (MESNARD, Pierre. *L'Essor de la Philosophie Politique au XVIe Siècle*. 3. ed. Paris: J. Vrin, 1977. p. 40).

ultrapassou a órbita cultural romana na qual os trabalhos sobre o tema ainda estavam inseridos⁴.

Cabe observar que um internacionalista de hoje não conseguiria reconhecer o seu objeto de estudo nos textos de Suárez. Desavisado, ele encontraria apenas comentários à Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino. Tampouco o seu direito internacional estaria em qualquer escritor do início do século XVII. Autores deste tempo ocuparam-se de temas bastante distintos daqueles que se leem nos sumários dos manuais contemporâneos. Eles se debruçaram sobre a doutrina da guerra justa, o direito de guerra medieval, da qual o *jus gentium* representa somente uma das suas fontes.

Suárez, no entanto, merece destaque precisamente por ser um comentarista bastante sistemático de Santo Tomás. O estudo da guerra no Aquinate encontra-se num tratado diferente daquele em que ele se volta para o Direito (e diferente também daquele em que ele se volta para as leis), no Tratado da Caridade. Assim, Suárez teve a oportunidade de se debruçar sobre o direito das gentes em dois momentos distintos da sua vida e sob dois ângulos bem diversos: quando redigiu o seus comentários sobre a caridade e, posteriormente, no De Legibus (Suárez unificou os tratados da Lei e do Direito). Essa primeira fase do pensamento suareziano pelo direito das gentes inicia-se com o seu magistério no colégio romano (1580-1585). Apesar desse contato precoce, o estudo da guerra corresponde, de modo paradoxal, tanto à mocidade intelectual de Suárez, como à sua maturidade. Ele foi pensado e redigido, na sua maior parte, em 1584, mas foi revisto e publicado somente em 1621. Esse lapso de tempo permitiu que a mensagem da obra não destoasse daquela do Tratado das Leis.

Assim, o *jus gentium* que o autor expõe no seu estudo sobre a guerra não consiste numa versão preliminar e ainda incompleta do seu pensamento final. Todavia, o Tratado da Caridade de Suárez possui uma finalidade muito diferente daquela do seu Tratado das Leis, e, dessa maneira, o direito das gentes cumpre uma função também bastante distinta. Mesmo antes da existência do que hoje denominamos de direito internacional, os juristas e padres buscavam minimizar os efeitos da guerra, limitar o seu alcance e estabelecer requisitos para a sua legitimidade. Esse corpo de ideias era universal por causa do seu fundamento: a religião cristã, que era aceita como a “Verdade” por todos os povos europeus. Entretanto, a Reforma Protestante alterou esse quadro de maneira drástica, e o próprio cristianismo passou a

⁴ Vide a obra BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio. *O nascimento do direito internacional*. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

apresentar versões. Em consequência, a teologia católica (inclusive a teologia político-jurídica) não poderia mais ser universalizada.

Este foi o desafio de Suárez: evitar que os preceitos da guerra justa se perdessem em meio ao relativismo. O jurista de Coimbra é um pensador da segunda vaga da escolástica espanhola; os grandes problemas da sua vida não são mais aqueles do tempo de Francisco de Vitória: as Grandes Navegações, a descoberta do Novo Mundo e o direito dos índios. Ele teve de lidar com a Reforma; foi o teólogo mais importante da Contra-Reforma. Quando o rei Jaime I obriga mais um juramento de fidelidade na Inglaterra (o que afastaria o poder do Papa mesmo em questões espirituais) e inicia uma polêmica com o Cardeal Belarmino, Roma recorre ao seu teólogo mais importante da época que eleva a discussão e escreve uma obra científica de mais de oitocentas páginas, a *Defensio Fidei Catholicae adversus anglicanae sectae errores*.

Então, se as verdades não fé não constituíam mais um terreno comum, o que impediria o relativismo de destroçar o direito da guerra?

A questão herdada por Suárez

A guerra justa representa a via mediana entre o repúdio total da guerra, como ocorre em correntes idealistas, e a aceitação incondicional da violência para o engrandecimento do Estado, segundo concepções próprias do realismo político, como se os reis e as potestades não se sujeitassem à Moral e às leis da natureza. Os partidários da guerra justa reconhecem que a guerra constitui um mal, mas há males ainda piores, como o assassinato de entes queridos e a profanação de cemitérios e lugares sagrados pelas mãos de soldados invasores. Trata-se de uma tradição universal: foi desenvolvida por teólogos e canonistas cristãos, mas também por juristas leigos.

A maioria dos historiadores credita as origens dessa doutrina ao *jus fetiale* do colégio dos *fetiales* romanos. Este *corpus juris* existiu desde os dias dos reis até o final da era republicana. Os *feciais* eram sacerdotes, reunidos em uma espécie de corporação, aos quais eram encarregados de uma série de obrigações, em parte religiosas e em parte jurídicas (o *jus sacrum*). Entre diversas obrigações, cuidavam daquelas relativas ao início de uma guerra. Duas condições de natureza processual revelavam-se indispensáveis: uma notificação oficial ao oponente, com uma insistência para a satisfação do dano ou da ofensa dirigida a Roma, acompanhada de um devido prazo de resposta, e uma declaração formal de guerra. Esta última ocorria numa cerimônia religiosa bastante elaborada, na qual se devia recitar, com uma impositação de voz adequada,

determinadas fórmulas legais, e terminava com o arremesso de uma lança embebida em sangue na fronteira do território inimigo. Roma não podia entrar em guerra sem a aprovação prévia e explícita dos feciais, pois os deuses só favoreciam o *bellum iustum et pium*. Contudo, como eram subordinados aos chefes políticos, eles buscavam sempre uma justificativa para as hostilidades (v.g., a violação de um tratado ou da imunidade de embaixadores, infração de direitos territoriais ou ofensas contra Estados aliados)⁵.

A influência do direito dos feciais na doutrina da guerra justa, no entanto, revela-se tão elusiva que se torna difícil estabelecer uma correlação. O desenvolvimento posterior que ela recebe no Medievo pouco lembra as suas origens romanas. O direito de guerra medieval não denota formalismo algum, nem mesmo subserviência à autoridade política. De Roma, apenas parece haver sobrevivido a ideia de poder predicar-se a justiça ou a injustiça de determinados conflitos armados. As guerras não se apresentavam mais como acontecimentos naturais ou fatalidades e passaram a ingressar o domínio das ações moralmente relevantes.

Outros autores⁶ encontram, no direito de guerra medieval, influências dos hebreus do Antigo Testamento, e, de maneira inegável, é possível detectar reminiscências helênicas. Entretanto, parece haver um consenso de que se trata de uma doutrina especificamente cristã e que se inicia propriamente com Santo Agostinho (354-430). Influências anteriores são – como haveriam de ser – devidas, mas incidem de forma incidental no principal problema desta tradição: a justiça de uma guerra.

De questões meramente procedimentais com os antigos, a doutrina da guerra justa adquire uma conotação substantiva durante todo o Medievo. A guerra e toda a violência e a destruição que lhe advêm consistem num problema moral bastante sério para o cristianismo; além de os cristãos sempre se engajarem em contendas contra não-cristãos e, até mesmo, contra cristãos, os textos sagrados podem induzir ao erro. De um lado, há os ensinamentos de Cristo sobre a paz e “dar a outra face” aos inimigos, o que poderia gerar uma interpretação pacifista radical que rejeita qualquer guerra, mesmo aquelas defensivas; de outro, Deus revela-se o “senhor dos exércitos”, o que poderia legitimar qualquer guerra santa.

5 Cf. FUSINATO, G. *Le droit international de la République Romaine*. RDILC – Revue de droit international et de législation comparée, pp. 273 e ss., 1885.

6 Cf. VANDERPOL, Alfred. *La Doctrine Scolastique du Droit de Guerre*. Paris: Pédone, 1919. pp. 160-170.

Contudo, para o cristianismo, a guerra não representa um mal em si mesmo. Segundo os maestros espanhóis, os males que se sucedem pela guerra são acidentais à sua natureza, e haveria maiores inconvenientes se ela não fosse permitida⁷. Ademais, nenhum concílio proibiu os cristãos, de maneira definitiva, de participar de uma guerra. Há, sem dúvida, algumas restrições: o Concílio de Nicéia proscovia o combate logo após o batismo; em Isaías, não se pode matar nem morrer sobre a montanha santa – e, por interpretação extensiva, lugares sagrados. A explicação dessa concepção decorre do fato de que a guerra não se opõe à paz, mas sim à má paz, aquela que perdura em detrimento da justiça e do direito. Existe uma diferença substancial entre os conceitos de paz e de tranquilidade. Esta é paralisia, a paz é harmonia. Harmonia sempre pressupõe um equilíbrio, a balança da justiça. Dessa feita, a “verdadeira” paz apoia-se no Direito.

A guerra justa corresponde a uma tradição eminentemente cristã, porque ela é desenvolvida e reelaborada por autores da cristandade europeia. Após a sua origem com Santo Agostinho, ela é retomada por outros Pais da Igreja, por Santo Isidoro de Sevilha e o Papa Nicolau I. Houve, então, um hiato, e a guerra justa não recebeu mais atenção durante a Alta Idade Média. Somente depois das teses serem condensadas no Decreto Gratiano, na metade do século XII, o assunto volta a interessar os pensadores. Escrever sobre a guerra torna-se bastante popular na Baixa Idade Média. Os canonistas e os teólogos começam a esmiuçar as teses até elas adquirirem a sua formulação clássica em Santo Tomás de Aquino. Em virtude do interesse do Aquinate, a guerra justa se torna referência obrigatória para todos os escolásticos. Por esse motivo, Alfred Vanderpol prefere denominá-la de a “doutrina escolástica do direito da guerra”⁸.

7 Cf. SUÁREZ, R. P. Francisci. *Opera Omnia*. Editio Nova. Parisiis: Ludovicum Vivès, 1858. Tomus XII. *De Fide, Spe et Charitate*. Tractatus de Charitate. Disputatio XIII. De Bello, 1, 2. Este texto será doravante chamado DB.

8 Cf. VANDERPOL, Alfred. Op. Cit., p. 285. São autores dessa tradição, além de Santo Agostinho, Santo Isidoro de Sevilha (560-636), o Papa Nicolau I, com a sua carta aos búlgaros, o bispo Rufin, no tratado *De bono pacis* (1056), Yves de Chartres (1040-1116) e Abelardo (1079-1142). Na metade do século XXII, há o decreto do monge Jean de Gratian. Então, surgem Santo Tomás, Raimundo de Peñaforte (1180-1275), Inocêncio IV (1243-1254), Hostiensis (Henri de Suse: início do século XXIII-1271), Alexandre de Halès (1170-1245), Henri de Gand (início do século XXIII-1293) e São Boaventura (1221-1274). Depois, no século XIV e XV, passam a surgir obras cujos títulos remetam à guerra: João de Legnano (início do século XXIV-1383) – *De Bello* (1360), Henri de Gorychum – *De Bello Justo* (1420), Santo Antonio de Florença (1389-1459), Alphonse Tostate (1400-1455), Martin de Lodi – *De Bello* (século XV), Gabriel Biel (1425-1495), Sivestre Prierias (1456-1523), Thomas de Vio (Cajetan: 1468-1534), Guilherme Mathiae – *Libellus de Bello Iustitia Iniustitiave* (1533), Josse Clichthove (1472-1543). Depois, com as Grandes Navegações despontam os nomes de Francisco de Vitória, Francisco Suárez e Balthasar de Ayala – *De Jure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari* (1582). Deste período, são nomes menores: A. Guerrero – *Tractatus de Bello Justo et Injusto* (1543), Diego de Covarruvias (1512-1577), Domingos de Soto (1494-1560), F. Martini – *De Bello et Duello*

A Igreja, como instituição, nunca aceitou as teses de um pacifismo extremado. Os cristãos não cessavam de engrossar as fileiras das legiões muito antes dos Editos de Roma e de Milão. É a sua numerosa presença no exército que se tornaria a causa principal das últimas perseguições por parte dos romanos. E, como haveria de ser, nasce no exército o movimento que culminaria nos Editos de tolerância de Constantino e de Licinius de 313, os quais não consideraram pecado a profissão militar. A compatibilidade do serviço militar com o cristianismo era considerada tamanha que um dos Pais da Igreja, Santo Atanásio, chegou a pregar que, numa guerra justa, seria permitido e, até mesmo, glorioso, dar a vida⁹.

Ocorre que os primeiros escritos da guerra justa, em verdade, ocupavam-se da guerra apenas de modo secundário. O primeiro problema dos Pais da Igreja não foi com a guerra em si, mas com a legitimidade de uma função pública, o serviço militar, em face da moral cristã. Dessa maneira, as afirmações de Santo Agostinho consistem numa manifestação tardia dessa preocupação. Na célebre passagem do *Contra Faustum manichaeum*, em que ele defende a campanha de Moisés contra as investidas de Faustus de Milev, a guerra não constitui a questão central, mas a obediência incondicional às ordens divinas, insondáveis, porém justas: “não se deve estranhar ou se horrorizar ante o fato de Moisés ter empreendido guerras, porque não o fez por crueldade, mas por obediência e respeito às ordens divinas”¹⁰.

No *De civitate Dei*, a guerra torna-se alvo de críticas porque representa um dos principais instrumentos do imperialismo romano. Santo Agostinho a usa como cavalo-de-batalha dentro da luta maior contra os falsos valores cantados por Virgílio: a grandeza ilusória de Roma resulta da *superbia*, não da *pietas*. O célebre verso do poeta figura no prefácio mesmo do livro¹¹. De fato, a crítica de Agostinho não se volta contra a guerra em si, mas contra toda a moral pagã. É a partir da *pax* e da noção conexas de *ordo naturalis* que se estabelece a unidade de sua concepção. Tal como em sua Teodicéia, em que o mal se reduz a uma ausência do bem, sem possuir uma consistência própria, a guerra

(1589), Gabriel Vasquez (1551-1604), Domingos Bañez (1528-1604), Roberto Berlarmino (1542-1621), Leonardo Lessius (1554-1623), Gregório de Valencia (1561-1603), Luís de Molina (1536-1600), P. Belli – *De re Militari et Bello* (1558), Alberico Gentili – *De Jure Belli* (1598) e o próprio Hugo Grócio – *De Jure Belli ac Pacis* (1625).

⁹ Cf. NYŠ, Ernest. *Les Origines du Droit International*. Bruxelles, Paris: Alfred Castaigne, Thorin et fils, 1894. p. 45.

¹⁰ “(...) *nec bella per Moysen gesta miretur aut horreat, quia et in illis divina secutus imperia non saeviens, sed oboediens fuit (...)*” (AGOSTINHO. *Obras de San Agustin*. Trad. Pío de Luis. Edição bilingüe. Madrid: BAC, 1993. t. XXXI. *Escritos antimaniquicos. Contra Fausto*. p. 604. Livro XXII. 74).

¹¹ Cf. AGOSTINHO. *Obras de San Agustin*. Trad. José Moran. Edição bilingüe. Madrid: BAC, 1958. t. XVI. *La Ciudad de Dios*. p. 62. Livro I. Praefatio.

não passa de uma idéia reflexa dos conceitos positivos de *pax* e *ordo*. A vontade humana é livre para se submeter à *ordo*, pela *pietas*, ou de se opor a ela pela *superbia*. A *pietas* conduz à *pax ordinata* que está em harmonia com a *ordo naturalis*; a *superbia* leva à *pax perversa*, a paz da cidade diabólica. A guerra para ser justa deve cindir este tipo de paz e construir uma melhor, mais adequada à *ordo naturalis*, o que corresponde à vontade divina¹².

Como reação à avidez feudal pelo combate, a Igreja iria posicionar-se contra a guerra. Contudo, a sua hostilidade resumia-se à guerra entre fiéis. Procurava-se reduzir a violência e a destruição da guerra. Proibiram-se os clérigos de derramar sangue. Um concílio impôs aos companheiros de Guilherme, o Conquistador uma penitência de um ano para cada pessoa assassinada, outra de quarenta dias por aqueles feridos e outra ainda de três dias por aqueles que se desejou ferir. Cumpre salientar que não se questionava a legitimidade da guerra em si; apenas a guerra injusta era considerada um verdadeiro castigo de Deus¹³.

Os historiadores costumam considerar o livro XVIII das Etimologias de Santo Isidoro de Sevilha uma referência obrigatória na Alta Idade Média. O autor distingue quatro espécies de guerra: *justum bellum*, *injustum bellum*, *civile bellum* e *plusquam civile bellum* (aquela entre generais unidos por laços de família). “Justa é a guerra que é declarada para reaver coisas que tenham sido subtraídas ou para repelir os inimigos”. E, por sua vez, “injusta é a guerra que provém de um furor e que não foi iniciada por uma razão legítima”¹⁴. Nesta definição, há, portanto, dois requisitos para a justiça de uma guerra: uma declaração e uma causa justa. Esta pode ser a repulsa de um inimigo, o que caracteriza uma guerra defensiva, ou a vindicação de um bem roubado, uma espécie do gênero maior da injúria.

Não obstante a importância que essa definição iria adquirir posteriormente – sobretudo porque seria reproduzida no Decreto Gratiano –, o jurista suíço Peter Haggemacher ressalta que essa fórmula representava um lugar-comum da literatura antiga e não era propriamente nuclear à tradição da guerra justa. Ele demonstra, em sua tese, que o bispo de Sevilha desejava retomar duas frases de Cícero, não

12 Cf. TRUYOL y SERRA, Antonio. *El Derecho y el Estado en San Agustín*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1944. pp. 57-70.

13 Cf. NYS, Ernest. Op. Cit., p. 46.

14 “*Justum bellum est quod ex praedicto geritur de rebus repetitis aut propulsandorum hostium causa*”. E “*Iniustum bellum est quod de furore, non de legitima ratione inititur*”. (ISIDORUS HISPALENSIS EPISCOPUS. *Étymologiarum sive Originum Libri XX*. ed. W. M. Lindsay. Oxford: Clarendon Press, 1911. XVIII, De bello et ludis, I, 2).

o pensamento de Santo Agostinho sobre a guerra¹⁵, o qual teria pouca ou mesmo nenhuma repercussão nesse período. Cumpre salientar que o mesmo não se aplica às noções agostinianas de *pax* e *iustitia*, as quais integram o cerne do agostinianismo político. A concepção cristã de justiça enraíza-se no Ocidente, desde o fim do Império, graças à função privilegiada que diversos papas desempenhariam na organização política dos monarcas francos e germânicos.

Somente no século XII, a doutrina da guerra justa começa a se consolidar. Em Bolonha, no ano de 1140, o monge Graziano redige a *Concordia discordantium canonum* que marca o início do direito canônico clássico. A guerra constitui objeto de uma porção substancial da obra, a Causa XXIII, e, desde então, torna-se tema obrigatório para as futuras gerações de teólogos e canonistas. O Decreto Gratiano mostra-se uma obra tanto de Direito como de Teologia, o que o deixa suscetível a variadas interpretações. Consiste numa consolidação sobre diversos temas – entre os quais a guerra – na qual Graziano reúne uma gama de referências da Patrística. Todas as passagens que são tradicionalmente associadas com a doutrina da guerra justa se encontram num mesmo local. Se a razão assistir a Haggemacher – e tanto Agostinho como Isidoro não houverem debruçado-se sobre a guerra justa –, então é a partir do Decreto que começa essa tradição. O simples fato de codificar todo o pensamento cristão sobre a guerra já denota a pretensão de investigar este tema por ele mesmo. As citações foram retiradas do seu contexto original e passaram a valer por elas mesmas, como uma regra universal. Trata-se de uma atitude mais genérica, característica do pensamento do período em face das *auctoritates*: nestas, deve sempre buscar-se normas de caráter geral, sem nem mesmo atentar para o conjunto maior em que se inseriam. Graziano chega, inclusive, a assimilar os trechos da Patrística às decisões dos concílios e aos decretais dos papas: todos correspondem a cânones¹⁶.

A causa XXIII do Decreto Gratiano intitula-se *De re militari et bello* e divide-se em oito questões. A primeira questão aborda, de maneira direta, fato inédito, a moralidade das guerras em si mesmas: *an militare sit peccatum?* (“é pecado fazer a guerra?”). Apesar de invocar diversos preceitos do Evangelho que recomendam a doçura e proíbem

¹⁵ Perceba-se a profunda semelhança com as frases de Isidoro: “*Illa iniusta bella sunt, quae sunt sine causa suscepta. Nam extra ulciscendi aut propulsandorum hostium causa bellum geri iustum nullum potest. (...) Nullum bellum iustum habetur, nisi denuntiatum, nisi dictum, nisi de repetitis rebus*”. (CICERÓN. *De la République – Des Lois*. Trad. Charles Appuhn. Edição bilíngüe. Paris: Garnier Frères, 1954. p. 164. Livro III, 23). Confirma também HAGGENMACHER, Peter. *Grotius et la doctrine de la guerre juste*. Genève, Paris: Heige, Presses Universitaires de France, 1983, p. 23.

¹⁶ Cf. HAGGENMACHER, Peter. Op. Cit., pp. 24-25.

a vingança, o autor admite que a guerra pode ser legítima. Algumas guerras revelam-se necessárias, e essa necessidade acaba por escusar a violência¹⁷.

No entanto, a necessidade não basta para conferir legitimidade a uma guerra. Graziano empresta do tratado de Santo Agostinho contra os maniqueístas uma enumeração de todas as coisas repreensíveis num conflito: o desejo de destruir, a crueldade da vingança, o espírito implacável e violento, a selvageria no combate, a paixão de dominar e todos os outros excessos semelhantes. Engajar-se numa guerra, por si só, não equivale a um pecado, mas a mesma não deve ser conduzida com crueldade e cupidez, e sim com a finalidade de buscar a paz. Há, no decreto, duas definições de guerra justa, aquela de Isidoro de Sevilha, já citada, e outra emprestada de Santo Agostinho: “Tem-se o costume de chamar de guerra justa aquelas cuja finalidade é vingar as injustiças, ao castigar uma cidade ou um país que não puniu uma ação ilícita cometida por um dos seus, ou ao restituir aquilo que foi tomado de modo injusto”.¹⁸ Portanto, justa é a guerra cuja finalidade é a busca da paz, que vinga uma “in-júria” e que restitui um bem tomado injustamente.

Cumpra salientar que, quando Graziano retoma a definição do bispo de Sevilha, introduz uma sutil modificação. Ele substitui a expressão *ex praedicto*, que implica a necessidade de uma declaração, por *ex edicto*, o que pressupõe a existência de uma autoridade que ordene que se faça a guerra¹⁹. Assim, de modo não muito expresso, começa a se formar a noção – que iria ser desenvolvida posteriormente por São Raymundo de Peñaforte e Santo Tomás de Aquino – de que a guerra justa requer a promulgação de uma autoridade legítima.

Embora no Decreto Gratiano a guerra seja, de fato, analisada em si mesma, ressalta Hagggenmacher que a finalidade de Graziano não parece ter sido investigar a justiça na guerra. Se a causa XXIII for considerada como um todo, então o tema maior se revela como a legitimidade do poder coercitivo entre cristãos, no domínio da fé. A guerra consiste num dos modos de exercício desse poder. As três primeiras questões que versam sobre a guerra são as mais breves, em especial a própria questão que conceitua guerra justa. As duas questões medianas recebem, pela amplitude, a maior atenção, e são consagradas ao poder vindicativo e à sua última conseqüência, a pena capital infligida por um juiz. O

17 Cf. GRATIANUS. *Decretorum Codex. Venetiis*: Nicolai Jenson Sallici, 1477. Causa XXIII, I, 1.

18 “*Iusta enim bella definiri solent, quae ulciscuntur injurias, si gens vel civitas plectenda est quae, vel vindicare neglexerit quod a suis improbe factum est, vel reddere quod per injurias ablatum est*”. (GRATIANUS. *Decretorum Codex*. Causa XXIII, II, 1).

19 Cf. NYS, Ernest. Op. Cit., p. 100.

poder coercitivo, portanto, corresponde ao centro do problema. As três primeiras questões possuem um caráter preliminar e descartam uma objeção fundamental, as duas medianas versam sobre o assunto mesmo, a sexta e a sétima tratam das conseqüências imediatas da repressão, e a oitava aborda um questão particular, o emprego de armas pelos clérigos. Esta interpretação da causa XXIII também é corroborada pela história, pois foi adotada pelos principais decretistas do século XII nos seus comentários²⁰.

Ainda assim, mesmo que a causa XXIII não encerre uma doutrina da guerra justa, em virtude das especificidades de sua composição – abordar a guerra em si e reunir uma massa de referências patrísticas sobre o assunto – ela representa um dos agentes mais decisivos para a sua emergência. De Graziano a Santo Tomás de Aquino, a doutrina da guerra desenvolve-se de maneira orgânica e contínua. Se, nos Pais da Igreja, a temática era tratada de passagem e se, no Decreto Gratiano, ela se insere num tema maior, entre os legistas, os canonistas e os decretalistas, ela conquista autonomia.

Merece destaque, na primeira metade do século XIII, a coleção de decretais que um dominicano espanhol, São Raymundo de Peñaforte, sob as ordens do Papa Gregório IX, reuniu. Nela, o autor estabelece cinco requisitos para a guerra justa (*persona, res, causa, animus e auctoritas*), os quais, mais tarde, serão condensados por Santo Tomás em apenas três. Pouco depois, dois outros autores produzem seus comentários aos decretais gregorianos: o Papa Inocêncio IV, um dos maiores juristas a ocupar o assento de Pedro, no *Apparatus in quinque libros decretalium*, e Henri de Suse, conhecido como *Cardinalis Hostiensis*, na *Summa Aúrea*²¹.

Então, entre 1263 e 1269, Santo Tomás de Aquino redige a sua *Suma Teológica* e confere a formulação clássica da doutrina da guerra justa. Sua obra exerceria influência sobre teólogos, moralistas e, embora o Aquinate não fosse jurista, também sobre canonistas. A sua investigação acerca da guerra encontra-se condensada na questão 40 da *secunda secundae* do Tratado da Caridade, e ela se resume a quatro artigos. O primeiro versa sobre o problema da licitude da guerra; o segundo indaga se acaso seria lícito aos clérigos guerrear; o terceiro questiona tanto se seria legítimo aos combatentes usar de estratégias, como se seria legal combater em dias festivos. Mas é no primeiro artigo mesmo que se encontra o cerne de sua concepção. Para haver justiça numa guerra, é necessário preencher três condições:

20 Cf. HAGGENMACHER, Peter. Op. Cit., pp. 26-27.

21 Cf. HAGGENMACHER, Peter. Op. Cit., p. 38.

Primeira, a autoridade do príncipe, por cujo mandato se permite fazer a guerra. Não cabe à pessoa privada declarar guerra, porque pode expor seu direito perante um tribunal superior. (...).

Requer-se, em segundo lugar, justa causa, a saber: que aqueles que são impugnados mereçam, por alguma culpa, essa impugnação. (...).

Terceiro, requer-se que seja reta a intenção dos combatentes: que se intente ou se promova o bem, ou que se evite o mal. (...).

Em razão da autoridade que o pensamento de Santo Tomás iria adquirir com o tempo, estas três condições passam a caracterizar a doutrina escolástica da guerra justa²².

Em razão da autoridade que o pensamento de Santo Tomás iria adquirir com o tempo, estas três condições passam a caracterizar a doutrina escolástica da guerra justa.

Cabe observar que juristas leigos também voltam os seus interesses ao direito da guerra. No final do século XIII, a questão é analisada por Cino de Pistóia e diversos juristas franceses da escola de Orléans. No início do século seguinte, reforça a doutrina o grande jurista medieval Bártolo de Sassoferrato, que incorpora as teses de Inocêncio IV. Um discípulo de Bártolo, Iohannes de Lignano, em 1360, escreve a primeira obra a tratar exclusivamente do direito da guerra: *Tractatus de bello, de represaliis et de duello*. Lignano inicia uma tradição que irá culminar em Gentili e Grócio. Este livro adquire uma conotação bastante prática porque sofreria diversas vulgarizações, como a de Christine de Pisan, William Caxton e o famoso trabalho de Honoré Bonnet, *L'Arbre des Batailles*, todas redigidas em idioma vulgar. A partir de então até a época de Grócio, começam a surgir obras que versam especificamente sobre o direito da guerra, como os tratados de Martin de Lodi, Juan Lopes, Pierino Belli, Balthasar Ayala e Heinrich Bocer. Ocorre, pois, uma progressiva consolidação do corpo doutrinário da guerra justa²³.

Embora o livro de Lignano consolide de uma vez a doutrina da guerra justa, ele nada mais faz do que compilar as conclusões de seus

²² *Primo quidem, auctoritas principis, cuius mandato bello est gerendum. Non enim pertinet ad personam privatam bellum movere: quia potest ius suum in iudicio superioris prosequi. (...) Secundo, requiritur causa iusta: ut scilicet illi qui impugnantur propter aliquam culpam impugnationem mereantur. (...) Tertio, requiritur ut sit intentio bellantium recta: qua scillicet intenditur vel ut bonum promoveatur, vel ut malum vitetur*". (AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teologica*. Texto latino de la edición crítica Leonina. Trad. Francisco Barbado Viejo, O.P. 2. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1947. 2-2 q. 40 a.1).

²³ Cf. HAGGENMACHER, Peter. Op. Cit., pp. 39-40.

predecessores. Ele introduz um período de estagnação na disciplina, dominado por uma casuística bastante estéril, à exceção de alguns progressos isolados – como o de um Lucas de Penna ou o de um Raphael Fulgosa. A partir do século XVI, ainda que o interesse só tenha aumentado, não serão os juristas a desenvolver o direito de guerra, mas os teólogos. Haggemmacher menciona as contribuições de Martinho Lutero e de Erasmo²⁴, mas elas se apresentam um tanto excêntricas à tradição da guerra justa. Os principais escritores desse período acerca do tema são mesmo o italiano Thomas de Vio – vulgo Cajetano – e os escolásticos espanhóis. Entre estes, não há dúvidas, Francisco Suárez ocupa uma posição de destaque.

O propósito do De Bello

Cumprе salientar que, embora o objeto analisado consista no “direito” de guerra – um jus –, esse estudo se insere no Tratado da Fé, da Esperança e da Caridade – em especial, neste último. Pode parecer estranho ao leitor atual que um livro sobre uma das três virtudes teológicas contenha um trabalho sobre um dos ramos do Direito; entretanto, para Suárez, isso não fogia à normalidade: só a caridade supre as limitações da justiça e do Direito. Ainda que se busque determinar a justiça, a guerra constitui uma realidade que perpassa este domínio e acaba em outro.

É que havia questões jurídicas para as quais o Direito não possuía resposta. Na Idade Antiga, o céptico Carneades direcionou seus ataques contra a doutrina da lei natural dos estoicos. Ele granjeou fama, com o seu método de demonstração dos prós e dos contras, ao ridicularizar a noção de justiça. Um dos seus argumentos mais célebres foi o caso limítrofe que ficou conhecido como o “paradoxo de Carneades”. Num naufrágio, duas pessoas nadam até uma tábua para se salvarem, mas ela só comporta uma. Quem, neste exemplo, tem o direito à tábua? Num caso extremo de necessidade e de autopreservação, segundo o céptico, a resposta seria, ao mesmo tempo, ninguém e ambos. Hoje, os ordenamentos jurídicos encerram a figura do “estado de necessidade” para situações como essa, e qualquer um dos naufragos poderia tomar a tábua para si e ainda se encontraria ao abrigo dessa excludente de ilicitude. Mas essa resposta não satisfaria um antigo, pois se acreditava que a justiça poderia assistir apenas a um. Assevera Rommen²⁵ que, somente dezessete séculos depois, Suárez daria a solução correta. O Direito não pode funcionar em situações de extrema escassez ou

²⁴ Cf. HAGGENMACHER, Peter. Op. Cit., p. 42.

²⁵ Cf. ROMMEN, Heinrich. *The Natural Law*. Tradução para o inglês de Thomas Hanley. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 18.

absoluta abundância de bens, pois pressupõe distribuição. No exemplo citado, a ordem da justiça e do Direito termina e se inicia o governo da caridade.

Em Santo Tomás, a paz corresponde a um efeito interior em consequência à caridade. A guerra, por sua vez – em conjunto com o ódio, a acídia, a envidia, a discórdia, a porfia, o cisma, a rinha, a sedição e o escândalo –, é um vício contrário à caridade. Para um teólogo, determinar a justiça numa guerra importa não tanto para aferir a injúria, mas porque constitui um pecado contra uma das três virtudes teológicas. A investigação da justiça ou da injustiça de uma guerra é um meio para um fim de natureza teológica muito mais importante. Uma guerra injusta, além de ferir o Direito, fere a caridade. Francisco Suárez repete essa mesma ordem e não aborda o direito da guerra no tratado em que ele discorre sobre as leis e a justiça, o *De Legibus*, mas na última *disputatio* do Tratado sobre a Fé, a Esperança e a Caridade. É assim que um teólogo estuda o Direito.

Nas disposições concretas e específicas sobre o direito da guerra, o autor não se mostra muito original; em seu texto, ele sintetiza todos os trabalhos da segunda escolástica sobre a guerra justa. Este foi o seu mérito e o seu intento. Trata-se, sobretudo, de uma concepção católica e espanhola. Ainda assim, causa espanto o fato de, desde Francisco de Vitória, os *maestros* espanhóis pregarem uma tolerância muito grande com outros povos e religiões – sobretudo a muçulmana – e reprovarem a sede de conquista ibérica. Suárez, por exemplo, não hesita em admitir a possibilidade de justiça numa guerra de um soberano não cristão contra um príncipe cristão. Segundo Vitória, visto que a autoridade decorre não da religião, mas da natureza, todos os povos, mesmo os infiéis, possuem títulos válidos de domínio. Os índios, portanto, também exercem soberania e se encontram em “domínio pacífico de suas coisas públicas e privadas. Logo (salvo outro óbice em contrário), devem ser considerados verdadeiros senhores e, nessas circunstâncias, não se pode despojá-los de suas posses”²⁶. Dessa forma, o direito de guerra da Escolástica Espanhola obstrui os títulos de propriedade dos espanhóis na América e retira dos monarcas católicos o monopólio da justiça.

De fato, à primeira vista, a “escola espanhola da paz” (termo empregado por Luciano Pereña) parece pouca espanhola e pouco católica.

26 “(...) *in pacifica possessione rerum et publice et privatim. Ergo omnino (nisi contrarium constet) habendi sunt pro dominis. Neque in dicta causa possessione deturbandi*” (VITÓRIA, Francisco de. *Obras de Francisco de Vitória. Relecciones Teológicas*. Editadas por Teófilo Urdanoz. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960, De Indis, Relectio 1, 5. p. 651).

Contudo, a “hispanidade” e a “catolicidade” representam muito mais do que a mera defesa de uma política de Estado ou de uma concepção de mundo ultrapassada. O grande dilema do século XVI mostra-se a dissociação inexorável entre as duas cidades, a terrena e a de Deus. Todo o esforço intelectual de Suárez é o de combater Maquiavel nos seus próprios termos. A ideia de Império havia perdido lastro com os tempos históricos, e existiam tantas soberanias como o número de Estados. A Espanha, para o autor, constituía a chave da crise e a última esperança de reconstrução da cristandade europeia. Ela deveria converter-se no império a serviço da religião, da justiça e da civilização. Todos os príncipes católicos, por imperativo da fé, podiam proteger a Igreja. Mas somente um Estado grande e forte, como a Espanha, conseguiria se insurgir contra o cisma da terra e salvar a civilização cristã²⁷.

Para uma verdadeira missão civilizatória – uma empresa que precisava ser tanto católica como espanhola –, Suárez concebeu o *De Bello*. E, se ele parece pouco católico e pouco espanhol, é porque ele deve ser lido à luz do capítulo dezoito do Tratado sobre a Fé, que Luciano Perenã denomina de o “Tratado da Intervenção”. Ele versa sobre os meios justos de coação para converter os infiéis, e sua principal mensagem resume-se ao dever dos pagãos de ouvir e tolerar a fé cristã²⁸. Não se trata de uma obrigação de conversão – a qual pressupõe uma adesão livre –, mas de suportar a evangelização. A religião católica encerra a Verdade, e não se pode impedir a sua divulgação. A fim de garantir a pregação, o papa pode comissionar os príncipes católicos para intervirem e promoverem a guerra. Dessa maneira, o projeto da segunda escolástica termina sim por justificar a política imperial espanhola tanto na conquista da América como da Ásia.

Ainda assim, isso representa um avanço considerável em relação à visão anterior sobre “os bárbaros a circundar o Império cristão e europeu”. A soberania e os títulos de domínio dos infiéis não se apresentam inferiores aos dos cristãos. A política dos povos pagãos possui o mesmo valor daquela dos que professam a verdadeira fé. A lição da separação das duas cidades foi bem aprendida. Porém, Suárez sabia bem que, sem a ação do Direito (bem como da Caridade), essa dissociação resultaria no relativismo ético e na falta de religião. Se a defesa da cristandade europeia não podia mais se fazer nos moldes antigos, tampouco a civilização, todos aqueles séculos de uma cultura centrada na razão e na

27 Cf. PEREÑA, Luciano. *Estudio Preliminar*. In: SUÁREZ, Francisco. *Guerra Intervención Paz Internacional*. Tradução para o castelhano de Luciano Perenã. Madrid: Espasa-Calpe, 1956. p. 10.

28 Cf. PEREÑA, Luciano. *Estudio Preliminar*. In: SUÁREZ, Francisco. *Guerra Intervención Paz Internacional*. pp. 19 e ss., bem como toda a segunda parte da obra, intitulada *El Derecho de Intervención*.

emancipação do homem, podia ficar sem abrigo. O direito da guerra e o *jus gentium* em geral, pois, constituem valiosos instrumentos na luta da civilização contra a barbárie.

Dessa feita, o De Bello dirige-se aos moralistas para a formação das suas consciências. Este, portanto, constitui o motivo do caráter casuístico do estudo e de sua localização no Tratado da Caridade. O tom e a destinação consistiam numa resposta a Alberico Gentili para quem o estudo da guerra não integra o ofício do moralista²⁹. Este escritor, em outro trecho, ao passar por cima de todas as sutilezas dos escolásticos, havia asseverado que a justiça de uma guerra não guarda relações com a religião, como se eles houvessem esposado posição tão rudimentar. Gentili termina essa observação com a famosa advertência: “Teólogos, em coisas que não vos dizem respeito, calai!”³⁰ Trata-se de uma resposta à afirmação de Vitória, descrita anteriormente, acerca da hipertrofia da função do teólogo. Não há dúvidas de que Francisco Suárez não poderia deixar de reafirmar a concepção da escola espanhola em face de tão grosseiro ataque do jurista italiano de Oxford. O direito de guerra escolástico não era um mero panfleto de defesa do catolicismo. Tratava-se de um edifício teórico sofisticado e repleto de nuances que identificava a justiça na guerra não com a religião, mas com a civilidade entre os povos. A grande sutileza, que se revela de difícil percepção, é o fato de que se identifica civilização com as religiões monoteístas e, em especial, com o cristianismo.

Isso requer explicação. Para regular o fenômeno da guerra, não se contava apenas com princípios decorrentes da natureza. Embora boa parte do direito da guerra se circunscrevesse à lei natural, havia algumas práticas que escapavam a esse domínio. Os códigos de cavalaria e a honra militar, bem como alguns procedimentos em relação aos despojos e à captura de nobres – normas positivas, portanto – eram reconhecidos como vinculantes. Escrever sobre a existência de um sistema jurídico de preceitos aplicáveis a todos os povos equivalia aceitar a ideia de um direito natural. No entanto, demonstrar a validade de um corpo jurídico de normas bastante precisas e concretas, em especial com vigência numa situação tão extrema como a guerra, significava defender um direito positivo comum. Além disso, esse direito não poderia mais ser o direito romano medieval: a própria decadência deste e a descoberta de povos não europeus – os quais nunca conheceram aquele direito – impediam isso.

²⁹ Cf. GENTILI, Alberico. De Iure Belli Libri Tres. Hannover: G. Antonius, 1612. Disponível na internet em <<http://gallica.bnf.fr>>. Acesso em julho, 2012, I, 1, 1.

³⁰ “*Silete theologi in munere alieno!*” (GENTILI, Alberico. Op. Cit. I, 12, 4).

Ainda que muitas normas de direito da guerra pertencessem ao direito positivo – e a sua aplicação ultrapassasse os limites da lei civil –, isso não implicava a sua validade universal. No século XIII, distinguiam-se quatro tipos diferentes de guerra, cada qual com regulamentação própria, de acordo com a sua natureza e com o inimigo³¹. Com a separação das duas cidades e a descoberta dos povos americanos, o direito da guerra corria o sério risco de nunca se tornar universal. Poderia conservar-se a existência de guerras diferentes, cada qual com as suas normas, conforme o contendor. Nem todos os preceitos deste ramo eram morais; portanto, escapavam à lei natural, universal por excelência. A maneira pela qual os teólogos espanhóis conseguiram universalizar esse direito foi a de encontrar regras racionais que pudessem propiciar a paz. É possível compreender o direito de guerra da segunda escolástica como uma justificativa tanto da política externa da Espanha, quanto da expansão cristã. Mas também é possível compreendê-lo como um esforço para propagar a civilidade. Como não se podia mais universalizar a religião, universalizou-se a civilização. Cabe observar que a civilização que se conhecia florescia dos valores cristãos e europeus. Mas era esta a alternativa ao relativismo.

A reinterpretação de Santo Tomás

O Doutor Exímio – parece evidente – não menciona de forma expressa os termos “civilização” ou “civilidade”, mas eles correspondem ao sentido geral de todas as suas prescrições casuístas em direito da guerra. É a opção clara por uma ótica que perpassa o Direito e atinge a caridade que possibilita ao autor universalizar noções que não possuem um teor exclusivamente moral. A fim de que se possa perceber isso, faz-se necessário um exame mais detalhado desses preceitos. Suárez principia a sua obra ao fornecer um conceito bastante operacional de guerra: “a luta exterior que se opõe à paz externa se chama propriamente guerra, quando se estabelece entre dois soberanos e dois Estados”³². Essa definição, embora curta, desvela algumas noções fundamentais para quem estuda a guerra do ponto de vista da caridade. O fato de

31 Eram elas: a *guerre mortelle*, também chamada de “guerra romana” na qual não se faziam prisioneiros, nem se aceitavam os resgates. Ocorriam, em geral, contra não-cristãos. Já o *bellum hostile* se dava entre cristãos e se reconhecia diversas regras de civilidade: limites aos maus tratos, o resgate de nobres prisioneiros, etc. A *guerre couverte* acontecia entre dois nobres vassallos ao mesmo suserano. Não havia restrições em relação à morte do inimigo, mas a propriedade deveria ser resguardada. Além dessas três formas, existia ainda o cerco, que pela sua natureza, encerrava preceitos próprios. (Cf. STACEY, Robert. *The Age of Chivalry*. In: HOWARD, Michael; ANDREOPOULÓS, George, e SHULMAN, Mark (org.). *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. New Haven, London: Yale University Press, 1994. pp. 32-39).

32 “*Pugna exterior, quae exteriori paci repugnat, tunc proprie bellum dicitur, quando est inter duos principes, vel duas republicas*” (SUÁREZ, Francisco. *DB, Proemium*).

a guerra consistir numa luta exterior que se opõe a uma paz externa contrapõe-se a perturbações da alma, por conseguinte, interiores. A guerra corresponde a um vício social, não individual, o que a distingue de diversas outras corrupções da paz. Ainda, por constituir uma luta entre Estados, a guerra se diferencia da sedição (o combate entre o soberano e o seu povo) ou da rixa e do duelo (entre particulares).

O primeiro problema que Suárez precisa enfrentar refere-se à ideia de que a guerra poderia ser intrinsecamente má. Isso pode destroçar toda a construção da guerra justa. Correlata a esta questão, encontra-se a objeção sobre se não há algum óbice ao cristão de fazer a guerra. O teólogo granadino precisa determinar, pois, se a guerra não se contrapõe primeiro à natureza humana e depois à religião cristã. Ele se vale, portanto, de diversas passagens bíblicas, que já constavam do Decreto Gratiano, para demonstrar que Deus não quis proibir a guerra. E, naqueles trechos em que parece haver uma condenação, Suárez mostra que se dirigia a crítica a outra circunstância, não à guerra em si³³.

Além de lícita, há situações em que a guerra é obrigatória, sob a ótica da caridade. Nas guerras defensivas, todos aqueles que podem combater possuem o dever de defender a pátria. Tampouco a guerra agressiva consiste num mal em si mesmo. Este tipo de guerra, para Suárez, não corresponde a uma expansão imperialista. A diferença entre a guerra defensiva e a agressiva reside na injúria. Quando esta se encontra em curso, a resposta do outro Estado toma a forma de uma guerra defensiva; quando já se perfectibilizou, a de uma guerra agressiva³⁴. Dessa feita, nenhuma guerra em si mesma, quer seja defensiva ou agressiva, atenta contra a natureza ou o Evangelho.

Como haveria de ser, Suárez retoma as três condições de justiça numa guerra de Santo Tomás: “primeiro, poder legítimo para fazer a guerra. Segundo, uma causa justa ou um título jurídico. Terceiro, que se observe um modo digno e a equidade no começo da luta, durante as hostilidades e depois da vitória”³⁵. Fora desses requisitos, deve condenar-se a guerra porque, embora não constitua um mal em si mesma, ela traz consigo diversos males. A morte e destruição que toda guerra encerra precisam ser justificados por um bem maior. Isso não significa a adesão à máxima de que “os fins justificam os meios”. Contudo, alguns fins justificam sim alguns meios. Todo o objetivo do restante da obra

33 Cf. DB. 1, 2.

34 Cf. DB. 1, 3-5.

35 “*Primum, ut sit a legitima potestate. Secundum, ut justa causa, et titulus. Tertium, ut se vetur debitus modus, et aequalitas in illius initio, prosecutione, et victoria*” (DB. 1, 7).

vai ser o de aferir quais fins e quais meios são esses. Perceba-se que o autor modifica um pouco a última condição da “intenção reta” do Aquinate. Como a guerra versa sobre as ações exteriores, pode perceber-se a intenção reta somente pelo comportamento dos contendores na condução das hostilidades.

Suárez passa a analisar, pois, a primeira condição. Como qualquer pessoa se encontra autorizada pelo direito natural a se defender, o problema da autoridade legítima não abrange as guerras defensivas, somente as agressivas. E a autoridade repousa naquele que detém a soberania. Cumpre salientar que, se o soberano não se manifesta, a decisão retorna ao povo³⁶.

A guerra deve ser declarada pelo soberano, primeiro, porque cabe a ele a defesa do Estado. Segundo, porque essa faculdade (a de declarar guerra) integra o poder de jurisdição. Seu exercício pertence à justiça vindicativa, “de máxima necessidade numa república para castigar os malfeitores. Assim, como o chefe do Estado pode castigar a seus próprios súditos quando fazem mal a outro, pode também vingar-se de outro soberano cujo Estado lhe ficou sujeito em razão de um delito”³⁷. A jurisdição do soberano incide sobre os seus súditos, porque estes integram o seu povo, mas se estende a um terceiro Estado em decorrência de um delito. Trata-se de uma concepção penal da guerra: esta representa uma espécie de sanção criminal. Como não há um juiz superior aos dois príncipes que possa julgar a contenda, e se quem ofende não quer reparar, a guerra constitui o único meio possível.

Num sistema jurídico primitivo, a autotutela parece consistir na única maneira de se fazer justiça. É uma forma defeituosa, mas possível de realizar a justiça. “O que faziam os juristas e teólogos do século XVI senão acomodar a uma circunstância histórica os princípios imutáveis e eternos da justiça e do direito natural?”³⁸ Atente-se ao fato de que a lei natural concede a todos os indivíduos o direito de se defender, mas não o poder de jurisdição. Essa é a razão pela qual os particulares podem sempre se defender, mas nunca declarar uma guerra. Em Suárez, não existe analogia possível entre a guerra e a rusga do particular.

A causa justa para uma guerra corresponde sempre a uma injúria

36 Cf. DB. 2, 1.

37 “(...) quae maxime necessaria est in republica ad coercendum malefactores; unde sicut supremus princeps potest punire sibi súbditos quando aliis nocent, ita potest se vindicare de alio principe, vel republica, quae ratione delicti ei subditur” (DB. 2, 1).

38 “Qué hacían los juristas y teólogos del siglo XVI sino acomodar a una circunstância histórica los principios inmutables y eternos de la justicia y el derecho natural?” (PEREÑA, Luciano. *Estudio Preliminar*. In: SUÁREZ, Francisco. *Guerra Intervención Paz Internacional*. p. 46).

bastante grave, que não se pode vingar nem reparar de outra forma. Em princípio, a conservação própria e de seus direitos justifica o combate. Porém, faz-se necessário que o delito seja bastante sério: os motivos que os pagãos levantam (a ambição, a avareza, a vanglória e a ostentação) não servem, porque qualquer Estado pode invocá-los, o que conduziria ao absurdo de existir uma guerra justa para ambos os lados³⁹. Há três classes de injúrias graves. A primeira ocorre quando um príncipe se apodera das propriedades do outro; a segunda, quando se nega direitos consagrados de *jus gentium*, como o trânsito por uma via pública ou o intercâmbio internacional, e a terceira, quando a injustiça fere a reputação ou a honra (dano moral). Essas injúrias constituem causa de guerra se perpetuadas tanto contra o soberano, como o povo, ou, ainda, um terceiro aliado. Neste caso, este último, além do direito, deve manifestar a vontade de reagir por meio da guerra. Cabe ressaltar que a satisfação da injúria serve até o limite da indenização do dano, bem como da punição do culpado⁴⁰. Em Suárez, a punição constitui uma das modalidades dêonticas da lei e, portanto, pode ser realizada, de modo justo, pelo Estado ofendido.

Uma vez que o trabalho versa sobre duas virtudes, pode haver uma situação bastante interessante em que a causa seja justa, mas, ainda assim, contrária à caridade. Suárez afirma que se deve considerar, quando se encontra em face de uma guerra, o dano do Estado contra o qual se faz a guerra, o dano do Estado que empreende a mesma, e um dano o qual pode vir a ocorrer contra toda a Igreja. Neste último caso, há uma evidente dissociação entre a caridade e a justiça. Ainda que um rei cristão possua um título justo, na perseguição de seu direito, ele pode vir a enfraquecer outro soberano cristão que esteja a segurar o avanço dos inimigos da fé. Aqui, o papa pode valer-se de seu poder indireto de ingerência para impedir que a contenda se consume. Em relação ao primeiro tipo de dano, não há obrigação de restituir porque eles foram provocados em virtude da má vontade do Estado ofensor de fornecer uma satisfação. Mas se, após a vitória, o ofendido cobrar uma indenização de que não precisa, e a qual o agressor não pode satisfazer sem gravíssimos inconvenientes, ele peca contra a caridade. No segundo caso, se o soberano ofendido se lançar à guerra sem considerar os danos que pode vir a sofrer, ele atenta contra tanto a caridade, como a justiça que deve ao seu povo. Ele expõe o seu reino a uma destruição que não guarda proporção com os bens lesados⁴¹.

Trata-se de uma situação muito interessante, pois representa uma

39 Cf. DB. 4, 1.

40 Cf. DB. 4, 3-4

41 Cf. DB. 4, 6.

verdadeira concessão que a doutrina da guerra justa faz ao realismo político. O soberano não deve, ainda que, em princípio, a justiça lhe assista, embarcar em aventuras temerárias que possam vir a colocar o seu reino em perigo. Suárez justifica a sua posição pelo fato de que o príncipe deve zelar pelo bem comum e, neste caso, o remédio poderia matar o enfermo. Ele ainda observa que essa condição só se aplica em guerras agressivas, porque, nas defensivas, não há alternativa senão o combate. Acrescenta que esse critério se refere mais a uma probabilidade do que à certeza da vitória. Esta, não raro, não se permite desvelar antes da contenda. Por vezes, sequer interessa ao bem comum esperar por um grau de certeza absoluta. Além disso, se a exigência fosse da certeza, nunca um soberano mais fraco poderia declarar guerra a outro mais forte⁴². Nas ações coletivas, não se lida com certezas, mas com probabilidades e esperanças.

A seguir, Suárez analisa se os príncipes cristãos possuem outro título justo de guerra além daqueles prescritos na lei natural. Trata-se de saber se o fato de se professar a fé verdadeira confere alguma regalia que os pagãos não dispõem, se a guerra é “mais justa” aos cristãos do que a outros povos. Em princípio, Suárez responde de forma negativa. Não aceitar a religião verdadeira não confere nenhum justo título para a guerra, pois a conversão pressupõe uma adesão interna e não se pode obtê-la por meio da força. Por conseguinte, a idolatria também não constitui causa legítima. “Deus não deu a todos os homens o poder de vingar as injúrias cometidas contra Si, porque poderia fazê-lo facilmente se quisesse”⁴³.

No entanto, se um chefe de Estado obriga, pela força, os seus próprios súditos a praticarem a idolatria, haveria um título justo de intervenção por parte de outro príncipe cristão. Neste caso, a ofensa não atinge a Deus propriamente, mas aos inocentes que desejam professar a verdadeira fé. Neste momento, Suárez e todos *los maestros* espanhóis, cujo pensamento ele sintetiza, revelam o cerne da escola espanhola da paz. Esse título “não é exclusivo dos cristãos, mas é comum a todos os infiéis que prestam culto a um único Deus”⁴⁴.

Eis aqui a maneira como o direito da guerra pode constituir um mínimo ético. É o monoteísmo, não mais a religião cristã, que representa a civilidade. É fácil perceber o por quê. O politeísmo que os europeus conheciam era o paganismo antigo e algumas escassas notícias das

42 Cf. DB. 4, 7-8.

43 “*Deus enim non dedit omnibus hominibus potestatem vindicandi suas ipsius injurias, quia ipse facile id potest*” (DB. 5, 1).

44 “*(...) non proprius Christianorum est, sed communis cum iis infidelibus, qui unum tantum Deum colerent*” (DB. 5, 3).

religiões africanas. Em todas elas, encontrava-se presente a ideia de sacrifícios humanos e de canibalismo, o que já era considerado bárbaro. Ademais, tanto o islamismo como o judaísmo, as outras duas grandes religiões monoteístas, pregavam valores de amor mútuo e respeito ao próximo, com os quais os cristãos conseguiam identificar-se. Fora das religiões reveladas, a civilidade não era uma certeza.

A prova de que o argumento de Suárez se centra na civilização, não na religião, é o fato dele radicalizar o raciocínio. Príncipes cristãos, portanto, podem intervir em Estados não cristãos para defender aquele povo de seu soberano idólatra. Mas podem intervir também em Estados cristãos, se o príncipe se converteu ao paganismo e resolveu forçar a conversão do seu povo. E reis muçulmanos podem fazer o mesmo tanto com outros soberanos muçulmanos que tenham se desviado, como, até mesmo, com príncipes cristãos. Em nome do monoteísmo e da civilização, Suárez permite que soberanos não cristãos intervenham em Estados cristãos⁴⁵.

Desde Vitória, os escolásticos sabiam que os índios possuíam títulos justos de propriedade e de domínio de suas terras. Suárez pondera a concepção aristotélica da escravidão natural, mas não aceita uma aplicação geral da tese, porque “existem muitos infiéis melhor dotados do que certos cristãos e mais dispostos para a vida política”⁴⁶. Não se pode, portanto, privar os infiéis de suas posses, nem de seu governo de modo justo. Para que isso fosse possível, não bastaria que um determinado povo fosse menos inteligente. Faz-se necessário que ele se mostrasse tão atrasado que

vivessem mais como feras do que como homens (...), [um povo desprovido de qualquer esboço de organização política, cujos membros passeiam] inteiramente desnudos, que se alimentam de carne humana, etc. Se essa classe de homens existir, é possível sujeitá-los por meio da guerra não para destruí-los, mas para organizá-los de modo humano e para que sejam governados com justiça. Mas este título raramente ou nunca deve ser admitido, exceto quando ocorre a morte de inocentes e outros crimes parecidos. Dessa forma, este título ajusta-se melhor à idéia de defesa do que a de guerra agressiva.⁴⁷

45 Cf. DB. 5, 3.

46 “(...) multos esse infideles ingeniosiores fidelibus, et aptiores ad res políticas” (DB. 5, 5).

47 “(...) potius ferarum more quam hominum vivat, (...) nudi prorsus incedunt, carnibus vescuntur humanis, etc. Et si qui tales sunt, debellari poterunt, non ut interficiantur, sed ut humano modo instituantur, et juste regantur. Raro tamen aut nunquam admittendus est talis titulus, nisi ubi intercedunt occisiones hominum innocentum, et símiles injuriae: quare potius titulus hic revocatur ab bellum defensivum, quam aggressivum” (DB. 5, 5).

De todo o modo, se existir semelhante título, ele se estende a todos os reis que desejam defender a civilização, não somente aos cristãos.

Há – sem dúvida – limites para essa tolerância religiosa. Se um Estado não cristão deseja se submeter à lei de Cristo, mas o governante impede, os soberanos cristãos poderiam defender os inocentes. Porém, se a civilização não se encontrar em perigo, o mesmo direito não se estende a outras religiões monoteístas. Se este mesmo Estado quiser receber a religião maometana e seu regente não permitir, e neste lugar não se pratica nenhuma barbárie como canibalismo ou sacrifícios humanos, não haveria direito por parte dos soberanos turcos de intervir⁴⁸. A civilização identifica-se com o monoteísmo, mas só o cristianismo encerra a Verdade. E a Verdade pode ser defendida por aqueles que a conhecem e aqueles somente.

Outro obstáculo, no que se refere ao estudo das causas justas, que os doutrinadores da tradição do direito de guerra precisavam defrontar-se corresponde ao da bilateralidade da justiça numa guerra. Se dois soberanos possuíssem direito a um mesmo bem, ambos apresentariam um título legítimo. Ocorre que um teólogo não poderia aceitar isso, pois implica que a vontade de Deus não seria unívoca, ou a Sua criação imperfeita. Os *maestros* espanhóis resolveram esse problema ao apelar para uma dimensão que Suárez haveria de descobrir nas suas *Disputações Metafísicas*: a subjetividade. A justiça, de um ponto de vista objetivo, permaneceria una, e apenas um lado possuiria, de fato, um título justo; todavia, se houvesse uma ignorância invencível, um erro escusável, então haveria, de maneira subjetiva, a bilateralidade da justiça.

Desse modo, haveria uma obrigação, por parte de cada lado, em evitar o erro ao máximo. Suárez aceita esse dever. Ele mostra que existem, em cada contendor, três classes de pessoas envolvidas numa guerra: o governante, os políticos e os chefes militares (os quais se encarregariam da estratégia), e os soldados. Parece lógico supor que essas pessoas se encontram em uma ordem decrescente de obrigação de diligência na investigação sobre a justiça da guerra. O soberano deve sempre agir com mais cuidado. O segundo escalão deve perscrutar com a mesma atenção se a sua opinião for solicitada; caso contrário, deverá agir como os soldados. E estes, em geral, devem obedecer aos comandos, salvo se a injustiça for manifesta⁴⁹. O estrito cumprimento do dever legal constitui uma escusa importante, mas não os exime de toda obrigação moral.

48 Cf. DB, 5, 7.

49 Cf. DB, 6, 1-7.

Entre todas essas pessoas, paira sobre o príncipe a responsabilidade maior. Suárez passa a ensinar algumas regras para evitar o erro. Se os dois lados possuem direito a uma mesma coisa, o soberano deve comportar-se como um juiz e, assim, julgar a qual dos dois a probabilidade favorece. Mais uma vez, o autor compara a guerra a um procedimento judicial. Se a destruição da guerra equivale a uma sanção penal, este procedimento de investigação e atribuição do direito corresponde a um “ato de justiça distributiva pela qual deve ser preferida a parte mais digna”⁵⁰. Se houver igual probabilidade ou uma incerteza muito grande, o bem deve permanecer com o possuidor, conforme as normas jurídicas vigentes à época. Se a dúvida precede a posse, o possuidor posterior deve dar ao outro lado a satisfação proporcional à dúvida. Apenas na hipótese de igual dúvida – e ninguém possuir a coisa –, Suárez aceita a bilateralidade da justiça. Trata-se de uma ignorância invencível. Ainda assim, os dois reis devem evitar a guerra, dividir a coisa ou buscar outro procedimento para a atribuição do bem, como o arbitral. Nesta situação, não há perigo de injustiça; portanto, a arbitragem apresenta-se como o melhor meio para a resolução do problema. Somente se uma das partes se recusar a qualquer uma dessas soluções, ocorrerá a guerra, e ela será justa (apenas subjetivamente) para ambos os lados⁵¹.

Em relação à última condição – o comportamento digno antes, durante e depois das hostilidades –, Suárez também distingue obrigações diferenciadas para cada classe de pessoas. Aqui, o jurista de Coimbra arrola várias hipóteses de *jus in bello*; são diversas prescrições bastante pontuais e de difícil agrupamento. Ele se propõe a responder as seguintes perguntas: o que se permite fazer aos inimigos?; como deve se portar o rei com os seus soldados e vice-versa?; como cada classe de pessoa deve tratar aqueles que os abrigam durante as expedições militares?. O autor encontra respostas bastante humanas, em face do padrão de violência da época. Descobre que a reparação deve ser aceita mesmo com a guerra já em curso, desde que ela ainda não pendesse, de forma inexorável, para um dos lados. E esta satisfação inclui a restituição da coisa, a indenização dos danos e o castigo dos culpados, mas deve agir-se com parcimônia para não impedir a paz futura. Distingue entre combatentes (todos os que efetivamente tomam parte das hostilidades e os que poderiam tomar) e não combatentes (mulheres, crianças e velhos). Mostra que se deve proteger a vida dos inocentes. Demonstra ainda que, depois da guerra, quando o vencedor for cobrar a indenização e punir os culpados, pode dispor dos bens dos inocentes, mas nunca de suas vidas. Recomenda, todavia, sempre a moderação⁵².

50 “(...) *ille est actus justitiae distributivae, in qua dignior est praeferendus*” (DB. 6, 2).

51 Cf. DB. 6, 2-5.

52 Cf. DB. 7. *in totum*.

A seguir, Suárez passa a abordar as chamadas “guerras mistas” e as “guerras privadas”, nas quais uma ou ambas as partes não são autoridades públicas e, assim, legítimas. A primeira delas, a sedição, nem sempre se apresenta injusta. Quando o príncipe passa a governar não para o bem comum, mas para o seu bem pessoal, ele se transforma num tirano, e a guerra do povo contra o seu governante torna-se lícita⁵³. Por sua vez, a guerra privada por excelência é o duelo, que equivale à luta de particulares que ocorre sobre certas condições públicas. Mas há outra que se dá às escondidas: a rixa. Em ambas, matar alguém sob autoridade privada revela-se injusto⁵⁴.

Conclusões

O direito de guerra escolástico não refletia as normas da guerra vigentes à época. *Los maestros* espanhóis escolheram algumas regras que constituíam uma prática corrente, mas prescreveram outras que, embora nem sempre decorressem do direito natural, representavam preceitos que humanizavam a guerra e dificultavam a sua ocorrência. Não pretendiam acabar com a mesma porque, na ausência de um juiz universal, ela cumpre uma função importante de justiça distributiva. Porém, procuravam fazer da paz o objetivo principal da guerra. Ela não é um simples fato, mas a realização cruenta do direito a serviço da paz internacional.

Ainda assim, a guerra justa escolástica representa mais do que um direito. Se fosse somente um *jus*, essa construção teórica se circunscreveria a um determinado continente e tempo. A justiça, por si mesma, não bastaria para fundamentar o direito da guerra. Como esse ramo contém preceitos positivos, não se poderia universalizar a justiça. Dessa forma, o Doutor Exímio recorre a outra virtude que, embora possua origens religiosas, é comum a todo povo que atinge um determinado grau de progresso espiritual: a Caridade. Isso permitiu que o direito da guerra não se tornasse um direito particular.

Embora o cristianismo não pudesse mais ser universalizado por causa da Reforma, visto vez que o direito da guerra extrapola o *jus* e ingressa no domínio da caridade, o relativismo dá lugar a uma ordem objetiva de valores. Por isso, essa ordem pode ser prevista e descrita de antemão, ainda que o estudo resulte numa obra casuísta. As regras singulares desse tratado, embora de difícil reunião, todas possuem um fundamento não propriamente religioso, mas de civilidade.

53 Cf. DB. 8, 2.

54 Cf. DB. 9, 2.

Por isso, Francisco Suárez pode pensar a guerra sempre em função da paz. O direito de guerra compreende normas que visam salvaguardar, entre os povos, a convivência pacífica e harmoniosa posterior. Na disputação número onze do Tratado da Caridade, o autor distingue dois aspectos da paz: um positivo, a harmonia de vontades e unidade de critérios, de fins e de palavras, e outro negativo, a renúncia a todos os atos que possam dissolver essa harmonia. Luciano Pereña traduz esses dois elementos como a justiça – a qual dá ordem e sentido para a atividade dos homens e das gentes – e o princípio da humanidade – que modera aquela ao promover laços mais profundos entre os homens, relações de amor e de amizade⁵⁵. Apenas a justiça e a humanidade juntas, o Direito e a Caridade, podem prescrever regras universais de civilidade. Na ausência de uma religião válida para todos os povos, é a civilização que fundamenta o direito internacional.

Referências bibliográficas

AGOSTINHO. (1958) *Obras de San Agustin: La Ciudad de Dios*. Trad. José Moran. Edição bilíngüe. Madrid: BAC.

_____. (1993) *Obras de San Agustin: Escritos antimaniqueos. Contra Fausto*. Trad. Pío de Luis. Edição bilíngüe. t. XXXI. Madrid: BAC.

AQUINO Santo Tomás de. (1947) *Suma Teologica*. Texto latino de la edición crítica Leonina. Trad. Francisco Barbado Viejo, O.P. 2. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

BORGES DE MACEDO Paulo Emílio (2009) *O nascimento do direito internacional*. São Leopoldo: UNISINOS.

CICERÓN (1954) *De la République – Des Lois*. Trad. Charles Appuhn. Edição bilíngüe. Paris: Garnier Frères.

FUSINATO G. (1885) “Le droit international de la République Romaine” *Revue de droit international et de législation comparée*, pp. 270-310.

GENTILI Alberico. *De Iure Belli Libri Tres*. Hannover: G. Antonius, 1612. Disponível na internet em <<http://gallica.bnf.fr>>. Acesso em julho, 2012.

⁵⁵ Cf. PEREÑA, Luciano. *Estudio Preliminar*. In: SUÁREZ, Francisco. Guerra Intervención Paz Int

GRATIANUS. *Decretorum Codex. Venetiis*: Nicolai Jenson Sallici, 1477. Reprodução do microfilme. Disponível em <<http://gallica.bnf.fr/>>. Acesso em julho, 2012.

HAGGENMACHER Peter (1983) *Grotius et la doctrine de la guerre juste*. Genève, Paris: Heige, Presses Universitaires de France.

HOWARD Michael, ANDREOPOULOS George, SHULMAN Mark (org.) (1994), *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. New Haven, London: Yale University Press.

ISIDORUS HISPALENSIS EPISCOPUS (1911) *Etymologiarum sive Originum*. Libri XX. ed. W. M. Lindsay. Oxford: Clarendon Press.

MESNARD Pierre (1977) *L'Essor de la Philosophie Politique au XVIe Siècle*. 3. ed. Paris: J. Vrin.

NYS Ernest (1894) *Les Origines du Droit International*. Bruxelles, Paris: Alfred Castaigne, Thorin et fils.

ROMMEN Heinrich (1998) *The Natural Law*. Tradução para o inglês de Thomas Hanley. Indianápolis: Liberty Fund.

SCOTT J. B. (1934) *The Catholic Conception of International Law*. Washington D.C.: Georgetown University Press.

SUÁREZ R. P. Francisci (1956) *Guerra Intervención Paz Internacional*. Tradução para o castelhano de Luciano Pereña. Madrid: Espasa-Calpe.

_____. (1858) *Opera Omnia*. Editio Nova. Parisiis: Ludovicum Vivès.

_____. (1621) *Opus de Triplici Virtute Theologica, Fide, Spe et Charitate*. In Tres Tractatus pro Ipsarum Virtutum. Conimbricæ: Nicolai Carvalho Universitatis Typographi, Tratado da Caridade, Disputatio XIII, De Bello.

TRUYOL y SERRA Antonio (1944) *El Derecho y el Estado em San Agustín*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

VANDERPOL Alfred (1919) *La Doctrine Scolastique du Droit de Guerre*. Paris: Pédone.

VITORIA Francisco de (1960) *Obras de Francisco de Vitória. Relecciones Teologicas*. Editadas por Teófilo Urdanoz. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

REGIONALISMO

REGIONALISMO

Raphael Carvalho de Vasconcelos¹

Resumen: *A través de la perspectiva mercantil, los acuerdos regionales pueden facilitar la liberalización y el aumento de los flujos comerciales, pero si estos son incompatibles con el orden multilateral, ponen en riesgo la coherencia del derecho internacional. Este trabajo busca sistematizar el regionalismo económico en la doctrina, investigar los conceptos de integración y cooperación y establecer las actuales perspectivas de las iniciativas comerciales de aproximación. ¿Sería posible sistematizar el fenómeno que se conoce por regionalismo? El aspecto terminológico recibe una especial atención por no existir un consenso acerca del contenido de los conceptos adoptados. El punto de vista de las fases evolutivas de la integración económica tiene también importante rol en la investigación del localismo en el derecho mercantil internacional.*

Resumo: *Sob a perspectiva mercantil, acordos regionais podem facilitar a liberalização e o aumento dos fluxos comerciais, mas quando incompatíveis com a ordem multilateral, colocam em risco a coerência do direito internacional. A pesquisa tem por objetivo sistematizar o regionalismo econômico na doutrina, investigar os conceitos de integração e cooperação e estabelecer as atuais perspectivas das iniciativas comerciais aproximativas. Seria possível sistematizar o fenômeno conhecido por regionalismo? A questão terminológica recebe atenção especial, posto não haver consenso sobre o conteúdo dos termos de referência adotados. O prisma das etapas evolutivas da integração econômica também tem papel importante no estudo do localismo no direito mercantil internacional.*

Palabras clave: *Regionalismo, Integración, Cooperación*

Palavras-chave: *Regionalismo, Integração, Cooperação*

¹ Magister en Derecho Internacional por la Universidade de São Paulo, Magister en Derecho Internacional por la Universidade do Estado do Rio de Janeiro, cursando doctorado en Derecho Internacional en la Universidade de São Paulo, cursando doctorado en Derecho Internacional en la Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Profesor asistente con licencia temporal de la Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Secretario del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Contacto: raphaelvasconcelos@ig.com.br

Introducción

La multiplicación de iniciativas locales de cooperación e integración económica y la necesidad de introducir estos acuerdos en la estructura multilateral del comercio convirtieron el regionalismo en uno de los temas centrales del derecho internacional. La relevancia jurídica del tema no se encuentra únicamente en los posibles beneficios de estas políticas de acercamiento o en la frecuente relativización de los conceptos clásicos de soberanía que se observa en la estructura de algunas organizaciones surgidas, sino, fundamentalmente, en el peligro de la fragmentación del sistema normativo internacional².

No es posible afirmar aún que el regionalismo debilita el sistema multilateral, pero, tampoco se puede aseverar con seguridad lo contrario³. Investigaciones realizadas encuentran dificultades para establecer criterios que permitan resultados conclusivos al respeto y, por ende, se multiplican las dudas en medio de suposiciones construidas a partir de controvertidos análisis del contexto mercantil global actual⁴.

En este trabajo se pretende sistematizar las líneas generales de las discusiones sobre el regionalismo económico en la doctrina del derecho internacional, investigar los conceptos dados a la integración y a la cooperación en sus distintos niveles y, finalmente, delinear las actuales perspectivas de las iniciativas locales de aproximación comercial.

Desde la perspectiva del comercio, la cuestión terminológica sirve, en la primera parte de esta investigación, a la verificación del contenido de los términos usualmente aplicados al regionalismo. En segundo lugar, se presentan los distintos niveles de aproximación y el prisma evolutivo de las fases de integración. En la tercera parte de este trabajo, los parámetros políticos de la intergubernamentalidad y de la supranacionalidad -bajo los cuales se estructuran las iniciativas regionales de naturaleza mercantil en el orden internacional- introducen el análisis que busca comprender, finalmente, el contenido del localismo en el derecho internacional de la actualidad.

2 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Informe anual 1996. Ginebra: OMC, 1996. p. 47.

3 MÜLLER, Harald. Die Chance der Kooperation. Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt, 1993. p. 76.

4 KHAVAND, Fereydoun A. Le nouvel ordre commercial mondial: du GATT à l'OMC. Paris: Nathan, 1995. pp. 136-137.

1. Regionalismo Económico

Los factores económicos constituyen la principal motivación para la creación de iniciativas regionales de cooperación, pero estos acuerdos no se construyen y consolidan únicamente bajo el referido aspecto. El análisis de los marcos jurídicos regionales –de naturaleza comercial o no– puede partir de tres distintas perspectivas: de aquella instituida en el Capítulo VIII de la Carta de la ONU, del análisis de la cooperación entre estados en determinada parte del planeta o de la investigación de los elementos jurídicos locales y de su relación con el plan general⁵.

Las distintas esferas -política y cultural, por ejemplo-, más allá de que posean autonomía y de que se desarrollen de manera específica, participan y se integran naturalmente a la evolución del regionalismo patrimonialista. No se puede sostener, así, la existencia de iniciativas locales de características exclusivamente comerciales, es decir, que no proporcionen el desarrollo de otras temáticas en su sistema legal⁶.

La importancia de la aproximación entre sujetos de derecho en el ámbito regional no se encuentra únicamente en el incremento de la libertad mercantil, sino también en sus características inclusivas. De hecho, existe en la actualidad una fuerte participación de países en desarrollo en los procesos locales de cooperación. Eso se podría comprender como resultado directo del término de la Guerra Fría y de la eliminación de la polarización político-ideológica que dificultaba su surgimiento, pero no se puede ignorar que los países menos desarrollados perciben los marcos jurídicos regionales sobre comercio como alternativas para alcanzar el bienestar de sus poblaciones⁷.

La proximidad geográfica se presenta naturalmente como característica habilitada, al menos, a facilitar el surgimiento de acuerdos regionales. Se hace necesario admitir, sin embargo y de la misma forma, que iniciativas de cooperación e integración pueden consolidarse entre sujetos de derecho internacional geográficamente alejados, pero reunidos por alguna afinidad cultural o política, por ejemplo⁸.

5 MERCADANTE, Araminta de Azevedo. A ONU e os acordos regionais. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. (Org.). Direito da integração: estudos em homenagem a Werther R. Faria. Curitiba: Juruá, 2001. p.121.

6 GUSSI, Evandro Herrera Bertone. Soberania e supranacionalidade. In: CASELLA, Paulo Borba. (Coord.). Direito de integração. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 119-121.

7 LEWANDOWSKY, Enrique Ricardo. Globalização e soberania. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI, Umberto. Direito internacional, humanismo e globalidade. São Paulo: Atlas, 2008. p. 295. BASTOS, Lucia Elena A. Ferreira. Organizações internacionais da África. In: MERCADANTE, Araminta; CELLI JUNIOR, Umberto; ARAÚJO, Leandro Rocha de. Blocos econômicos e integração na América Latina, África e Ásia. Curitiba: Juruá, 2006. p. 295.

8 MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito internacional americano: estudo sobre a

La concesión de preferencias regionales, en el contexto proteccionista surgido en la década del 30 en respuesta a la depresión de 1929, es considerada por muchos estudiosos un antecedente del regionalismo comercial. La génesis del regionalismo económico se dio, asimismo, en periodo inmediatamente posterior a la segunda guerra mundial.

El desarrollo y la profundización de las experiencias regionales de comercio ocurrieron de forma paralela y siempre en busca de la conformidad con las reglas multilaterales del GATT⁹. Los diversos acuerdos regionales de cooperación e integración firmados por los miembros del acuerdo general se transformaron, así, en sistemas regionales insertos en el sistema global¹⁰.

La profundización de las relaciones regionales en la segunda mitad del siglo XX creó un verdadero abismo entre la realidad actual y las circunstancias del momento de la redacción del artículo XXIV del GATT en 1947. La hermenéutica contemporánea del tratado y, principalmente, la verificación de la compatibilidad de lo regional con lo global debe sublimar hoy, por lo tanto, el contexto del legislador internacional originario¹¹.

Los fuertes intereses políticos en los fundamentos de las motivaciones de apariencia exclusivamente económica constituyen una importante característica común en la mayoría de los acuerdos preferenciales de este tipo¹². Los objetivos inmediatos y las justificaciones se concentran en el ámbito mercantil, pero, muchas veces, la cuestión política -los derechos humanos, la seguridad- se sobrepone a la cuestión económica que, frecuentemente, existe y gana impulso únicamente en razón de aquella. Lo económico se desarrolla, así, a partir de análisis políticos y argumentos teóricos, los cuales sostienen que la necesidad de defenderse de amenazas externas constituye la principal motivación para el establecimiento de un vínculo regional¹³.

contribuição de um direito regional para a integração econômica. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. pp. 12-13.

9 General Agreement on Tariffs and Trade, siglas en inglés del Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio.

10 HUDEC, Robert E. *The GATT legal system and world trade diplomacy*. New York: Praeger Publishers, 1975. p. 195 observa, entretanto, que “[t]he GATT rules had been drafted in 1947 with an eye to more limited regional arrangements such as the Benelux customs union.”

11 AMSTUTZ, Marc; KARAVAS, Vaios. *Rechtsmutation: zu Genese und Evolution des Rechts im transnationalen Raum*. In: *Rechtsgeschichte RG* 8, 2006. p. 27.

12 MATSUSHITA, Mitsuo; SHOENBAUM, Thomas; MAVROÏDIS, Petros. *The World Trade Organization. Law, Practice and Policy*. New York: Oxford, 2003. p. 342.

13 JACKSON, John Howard. *The world trading system: law and policy of international economic relations*. Cambridge, MA : MIT Press, 1997. pp. 172-173.

Esta corriente neorrealista, bastante difundida en las relaciones internacionales, busca promover un abordaje de las experiencias regionales a partir del sistema internacional, o sea, de afuera para dentro y tiende a concentrar su perspectiva en los estados y en el equilibrio entre estos sujetos de derecho internacional¹⁴.

Otro abordaje del regionalismo puede ser realizado también a partir de conceptos funcionalistas. Esta perspectiva dedicaba tradicionalmente mayor importancia a las formas de cooperación funcional –en el campo de la infraestructura o educación, por ejemplo- y sostenía ser el establecimiento de vínculos entre los participantes de una iniciativa regional suficiente para justificar y llevar a la profundización de la cooperación.

Teorías funcionalistas defendían la separación entre la política y la economía en el ámbito regional, paradigma desplazado por el institucionalismo, corriente fundada en la absoluta interconexión entre estas dos esferas. La integración regional puede ser analizada, aún, a partir de la perspectiva causal –proximidad geográfica, tradición e interdependencia económica. La amplitud de la redacción del artículo XXIV del GATT permite que se adopte cualquiera de esas tres líneas de análisis e, incluso, más de una de ellas simultáneamente¹⁵.

En el momento de la Creación de la OMC en 1994, sólo tres de sus 120 miembros originales no eran parte de acuerdos comerciales regionales: Japón, Corea y Hong Kong¹⁶. El aumento del número de tratados preferenciales celebrados durante las negociaciones de la Ronda Uruguay puede ser atribuida –conjuntamente a las consecuencias políticas del fin de la Guerra Fría- a las trabas que obstaculizaban el avance las negociaciones multilaterales¹⁷.

Es necesario indicar, aún, la recurrente confusión acerca del contenido de los términos de referencia utilizados para describir las diversas formas en que el regionalismo se presenta. Entre los términos cooperación e integración, por ejemplo, algunos estudiosos establecen relaciones de género y especie. “Cooperación” se referiría, así, al regionalismo de manera más amplia mientras “integración” implicaría un

14 SCHULZ, Michael; SÖDERBAUM, Fredrik; ÖJENDAL, Joakim. *Regionalization in a globalizing world*. London e Nova Iorque: Zed Books, 2001. p. 07-09. hace un profundo análisis de las perspectivas neo-realista, funcionalista e institucionalista del regionalismo.

15 LOBO, Maria Teresa Cárcamo. *Manual de direito comunitário*. Rio de Janeiro: Juruá, 2004. p. 204.

16 MATSUSHITA, Op. cit., nota 12. p. 342.

17 CORRÊA, Luiz Fernando Nigro. *O MERCOSUL e a OMC: regionalismo e multilateralismo*. São Paulo: Ltr, 2001. p. 85.

proceso más profundo de acercamiento entre los miembros de una organización¹⁸.

Para otros autores, un término no estaría contenido en la amplitud conceptual del otro, sino ambas expresiones se referirían a distintas especies de regionalismo. “Cooperación” serviría, para estos autores, para describir los procesos de acercamiento superficial entre los sujetos de derecho internacional, es decir, las iniciativas de colaboración simples, en tanto que el fenómeno de la “integración” reflejaría voluntad más profunda como, por ejemplo, la formación -en el ámbito económico- al menos de una zona de libre comercio y/o de una unión aduanera¹⁹.

Asimismo, el término “integración” podría referirse tanto a cualquier iniciativa que tenga el objetivo de buscar soluciones uniformes, para ciertos sectores -económico, social, jurídico o militar²⁰- como al proceso de agrupación de unidades autónomas de derecho internacional para la formación de un sistema jurídico coherente y institucionalizado²¹. En este segundo concepto, se identificaría la idea de proceso contenida en la previsión de diferentes grados de integración y de una estructura organizativa²².

Integración constituye, así, un término que se puede utilizar en varios sentidos²³. En un intento de establecer un concepto más firme, la “integración” se referiría, en sentido más amplio, a cualquier iniciativa local de cooperación que tenga por objetivo la liberalización del comercio y/o la reducción de los aranceles. Ya en un sentido más específico, describiría un proceso compuesto por las fases de la zona de libre comercio, de la unión aduanera, del mercado común y, en última instancia, de la unión económica²⁴.

2. Las Fases de un Proceso

Las iniciativas regionales de carácter económico podrían ser analizadas desde tres perspectivas fundamentales: en relación con las mo-

18 OLIVEIRA, Odete Maria de. Regionalismo. In: BARRAL, Welber. O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 317.

19 MERCADANTE, Araminta de Azevedo. Os aspectos institucionais da integração latino-americana. In: Revista de Informação Legislativa Abril-Junho, 1971. p. 74.

20 Ibid. p. 73.

21 ETCHEVERRY, Raul Aníbal. MERCOSUR negocios y empresas. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001. p. 49.

22 MERCADANTE, Op. cit., nota 19. p. 74.

23 También descrito por DALLA VIA, Alberto Ricardo. Derecho constitucional económico. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. pp. 635-636.

24 CASELLA, Paulo Borba. MERCOSUL: exigências e perspectivas – Integração e consolidação de espaço econômico (1995-2001-2006). São Paulo: Ltr, 2006. pp. 33-34.

tivaciones de su constitución, con su estructura formal y, por fin, con la manera por la cual su marco normativo evoluciona²⁵. Con respecto a las motivaciones iniciales de estos acuerdos locales, incluso aquellos de características eminentemente económicas, es posible extraer de sus orígenes fuertes componentes políticos. El análisis estructural permite, a la vez, la identificación del grado de institucionalización -intergubernamental o supranacional- alcanzado por un orden normativo regional a partir de la observación de la forma adoptada por las organizaciones para la toma de decisiones.

En cuanto al prisma de estudio evolutivo del regionalismo económico, este requiere la aplicación del modelo de las fases, que tiene en la zona de libre comercio su modelo más modesto de aproximación y en la unión política su nivel más complejo de integración. Cabe señalar que la integración comercial como fenómeno cooperativo puede darse en este sentido, tanto a nivel regional, a través de la creación de una organización preferencial local, como también a nivel multilateral, como en el sistema GATT/OMC²⁶.

La idea de distintos grados de integración basada en un esquema de fases -estructurado como un proceso- sugiere que los diferentes niveles de cooperación no tienen razón de competir entre sí. De hecho, todos estos modelos, desde las concesiones rudimentarias en zonas de libre comercio hasta la consolidación de la integración política en uniones confederativas, posibilitan resultados tanto identificables como objetivos originarios como simplemente consecuencias de una evolución estructural²⁷.

Es importante señalar que la integración europea, con su vanguardia y profundidad, podría, por supuesto, servir de modelo para otras iniciativas regionales a condición de que –en contexto de una verdadera unión económica- se resalte su objetivo original de formación de un mercado común. La identificación de este objetivo inicial puede evitar malentendidos en la comparación con iniciativas menos ambiciosas, para las cuales la integración más profunda no serviría de modelo de regionalismo²⁸.

25 BLACKHURST, Richard; HENDERSON, David. Regional integration agreements, world integration and the GATT. In: ANDERSON, Kym; BLACKHURST, Richard. *Regional integration and the global trading system*. Nova York: Harvester Wheatsheaf, 1994. p. 409.

26 MESTRAL, A. de. NAFTA: a comparative analysis. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*, tomo 275, 1998. pp. 232-240. El modelo presentado por el autor parece no incluir, sin embargo, las uniones aduaneras –territorios aduaneros– en esta clasificación.

27 *Ibid.* p. 240.

28 CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade europeia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: Ltr, 1994. p. 264. También LINARES, Antonio. Aspectos jurídicos de los sistemas de

Como ya se ha indicado anteriormente, los estudios relacionados con el comercio regional y, más concretamente, con los sistemas jurídicos regionales de comercio respetan, en general, el tradicional modelo de las fases de integración que establece, inicialmente, la creación de una zona de libre comercio, la cuál -con la profundización de la cooperación regional- tiende a convertirse en una unión aduanera y luego en un mercado común²⁹. En esta perspectiva teórica, un acuerdo regional con características de un mercado común desarrollaría naturalmente la estructura supranacional de sus órganos para convertirse en una unión de hecho, la cuarta y última etapa del proceso, observada en la actual estructura de la Unión Europea³⁰.

3. La Integración y el Derecho Comunitario

A pesar de que sea inherente al estudio del derecho la necesidad de establecer clasificaciones y contenidos exactos a los términos utilizados, la doctrina internacionalista se muestra cada vez más consciente de que los límites conceptuales entre lo que sería cooperación y lo que conformaría integración no pueden ser sostenidos. En este sentido, las idiosincrasias estructurales de las organizaciones regionales no permiten su agrupación bajo estrictas terminologías que indiquen diferencias extremas entre ellas, aunque el término integración sea más utilizado para indicar aproximación mayor que el término cooperación³¹.

Específicamente cuanto al grado de integración deseado por las iniciativas regionales surgen -en la clasificación propuesta por investigadores para describir los fenómenos locales- las referencias al “derecho comunitario” y las discusiones acerca de sus particularidades que lo destacarían del derecho de la integración. Observado como algo autónomo, el derecho de la integración conformaría así una especie del género “derecho internacional público”, mientras que el derecho comunitario constituiría únicamente lo observado tras la conclusión completa y efectiva de un proceso de integración. Así, “derecho comunitario” solo serviría para describir hoy la experiencia europea de aproximación³².

El marco legal europeo para el comercio regional tuvo origen con-

integración económica. Caracas: Universidad Central de Venezuela - Facultad de Derecho, 1969. pp. 9-10.

29 LÓBO, Op. cit., nota 15. p. 205-206. También SCHULZ, Op. cit., nota 14. p. 10.

30 Ibid. p. 03.

31 LIQUIDATO, Vera Lúcia Viegas. Direito internacional público e direito da integração: desafios atuais. In: CASELLA, Paulo Borba. Coord.). Direito de integração. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 76-77.

32 Ibid. pp. 66-67. También LEWANDOWSKY, Op. cit., nota 07. p. 296 También iniciativas regionales como el Sistema de la Integración Centroamericana -SICA- suelen adoptar esta nomenclatura.

comitante con otros movimientos de coordinación y cooperación luego del fin de la segunda guerra, pero únicamente en las -en este entonces- “comunidades europeas” este se consolidó respetando el modelo ortodoxo de las etapas de integración, desarrollo que se hizo posible por medio de la adopción de estructuras supranacionales de decisión³³.

En el caso de las estructuras regionales intergubernamentales, es decir, de los sistemas que dependen de mecanismos de internalización de las decisiones y del consenso, este se centraría claramente bajo el llamado derecho de la integración, mientras que, en cuanto existan decisiones obligatorias por consenso, su estructura adquiriría características supranacionales y el derecho podría ser llamado, consecuentemente, de comunitario en clara referencia a la experiencia europea³⁴.

Este derecho comunitario –surgido a partir y basado en la supranacionalidad- provocó conflictos doctrinarios acerca de su posición autónoma en el estudio del derecho³⁵. El debate se refiere, principalmente, a su naturaleza jurídica y a su relación con el derecho internacional general. Mientras que los tradicionalistas apuntan a la existencia de un derecho internacional comunitario, autonomistas defienden su caracterización como una rama *sui generis* del derecho³⁶.

En este sentido, la supranacionalidad debe ser entendida a partir de la existencia de un orden jurídico amparado en órganos políticos con capacidad normativa obligatoria para los estados en los límites de las facultades delegadas. El orden jurídico, compuesto de un órgano emisor de las normas y de las normas por él dictadas, conformaría, por lo tanto, la propia estructura supranacional³⁷.

Esta autonomía no excluiría, sin embargo, la existencia de instrumentos claramente estructurados con base al derecho internacional público en el derecho comunitario. Ejemplos de eso serían los tratados-marco, es decir, el llamado derecho primario europeo. Se puede identificar también, en este contexto, normativas de características au-

33 Estudio detallado del contexto histórico europeo en la pos-guerra en STREINZ, Rudolf. *Europarecht*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2001. pp. 6-7; BASSO, Maristela. *Perspectivas do MERCOSUL através de uma visão econômico-jurídica*. In: *Revista de Derecho Privado y Comunitário*. Buenos Aires: n° 14 pp. 455-467, 1997. p. 461; BASSO, Maristela. *MERCOSUL: os limites entre o direito internacional e o direito da integração*. In: *Estudos Jurídicos*, vol. 27, n° 71, Setembro/Dezembro 1994, p. 76.

34 GOMES, Eduardo Biacchi. *A supranacionalidade e os blocos econômicos*. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, n. 53, pp. 310-335, out./dez. 2005. p. 323.

35 STREINZ, Op. cit., nota 33. p. 48.

36 *Ibid.* pp. 44-45.

37 RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto. *Hacia un tribunal de carácter supranacional en el MERCOSUR*. In: *Desafíos del MERCOSUR*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. pp. 159-160. También DALLA VIA, Op. cit., nota 23. pp. 633-634.

tónomas –derecho secundario-, pero el debate acerca de su naturaleza jurídica presenta pocas consecuencias jurídicas relevantes³⁸.

En este contexto, la comprensión de la integración regional como un proceso se hace importante porque algunos autores insisten en tratar la formación de las zonas de libre comercio y de las uniones aduaneras como ejemplos de cooperación regional, apartándolos del concepto de derecho de la integración³⁹. Independientemente de la nomenclatura utilizada, la concepción evolutiva de las iniciativas económicas regionales permite el surgimiento de uniones políticas tanto en forma confederativa como, de manera más idealista quizás, en la forma de un estado, tal cual ocurrió en el siglo XIX durante la formación de Italia y Alemania⁴⁰.

En medio de todas las incertidumbres sobre el contenido de los términos de referencia de uso frecuente por la doctrina internacionalista para las organizaciones regionales, la integración puede ser finalmente definida como: un proceso gradual de cooperación entre los sujetos de derecho internacional necesariamente conducido por un deseo común que, a partir de la relativización del concepto clásico de soberanía, permite el surgimiento del derecho de la integración, pero no necesariamente tiende a la formación de una comunidad supranacional⁴¹.

4. Multilateralismo y Regionalismo: desafíos y perspectivas

El final de la Guerra Fría y de la polarización ideológica de la comunidad internacional ha creado un ambiente ideal para la aparición de nuevos panoramas de aproximación en la comunidad internacional⁴². Agrupados bajo el término “nuevo regionalismo”, estas iniciativas han surgido como consecuencia directa de los profundos cambios estructurales en las relaciones internacionales en las últimas décadas del siglo XX y se apartaron de las cuestiones políticas que marcaron el regionalismo del pos-guerra⁴³.

Una parte de la doctrina especializada observó en este cambio de paradigmas una verdadera transición entre el antiguo modelo impositivo y autocrático y un nuevo fenómeno asociativo más espontáneo y de-

38 STREINZ, Op. cit., nota 33. p. 47.

39 BASSO, Op. cit., nota 32. pp. 455-467, 1997.

40 CASELLA, Op. cit., nota 28. pp. 34-35.

41 BASTOS, Op. cit., nota 07 p. 266. e CASELLA, Paulo Borba. Elementos de direito comunitário. Tese de Livre-Docência apresentada à FADUSP: São Paulo, 1993. p. 421.

42 SCHULZ, Op. cit., nota 14. p. 03.

43 Ibid. p. 03.

mocrático⁴⁴. El nuevo regionalismo incorporó la sociedad y el mercado al debate integracionista y disminuyó la preponderancia de los estados nacionales favoreciendo el desarrollo del comercio internacional⁴⁵. El regionalismo, en su más amplio sentido, es decir, como un acuerdo de voluntades en torno a objetivos de cooperación, debe ser, aún, diferenciado de la regionalización, fenómeno de aproximación cultural, social, económica y política espontáneo y sin coordinación observado en un área geográfica específica⁴⁶.

Insertadas en este nuevo contexto, las iniciativas de integración económica que se consolidaron en los años 90 -surgidas en medio de los logros del multilateralismo- alteraron los conceptos tradicionales del regionalismo basado en el proteccionismo e incorporaron a sus estructuras normativas y administrativas perspectivas económicas eminentemente liberales -o neoliberales⁴⁷. Esta dinámica específica, que caracteriza el llamado “regionalismo abierto”, simplemente refleja el canon multilateral de que los esfuerzos para promover el comercio regional deben, sobre todo, ajustar las iniciativas locales a la economía globalizada por medio de la eliminación de las barreras al mercado específico sin que otros sean creados para el comercio de mercancías con el resto del planeta⁴⁸.

Las teorías del regionalismo abierto proponen, en síntesis, que lo local no amenace a lo global y funcione, en realidad, como una herramienta para promover la cooperación multilateral a la luz, por ejemplo, del principio de la subsidiariedad y del fomento de las relaciones con las estructuras cooperativas más amplias. Todo eso sin olvidar que, a pesar de que ciertos temas pueden y deben ser tratados a nivel regional, la coherencia sistémica exige la conformidad con el sistema multilateral⁴⁹.

La necesaria armonización de las iniciativas regionales con el sistema multilateral del GATT/OMC no es consecuencia, sin embargo, de esos fenómenos contemporáneos, es decir, de la presunción de riesgo de fragmentación de las normas o de los nuevos paradigmas establecidos por el nuevo regionalismo para el estudio de la relación del sistema local con el general. En este sentido, las normas actuales de la OMC -como el texto del acuerdo general de 1947- no solo permiten la creación de

44 Ibid. p. 04.

45 OLIVEIRA, Op. cit., nota 18. p. 319.

46 SCHULZ, Op. cit., nota 14. p. 05.

47 JUCÁ, Francisco Pedro. Parlamento do MERCOSUL. São Paulo: LTr, 2002. p. 28; LEWANDOWSKY, Op. cit., nota 07. p. 294.

48 SCHULZ, Op. cit., nota 14. p. 11.

49 CORRÊA, Op. cit., nota 17. p. 80.; LAFER, Celso. A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. pp. 49-50.

áreas de libre comercio y de uniones aduaneras, sino también regulan el funcionamiento de los sistemas regionales incorporados en el sistema multilateral general.

La importancia dada a la promoción de la armonía entre el sistema multilateral y los sistemas regionales de comercio ha aumentado de manera significativa y a partir de la segunda mitad de los años 80, no sólo en razón de la creación de la OMC, sino también de la proliferación de esos acuerdos locales en las últimas décadas. De hecho, el uso más frecuente de las reglas que excepcionan la cláusula general de la nación más favorecida despertó el interés de los estudiosos del derecho internacional que, hasta este entonces, no buscaban sistematizar e interpretar claramente lo que estaba o no permitido. En este panorama, la notificación del Tratado de Roma al GATT en 1957 puede ser señalado como la primera gran alarma de la necesidad de establecer el contenido exacto de las obligaciones del artículo XXIV del GATT⁵⁰.

Cualquier abordaje de la relación entre lo local y lo general debe tener en cuenta que en el núcleo de todos los sistemas mercantiles internacionales se encuentra el objetivo de incrementar el comercio y que justo esta simetría justifica la comprensión de los acuerdos multilaterales y regionales como complementarios y no como contradictorios. Cumple resaltar, por fin, que la integración en una región determinada sería similar a lo que ocurre dentro de un solo Estado soberano y que la liberalización del comercio resultante de cualquiera de los dos modelos de aproximación comercial sería absolutamente capaz de generar beneficios y oportunidades incluso para los que no forman parte de ellos⁵¹.

5. Conclusión

El estudio del derecho internacional en la actualidad no permite su encierro en los conceptos herméticos de las teorías positivistas clásicas de la modernidad. Esta nueva realidad fue construida gradualmente a lo largo de los años a partir de la intensificación de la interdependencia entre los sujetos de derecho internacional y resultó en la proliferación y en el crecimiento de las iniciativas de cooperación e integración, las cuales generalmente generan subsistemas legales propios.

La primera gran cuestión del regionalismo se refiere a su propia terminología. Términos como “cooperación” e “integración” son comúnmente empleados en la actualidad por la doctrina de manera poco

⁵⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. El regionalismo y el sistema mundial de comercio. Ginebra: OMC, 1995. p. 14.

⁵¹ BLACKHURST, Op. cit., nota 25. p. 410.

coordinada, aunque se pueda percibir el uso más frecuente del segundo para indicar las organizaciones de objetivos más audaces. Esta percepción no logra estabilizar, sin embargo, los contenidos de los términos pero los formatos de las diferentes experiencias locales y las dificultades de elaboración y clasificación descritas en la primera parte de este estudio sugieren que no hay necesidad de una rígida catalogación de las iniciativas de aproximación.

La perspectiva evolutiva los acuerdos regionales adoptada en la segunda parte del estudio –basada en la perspectiva de las fases de integración– sirvió como introducción del análisis desarrollado en la última parte de esta investigación, donde se buscó entender la relación entre los sistemas regionales y el sistema multilateral de comercio en el contexto de constante proliferación de experiencias de aproximación.

Otra cuestión importante en el estudio de los acuerdos regionales sería la definición del alcance del derecho de la integración. En este sentido, por un lado el derecho de la integración –como rama jurídica específica– no constituiría una especie jurídica autónoma, apartada de derecho internacional público, y, por el otro lado, la toma de decisiones por consenso y unanimidad lo distinguiría del derecho comunitario.

En el contexto específico del derecho internacional del comercio, es evidente que los numerosos acuerdos preferenciales celebrados entre los miembros del GATT y actualmente vigentes en el orden jurídico mercantil mundial convierten el regionalismo en un hecho consumado y eso impide el cuestionamiento acerca de su conveniencia y oportunidad. Corresponde al derecho establecer los requisitos a la convivencia armoniosa de las iniciativas locales con el sistema multilateral de la OMC.

Experiencias regionales, mientras cumplan los objetivos del GATT, tienden a impulsar el comercio y a permitir el aumento del bienestar general. Cuando, sin embargo, estos subsistemas se organizan de una manera incompatible con el acuerdo general pueden sabotear la sistemática multilateral, crean barreras y fomentan el surgimiento de prácticas proteccionistas y discriminatorias. Necesario se hace, por lo tanto, que se establezcan criterios claros y específicos que aporten una mayor seguridad y previsibilidad al comercio internacional.

Referencias Bibliográficas

- AMSTUTZ Marc; KARAVAS Vaios (2006) “Rechtsmutation: zu Genese und Evolution des Rechts im transnationalen Raum”. *Rechtsgeschichte* RG 8. pp. 14-32.
- BASSO Maristela (1994) “MERCOSUL: os limites entre o direito internacional e o direito da integração”. *Estudos Jurídicos*, vol. 27, n° 71, Setembro/Dezembro, pp. 73-79.
- _____ (1997) “Perspectivas do MERCOSUL através de uma visão econômico-jurídica”. *Revista de Derecho Privado y Comunitário*, n° 14 pp. 455-467.
- BASTOS Lucia Elena A. Ferreira (2006). “Organizações internacionais da África”. In: A. MERCADANTE, U. CELLI JUNIOR, LR de ARAÚJO. *Blocos econômicos e integração na América Latina, África e Ásia*. Curitiba: Juruá.
- BLACKHURST Richard, HENDERSON David (1994) “Regional integration agreements, world integration and the GATT”. In: K. ANDRESON, R. BLACKHURST. *Regional integration and the global trading system*. Nova York: Harvester Wheatsheaf.
- CASELLA Paulo Borba (1993) *Elementos de direito comunitário. Tese de Livre-Docência apresentada à FADUSP: São Paulo*.
- _____ (1994) *Comunidade européia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: Ltr.
- _____ (2006) *MERCOSUL: exigências e perspectivas – Integração e consolidação de espaço econômico (1995-2001-2006)*. São Paulo: Ltr.
- CORRÊA Luiz Fernando Nigro (2001) *O MERCOSUL e a OMC: regionalismo e multilateralismo*. São Paulo: Ltr.
- DALLA VIA, Alberto Ricardo. *Derecho constitucional econômico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.
- ETCHEVERRY Raul Aníbal (2001) *MERCOSUR negocios y empresas*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

GOMES Eduardo Biacchi (2005) “A supranacionalidade e os blocos econômicos”. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*, n. 53, pp. 310-335.

GUSSI Evandro Herrera Bertone (2006) “Soberania e supranacionalidade”. In: PB CASELLA (coord). *Direito de integração*. São Paulo: Quartier Latin. Pp. 105-134.

HUDEC Robert E. (1975) *The GATT legal system and world trade diplomacy*. New York: Praeger Publishers.

JACKSON John Howard (1997) *The world trading system: law and policy of international economic relations*. Cambridge, MA : MIT Press.

JUCÁ Francisco Pedro (2002) *Parlamento do MERCOSUL*. São Paulo: Ltr.

KHAVAND Fereydoun A (1995) *Le nouvel ordre commercial mondial: du GATT à l'OMC*. Paris: Nathan.

LAFER Celso (1998) *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

LEWANDOWSKY Enrique Ricardo (2008). “Globalização e soberania”. In: PB CASELLA, U. CELLI, Umberto. *Direito internacional, humanismo e globalidade*. São Paulo: Atlas.

LINARES Antonio (1969) *Aspectos jurídicos de los sistemas de integración económica*. Caracas: Universidad Central de Venezuela - Facultad de Derecho.

LIQUIDATO Vera Lúcia Viegas (2006) “Direito internacional público e direito da integração: desafios atuais”. In: PB CASELLA (coord). *Direito de integração*. São Paulo: Quartier Latin, pp. 57-83.

LOBO Maria Teresa Cárcomo (2004) *Manual de direito comunitário*. Rio de Janeiro: Juruá.

MATSUSHITA Mitsuo; SHOENBAUM Thomas; MAVROIDIS Petros (2003) *The World Trade Organization. Law, Practice and Policy*. New York: Oxford.

MELLO Celso D. de Albuquerque (1995) *Direito internacional americano: estudo sobre a contribuição de um direito regional para a integração*

econômica. Rio de Janeiro: Renovar.

MERCADANTE Araminta de Azevedo (1971) “Os aspectos institucionais da integração latino-americana”. *Revista de Informação Legislativa* Abril-Junho. pp. 71-92.

_____ (2001) “A ONU e os acordos regionais”. In: LO PIMENTEL (org). *Direito da integração: estudos em homenagem a Werther R. Faria*. Curitiba: Juruá, pp.121-132.

MESTRAL A. de. (1998) “NAFTA: a comparative analysis”. *Recueil des Cours. Academie de Droit International de La Haye*, tomo 275.

MÜLLER Harald (1993) *Die Chance der Kooperation*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt.

OLIVEIRA Odete Maria de (2000) “Regionalismo”. In: W. BARRAL. *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma Legal.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (1995) *El regionalismo y el sistema mundial de comercio*. Genebra: OMC.

_____ (1996) Informe anual 1996. Genebra: OMC.

RUIZ DIAZ LABRANO Roberto (1997) “Hacia un tribunal de caracter supranacional en el MERCOSUR”. In: *Desafios del MERCOSUR*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. pp. 159-175.

SCHULZ Michael; SÖDERBAUM, Fredrik; ÖJENDAL, Joakim (2001) *Regionalization in a globalizing world*. Londres e Nova Iorque: Zed Books.

STREINZ Rudolf (2001) *Europarecht*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag.

LOS OBJETIVOS DEL MERCOSUR Y LA OPCIÓN DE FORO

OS OBJETIVOS DO MERCOSUL E A OPÇÃO DE FORO

Roque F. Silguero¹

Resumen: *La cláusula de opción de foro es utilizada en los sistemas de solución de controversias pertenecientes a áreas de preferencias arancelarias y a zonas de libre comercio, es decir, en esquemas que, dudosamente, pueden ser calificados como procesos de integración. Por el contrario, cuando se analizan procesos de integración con objetivos más comprometidos y de mayor alcance, como un mercado común o una unión económica, los sistemas de solución de controversias acordados en ellos introducen la figura de la jurisdicción exclusiva y excluyente.*

En este sentido, el MERCOSUR, que tiene como objetivo la constitución de un el mercado común requiere, necesariamente, de un conjunto de soluciones de carácter técnico-jurídico que consolide los esfuerzos llevados a cabo en el campo económico y comercial. Bajo esta perspectiva, la opción de foro termina afectando la credibilidad de las instituciones del MERCOSUR, en un aspecto tan sensible como la solución de controversias.

Resumo: *A opção de foro é utilizada nos sistemas de solução de controvérsias vinculadas a áreas de preferências e zonas de livre comércio, é dizer, em esquemas que, raramente, podem ser qualificados como processos de integração. Ao contrário, quando se analisam processos de integração com objetivos mais comprometidos e de maior alcance, como um mercado comum o uma união econômica, os sistemas de solução de controvérsias acordados em eles introduzem a figura da jurisdição exclusiva e excludente.*

Assim, o MERCOSUL, que tem o objetivo de constituir um mercado comum requer, necessariamente, um conjunto de soluções de caráter técnico-jurídico que consolide os esforços levados a cabo no campo econômico e comercial. Sob essa perspectiva, a opção de foro acaba afetando a credibilidade das instituições do MERCOSUL em aspecto tão sensível como a solução de controvérsias.

Palabras clave: *Opción de Foro, Solución Jurídico-institucional, Solución de Controversias, Proceso de Integración, Mercado Común*

¹ Abogado, Magister en Procesos de Integración Regional, Profesor titular de MERCOSUR I, Universidad Nacional de Formosa, Vicerrector de la Universidad Nacional de Formosa, Argentina.

Palavras-chave: *Opção de Foro, Solução Jurídico-institucional, Solução de controvérsias, Processo de Integração, Mercado Comum*

1. Introducción

El objetivo de esta ponencia es bastante acotado, pues se dirige a efectuar una breve descripción de la denominada cláusula de opción de foro, incluida en el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR (PO)².

En esta faena, se intentará vincular el contenido y el alcance del consignado dispositivo, con la consecución de las metas particulares del PO y de los objetivos más generales del MERCOSUR, según los diseños del Tratado de Asunción (TA) e instrumentos y normas complementarios.

No se reclama originalidad en esta propuesta, en gran medida, debido a que esta cuestión ha sido profusamente trabajada por especialistas del Derecho de la integración; más bien, se pretende tomar a la opción de foro como una excusa que dispare un análisis de las debilidades -y hasta retrocesos institucionales- padecidos por el MERCOSUR, y que le impiden, en definitiva, avanzar con decisión en el cumplimiento de su objetivo final, esto es, constituirse en un mercado común.

Entendemos que estos temas, como tantos otros que atañen a la integración regional, deben ser recordados y retomados de manera permanente en toda ocasión en la que se trate cuestiones jurídico-institucionales del MERCOSUR. Emulando -en cierta medida, y quizás con exageración- la tozudez de Catón “El Censor”, cuando repetía incansablemente en sus intervenciones ante el senado romano, resultare o no pertinente, la fórmula que advertía a Roma respecto de sus enemigos: “*Carthago delenda est*”, y adaptando lo que se deba adaptar, nosotros decimos que la opción de foro debe ser eliminada del PO, aun cuando dicho pedido se haya reiterado ya demasiadas veces.

Algunas razones que tratan de dar cuenta de este pedido serán esgrimidas a continuación.

² Texto consultado en: Secretaría del MERCOSUR, *Solución de controversias en el MERCOSUR, Recopilación Normativa*, Montevideo, 02 de enero de 2012, pág. 9 y ss.

2. La cláusula de opción de foro en el PO

La opción de foro, señalada en su momento como una de las innovaciones introducidas por el PO respecto de su antecesor, el Protocolo de Brasilia³, se halla normada en el Art.1.2, donde se lee:

“Las controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Protocolo que puedan también ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Partes del Mercosur, podrán someterse a uno u otro foro a elección de la parte demandante. Sin perjuicio de ello, las partes en la controversia podrán, de común acuerdo, convenir el foro. Una vez iniciado un procedimiento de solución de controversias de acuerdo al párrafo anterior, ninguna de las partes podrá recurrir a los mecanismos establecidos en los otros foros respecto del mismo objeto, definido en los términos del artículo 14 de este Protocolo. No obstante, en el marco de lo establecido en este numeral, el Consejo del Mercado Común reglamentará los aspectos relativos a la opción de foro”.

La primera parte de la norma transcrita, establece el derecho que le asiste a la parte demandante, como así también al demandante y al demandado de manera conjunta y acordada, a elegir el foro, en una suerte de jurisdicción alternativa⁴, donde se irán a dirimir las controversias señaladas en el numeral 1 del mismo artículo.

Una vez efectuada dicha elección, surge inmediatamente la limitación, pues elegido el foro -el propio PO u otro en el que los Estados Partes en conflicto sean partes individualmente- con ello se produce la exclusión⁵ de todo otro foro o la prohibición⁶, si se prefiere, de recurrir

3 El PO incorporó el Tribunal Permanente de Revisión y las opiniones consultivas, entre otras innovaciones.

4 Martínez Puñal, A., “El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur: una reforma en clave continuista”, en *Anuario de Derecho Europeo*, Universidad de Sevilla, N° 3, 2003, pág. 181.

5 Según la doctrina regional, “*El texto acordado otorga al demandante la libertad de optar por el sistema que considere que cubre mejor sus intereses, evaluando a la vez las circunstancias de plazos o de costo que puedan incidir en su elección. Sin embargo, en todos los casos la opción implica la exclusión del otro foro...*”. Boldorini, M.C., “Protocolo de Olivos, Innovaciones en el Sistema de Solução de Controversias del Mercosur”, en *Solução de Controvérsias no Mercosul*, Câmara dos Deputados do Brasil, Brasília, 2008, pág. 146 y 147. Ver, asimismo, Pizzolo, C., *Derecho e integración regional*, Ediar, Bs.As., 2010, pág. 1054 y 1055.

6 Al decir de B. Feder, “*Lo que establece entonces el PO es más que una opción. Es una prohibición. La opción existía de modo no expreso en Brasilia. La innovación se ciñe, en realidad, a la prohibición; prohibición que implica la preclusión de la posibilidad de acceder a cierto foro*”.

a otros mecanismos de solución de controversias relacionados con el mismo objeto de disputa.

Completa esta disposición las normas establecidas en el Reglamento del PO⁷. El Art. 1 del mismo, respecto de la opción de foro, dice:

“1. Si un Estado Parte decidiera someter una controversia a un sistema de solución de controversias distinto al establecido en el Protocolo de Olivos, deberá informar al otro Estado Parte el foro elegido. Si en el plazo de quince (15) días, contados a partir de dicha notificación, las partes no acordaran someter la controversia a otro foro, la parte demandante podrá ejercer su opción, comunicando esa decisión a la parte demandada y al Grupo Mercado Común (en adelante GMC).

2. La opción de foro debe plantearse antes del inicio del procedimiento previsto en los artículos 4 y 41 del Protocolo de Olivos.

3. Se entiende que un Estado Parte optó por el sistema de solución de controversias del Protocolo de Olivos al solicitar el inicio de los procedimientos previstos en sus artículos 4 y 41.

4. A los efectos de este artículo, se considerará iniciado un procedimiento bajo el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio, cuando la parte demandante solicite la conformación de un Grupo Especial en los términos del artículo 6 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por el que se Rige la Solución de Diferencias.

5. El Consejo del Mercado Común (en adelante CMC) reglamentará oportunamente la aplicación del presente artículo con relación a los sistemas de solución de controversias de otros esquemas preferenciales de comercio”.

¿Qué justificación surge en lo inmediato en cuanto a la inclusión de este dispositivo en el PO? Como se sabe, los países del MERCOSUR son todos miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y además participan en una compleja trama de acuerdos comerciales,

*cuando se iniciaron las actuaciones en el otro. O sea, el comienzo de los procedimientos en el marco del régimen regional implicará que no puede accederse luego al multilateral y al revés”. Feder, B., “El Protocolo de Olivos para la solución de controversias del MERCOSUR: algunos aspectos particulares (técnico jurídicos, orgánico institucionales, procesales)”, en *Solução de Controvérsias no Mercosul*, op.cit., pág. 25.*

⁷ Decisión de Consejo del Mercado Común, MERCOSUR/CMC/DEC. N° 37/03, “Reglamento del Protocolo de Olivos para la solución de Controversias en el MERCOSUR”, en *Secretaría del MERCOSUR, Solución de controversias...*, cit., pág. 27.

en cuyas estructuras se observan también mecanismos de solución de diferencias. Entonces, la cláusula se justifica, al parecer, por la necesidad de neutralizar el escándalo jurídico que supondría una controversia presentada, de manera simultánea o sucesiva, en dos o más foros a los que tuvieran acceso los Estados Partes. Se trata de evitar la duplicidad de procedimientos y las resoluciones contradictorias, según se ha sostenido⁸. Si ello sucederla se vulnerarían principios jurídicos elementales, comenzando con el “*non bis in ídem*”, el que indica que un asunto no puede ser juzgado dos veces por idénticas razones, afectándose, consecuentemente, otros principio conexos: “cosa juzgada”, seguridad jurídica⁹ y *litispendencia*¹⁰.

Pero más allá de las argumentaciones jurídicas que explican este instituto dentro del PO, lo cierto es que su regulación está más vinculada a razones de hecho. El “escándalo” de decisiones contradictorias, al que se aludiera más arriba, efectivamente sucedió en el marco del régimen de controversias establecido en el Protocolo de Brasilia. Como se sabe, en el recordado caso “pollos eviscerados”¹¹, el Tribunal Arbitral Ad Hoc de MERCOSUR emitió un laudo favorable a posición Argentina, ante lo cual, Brasil, desoyendo el mismo, sometió nuevamente la controversia a examen, esta vez ante el sistema de la OMC, obteniendo allí sí, satisfacción a sus requerimientos iniciales¹². Ante esta situación,

8 Pimentel, L.O.; Dreyzin de Klor, A. “O sistema de solução de controvérsias do Mercosul”, en Dreyzin de Klor, A.; Pimentel, L.O.; Kegel, P.L.; Barral, W., *Solução de controvérsias – OMC, União Europeia e Mercosul*. Fundação Konrad Adenauer, Rio de Janeiro, 2004, pág. 174.

9 Ver, por ejemplo, García del Río, M., “La solución de controversias en los acuerdos del MERCOSUR con otros países o esquemas de integración”, en *Solução de Controvérsias no Mercosul*, op.cit., pág. 178. Sobre la seguridad jurídica, se tiene que esta se hace presente cuando “...la división de poderes no es respetada; cuando los jueces invaden la esfera de actuación propia de los funcionarios administrativos; los funcionarios del Estado ignoran los precedentes judiciales; los funcionarios del Estado permanecen quietos cuando las reglas del Derecho vigente exige acción; los miembros de la comunidad violan los acuerdos contractuales o infringen reglas legales y las autoridades jurídicas competentes se abstienen de imponer sanciones en esas circunstancias; se atribuye efecto retroactivo a las regulaciones legislativas y administrativas; se aplican nuevas reglas a situaciones ya definidas y consolidadas en el pasado; se cambian o alteran las normas impositivas, etcétera”. Grajales, A.A., *Seguridad jurídica y Mercosur*, Editorial Utopías, Ushuaia, 2011, pág. 171.

10 Pizzolo, C., op.cit., pág. 1055.

11 Laudo IV, “*Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur constituido para decidir sobre controversia entre la República Federativa de Brasil y la República Argentina sobre Aplicación de medidas antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, (res. 574/2000) del Ministerio de Economía de la República Argentina*”, del 21/05/2001. En el numeral 2 de esta decisión, el tribunal dispone: “No hacer lugar al petitorio de la parte Reclamante que solicita del Tribunal que declare el incumplimiento por la Parte Reclamada de las normas del Marco Normativo que cita y que ordene la revocación de la Resolución impugnada”, pág. 45.

12 En las recomendaciones formuladas por Grupo Especial que se ocupó del asunto “Argentina - Derechos antidumping definitivos sobre los pollos procedentes del Brasil”, se lee: “Hemos determinado que la Argentina ha actuado de manera incompatible con las obligaciones que le incumben en virtud del Acuerdo Antidumping al imponer derechos antidumping sobre las importaciones de pollos eviscerados procedentes del Brasil. Hemos constatado que esas

fue la propia República Argentina, en el marco de las negociaciones en torno a la reforma del régimen de solución de controversias, quién presionó por la inclusión de la opción de foro en lo que posteriormente sería el PO¹³. Dicha inclusión no estuvo exenta de resistencias¹⁴, lo que obligó a que se incluyera en el texto la facultad de reglamentación de la opción de foro en cabeza del Consejo del Mercado Común.

3. Algunos antecedentes

La opción de foro está presente en un número importante de acuerdos internacionales, alguno de los cuales, al parecer, fueron tenidos en cuenta como base para el PO. Se revisará, a continuación, algunos precedentes generales, para citar también aquellos que de manera más específica se ajustan a este estudio.

3.1) La opción de foro en el Derecho internacional de los Derechos Humanos

El carácter excluyente de la opción de foro también se manifiesta en el campo del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Concretamente, la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece una serie de requisitos de admisibilidad, entre los que se menciona la necesidad de inexistencia de dichas denuncias o quejas pendientes de tramitación por ante otros foros. El art. 46.1, letra c) de la Convención reza: *“Para que una petición o comunicación... sea admitida por la Comisión, se requerirá: Que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional...”*¹⁵. Para

infracciones tienen un carácter fundamental y un alcance general... En vista del carácter y el alcance de las infracciones constatadas en el presente asunto, no podemos concebir cómo podría la Argentina aplicar correctamente nuestra recomendación sin revocar la medida antidumping en cuestión en la presente diferencia. Por consiguiente, sugerimos que la Argentina derogue la Resolución N° 574/2000 por la que se imponen medidas antidumping definitivas sobre los pollos viscerados procedentes del Brasil”. OMC, Grupo Especial, “Argentina - Derechos antidumping definitivos sobre los pollos procedentes del Brasil”, Diferencia DS355, WT/DS241/R, 22 de abril de 2003, pág. 120.

13 Para M.C. Boldorini, a la sazón coordinadora por la Argentina en el Grupo de Alto Nivel para la modificación del régimen de controversias del MERCOSUR, señala que *“Argentina consideró esencial incluir en el instrumento una disposición sobre opción-exclusión de foro, debido a que todos los Estados Partes del Mercosur, al ser miembros de la Organización Mundial de Comercio (OMC), tienen abierta la posibilidad de recurrir a ese organismo internacional”*. Boldorini, M.C., op.cit., pág. 145. Según se desprende de publicaciones oficiales, además de la opción de foro, la Argentina se mostró muy interesada en la inclusión de un sistema de revisión de los laudos arbitrales emitidos por los Tribunales Ad Hoc realizada por un Tribunal de Revisión que tuviera carácter permanente, además de la regulación de la etapa “post-laudo”, es decir el cumplimiento del laudo y los efectos de su eventual incumplimiento (medidas compensatorias). Ver: Secretaría de Comercio Exterior, *“Mecanismos de Solución de controversias en el Mercosur”*, en: www.comercio.gob.ar; fecha de captura: 27/10/2012.

14 Feder, B., op.cit., pág. 26.

15 Tratados y Documentos Internacionales, Convención Americana sobre Derecho

C. Pizzolo, esta regla tiene por objetivo “...evitar la duplicación de procedimientos y se justifica en el principio de economía procesal y en la necesidad de evitar pronunciamientos contradictorios o conflictos de competencia”¹⁶.

Por su parte, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone en el mismo sentido, en su art. 5.2, que “El Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que: a) El mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales...”¹⁷.

Disposición análoga se verifica contenida en el “Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”, en el marco del Sistema Europeo de Derechos Humanos¹⁸, vigente desde 1950, dispone en su art. 35.2, que “El Tribunal no admitirá ninguna demanda...³⁴ cuando... b) sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de acuerdo, y no contenga hechos nuevos”¹⁹.

En todos estos casos, la justificación resulta la misma, impedir la duplicidad de procedimientos, apuntando a evitar los pronunciamientos encontrados elaborados en distintos foros²⁰.

3.2) Acuerdos comerciales y procesos de integración regional

3.2.1. Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)²¹

El Tratado que diera nacimiento al TLCAN, en su art. 2005 recepta la opción de foro, si bien reducida en cuanto a las posibilidades de

Humanos, Zavalía, Bs.As., pág. 375.

16 Pizzolo, C., op.cit., pág. 1055. Ver, asimismo, Flax, G.A., “Procedimiento para conocer de violaciones aisladas de Derecho Humanos”, en Gordillo, A., *Derechos Humanos*, Fundación de Derecho Administrativo, Bs.As., 1999, pág. XIII-3.

17 Texto consultado en: Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, www2.ohchr.org; fecha de captura: 27/10/2012.

18 Ver, por ejemplo: Maskin, H., *El sistema europeo de Derechos humanos*, Eudeba, Bs.As., 1987, pág. 16.

19 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Secretaría del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Strasbourg, 2010, pág. 24.

20 Travieso, J.A., *Derechos Humanos y Derecho internacional*, Heliasta, Bs.As., 1996, pág. 418.

21 También conocido por su denominación en inglés), *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), y francés, *Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA), fue suscrito por EE.UU., Canadá y México el 17 de diciembre de 1992 y entró en vigencia a partir del 1º de enero de 1994, cuando se cumplió con el procedimiento de ratificación. Texto del tratado consultado en: www.nafta-sec-alena.org; fecha de captura: 27/10/2012.

elección, puesto que sólo admite su propio régimen o el establecido por la OMC. El numeral 1 de dicha norma dice:

“Excepto lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4, las controversias que surjan con relación a lo dispuesto en el presente Tratado y en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, en los convenios negociados de conformidad con el mismo, o en cualquier otro acuerdo sucesor (GATT), podrán resolverse en uno u otro foro, a elección de la Parte reclamante”.

La opción de foro le corresponde, según el tratado, a la parte reclamante, pero, en última instancia, parece entreverse una suerte de prioridad a favor del dispositivo regional. En efecto, en el caso que la parte reclamada -que debe ser consultada en todos los casos- insista en preferir el foro local, la controversia será dirimida en ese ámbito. Esto es lo que se desprende del numeral 2 del mismo artículo señalado: “*Antes de que una de las Partes inicie un procedimiento de solución de controversias contra otra Parte ante el GATT, esgrimiendo fundamentos sustancialmente equivalentes a los que pudiera invocar conforme a este Tratado, notificará a la tercera Parte su intención de hacerlo. Si respecto al asunto la tercera Parte desea recurrir a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado, lo comunicará a la Parte notificadora lo antes posible y esas Partes consultarán con el fin de convenir en un foro único. Si las Partes consultantes no llegan a un acuerdo, la controversia normalmente se solucionará según los lineamientos de este Tratado*”²².

3.2.2. Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)

La ALADI, pese a no contar con un régimen propio de solución de diferencias incluido en el Tratado de 1980 o en un instrumento de igual jerarquía²³, ha sido un ámbito muy prolífico en cuanto a la regu-

22 Tal preferencia por el sistema de solución de controversias del TLCAN se observa también en los numerales 3 y 4, respecto de materias específicas como: agropecuarias, sanitarias, fitosanitarias, ambientales, salud, seguridad: “3. *En las controversias a que hace referencia el párrafo 1, cuando la Parte demandada alegue que su acción está sujeta al Artículo 104, “Relación con tratados en materia ambiental y de conservación”, y solicite por escrito que el asunto se examine en los términos de este Tratado, la Parte reclamante podrá sólo recurrir en lo sucesivo y respecto de ese asunto, a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado. 4. En las controversias a que hace referencia el párrafo 1, que surjan respecto a la Sección B del Capítulo VII, “Sector agropecuario y medidas sanitarias y fitosanitarias”, o en relación con el Capítulo IX, “Medidas relativas a normalización”: (a) sobre una medida que una Parte adopte o mantenga para la protección de la vida o la salud humana, animal o vegetal, o del medio ambiente; y (b) que den lugar a cuestiones de hecho relacionadas con el medio ambiente, la salud, la seguridad o la conservación, incluyendo las cuestiones científicas directamente relacionadas, cuando la Parte demandada solicite por escrito que el asunto se examine conforme a este Tratado, la Parte reclamante sólo podrá recurrir en lo sucesivo, respecto de ese asunto, a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado”.*

23 El art. 35 del Tratado de Montevideo de 1980, que diera nacimiento a este organismo,

lación de los conflictos entre sus Estados Partes, incorporando normas sobre la materia en los acuerdos de alcance parcial (AAP)²⁴. A su vez, un buen número de estos acuerdos contiene en sus disposiciones referencias a la opción de foro, tomando como foro alternativo, en todos los casos consultados, el sistema de la OMC²⁵. Aún más, de la letra de estos acuerdos se puede inferir, sin dificultad alguna, que ellos han sido una fuente directa para los redactores del art. 2.1 del PO y su reglamentación²⁶. Al sólo efecto ejemplificativo, citamos aquí el AAP.CE N°62²⁷, entre el MERCOSUR y Cuba, en cuyo régimen de solución de contro-

contiene una disposición muy tenue respecto de la solución de controversias, limitándose a señalar que: “El Comité es el órgano permanente de la Asociación y tendrá las siguientes atribuciones y obligaciones: ...m) Proponer fórmulas para resolver las cuestiones planteadas por los países miembros, cuando fuera alegada la inobservancia de algunas de las normas o principios del presente Tratado”. Tratado de Montevideo, Montevideo, agosto de 1980; texto consultado en: www.aladi.org; fecha de captura: 29/10/2012. Ver, por ejemplo: ALADI, “Necesidad y conveniencia del desarrollo de un régimen general de alcance regional sobre medios para la solución de controversias en el ámbito de la ALADI”, Secretaría general, LADI/Sec/Estudio 83, 6 de marzo de 1995.

24 El art. 7 del Tratado de Montevideo de 1980 dispone: “Los acuerdos de alcance parcial son aquéllos en cuya celebración no participa la totalidad de los países miembros, y propenderán a crear las condiciones necesarias para profundizar el proceso de integración regional mediante su progresiva multilateralización. Los derechos y obligaciones que se establezcan en los acuerdos de alcance parcial regirán exclusivamente para los países miembros que los suscriban o que a ellos adhieran”. El art. 8, completa el anterior, agregando: “Los acuerdos de alcance parcial podrán ser comerciales, de complementación económica, agropecuarios, de promoción del comercio o adoptar otras modalidades de conformidad con el artículo 14 del presente Tratado”.

25 En una investigación de carácter no exhaustivo, hemos advertido la existencia de cláusulas de opción de foro en 19 acuerdos de alcance parcial: AAP.CE N° 36, Argentina-México, Decimotercer Protocolo Adicional, suscrito el 13/03/2001, art. 3; AAP.CE N° 58, MERCOSUR-Perú, Primer Protocolo Adicional, suscrito el 30/11/2005, art. 3; AAP.CE N° 33, Colombia-México-Venezuela, suscrito el 13/06/1994, art. 19-03; AAP.CE N° 38, Chile-Perú, Tercer Protocolo Adicional, suscrito el 01/03/2009, art. 16.3; AAP.CE N° 31, Bolivia-Uruguay, suscrito el 10/09/1994, art.19-03; AAP.CE N° 65, Chile-Ecuador, suscrito el 25/10/2008, art. 14.3; AAP.CE N° 41, Chile-México, suscrito el 17/04/1998, art.18-03; AAP.CE N° 6, Argentina-México, Decimotercer Protocolo Adicional, suscrito el 13/02/2011, art. 3; AAP.CE N° 42, Segundo Protocolo Adicional, Anexo 6, art. 2; AAP.CE N° 45, Argentina-Cuba, Primer Protocolo Adicional, suscrito el 08/08/2007, Anexo, art. 3; AAP.CE N° 47, Bolivia-Cuba, Primer Protocolo Adicional, suscrito el 08/05/2000, Anexo V, art. 3; AAP.CE N° 49, Colombia-Perú, Segundo Protocolo Adicional, suscrito el 01/02/2008, Anexo VI, art. 3; AAP.CE N° 59, MERCOSUR-Comunidad Andina, Primer Protocolo Adicional, suscrito el 12/05/2005, art. 3; AAP.CE N° 60, Uruguay-México, suscrito el 15/11/2003, art. 18-01; AAP.CE N° 61, Colombia-Venezuela-México, suscrito el 07/12/2004, art. 4; AAP.CE N° 67, México-Perú, suscrito el 06/04/2011, art. 15.3; AAP.CE N° 5, México-Uruguay, Decimosexto Protocolo Adicional, suscrito el 29/12/1999, art. 2; AAP.CE N° 35, MERCOSUR-Chile, Vigésimosegundo Protocolo Adicional, suscrito el 19/10/1999, Anexo, art. 2; AAP.CE N° 36, MERCOSUR-Bolivia, Decimotercer Protocolo Adicional Rectificado, suscrito el 19/06/2001, Anexo, art. 1.

26 Esta apreciación es confirmada por una de las diplomática intervinientes en la concepción del PO, cuando manifiesta que “...Argentina formuló su propuesta, luego de haber analizado las disposiciones de varios acuerdos comerciales, entre ellos: el ACE 35 y el ACE 36, que disponen la opción de foro en controversias sobre dumping y subsidios; el G-3 (Colombia, México, Venezuela); los bilaterales México-Uruguay; Canadá-Chile; Centroamérica-Chile; México-Triángulo Norte (El Salvador, Guatemala, Honduras); y el Proyecto sobre Solución de Controversias de la ALADI de 1999”. Boldorini, M.C., op.cit., pág. 146.

27 AAP.CE N° 62, MERCOSUR-Cuba, suscrito el 21/08/2006, Anexo VIII.

versias, art. 2, se lee:

“No obstante lo dispuesto en el Artículo 1, las controversias que surjan en relación con lo dispuesto en este Acuerdo, en las materias reguladas por el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (en adelante “Acuerdo OMC”) y en los convenios negociados de conformidad con el mismo, podrán resolverse en uno u otro foro, a elección de la parte reclamante.

Una vez que se haya iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme al presente Anexo, o bien uno conforme al Acuerdo OMC, el foro seleccionado será excluyente del otro.

Para efectos de este artículo, se considerarán iniciados los procedimientos de solución de controversias conforme al Acuerdo OMC cuando la parte reclamante solicite la integración de un panel de Acuerdo con el Artículo 6 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias que forma parte del Acuerdo OMC.

Asimismo, se considerarán iniciados los procedimientos de solución de controversias conforme al presente Acuerdo, una vez convocada la Comisión Administradora de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 7”.

La posibilidad de elegir el foro donde se habrán de plantear las controversias, según autorizada doctrina, “...é a *tendência que prevalece nos acordos econômicos regionais*”²⁸, y, a juzgar por el número de AAP que lo incluyen en su articulado, la citada opinión parece incontrastable. Que sea la solución adecuada para un proceso como el MERCOSUR, ya es un asunto diferente, y que se analizará más adelante en este trabajo.

3.2.3. Comunidad Andina (CAN)

El sistema de solución de controversias de la CAN se encuentra en una fase muy desarrollada²⁹, por lo que no sorprende que en el Tratado

28 Pimentel, L.O.; Dreyzin de Klor, A., op.cit., pág. 174.

29 Según se lo ha descrito, “Entre las características del TJCA podemos destacar: a) es un órgano independiente tanto de los Estados como de las instituciones comunitarias andinas; b) es de carácter supranacional porque sus integrantes son independientes de los Estados miembros los cuales han atribuido competencias jurisdiccionales al tribunal lo que permite al órgano comunitario tomar decisiones que vinculan a los Estados miembros, aún en caso de oposición de éstos, a la vez que dichas decisiones tienen efecto directo, inmediato y prevalecen sobre el derecho interno; c) su jurisdicción es obligatoria en las competencias juzgadas y dotadas de reconocimiento y ejecutividad de pleno derecho en el territorio de los Estados miembros, lo que permite que sus sentencias tengan efecto inmediato”. Pizzolo, C., op.cit., pág. 981.

de creación de su Tribunal de Justicia, se declare la jurisdicción exclusiva y excluyente de este órgano respecto de la aplicación del derecho de la comunidad³⁰, eliminándose así toda posibilidad de elección de foro. El art. 42 del instrumento consignado, dice:

“Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado”.

Conteste con la norma, el Tribunal de Justicia de la CAN reafirmó la exclusividad de su jurisdicción, señalando que “...*Tratado de Creación del Tribunal, [...] le da a este órgano comunitario la exclusividad en la solución de controversias que surjan con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena... los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, en el caso de diferencias sobre propiedad industrial surgidas entre ellos deberán someterse a la jurisdicción exclusiva del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, según lo prescrito por el artículo 33 de su Tratado de Creación*”³¹.

3.2.4. Comunidad del Caribe (CARICOM)

Tanto en el tratado original que diera nacimiento al CARICOM,³² como a su tratado revisado³³, se introduce de manera expresa la imposibilidad de recurrir a otro foro en la solución de controversias de la región. En el art. 211 de este último se lee:

30 La doctrina andina destaca la jurisdicción exclusiva del Tribunal de Justicia de la CAN: “Esta jurisdicción, como la europea, es una jurisdicción obligatoria, exclusiva y accesible, exceptuando la función arbitral que es voluntaria y optativa. El TTAJ ha dispuesto que todas las controversias que se presenten con ocasión de la aplicación de las normas de integración andina, se resolverán obligatoriamente [...] y de manera exclusiva mediante procedimientos precontentiosos y contenciosos establecidos en él. No podrá, por tanto, ventilarse ningún litigio de estas materias en tribunales distintos del TAJ”. Nouel, E., *Nuevos temas del derecho internacional*, Editorial CEC, Carácas, 2006, pág. 156.

31 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 1-IP-96, “*Solicitud de Interpretación Prejudicial, de los artículos 1, 2, 4, 6 y 7 de la Decisión 344 y 2 y 3 de la Decisión 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en relación con el artículo 1º, numeral 3º del Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial. Presentada por la Corte Constitucional de la República de Colombia*”, Quito, Diciembre 9 de 1996, pág. 9 y 11.

32 En el Anexo al Tratado original de la CARICOM, se observaba una norma que prohibía a los Estados miembros someter sus controversias a foros ajenos a la comunidad; el art. 12.9 de dicho anexo señalaba: “*Member States undertake to employ the procedures set out in this Article for the settlement of any dispute specified in paragraph 1 of Article 11 and to refrain from any other method of disputes settlement*”. “*Treaty Establishing the Caribbean Community*”, Chaguaramas, 4th July 1973, consultado en www.caricom.org; fecha de captura: 10/10/2012.

33 “*Revised treaty of Chaguaramas establishing the Caribbean Community including the Caricom Single Market and Economy*”, Suscripto el 05/07/2001, consultado en: www.caricom.org; fecha de captura: 12/10/2012.

“Subject to this Treaty, the Court shall have compulsory and exclusive jurisdiction to hear and determine disputes concerning the interpretation and application of the Treaty, including: (a) disputes between the Member States parties to the Agreement; (b) disputes between the Member States parties to the Agreement and the Community; (c) referrals from national courts of the Member States parties to the Agreement; (d) applications by persons in accordance with Article 222, concerning the interpretation and application of this Treaty”³⁴.

3.2.5. Organización de Estados centroamericanos (ODECA)

La ODECA es un organismo regional creada en 1951. Integrada por Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador, su objetivo es promover la cooperación e integración. En 1991 la ODECA crea el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)³⁵. La solución de controversias del SICA está hoy en manos de la Corte Centroamericana de Justicia, creada a su vez por art. 12 del Protocolo de Tegucigalpa³⁶. Este tratado, en su art. 35, en su último párrafo, disponía que “*Toda controversia sobre la aplicación o interpretación de las disposiciones contenidas en el presente Protocolo y demás instrumentos a que se refiere el párrafo anterior, deberá someterse a la Corte Centroamericana de Justicia*”. Se establecía así una jurisdicción exclusiva y excluyente, conforme se ha repasado en los anteriores apartados.

Sin embargo, este artículo sufrirá una modificación sustancial, a partir de una enmienda introducida al protocolo³⁷, y que permite solucionar las controversias en otros foros pactados por los Estados miembros. En el art. 1 de esta, dice:

“Se modifica el artículo 35 el cual queda como sigue:

34 “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Tratado, el Tribunal tendrá competencia obligatoria y exclusiva para oír y decidir las diferencias relativas a la interpretación y aplicación del Tratado, como por ejemplo: a) las diferencias entre los Estados Miembros que son parte en el Acuerdo; b) las diferencias entre los Estados Miembros de partes en el Acuerdo y la Comunidad; c) las referencias provenientes de los tribunales nacionales de los Estados Miembros que son parte en el Acuerdo; d) las solicitudes de personas físicas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 222, relativas a la interpretación y aplicación del presente Tratado*”. (Esta traducción, y las que siguen, pertenecen al autor de esta ponencia).

35 “*Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA)*”, suscripta en Tegucigalpa, el 13/12/1991. Texto consultado en: www.sica.int; fecha de captura 12/10/2012.

36 Sobre la evolución del sistema jurisdiccional del SICA, ver: Pizzolo, C., op.cit., pág. 1015 y ss.

37 “*Enmienda al Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA)*”, suscripta en Managua, el 27/02/2002; texto consultado en www.sica.int; fecha de captura 12/10/2012.

Artículo 35. Este Protocolo y sus instrumentos complementarios y derivados prevalecerán sobre cualquier Convenio, Acuerdo o Protocolo suscrito entre los Estados Miembros, bilateral o multilateralmente, sobre las materias relacionadas con la integración centroamericana. No obstante, quedan vigentes entre dichos Estados las disposiciones de aquellos Convenios, Acuerdos o Tratados, siempre que las mismas no se opongan al presente instrumento u obstaculicen el logro de sus propósitos y objetivos.

Salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, las controversias sobre la aplicación o interpretación de las disposiciones contenidas en el presente Protocolo y demás instrumentos a que se refiere el párrafo anterior, deberán someterse a la Corte Centroamericana de Justicia”.

Las razones de esta enmienda son expresadas en los considerandos de la misma, donde se sostiene, por ejemplo, “*Que es necesario extender la posibilidad de conocimiento de las controversias surgidas en el ámbito comercial del Mercado Común Centroamericano: a los métodos alternos de solución de controversias, para contar con mecanismos modernos, ágiles, efectivos, vinculantes y con niveles de calidad superiores, o al menos, iguales a los alcanzados en los tratados comerciales de tercera generación suscritos por los países centroamericanos con terceros Estados*”.

3.2.6. Unión Europea: jurisdicción exclusiva

El actual art. 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (antiguo art. 292 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE), señala con claridad:

“Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos”³⁸.

Toda opción por otra jurisdicción que no sea la comunitaria queda absolutamente vedada en este esquema de integración. Se trata de una suerte de “monopolio jurisdiccional”³⁹ del Tribunal de Justicia respecto de los litigios relativos a la aplicación e interpretación del Derecho comunitario.

³⁸ Unión Europea, “*Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*”, Diario Oficial de la Unión Europea, C 83, del 30/03/2010. Idéntico texto se observa en el art. 193 del tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

³⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro, presentadas el 18 de enero de 2006, “*Comisión/ Irlanda*”, Asunto C-459/03, pág. I-4642.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) tuvo oportunidad de interpretar el texto citado por primera vez en el asunto “*Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda*”, del año 2006⁴⁰. En dicho asunto, la Comisión sostuvo que Irlanda había vulnerado el art. 292, además del art. 10 y el art. 192, todos del TCE, al someter una controversia con el Reino Unido a un tribunal arbitral constituido conforme a la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. El TJCE se expidió a favor de la posición sostenida por la Comisión, argumentando que “*El Tribunal de Justicia ya ha recordado que un acuerdo internacional no puede menoscabar el orden de las competencias fijado por los Tratados y, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia en virtud del artículo 220 CE. Confirma esta competencia exclusiva del Tribunal de Justicia el artículo 292 CE, según el cual los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación del Tratado CE a un procedimiento de solución distinto de los previstos en él*”⁴¹; agregando que “*...la obligación de los Estados miembros, establecida en el artículo 292 CE, de recurrir al sistema jurisdiccional comunitario y de respetar la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia que constituye su rasgo fundamental debe interpretarse como una manifestación específica de su deber más general de lealtad que resulta del artículo 10 CE*”⁴².

En cuanto a los fundamentos de esta competencia exclusiva y excluyente, el Abogado General de las Comunidades decía “*La competencia exclusiva del Tribunal de Justicia sobre los litigios entre Estados miembros relativos al Derecho comunitario es una forma de preservar la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario. Sirve para garantizar que los Estados miembros no contraigan obligaciones legales de Derecho internacional público que puedan entrar en conflicto con sus obligaciones de Derecho comunitario. Fundamentalmente, el artículo 292 CE y el artículo 193 EA expresan el deber de lealtad para con el sistema judicial establecido por los Tratados comunitarios. Los Estados miembros han acordado resolver sus diferencias por las vías previstas en los Tratados; deben abstenerse de someter sus controversias relacionadas con dichos Tratados a otros sistemas de solución de conflictos*”⁴³.

3.3) Conclusiones provisorias

De este análisis sumario, surgen algunas conclusiones de mucho interés. Dejando fuera los casos que se refieren al Derecho internacional

40 TJCE, “*Comisión/Irlanda*”, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 30 de mayo de 2006, en el asunto C-459/03.

41 Ídem, pág. I-4708.

42 Ídem, pág. I-4717.

43 Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro, cit., pág. I-4642.

de los Derechos Humanos -vinculados más al principio de *litispendencia* que a la opción de foro y referidos a una materia específica, que trasciende, por otra parte, a los procesos de integración o a los simples acuerdos comerciales-, se puede advertir en los demás casos un cierto patrón o modelo. Así, la opción de foro es utilizada en los sistemas de solución de controversias pertenecientes a áreas de preferencias arancelarias⁴⁴, como los AAP revisados en el marco de la ALADI, y a zonas de libre comercio, es decir, en esquemas que, dudosamente, pueden ser calificados como procesos de integración⁴⁵.

Por el contrario, cuando se analizan procesos de integración en sentido estricto, con objetivos más comprometidos y de mayor alcance, como un mercado común o una unión económica, los sistemas de solución de controversias acordados en ellos introducen la figura de la jurisdicción exclusiva y excluyente, tal los casos de la CAN, el CARICOM y la UE.

4. La doctrina regional dividida

Luego de la aprobación del PO en el 2002, la doctrina regional se expresó de modo antagónico respecto de la valoración de la opción de foro en el sistema de solución de controversias del MERCOSUR. Con el tiempo, las posiciones de morigeraron en algunos casos, pasando de un apoyo inicial a un cuestionamiento posterior.

En cuanto a las opiniones positivas -algunas de las cuales ya hemos citado en el punto 2 de este trabajo-, tenemos que, para W. Barral, la opción de foro es un instrumento que brinda al reclamante la posibilidad de acudir a aquél sistema que presente, en cada caso, la base jurídica

⁴⁴ Las áreas de preferencia arancelarias se forman cuando “...dos o más territorios aduaneros se conceden entre sí una serie de ventajas aduaneras, no extensibles a terceros, debido a la suspensión internacionalmente aceptada de la cláusula de la nación más favorecida del Acuerdo general sobre Aranceles y Comercio (GATT 47). No existe compromiso para tener los mismos aranceles para las importaciones provenientes de países miembros del Área, ni para tener la misma política comercial general”. Di Biase, H.N., “Introducción al derecho de la integración con especial referencia al MERCOSUR”, en Durán Martínez, A. (Coordinador), *El Mercosur después de Ouro Preto*, en “Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político”, UCUDAL, Montevideo, 1995, pág. 17. Se tiene también que “...a diferencia de una zona de libre comercio, el área de preferencias no tiene por objeto liberar lo sustancial del comercio entre países miembros”. Halperín, M., “Análisis de la vigencia y compatibilidad del Tratado de Montevideo de 1980 con la nueva normativa jurídico-institucional a nivel mundial y con los recientes desarrollos del proceso de integración regional en el marco de la ALADI”, Secretaría General, ALADI/SEC/Estudio 87, 28 de julio de 1995, pág. 8.

⁴⁵ Al decir de C. Pizzolo, “...la Zona de libre comercio, al no llegar a fusionar los territorios aduaneros de los Estados parte que la conforman, no logra por sí sola una verdadera integración económica entre los mismos. Por tal razón, corresponde en principio ubicar a estas zonas en el estadio de la cooperación económica”. Pizzolo, C., *Pensar el MERCOSUR*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1998, pág. 236.

más sólida en función de sus pretensiones⁴⁶. Esta opinión es compartida por M. García del Río⁴⁷.

Se ha mencionado también que, al no contar el derogado Protocolo de Brasilia con una norma semejante, se favorecerían las prácticas vinculadas al “forum shopping” o al “sistema a la carta”⁴⁸.

Otros consideraron deseable que las controversias en el MERCOSUR sean resueltas por medio de un sistema propio; sin embargo, en la actual etapa del proceso de integración, todavía existirían conflictos que pueden ser dirimidos en la OMC con mayor provecho, en razón de que algunos aspectos comerciales están regulados de manera más extensa en este organismo⁴⁹.

Para S. Negro, el contexto en el que se aprobó la opción de foro (descrito en el punto 2 de este trabajo), justificó la inclusión de dicha cláusula, a fin de evitar que el evento se reiterara⁵⁰.

Por su parte, L.O.Pimentel y A.Dreyzin de Klor se preguntan cuáles pueden ser las razones por las que los Estados Partes del MERCOSUR recurrirían al sistema de solución de controversias de la OMC. La respuesta es esta: *“Indiscutivelmente que o prestígio de que goza a Organização Mundial do Comércio exerce uma força de atração para o seu sistema. O entendimento relativo às normas e procedimentos pelos que se rege a solução de diferenças tende a fortalecer o mecanismo de solução de conflitos da Organização, com o efeito de reduzir a arbitrariedade e evitar a adoção de medidas unilaterais em caso de não cumprimento dos compromissos comerciais. Trata-se de um procedimento bastante expeditivo fortalecido pela prática e pelos resultados que reflete o seu acionamento ... A natureza obrigatória das decisões, a brevidade dos prazos, a automaticidade das etapas no processo e o fortalecimento dos mecanismos*

46 Barral, W., op.cit., pág. 276.

47 García del Río, M., op.cit., pág. 178.

48 Pagani, A., “Negociación y legalidad en la estructura institucional del MERCOSUR – El sistema de solución de controversias”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Empresariales*, N° 3, Año 2, octubre de 2004, pág. 37. Como lo señala la Comisión Europea, “El «forum shopping» es un concepto propio del Derecho internacional privado. La persona que toma la iniciativa de una acción judicial puede verse tentada a elegir el tribunal en función de la ley que éste aplicará. La persona que inicia la acción puede verse tentada a elegir un foro no porque sea el más adecuado para conocer del litigio, sino porque las normas sobre conflictos de leyes que este tribunal utilizará llevarán a la aplicación de la ley que más le convenga”. Comisión Europea, “Glosario”, Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, disponible en: ec.europa.eu/civiljustice/glossary/glossary_es.htm, fecha de captura 14/09/2012.

49 Bóldorini, M. C., op.cit., pág. 146.

50 Negro, S. C., “El MERCOSUR de Asunción a Olivos: los cambios de las dos últimas décadas”, en Molina del Pozo (Director), *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración en la Unión Europea y en el MERCOSUR*, Eudeba, Bs.As., 2011, pág. 314.

*de supervisão e controle, contribuem à resolução dos conflitos por acordo mútuo. Sua força se manifesta no propósito de reduzir o unilateralismo nas relações comerciais internacionais e também na tendência para uma maior judicialização e automatismo. A isso se soma a importância que se reconhece aos relatórios e recomendações que geralmente se cumprem, existindo ademais, um mecanismo específico para supervisionar dito cumprimento*⁵¹.

Resultaría, así, casi irresistible para los Estados en general, y para los Estados Partes del MERCOSUR en particular, sustraerse de las cualidades del sistema OMC, sobre todo porque ellas, al parecer, se erigen como la contracara del sistema propuesto por el PO: prestigio, reducción de la arbitrariedad y el unilateralismo, celeridad, automaticidad, supervisión, control, fortaleza, resultados positivos, carácter vinculante de sus resoluciones, cumplimiento y vigilancia de las mismas. La opinión transcrita -de indudable valía-, sin embargo, no es compartida, como es de esperar, por la totalidad del basto mundo de los especialistas y estudiosos de los procesos desarrollados en la OMC⁵². De cualquier

51 *“Indiscutiblemente que el prestigio de la Organización Mundial del Comercio constituye una fuerza de atracción para el sistema. El entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige para resolver las diferencias tiende a reforzar el mecanismo de solución de conflictos de la Organización, con el efecto de reducir la arbitrariedad y evitar la adopción de medidas unilaterales en caso de incumplimiento de los compromisos comerciales. Se trata de un procedimiento bastante expedito fortalecido por la práctica y por los resultados que refleja su accionar... El carácter vinculante de las decisiones, la brevedad de sus plazos, la automaticidad de las etapas del proceso y el fortalecimiento de los mecanismos de supervisión y control, contribuyen a la solución de las controversias por acuerdo mutuo. Su fuerza se manifiesta por el propósito de reducir el unilateralismo en las relaciones comerciales internacionales, así como la tendencia hacia una mayor automatización y judicialización. A esto se suma la importancia que concede a los informes y recomendaciones que por lo general se cumplen, existiendo, además, un mecanismo específico para vigilar dicho cumplimiento”*. Pimentel, L.O. – Dreyzin de Klor, A., “O sistema de solução”, op.cit., pág. 175 y 176.

52 Respecto de la OMC, se ha dicho que es *“...otra burocracia internacional, cuyos funcionarios serán ampliamente autónomos. Informarán a 120 países y, por tanto, en la práctica, a nadie. ... Cada una de las naciones... entregará el control fina de sus economías a un grupo de burócratas internacionales no elegidos democráticamente y no sometidos a control alguno”*. Goldsmith, J., *La trampa*, Editorial Atlántida, Bs.As., 1996, pág. 52 y 53. Más concretamente, el sistema de solución de controversias de la OMC, con respecto a los países menos desarrollados, acarrearía un conjunto de costos para estos; a saber: i) *políticos*, derivados de presiones de los países más desarrollados, quienes buscarían evitar ser sometidos al sistema de solución de controversias de la OMC; ii) *económicos*: éstos se han incrementado, generando dificultades de acceso al sistema; además, *“Los costos económicos traen implicaciones en varios aspectos como la falta de capacidad humana, institucional y técnica, y representan el principal impedimento de la participación efectiva de los PED en el OSD ...”*; iii) falta de capacidad de retorsión: *“...las economías muy pequeñas difícilmente podrán causar suficiente ‘presión’, la imposición de medidas de retorsión muchas veces acaba perjudicando a los propios países en desarrollo ganadores de la demanda, las economías ricas poseen otros mecanismos para neutralizar los efectos negativos de las medidas de retorsión aplicadas en contra de sus productos, los países desarrollados se encuentran más “fortalecidos” para someterse a medidas de retorsión teniendo en cuenta su situación económica privilegiada para hacer frente a posibles pérdidas”*. Salles Almeida, J., *“Una década de funcionamiento del sistema de solución de diferencias comerciales de la OMC: avances y desafíos”*, en Serie “Comercio Internacional”, N° 65, CEPAL, Santiago de

manera, no es este el lugar adecuado para efectuar una revisión detenida del sistema de solución de controversia de este organismo internacional por lo que preferimos dejar la cuestión aquí.

Volviendo a la opción de foro del PO, tenemos que los pareceres de carácter negativo también se multiplicaron en la región. Otra vez debemos citar a L.O.Pimentel y A.Dreyzin de Klor, quienes, en una evaluación de los aspectos aceptables y cuestionables de la opción de foro, señalan que “*As desvantagens de possibilitar a eleição de foro residem no debilitamento que pode ser produzido no sistema de integração; ademais pode dar lugar ao ‘forum shopping’ o que se compreenderia perfeitamente num modelo de zona de livre comércio, mas parece difícil de ser admitido num processo pelo qual se tenta avançar para um grau maior de integração com órgãos que geram normas de forma duradoura*”⁵³.

La última autora citada, admite un cambio de postura en torno a la cuestión. Si antes observaba ventajas en este dispositivo, con el tiempo, ha modificado su postura. Las razones de tal cambio son expresadas así: “*La admisión del ejercicio de esta opción generó intensos debates; al analizar las innovaciones que introdujo el PO con relación al sistema de Brasilia, nos pronunciamos favorablemente a su inclusión, pudiendo sumar a los motivos esgrimidos, el hecho de que al ser el demandante el titular de este derecho, nadie mejor que él conoce si su interés legítimo queda más protegido por el PO o por el mecanismo que decida. Sin embargo, pronunciarlos favorablemente tiene un límite temporal que está dado por el Mercosur a la hora actual, en consecuencia no implica estar de acuerdo con la opción a futuro. Admitimos su inclusión atendiendo a la realidad que transita hoy el esquema, pero somos consientes que mantener esta op-*

Chile, abril de 2006, pág. 50 a 54. A estas críticas se le agregan otras: “*Entre el primer tipo de críticas destacan aquellas relacionadas con la integración de los grupos especiales, la transparencia, la carencia de un procedimiento de reenvío por parte del OA a los grupos especiales, la participación de los países en desarrollo, el problema de la secuencia y, en especial, diversos aspectos relacionados con los mecanismos para promover el cumplimiento de los informes. Quizás la más importante de las críticas es de carácter más general y hace referencia al desbalance que existe entre el proceso de adjudicación y el proceso político de toma de decisiones*”. González, A., “*La solución de controversias en los acuerdos regionales de América Latina con países desarrollados*”, en Serie “*Comercio Internacional*”, N° 68, CEPAL, Santiago de Chile, abril de 2006, pág.19. Ver, además: Baptista, L.O., “*El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA): un sistema de solución de controversias incierto en una era colmada de incertidumbres*”, en Lacarte, J. – Granados, J., *Solución de controversias comerciales intergubernamentales: Enfoques multilaterales y regionales, Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, BID-INTAL*, Bs.As., 2004, pág. 232; Condon, B.J., *El derecho de la Organización Mundial de Comercio: Tratados, jurisprudencia y práctica*, Cameron May, London, 2007, pág. 732.

53 “*Las desventajas de possibilitar la elección de foro reside en el debilitamiento que puede producir en el sistema de integración; además puede dar lugar al ‘forum shopping’, el que se comprendería perfectamente en un modelo de zona de libre comercio, pero parece difícil de admitir en un proceso por el cual se tenga que avanzar hacia un grado mayor de integración con órganos que generen normas de forma duradera*”. Pimentel, L.O. – Dreyzin de Klor, A., “*O sistema de solução*”, op.cit., pág. 176 y 177.

*ción es incompatible con la esencia del proceso de integración en su núcleo mismo al poner en tela de juicio la confianza que merece el sistema*⁵⁴.

En el periodo inmediato posterior a la aprobación del PO, se mencionaban algunas hipótesis que introducían reparos o dudas sobre el dispositivo. Por ejemplo, se especulaba que si un Estado Parte del MERCOSUR, aún con un laudo contrario a sus intereses, emitido en el marco del PO, decidiera, no obstante, recurrir al sistema de solución de controversias de la OMC, debido a que la prohibición del art.1.2 no obliga a este organismo, el procedimiento, no obstante, seguiría su curso⁵⁵.

Otra duda era expresada en estos términos: “*Se, no âmbito do bloco, dois estados “A” e “B” demandam e um resta vencido e a normativa ou a interpretação que se deu é incompatível, por exemplo, em relação ao que pensa o estado “C”, poderia o estado “C”, em relação ao mesmo assunto, acionar a Organização Mundial do Comércio e não acionar o sistema de solução de controvérsias nessa cláusula de opção de foro?*”⁵⁶.

Al repasar los cambios incorporados por el PO respecto del protocolo derogado, A.Perotti sostenía: “*Se contempla el supuesto de controversias paralelas en foros internacionales (por ejemplo, en la OMC). Lo cual es un error impuesto por una práctica contraria al tratado de Asunción*”⁵⁷.

Para otros, la cláusula de opción de foro conspira contra la identidad del proceso de integración del MERCOSUR, agregándose que las controversias surgidas en su ámbito no pueden tener un mejor ni más apropiado foro que el previsto en su ordenamiento jurídico. La facultad de elección que brinda el PO al demandante puede dar lugar a manejos y maniobras no deseables y así distorsionar los objetivos del sistema de controversias⁵⁸.

54 Dreyzin de Klor, A., “El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones”, en “Revista del Foro Constitucional Iberoamericano”, Madrid, N° 5, Enero-Marzo, pág. 2.

55 García, M., “2° Encontro de Cortes Supremas do Mercosul”, 28, 29 y 30 de 2004, Brasilia, opinión expresada en la segunda parte del día 30/11/2004, pág. 344 y 345; disponible en: www.stf.jus.br; fecha de captura: 23/09/2012.

56 “Si, dentro del bloque, dos estados, “A” y “B”, se demandan y uno queda vencido, y los reglamentos o la interpretación que se ha dado es incompatible, por ejemplo, en relación a lo que piensa el estado “C”, ¿podría “C”, con respecto al mismo tema, accionar ante la Organización Mundial del Comercio, y no accionar ante el sistema de solución de controversias, apelando a la opción de foro?”. Ídem, pág. 345.

57 Perotti, A., “Qué significó el Protocolo de Olivos”, en diarios “La Nación”, Sección Comercio Exterior, Bs.As., 26/02/02.

58 Puceiro Ripoll, R., “El Protocolo de Olivos: sus reformas esenciales y su significación en el régimen de solución de controversias del Mercosur”, en Dreyzin de Klor, A. – Pimentel, L.O. – Kegel, P.L. – Barral, W., *Solução de controvérsias ...*, op.cit., pág. 221.

Finalmente, en opinión de C.Pizzolo, “...la introducción de una cláusula de opción de foro en el sistema de solución de controversias del Mercosur no fue oportuna. Ello en virtud de la situación generalizada de crisis que este proceso atraviesa y que todos los actores de la integración reconocen. Una cosa es que se trate de evitar la duplicidad de procedimientos, como de hecho venía sucediendo entre el PB y la OMC, dotando a la opción de foro un carácter excluyente; y otro muy distinto es reconocer la opción misma habilitando la salida voluntaria del sistema. Lo primero nunca debió ser tolerado ya que significó premiar el incumplimiento y la violación de la cosa juzgada propia de los laudos arbitrales emitidos por los TAH intervinientes en su momento bajo el PB que no contemplaba expresamente dicha opción. Lo segundo, implica ampliar la sangría de procesos hacia otros foros ajenos al Mercosur con el consiguiente debilitamiento de éste. Quienes han intervenido en la redacción del PO probablemente fueron conscientes de este peligro y, si bien reconocieron la opción de foro, dejaron toda la cuestión abierta a la futura reglamentación que de la misma haga el CMC”⁵⁹.

5. Opción de los Estados Partes del MERCOSUR por el sistema de solución de controversias de la OMC

En los párrafos precedentes se ha podido constatar la preocupación de diversos autores respecto del debilitamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR, ante la hipótesis de que los Estados Partes recurran a la OMC; incluso, alguno de ellos deslizó la posibilidad de una “sangría” hacia otros foros. Luego de diez años de aprobado el PO, ¿se ha verificado una migración importante hacia el sistema de la OMC? Pese a los presagios antes señalados, la realidad indica que los Estados Partes del MERCOSUR recurrieron a la OMC en una sola oportunidad para dirimir controversias mutuas; además, y como se verá a continuación, el caso no llegó a sustanciarse en su totalidad.

En efecto, la Argentina concurrió en los últimos años al sistema de solución de controversias de la OMC, como reclamante, en dieciocho casos⁶⁰; como demandada, en veintiún casos. La última demanda a este país proveniente de otro país del MERCOSUR, fue interpuesta por Brasil en el recordado caso “pollos”⁶¹, previo, como se sabe, a la aprobación del PO.

⁵⁹ Pizzolo, C., *Derecho e integración...*, op.cit., pág. 1062.

⁶⁰ Los datos referidos a las controversias que involucraron a Estados Partes del MERCOSUR, fueron consultados en: www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds241_s.htm; fecha de captura: 05/10, 2012. (datos validos al 24/10/2012).

⁶¹ Ver: nota al pie N° 9 de este mismo trabajo. La solicitud de celebración de consultas fue presentada por Brasil el 12/11/2001; Consultar: OMC, WT/DS241/1 - G/L/505 - G/ADP/D38/1 - G/VAL/D/6, del 12 de noviembre de 2001.

Brasil, por su parte, actuó como reclamante en veintiséis casos; como demandado, en catorce oportunidades. La última demanda interpuesta a Brasil por un Estado Parte del MERCOSUR -la Argentina- fue presentada ante la OMC el 26 de diciembre de 2006, en el caso conocido como “resinas”⁶². Se trata, entonces, de un caso de opción de foro, en la medida en que se ha constituido el Grupo Especial en los términos del art. 6 del “*Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*”⁶³, de la OMC; según el reglamento del PO citado más arriba, la opción por el sistema de solución de controversias de la OMC queda efectuada con el pedido de establecimiento del mencionado grupo.

Como se sabe, en 2008, la Cámara de Comercio Exterior del Brasil suspendió la aplicación de derechos antidumping a las importaciones de resina procedentes de la Argentina. Como consecuencia de ello, la Argentina solicitó al Grupo Especial que suspendiera sus trabajos. Con relación a este trámite, en la página web de la OMC se lee: “*Al no haberse pedido al Grupo Especial que reanude sus trabajos, la decisión de establecerlo, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 12 del artículo 12 del ESD, quedó sin efecto el 5 de febrero de 2009*”.

A su vez, Uruguay se constituyó en parte reclamante en una ocasión, y como demandada también en una sola controversia; en ninguna de ellas se vio involucrado otro Estado Parte del MERCOSUR.

Venezuela efectuó un solo reclamo, y fue demandada en dos oportunidades. Ningún otro Estado Parte del MERCOSUR estuvo involucrado en el procedimiento como parte.

Al momento, Paraguay nunca fue parte en el sistema de solución de controversias de la OMC.

Se puede apreciar que tanto Brasil como Argentina han utilizado de manera profusa el sistema de la OMC, tanto como reclamantes como demandados. Sin embargo, los datos aquí consignados, por sí solos, demuestran que, hasta la fecha, los Estados Partes del MERCOSUR han preferido dirimir sus controversias en la región, evitando recurrir -salvo el caso apuntado- a otro foro distinto del MERCOSUR. ¿Se deduce de

62 OMC, Grupo Especial, “*Brasil - Medidas antidumping sobre las importaciones de determinadas resinas procedentes de la Argentina*”, Diferencia DS355, Solicitud de celebración de consultas presentada por la Argentina, WT/DS355/1G/L/810G/ADP/D71/1, 9 de enero de 2007.

63 OMC, Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio - Anexo 2, “*Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*”, consultado en: www.wto.org; fecha de captura: 23/05/2012.

ello, sin más, la fortaleza del PO y la intrascendencia de la opción de foro como un factor de debilidad del sistema?

Veamos.

6. Incompatibilidad de la opción de foro con los objetivos del MERCOSUR

¿Cuáles son los criterios adecuados para evaluar la cláusula de opción de foro aquí analizada? Esta pregunta podría, sin dificultad, estar precedida de otra, más comprensiva: ¿cuáles son los criterios adecuados para evaluar las normas del PO?

El conocimiento jurídico otorga, con seguridad, un importante bagaje de respuestas a estas cuestiones. No es posible, como se comprenderá, abordar todas ellas en esta breve exposición, por lo que preferimos no apartarnos del ámbito de la solución de controversias del MERCOSUR. Por ello, tomamos en consideración el Primer Laudo Arbitral, del año 1998, calificado en su momento como inteligente y oportuno⁶⁴. En él se adopta expresamente el método teleológico en la interpretación del plexo jurídico mercosurino. En base a esta perspectiva, todo dispositivo jurídico del MERCOSUR debe ser analizado como medio o instrumento puesto en vigencia para alcanzar aquella finalidad expresamente determinada en el Tratado de Asunción -la constitución final del mercado común-⁶⁵, reafirmada en el Protocolo de Ouro Preto⁶⁶ -ambas máximas instancias del ordenamiento jurídico regional- y reiterada por otras normas de menor jerarquía⁶⁷.

64 Peña, F. “Un fallo inteligente y oportuno”, Diario “La Nación”, Bs.As., del 25/05/1999.

65 El art. 1 del tratado de Asunción dice: “Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará “Mercado Común del Sur” (MERCOSUR)”.

66 En los considerandos del Protocolo de Ouro Preto se lee: “Conscientes de la importancia de los avances alcanzados y de la puesta en funcionamiento de la unión aduanera como etapa para la construcción del mercado común; Reafirmando los principios y objetivos del Tratado de Asunción...”.

67 En los Considerandos de la Decisión del Consejo del Mercado Común, del año 2006, relativa a la “Evolución de la integración comunitaria”, MERCOSUR/CMC/DEC. N° 22/06, se afirma: “Que la profundización del MERCOSUR debe centrarse en el cumplimiento de las metas trazadas en el Tratado de Asunción, y que al efecto se precisa fortalecer las instituciones fundamentales que inspiraron su constitución”. El mismo órgano del MERCOSUR, al dictar la Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 29/06, en su segundo Considerando reitera casi textualmente lo ya sostenido en el instrumento precitado, señalando: “Que el proceso de profundización del MERCOSUR debe centrarse en el efectivo cumplimiento de las metas establecidas en el Tratado de Asunción, para lo cual es necesario fortalecer las instituciones fundamentales que inspiraron su constitución”. Aunque también debe señalarse que referencias expresas al mercado común han desaparecido casi completamente en los instrumentos oficiales del MERCOSUR. Según pudo constar el autor de esta ponencia, el último comunicado conjunto de los Presidentes del MERCOSUR donde se hace mención al mercado común data del 5 de agosto de 1994. En el numeral 7 de este comunicado se lee: “Los Presidentes destacaron los

Se procura, de esta manera, “...garantizar que las normas ‘sean eficaces en relación con su fin último, que es el de dar satisfacción a las exigencias de la integración’... Los fines y objetivos no son un adorno de los instrumentos de integración sino una guía concreta para la interpretación y para la acción... la interpretación de las disposiciones en un conjunto normativo cuyo fin es la integración debe guiarse por este propósito y hacerlo posible”⁶⁸.

Surge así otra pregunta de carácter fundamental: ¿contribuye la cláusula de opción de foro, en tanto instrumento jurídico-normativo, a la constitución final del mercado común o al perfeccionamiento de la unión aduanera, esta última como objetivo intermedio? Queda claro a estas alturas que el objetivo originalmente señalado en el Tratado de Asunción no se ha conseguido en el término estipulado, por las razones que son harto conocidas y que no viene a cuento señalarlas aquí. Es así que la actualidad del MERCOSUR se debate en torno a la concreción de una unión aduanera con características de “imperfecta”, según lo explicita la doctrina especializada⁶⁹. De cualquier manera, el mercado común sigue siendo el objetivo final del MERCOSUR. Aunque ya sin fecha cierta, tal meta continúa iluminando el camino que ha de recorrer este proceso de integración, por lo que, entendemos, cada dispositivo jurídico puesto en vigencia en su seno se debe acomodarse a la misma, sin perder de vista la necesaria flexibilidad que demanda la etapa por la se transita al momento.

En este sentido, un objetivo de tanta trascendencia no puede ser concretado con instrumentos propios de una zona de libre comercio. El mercado común requiere, necesariamente, de un conjunto de soluciones de carácter técnico-jurídico que consolide los esfuerzos llevados a cabo en el campo económico y comercial. Parece evidente que la posibilidad de “fuga” hacia otros foros no contribuye en gran medida en esta tarea. Por el contrario, entendemos que la jurisdicción exclusiva y excluyente se acomodaría mejor con un esquema que aspira a un mercado común, según se ha podido observar en la experiencia comparada.

importantes avances logrados para alcanzar la puesta en funcionamiento de la unión aduanera y sentar así las bases de la conformación del mercado común, reafirmando los principios y objetivos del Tratado de Asunción”. Texto consultado en: www.mercosur.int.; fecha de captura: 23/05/2012.

68 Tribunal Arbitral del MERCOSUR, Laudo del Tribunal Arbitral Ad-Hoc del Mercosur constituido para entender en la Controversia de la República Argentina a la República Federativa de Brasil sobre “Comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N° 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco”, del 28 de abril de 1999, numeral 57 y 58.

69 Bergamaschine, Mata Diz, J., *Mercosur: origen, fundamentos, normas y perspectivas*, Jurua, Curitiba, 2007, pág. 36 y 37.

Bajo esta perspectiva, la opción de foro, aún con una escasa utilización, carente por ello de efectos negativos directos, no obstante, termina afectando, con su sola existencia, la credibilidad de las instituciones del MERCOSUR, en un aspecto tan sensible como la solución de controversias. Que los Estados Partes, aún en hipótesis, quieran dirimir sus diferencias fuera del ámbito natural en el que están estrechamente relacionados, socava la confianza en cuanto a la seriedad del proceso de integración regional. Esta cláusula se erige como un elemento simbólico de carácter negativo, que envía señales equívocas a los operadores internos y externos de la región⁷⁰.

El sistema de solución de controversias del MERCOSUR irá incrementando su prestigio cuando pueda hilvanar un conjunto coherente de decisiones, que sienten las bases de un sólido edificio jurisprudencial, no sólo destinado a la resolución de conflictos sino destinado a la elaboración de principios que contribuyan a apuntalar la integración regional⁷¹. Algunas de estas ideas, al parecer, motivaron a los redactores del PO al dotarle al tribunal el carácter de “permanente”⁷². Tal como lo advierte S. Czar de Zalduendo, *“El problema de la uniformidad en la interpretación del derecho es una cuestión que enfrenta todo sistema jurídico y que está vinculada a la consistencia del ordenamiento legal y a las situaciones que se plantean cuando hay interpretaciones divergentes. En consecuencia, las inquietudes que genera el hecho de que un mismo texto legal pueda ser objeto de elucidaciones distintas, se presentan tanto dentro de una misma jurisdicción como entre varias circunscripciones indepen-*

70 En relación con lo aquí afirmado, se ha dicho que “...el método más adecuado para brindar seguridad jurídica a los Estados partes y a los operadores de la zona o extrazona que actúen en el mercado regional es el método judicial”. Moya Domínguez, M.T., *Derecho de la integración*, Ediar, Bs.As., 2006, pág. 417.

71 La experiencia europea muestra el servicio que un tribunal dotado de amplias facultades le puede brindar a la integración regional. Con relación al TJCE, se ha dicho que “...no es un simple órgano judicial [...] sino que se presenta como un auténtico poder judicial comunitario”. Isaac, G., *Manual de derecho comunitario general*, Ariel, Barcelona, 1997, pág. 263. Aún más, “A lo largo de la historia de las comunidades, el tribunal de Justicia ha contribuido decisivamente a la actual conformación del Derecho comunitario y es opinión unánime en la doctrina el reconocimiento del papel decisivo que ha jugado en la construcción de Europa”. Molina del Pozo, C.F., *Manual de derecho de la Comunidad Europea*, Trivium, Madrid, 1997, pág. 270.

72 Se ha señalado que “Aparentemente, este mecanismo creado basado en la constitución de un tribunal que se le llama permanente de revisión, es lograr una uniformidad de interpretación de la normativa MERCOSUR. No obstante, si tomamos en cuenta que hasta ahora los nueve fallos o laudos arbitrales han recaído en conflictos entre dos Estados, todo hace suponer que en el futuro la mayoría de los conflictos serán resueltos, en caso de que se acuda al tribunal de revisión, por estos tribunales reducidos de tres miembros. Ahora bien, aunque sea una hipótesis que puede ser desvirtuada, la constitución de sucesivos tribunales de tres árbitros, aún dentro de un tribunal de cinco miembros, no puede conducir a interpretaciones también contradictorias porque no siempre van a intervenir los mismos árbitros? Lo señalo como una posibilidad que se abre”. Rey Caro, E.J., “El Protocolo de Olivos para la Solución de las Controversias en el MERCOSUR”, en VIII Seminario Jurídico: “La dimensión jurídica de la integración”, 2 y 3 de octubre de 2003, pág. 82; disponible en: www.aladi.org; fecha de captura: 23/10/2012.

dientes”⁷³.

Con todo, la prohibición que emerge de la opción de foro, no deja al ordenamiento del MERCOSUR a salvo de interpretaciones contradictorias ni de los peligros del “forum shopping”. A modo de ejemplo, señalamos que nada impide que un Estado Parte del MERCOSUR pueda recurrir al sistema de la OMC, presentando allí un caso análogo a otro previamente resuelto en el ámbito del PO y que no lo haya tenido como parte. En esta línea de razonamiento, ninguna norma del PO podría evitar que dos Estados Partes, “A” y “B”, en relación a un mismo tema controvertido con “C”, planten sus demandas, uno ante la OMC y el otro ante el PO. Y si de agregar hipótesis de trata, tampoco podría evitarse que “A”, “B” y “C” planteen sus controversias contra “D”, en relación a un tema idéntico, ante tres foros distintos. Es fácil seguir imaginado otras combinaciones posibles de demandantes, en forma individual o colectiva, llevando los conflictos del MERCOSUR a cuanto foro esté habilitado, obteniéndose un conjunto de decisiones que pueden arribar a distintas soluciones.

Entonces, la posibilidad de decisiones encontradas sigue latente, pese a la opción de foro. Y si además se tiene presente que el sistema de la OMC no se encuentra obligado a resolver sus controversias conforme a la normativa ni los principios de MERCOSUR o cualquier otro proceso de integración o Estado miembro. En opinión de A. Dreyzin de Klor, *“En caso de que los miembros de un esquema de integración (vgcia. Mercosur) decidan llevar la disputa a la OMC en vez de resolverla de acuerdo al sistema de solución de controversias del esquema, el Grupo Especial y el órgano de Apelación sólo se pronunciarán sobre la legalidad o no de una medida respecto a las disciplinas multilaterales (“acuerdos abarcados”) y no sobre la legalidad o no de la misma respecto a las disciplinas vigentes en el propio sistema de integración”*⁷⁴.

No se consigue ninguno de los objetivos arriba apuntados fomentando el acceso de los Estados Partes a una eventual multiplicidad de foros que nada tienen que ver con las particularidades de un proceso como el MERCOSUR. Por caso, los objetivos de la OMC -junto con su peculiar naturaleza-⁷⁵, y por más prestigio que pueda exhibir su sistema

73 Czar de Zalduendo, S., *“El Protocolo de Olivos y la interpretación uniforme de la normativa MERCOSUR”*, en *Solución de Controversias no Mercosul*, op.cit., pág. 243.

74 Dreyzin de Klor, A., *“El Protocolo de Olivos”*, en *“Revista del Derecho Privado y Comunitario”*, Rubinzal-Culzoni, 2003, N° 1, pág. 588.

75 Es importante tener presente que en las negociaciones de la OMC, se aplica el principio *“quid pro quo”*, casi coincidente con el principio de *“reciprocidad”*, respecto del viejo GATT, ya se decía que *“Su finalidad está en la reducción de las tarifas aduaneras y en estimular los intereses comerciales sobre la base de la reciprocidad”*. Fuentes Pérez, P., *Las instituciones supranacionales*, AKAL, Madrid, 1989, pág.15. Estos principios no resultan para nada adecuados en el

de solución de diferencias, distan largamente de aquellos que son procurados en nuestra región, por lo que sus decisiones poco aportarán al avance o profundización del MERCOSUR.

7. Algunas reflexiones

Pese a la desafortunada inclusión de la opción de foro en el sistema de solución de controversias del MERCOSUR, de todas maneras, quizás este instrumento no sea el defecto más notorio del PO. Resulta, hasta si se quiere, imperceptible, al menos si se lo compara con otros defectos e inconsecuencias de la integración regional. Si bien el Tribunal Permanente de Revisión ha significado un avance respecto del sistema puramente arbitral contenido en el Protocolo de Brasilia, aún dista en demasía de un sistema destinado a coadyuvar en la construcción del mercado común, o al menos apuntalar las bases de una unión aduanera.

Es por ello que acompañamos las múltiples opiniones de la doctrina regional, la que brega por un Tribunal permanente, con características jurisdiccionales, dotado de mayores atribuciones y capacidades, en condiciones de acompañar de modo más efectivo a la integración regional⁷⁶. En un esquema jurisdiccional de tales características, la opción de foro sería un elemento extraño, sin un sentido práctico, sin provecho alguno.

De todas formas, la opción de foro no resulta más que una metáfora del estado actual del MERCOSUR, con marcadas inconsecuencias y contradicciones, no sólo en cuanto a su sistema de solución de controversias.

marco de un proyecto con los objetivos declarados por el MERCOSUR. Como dice C. Pizzolo, *“De los dos tipos de integración que conocemos, la fórmula de la reciprocidad es propia de tipo de cooperación y asociación regida por el derecho internacional, donde no ha operado transferencia de ninguno de los atributos de soberanía y las relaciones se guían por la confianza más que por cualquier otra cosa. En la integración de tipo comunitaria, por el contrario, la fórmula de reciprocidad pierde relevancia pues el derecho comunitario que nace de ella es un derecho autónomo que se beneficia de las atribuciones de soberanas cedidas por los Estados miembros”*. Pizzolo, C., *Pensar ...*, op.cit., pág. 175 y 176.

⁷⁶ En un excelente trabajo realizado por el Dr. R. Ruiz Díaz Labrano, se lee, entre otras cosas, lo que sigue: *“La reforma del Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR podría producirse dotando al Tribunal Permanente de Revisión de competencias que pudieran ser ejercidas más ágilmente y con mayor independencia funcional [...] un Tribunal del MERCOSUR, con competencias y atribuciones más cercanas a un órgano jurisdiccional [...] un órgano de justicia con mayores competencias, si en verdad se apunta a consolidar una Unión Aduanera como paso previo a establecer un Mercado Común [...] Lo mismo cabe decir del examen y modificación de la reglamentación, debería estar direccionada a una mayor independencia del tribunal permanente de Revisión respecto de los demás órganos, a fin de encaminar al órgano hacia un sistema jurisdiccional comunitario, acompañando la evolución y los objetivos trazados en el MERCOSUR”*. Ruiz Díaz Labrano, R., *“Evolución institucional del MERCOSUR. Un tribunal permanente arbitral o jurisdiccional para el MERCOSUR”*, en Molina del Pozo, op.cit., pág. 354, 355, 357 y 360.

Los verdaderos inconvenientes de la integración regional se ubican en otro plano.

El discurso en pro de la integración Latinoamericana se cuela en todos los ambientes políticos de esta hora. Sin embargo, el problema de la integración regional no son los discursos, sino las prácticas. Entendemos que el discurso político no logra sortear la barrera de las buenas intenciones para devenir en operatividad, en cambio concreto, en acción transformadora de la realidad.

Podría argumentarse que el actual contexto internacional reclama prudencia, lo que obliga a los Estados a refugiarse en sus políticas internas. Un razonamiento semejante no resulta descabellado; pero entendemos que la crisis consignada puede servir como una excelente excusa para profundizar los mecanismos “defensivos” que brindan los procesos de integración regional, obteniéndose soluciones comunitarias antes que individuales.

De ser así, la integración regional reclama la puesta en acto de un conjunto de técnicas que le den forma a los designios políticos.

En consecuencia, se necesita, entre otras cosas, más allá de las buenas intenciones. Se precisa de una estructura institucional dotada de poderes reales para llevar a cabo su cometido. Un órgano jurisdiccional permanente, dotado de competencias exclusivas, podría ser un buen inicio.

Es imprescindible introducir modificaciones en el sistema de toma de decisiones⁷⁷.

Se necesita del desarrollo y expansión de disciplinas técnicas, económicas, comerciales y jurídicas que apunte a la construcción del mercado común. No es una buena señal la generalización de las perforaciones al arancel externo común, lo que hiere de muerte a la unión aduanera.

⁷⁷ Como se ha dicho, “*La realidad de los hechos muestra que sólo un escaso porcentaje de las normas emanadas de los órganos del Mercosur son incorporadas a los ordenamientos jurídicos de los Estados Parte. Los mecanismos existentes a esos efectos operan en general de manera lenta y a veces enfrentan barreras difíciles de salvar*”. Fresno de Aguirre, C., “*Un importante avance en la democratización del proceso decisorio en el MERCOSUR: el acuerdo interinstitucional Consejo Mercado Común – Comisión Parlamentaria Conjunta*”, en: www.opalc.org/, fecha de captura, 22/10/2012. En algunos documentos se habla de un porcentaje de incorporación del 30%. Ver: Seminario “*Las normas de derecho originario y derivado del MERCOSUR. Su incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes*”. Secretaría Administrativa del MERCOSUR (SAM), Montevideo, República Oriental del Uruguay, 26 y 27 de septiembre de 2002, págs. 6 y 7; en: www.cari.org.ar, fecha de captura: 22/10/2012.

Se requiere de una burocracia (en el buen sentido) especializada y bajo el tutelaje de la política, para llevar a cabo la “letra chica” de la integración.

Se necesita de recursos concretos -y en mayor volumen- aportado por quienes más tienen, en una suerte de redistribución de la riqueza a escala regional.

Es necesario un reexamen de las políticas impulsadas con Paraguay. En sus últimas sesiones, el Senado de ese país aplazó indefinidamente el ingreso a la UNASUR del país guaraní. Este no es un dato positivo, teniendo en cuenta su anterior rechazo al ingreso de Venezuela como miembro pleno del MERCOSUR.

Se necesita, al menos, no retroceder en lo ya andado.

En el caso del MERCOSUR, si este habrá de mantener el objetivo de constituir un mercado común o al menos una unión aduanera, sus integrantes no tendrán más remedio que desprenderse de algunas atribuciones, y entregarlas a algún organismo regional. Sin normas de aplicabilidad inmediata y efecto directo, y sin órganos autónomos e independientes, el MERCOSUR deberá sincerarse y pensar en otras finalidades, más modestas, como una zona de libre comercio, aun cuando este esquema no pueda considerarse “técnicamente” como una parte integración económica, como se dijo más arriba. O bien “congelar” el proceso, como sugieren algunos⁷⁸. Lo que no puede hacer es seguir manteniendo las ya antiguas expectativas y no actuar en consecuencia.

Como afirma R.Ruiz Díaz Labrano, “...no hay manera de constituir el mercado común sin alguna forma atenuada de supranacionalidad; en las presentes circunstancias, se podrá llegar a una unión aduanera, pero no más allá”⁷⁹.

⁷⁸ “...existe una solución alternativa a las planteadas que al menos restablece la credibilidad, rentabiliza los recursos humanos y materiales dedicados a la gestión del MERCOSUR y, lo que es más importante, frena radicalmente el agravamiento de la actual situación. Se trata de decidir de manera explícita, transparente y honesta hibernar al MERCOSUR en tanto que proceso de integración a la espera de tiempos mejores. No se trata de destruir el acervo (el *acquis*) del MERCOSUR en la medida en que éste existe. Se trata más bien de ‘congelarlo’, de dejar de hablar de su relanzamiento y aceptar modestamente que, al menos de omento, no se puede ir más allá... Mejor es, pues, congelar el proceso mientras aún queda dentro de él algún dinamismo y esperanza de revitalización”. Torrent, R., “Una aproximación a la anatomía del MERCOSUR real”, en Berlinski, J. - Pires de Souza, F.E. - Chudnovsky, D. - López, A., (Coordinadores), *15 años de MERCOSUR: comercio, macroeconomía e inversiones extranjeras*, Red de Investigaciones económicas del MERCOSUR, Montevideo, 2006, pág. 71 y 72.

⁷⁹ Expresiones del Dr.R.Ruiz Diaz Labrano, emitidas en el marco del XIII Cursos Intensivos de Posgrado, “Estado, integración regional y políticas públicas”, Facultad de Derecho de la UBA, Bs.As, clase del 11/07/2012.

En la actualidad se habla mucho de la revolución bolivariana; se habla, así, de Bolívar, de San Martín, a los que se podría agregar sin dificultad al Mariscal López, a Getulio Vargas, a José Artigas, a O'Higgins, a Perón. Todos ellos defensores de una Latinoamérica unida y solidaria. Eran todos hombres de acción. Eran revolucionarios, que combinaban los altos ideales que los movilizaban sus grandes gestas, con las necesidades impuestas por la realidad.

El MERCOSUR de hoy tiene que recuperar ese espíritu, dando paso a una revolución, pacífica y con armas políticas y jurídicas, que combine en su justa medida, el idealismo de la unidad latinoamericana con la realidad de la política y los intereses de coyuntura. Tal revolución, en gran medida, debe darse en el plano jurídico-institucional.

Adaptando el viejo dicho, decimos que: "El MERCOSUR será revolucionario o no será nada".

DELITOS E INFRACCIONES ADUANERAS EN EL CAM: AUSENCIAS DE FONDO Y FORMA

DELITOS E INFRACÇÕES ADUANEIRAS NO CAM: AUSÊNCIAS DE FUNDO E FORMA

Santiago Deluca¹

Resumen: Desde el comienzo de la experiencia integracionista, los Estados Parte del Mercosur desplegaron todo su potencial negociador para intentar alcanzar las metas del Tratado de Asunción. La construcción y consolidación de un mercado común.

El cumplimiento de este objetivo obligó al diseño de un esquema basado en la desgravación arancelaria, eliminación de obstáculos arancelarios y no arancelarios al comercio intra zona, coordinación de políticas económicas, determinación de un arancel externo común y la aprobación de un cuerpo normativo capaz de regir la actividad comercial del bloque: el Código Aduanero del Mercosur.

Luego del fracaso para aprobar el texto acordado en 1998, el 2 de agosto de 2010, se obtuvo el consenso requerido para aprobar el tan ansiado Código. Muchas fueron las cuestiones legisladas en él, desde la definición de términos e institutos hasta la determinación de nuevas reglas de origen.

Pero, sin lugar a dudas, la ausencia de normas relativas a infracciones y delitos aduaneros se presenta como uno de sus puntos más flacos, habida cuenta que este vacío lleva a suponer que se trata sólo de un mero reglamento de comercio exterior, a la par plantear dudas ante el disímil tratamiento de la cuestión en cada Estado Parte.

En este trabajo se hará una rápida evaluación del Código Aduanero del Mercosur, destacándose las implicancias de la omisión de regulación en materia infraccional y el rol que consecuentemente deberá asumir el Tribunal Permanente de Revisión, con el objeto efectuar conclusiones y sugerencias de cambio.

Resumo: Desde o início da experiência de integração, os Estados Partes do Mercosul implantaram todo seu potencial negociador para tentar alcançar os objetivos do Tratado de Assunção. A construção e

¹ Doctor en Derecho. Profesor Adjunto Interino de Derecho de la Integración, Facultad de Derecho, UBA. Especializado en Relaciones Internacionales, en Derecho de la Competencia Europeo y Español y, en Administración y Gestión de Instituciones Públicas. Ex Secretario del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

consolidação de um mercado comum.

O cumprimento desta meta obrigou à elaboração de um esquema baseado em reduções de tarifas, eliminação de barreiras tarifárias e não-tarifárias ao comércio dentro da região, a coordenação da política econômica, a determinação de uma tarifa externa comum e a adoção de um corpo legislativo capaz de governar a atividade de comércio do bloco: o Código Aduaneiro do Mercosul.

Após o fracasso de aprovar o texto acordado em 1998, em 2 de Agosto de 2010, foi obtido o consenso necessário para aprovar o Código aguardado. Muitas foram as questões que legislou, desde a definição de termos e institutos até determinar novas regras de origem.

Mas, sem dúvida, a ausência de regras em matéria de infrações aduaneyras e crimes é apresentado como um dos seus pontos fracos, uma vez que esta lacuna leva à suposição de que é apenas um regulamento simples do comércio exterior no par levantar dúvidas sobre o tratamento diferenciado da questão em cada Estado Parte.

Este trabalho irá fazer uma avaliação rápida do Código Aduaneiro do Mercosul, destacando as implicações da falha de regulação em infração e o papel que conseqüentemente deverá assumir o Tribunal Permanente de Revisión, a fim de tirar conclusões e sugestões troca.

Palabras clave: *Código Aduanero, Norma de remisión, Delitos aduaneros, Infracciones aduaneras, Finalidad de la pena, Protocolo de San Luis, MERCOSUR*

Palavras-chave: *Código Aduaneiro, Norma de remissão, Delitos aduaneyros, Infrações aduaneyras, Finalidade da pena, Protocolo de San Luis, MERCOSUL*

Introducción²

A 2 años de la XXXIX Reunión Ordinaria del Consejo Mercado Común, en la que se aprobó el Código Aduanero del Mercosur por los ministros de relaciones exteriores de los Estados Parte, mucho se ha dicho sobre su importancia y el impulso político comercial que implicó para el bloque.

Se debatió largamente si el tipo de normativa escogida para reglamentar una materia de tamaño importancia para todo esquema de inte-

² La temática desarrollada y analizada en el presente trabajo fue expuesta en las X Jornadas Rioplatenses del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, Argentina (mayo de 2012).

gración que pretenda acercarse a la construcción de un mercado común fue la apropiada -una decisión-, tanto como si la regulación de ciertas cuestiones sensibles para el correcto desenvolvimiento de las políticas de los Estados habían sido correctas -libertad para establecer tributos a las exportaciones-.

Sin embargo, poco y nada se ha dicho en cuanto a la ausencia de normas expresas o apartado alguno que regule los delitos e infracciones aduaneras.

En este sentido, el objeto de este trabajo, que pretende simplemente servir de disparador para la discusión, se orienta a la determinación de la existencia de cláusulas de remisión a las legislaciones internas de los Estados Parte del Mercosur en materia de delitos e infracciones aduaneras comunes y, en su caso, si éstas revisten entidad suficiente para satisfacer las necesidades del propio proceso de integración.

Finalmente, tomando como piedra angular de lo que podría denominar el inicio de un pseudo-derecho procesal penal -o asistencial en materia penal- del Mercosur al Protocolo de San Luis sobre Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, aportaré algunas propuestas donde -sin lugar a dudas- habrá de considerarse al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur como un actor de vital importancia.

1. El Código Aduanero del Mercosur

Se ha dicho que el principal objetivo de toda legislación aduanera que pretende favorecer la integración es la eliminación de los diferenciales de costo entre los diferentes países. Pero no basta con la unificación de los aranceles, sino también de los procedimientos, métodos y operativas que pueden hacer las veces de aranceles encubiertos³.

Es en este contexto que luego de arduas y prolongadas negociaciones, el 2 de agosto de 2010 los cancilleres de los Estados Parte del Mercosur aprobaron mediante CMC/Dec. N°27/10 el Código Aduanero del Mercosur.

A grandes rasgos, esta norma de innegable trascendencia para la consolidación definitiva del proceso de integración, demarca un territorio aduanero único, permite la aplicación de una legislación aduanera común, brinda seguridad jurídica y transparencia a los operadores de la región, unifica el tratamiento otorgado a la mercadería y optimiza los

³ BARREIRA, Enrique "Código Aduanero del MERCOSUR: dificultades hacia la norma marco" en www.mercosurabc.com.ar - 9/9/2010.

procedimientos que deben llevar a cabo los servicios aduaneros.

El Código fue concebido como una norma “marco”, técnica que permitió concluir una tarea difícil si se tienen en cuenta las diferencias en materia de legislación, conceptos, intereses, y necesidades de los socios. Por tanto, se ha destacado que el proceso de integración aduanero en el Mercosur es de naturaleza “evolutiva” partiendo de lo más simple a lo más complejo.

Así, en esta etapa se aprobó una norma que unifica los conceptos y establece los institutos jurídicos fundamentales en materia aduanera, para luego avanzar en dos frentes simultáneos y paralelos: a) por la vía reglamentaria en aquellos aspectos procedimentales y operativos, y b) por la vía complementaria en aquellos aspectos no armonizados en la norma base, ya sea por haber sido voluntariamente excluidos o bien, por tratarse de nuevos institutos que pudieren surgir con el desarrollo del comercio internacional global⁴.

Finalmente, en cuanto al objetivo y alcance de este trabajo, es del caso señalar que el Código se basa en el principio de la “*supletoriedad*”, técnica que permite llenar vacíos o lagunas legislativas recurriendo a normativa propia de los Estados Parte sin necesidad de elaboración de reglamentaciones pormenorizadas en el ámbito mercosureño. Y aquí una primera nota, se ha extendido el uso de esta herramienta hasta límites poco recomendables, como la tipificación y procedimientos en materia de delitos e infracciones aduaneras, desaprovechándose la oportunidad de iniciar un proceso –*evolutivo*– encaminado a lograr por primera vez la armonización legislativa en materia penal⁵.

2. Función del derecho penal y sentido de la pena con relación a los procesos de integración regional

Sin entrar en la polémica que gira en torno a este tema, puede decirse que la función del derecho penal descansa en la protección subsidiaria de bienes jurídicos o principio de la *última ratio*⁶. Es decir, no todos los bienes jurídicos merecen la protección penal, sino sólo aquellos que son fundamentales para el desarrollo de la vida en sociedad y

4 SACERDOTE, Adriana; GOLDSZTEIN, Fabiana; CONDE, Tristán; JUÁREZ, Héctor “El Código Aduanero del MERCOSUR (CAM) - Desde la óptica de sus redactores nacionales” en *Aduananews* de 1/10/10.

5 Si se toma el trabajo de contabilizar este tipo de delegación o aplicación supletoria de la norma interna de los Estados podrá advertirse con rapidez el exceso de su uso, ya que son más de 140 normas en la que se procede de dicha manera.

6 Cfr. JÄGER, Christian *Problemas fundamentales de derecho penal y procesal penal*, Fabián Di Plácido Editor (2003). pp. 25/26.

por esa razón deben ser protegidos a través de las penas públicas con que cuenta el Estado⁷.

Así, el derecho penal e infraccional aduanero se presenta como una verdadera expresión de nuevas y complejas modalidades de delitos que atienden al interés de la comunidad en preservar el correcto desarrollo de las relaciones económico-comerciales entre los países, reflejo inevitable de la globalización y de los avances de las relaciones humanas, los Estados contemporáneos y organizaciones internacionales de las más diversas índoles.

Por su parte, el fundamento último y genuino de la sanción penal se ve determinado por las exigencias político criminales de prevención que la norma penal ha de cumplir. Y es por ello que resulta preciso dar acceso en el sistema penal al valor de las exigencias preventivas generales y preventivas especiales, configuradas por postulados de la Política Criminal⁸.

En consecuencia, el Estado⁹, como gestor de esta protección, debe promover todos los medios a su alcance para cumplir con esta promesa de castigo ante la afectación de bienes jurídicos primordiales.

Ese rol cobra singular interés cuando se hace referencia a procesos de integración como el del Mercosur, cuyo ordenamiento jurídico debe comprenderse como un todo independiente que se diferencia de los ordenamientos jurídicos de los Estados parte. Y ello se explica en cuanto que el derecho surgido de estas fuentes es propio de cada Estado Parte, tanto como el nacional, y corona la jerarquía de sus textos normativos. Esta autonomía constituye el fundamento del ordenamiento jurídico común, preservando su especificidad ante las posibles injerencias de los derechos nacionales¹⁰.

⁷ Cfr. BACIGALUPO, Enrique *Derecho Penal parte general*, Editorial Hamurabi, (1987), pp. 32/34.

Asimismo, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis *Principios de derecho penal: la ley y el delito*, Editorial Abeledo Perrot (1990), 3ra. edición, pp. 40/74.

⁸ Cfr. C.N.C.P. reg. n° 1663.2, "Kominck, Carlos Darío y otro s/recurso de casación", 22/10/97, C.N.C.P., reg. n° 5470.1, "Castro, Miguel Angel s/recurso de casación", 11/11/02.

Se recomienda profundizar en DONNA, Edgardo Alberto *Teoría del delito y de la pena*, Editorial Astrea (1992), pp. 2/32 y BACIGALUPO, Enrique Op. cit., pp. 47/57.

⁹ Aquí, en mayor o menor medida, me permito incluir también a las ya mencionadas organizaciones internacionales: Unión Europea, Mercosur, etc.

¹⁰ Cabe apuntar que, aunque insuficientemente, esta característica ha sido acogida por el ordenamiento jurídico mercosureño por medio del artículo 53 del Protocolo de Ouro Preto, el cual sostiene que "*Quedan derogadas todas las disposiciones del Tratado de Asunción, del 26 de marzo de 1991, que estén en conflicto con los términos del presente Protocolo y con el contenido de las Decisiones aprobadas por el Consejo Mercado Común durante el período de transición...*".

A lo dicho se suma la primacía de ese derecho¹¹, aunque conviene destacar que el “núcleo constitucional” del Mercosur¹² carece de previsiones en lo que se refiere a la relación entre el ordenamiento jurídico común y los derechos nacionales. Por ello debe remitirse a lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención de Viena 1969 sobre el Derecho de los Tratados¹³.

Así, es adecuado recordar que desde que comenzó a forjarse el derecho internacional se lo trató de regular y codificar en diversas ocasiones, para lograr su observancia y aplicación por los tribunales de los países que forman la comunidad internacional¹⁴. Se transitó del dualismo que daba preeminencia a la Constitución y la ley posterior sobre el tratado internacional, al monismo que reconoció la prevalencia de las normas internacionales¹⁵.

Más aún, en países como Argentina se produjeron reformas constitucionales que otorgaron jerarquía constitucional a los tratados e instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, producto de la evolución de ese derecho internacional¹⁶. Tendencia que también se experimentó con respecto al derecho de la integración, entendiéndose que el derecho de la integración debía contar con un sistema que brindara seguridad a los Estados parte y a la propia comunidad¹⁷.

11 Ella configura el principio por el cual las normas surgidas de los procesos de integración -aunque cada uno respetando sus alcances particulares- se ven revestidas de jerarquía superior a las del derecho interno de los Estados partes, prevaleciendo por sobre los ordenamientos internos.

12 Es decir el Tratado de Asunción y los diferentes Protocolos que lo modifican y complementan.

13 Este artículo establece la imposibilidad de invocar el derecho interno de un Estado parte para incumplir un tratado internacional debidamente firmado y ratificado, instaurando la cláusula de “*pacta sunt servanda*”.

Sin perjuicio de ello, *vid.* FLOREAL GONZÁLEZ, Flavio “*MERCOSUR: un orden jurídico debilitado y dispar. La necesidad de un cambio*” en Revista La Ley, Año LXIV n° 61, pp. 2. El autor expresa de manera acertada que el postulado de dicho artículo “...es esencialmente doctrinario correspondiendo a cada Estado, a partir de su poder soberano, determinar la jerarquía de un Tratado en el ordenamiento jurídico interno...”.

14 Sobre la evolución histórica del derecho internacional se recomienda ampliar en DIBUR, José Nicasio; DELUCA, Santiago *El Traslado de Condenados Nacionales a su País de Origen: una forma reciente de cooperación internacional en materia penal*, Editorial La Ley (2005), pp. 13/20.

15 Cfr. TOMASELLO, Andrés “Incorporación de Tratados Internacionales a la Constitución Nacional. Sus efectos”, Revista del CPACF n°22 de febrero de 2003 (La Ley), pp. 11/18.

16 Cfr. PALAZZO, Luis Eugenio “La Reforma Constitucional de 1994, los Convenios Internacionales y las Provincias”, E.D. de 12 de octubre de 2004, p. 8/10.

17 Entre otros, BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo II, Buenos Aires (1998), pp. 419/423; DELUCA, Santiago *Unión Europea y MERCOSUR: los efectos del derecho comunitario sobre las legislaciones nacionales*, Rubinzal-Culzoni Editores (2003), pp. 63/93.

Cabe recordar aquí que el párrafo primero, inciso 24 del artículo 75 de nuestra Carta Magna establece como una de las atribuciones que le competen al Congreso de la Nación la de “Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones

Lo dicho implica que las normas dictadas por los organismos supranacionales o supraestatales, como lo es o intenta ser el Mercosur, poseen supremacía sobre las leyes ordinarias de Argentina. Pero no sucede lo mismo respecto de la Constitución, que tiene supremacía sobre aquéllas¹⁸.

Con lo expuesto hasta aquí queda en evidencia –sin lugar a dudas– la importancia que revisten las normas emanadas de los órganos del Mercosur y, en particular, aquellas encaminadas a legislar¹⁹ en la materia que nos ocupa en este trabajo.

Pero también deviene evidente que, así como la integración implica unidad desde todos los aspectos de gobierno del proceso mismo, en el caso del Código Aduanero del Mercosur con su estilo “macro” y complementación supletoria en aspectos de fondo y forma tan importantes como el delictual o infraccional, se le ha quitado valor relevante al ordenamiento común, sometiéndoselo al humor antojadizo de los Estados y transformándolo en la práctica –más bien– en un simple manual de prácticas o procedimientos de comercio exterior para el bloque.

3. El Protocolo de San Luis sobre Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales como piedra angular de una legislación penal aduanera común

Ya he tenido oportunidad de afirmar que la cooperación internacional en materia penal surge de la necesidad de los Estados de comunicarse, ya sea para procurarse pruebas e información o bien para pedirse y obtener la entrega de individuos ubicados fuera de sus territorios para

supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”.

18 Cfr. DROMI; EKMEKDJIAN; RIVERA *Manual de Derecho Comunitario*, Editorial Ciudad Argentina, 2da. Edición (1996), pp. 163/164. Apuntan respecto de la relación entre la Constitución Argentina y el Derecho Comunitario que “...es un tema que todavía no se ha planteado en la jurisprudencia de nuestros tribunales. Las Constituciones de los otros tres países miembros del MERCOSUR no tienen normas similares a nuestro inc. 24 del art.75.”

Se recomienda profundizar en RIMOLDI de LADMANN, Eve “*La estructura institucional a partir del Protocolo de Ouro Preto*” en *MERCOSUR y Comunidad Europea* – Rimoldi de Ladmann, Eve (Coor.), Co-edición Editorial Ciudad Argentina y Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (1995), pp. 208/209.

19 Si bien el Mercosur no cuenta con un poder legislativo al estilo de los Estados modernos, ni reconoce la clásica división de poderes universalmente incorporada por éstos con posterioridad a Maquiavelo, debe reconocerse que –aún con sus particularidades– el acto de adopción de normas internacionales específicas que penetran las “corazas” normativas de los Estados Parte derivadas de los órganos decisorios del MERCOSUR (Consejo Mercado Común, Grupo Mercado Común y Comisión de Comercio del Mercosur) no hacen otra cosa que legislar en el sentido estricto del término empleado. De ahí que su elección y utilización no sea caprichosa ni falta de sentido.

someterlos a proceso o cumplimiento de una condena. Lo que desde la práctica se traduce en la interrelación de los tribunales de los Estados al aceptar o incitar la actividad jurisdiccional²⁰.

Lo dicho permite distinguir la existencia de elementos normativos dirigidos hacia uno u otro resultado y señalar en el ámbito jurídico del Mercosur al Protocolo de Asistencia Mutua en Asuntos Penales²¹ como la norma jerárquicamente más relevante desde el primer aspecto mencionado. Instrumento éste que se complementa con aquellas otras normas que tienden a la cooperación horizontal en la materia entre los Estados Partes, tales como -entre muchos otros- el Memorándum de Entendimiento para el Intercambio de Información sobre la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros materiales relacionados, el Sistema de Intercambio de Información de Seguridad del Mercosur y los Proyectos de Acuerdos Marco sobre Cooperación en Materia de Seguridad Regional²².

El Protocolo de San Luis, por su extensión como por su receptividad por los Estados Parte, puede considerarse -entonces- como la piedra angular del sistema de cooperación en materia penal en el Mercosur.

En sus considerandos reconoce que la cooperación en materia jurídica contribuye a profundizar la reciprocidad de intereses de los Estados Partes en el proceso de integración y que la respuesta colectiva es necesaria por la grave amenaza manifiesta a través de los criminales transnacionales.

Su objeto se orienta a regular la cooperación en materia de recepción y producción de prueba (documentos, testimonios, peritajes, registros, etc.), los procedimientos para la localización de personas, el traslado de las personas sujetas a proceso penal, las medidas cautelares sobre

20 DIBUR, José Nicasio; DELUCA, Santiago *Extradición: tratados y convenios - Ad Hoc* (2006), pp. 23/25.

21 Dec. CMC n°2/96, vigente desde el 08/01/2000 para Argentina y Paraguay, desde el 28/04/2000 para Brasil y desde el 07/08/2000 para Uruguay.

22 Dec. CMC n°15/04 "Memorándum de Entendimiento para el Intercambio de Información sobre la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros materiales relacionados", Dec.CMC n°36/04 "Sistema de Intercambio de Información de Seguridad del MERCOSUR" y Dec.CMC n°35/04 "Proyectos de Acuerdos Marco sobre Cooperación en Materia de Seguridad Regional".

Asimismo, sobre el estado general de vigencia de las normas Mercosur relacionados a la cooperación internacional en materia penal y seguridad regional, se recomienda la lectura del documento elaborado por la Secretaría del Mercosur -presentado el 24 de octubre de 2006- a solicitud de la Sub Comisión de Asuntos Penales de la Comisión de Mercosur y Derecho de la Integración de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA).

bienes, la emisión y la ejecución de órdenes de captura o citaciones, la incautación, transferencia de bienes decomisados y otras medidas de naturaleza similar, aseguramiento de bienes a efectos del cumplimiento de sentencias judiciales que impongan indemnizaciones multas, etc.²³.

Es decir, abarca una amplia gama de actividades a desarrollarse en el ámbito del estado requerido que de otra forma no sería posible llevar a cabo, ya que se violaría la actividad jurisdiccional por él desplegada. En cuyo caso, de no contarse con esta herramienta, se verificaría una serie de consecuencias negativas en los estados requirentes que obstaculizarían el buen funcionamiento de su aparato judicial.

Por su parte, no obstante la facultad discrecional que se otorga a los estados para solicitar la asistencia en materia penal a otro Estado Parte del Mercosur, prevé que los Estados pueden rechazar la prestación de asistencia si el requerimiento se refiere a un delito militar, tributario o político, si la persona concernida ya fue juzgada por el mismo hecho en el país requerido o si el requerimiento atenta contra el orden público o contra los intereses esenciales del Estado requerido²⁴.

En cuanto al procedimiento a seguir, se establece que una autoridad única en cada uno de los Estados centraliza los requerimientos de asistencia y ésta actúa con base en los pedidos de asistencia de las autoridades judiciales o del Ministerio Público del Estado requirente encargados del juzgamiento o investigación de delitos²⁵.

Dentro de las facultades otorgadas a los estados requeridos, se destaca la vaguedad de los motivos por los cuales éstos pueden rechazar un pedido de asistencia concreto, así como el hecho de que las autoridades pueden postergar el cumplimiento de un pedido si, a su criterio, éste puede constituir un obstáculo a un proceso en curso²⁶.

Cabe apuntar aquí que hubiera sido preferible la instauración de una cooperación judicial horizontal, ya que permitiría a los jueces y fiscales de los Estados Parte comunicarse directamente con las ventajas que ello conlleva. Sin embargo, en el estado actual del proceso de integración ello no se observa como posible, principalmente y sin mencionar otros motivos, por el carácter intergubernamental que presenta el Mercosur.

23 Artículo 2.

24 Artículo 5.

25 Artículos 3 y 4.

26 Artículo 9.

3.1) Regulación expresa vs. norma de remisión

En Derecho penal se conocen como leyes penales en blanco a aquellas normas necesitadas de complemento o aquellos preceptos principales que contienen la pena pero no consignan íntegramente los elementos específicos del supuesto de hecho, puesto que el legislador se remite a otras disposiciones legales del mismo o inferior rango.

En nuestro caso puede sostenerse sin temor a yerros que las cláusulas establecidas por el Código Aduanero del Mercosur se inscriben en estas categorías. Es decir, la supletoriedad no es ni más ni menos que el reconocimiento expreso de la inclusión de normas o cláusulas de remisión en la letra de la norma comentada²⁷.

Tal afirmación se sostiene con la referencia expresa a que *“Las legislaciones aduaneras de cada Estado Parte serán aplicables supletoriamente dentro de sus respectivas jurisdicciones en aquellos aspectos no regulados específicamente por este Código, sus normas reglamentarias y complementarias”*²⁸.

Y se complementa con las previsiones del Capítulo I del Título XIV que establece en forma expresa que *“El incumplimiento de las obligaciones impuestas en este Código será sancionado conforme la legislación de los Estados Partes... Sin perjuicio de las sanciones administrativas, civiles o penales previstas en sus respectivas legislaciones internas, los Estados Partes podrán establecer consecuencias tributarias a los incumplimientos a que se refiere el numeral 1”*²⁹.

Ahora bien, no obstante el cuidado demostrado por el legislador mercosureño por no menoscabar la potestad sancionatoria de los Estados Partes, pero a la par incluyendo estas remisiones a sus legislaciones internas, no puede dejar de advertirse que en las relaciones internacionales, más precisamente en aquellas derivadas del comercio, se producen una cantidad ilimitada de relaciones personales -particular con particular, particular con estado- que con la simple remisión pone en tela de juicio la verdadera eficacia del sistema.

De esta forma, resulta claro que aún cuando los Estados no han querido delegar competencias en materia penal ni procesal penal aduana a órganos comunes del Mercosur, como tampoco establecer una

²⁷ Sobre el particular se recomienda DOVAL PAIS, *Antonio Posibilidad y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Editorial Tirant lo Blanch y Universitat de Valencia (1998), pp.204/207.

²⁸ Artículo 1, inciso 4.

²⁹ Artículo 180, incisos 1 y 2.

nómina de tipos que pudieran –quizá– contradecirse o ampliar largamente los ya previstos en sus legislaciones internas, sumado a que –en su caso– los poderes ejecutivos podrían haberse auto-arrogado competencias legislativas que les están vedadas, la remisión genérica –“*ley penal en blanco*”– que realizan en el Código Aduanero del Mercosur no sólo no es la técnica ideal, sino que genera una situación de inseguridad jurídica de magnitudes tales que en cada caso particular conllevará el análisis de la observancia del principio de legalidad.

Así, ante la falta de armonización legislativa y hasta tanto se genere un espacio de integración “real”, se entiende que hubiera sido preferible la previsión de un capítulo específico relacionado a delitos e infracciones aduaneras, tipificándolos, para luego remitir al procedimiento y cuantía de las penas previstos en las legislaciones internas, utilizándose el Protocolo de San Luis como marco rector de todo procedimiento que de una u otra forma involucre a dos o más Estados Parte³⁰.

4. El protagonismo del Tribunal Permanente de Revisión

Si bien no se ha previsto en forma expresa que el Tribunal Permanente de Revisión se encuentre facultado a manifestarse o intervenir en supuestos relacionados a cuestiones penales, es de hacer notar que la propia letra del Protocolo de Olivos deja abierta esta posibilidad.

Por un lado, porque aunque no se aprecie a primera vista la posibilidad de que un Estado relegue soberanía ante una cuestión de índole penal³¹, nada obsta a que un Estado Parte dé inicio al sistema de solución de controversias invocando normativa especializada en la materia. Recuérdese que el Tribunal entiende en aquellas controversias surgidas entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, sus protocolos y acuerdos adicionales y de las normas emanadas de sus órganos decisorios³².

30 Adviértase que, en el caso concreto de la República Argentina, aún cuando el artículo 99, inciso 1 de la Constitución Nacional veda al Poder Ejecutivo la posibilidad de legislar en materia penal –sea por medio de decreto de necesidad y urgencia o el método del que se trate–, en el caso bajo análisis la negociación que pudiera desplegar por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores para con sus pares de los demás Estados Parte del Mercosur no se vería alcanzada por la mencionada prohibición. Ya que tomando en consideración el proceso de incorporación –internalización– de la norma mercosuriana a las legislaciones nacionales establecido por el POP mediante el sistema de vigencia simultánea, necesariamente para que esta norma entre en vigencia y genere derechos deberá darse intervención al Congreso Nacional para que emita el respectivo acto normativo de aprobación. Lo cual desecharía todo eventual cuestionamiento de inconstitucionalidad que se pretendiera impulsar.

31 Se utiliza aquí el concepto de soberanía y su relación con el territorio y el poder del Estado desarrollado en BARBERIS, Julio A. *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, Buenos Aires 2003, Cap VI y VII.

32 Conforme párrafo primero del artículo 1 del Protocolo de Olivos.

Pero también entiende ante la solicitud de opinión consultiva respecto de cuestiones jurídicas comprendidas en las normas referidas en el párrafo precedente³³. En esos casos se prevén formalismos determinados para los supuestos de opiniones consultivas cursados por los Estados Parte, los órganos decisorios del Mercosur (CMC, GMC, CCM y –recientemente- el Parlamento del Mercosur) y las remitidas por los Superiores Tribunales de Justicia de los Estados Parte³⁴.

En consecuencia, es de esperar grandes expectativas en torno a eventuales pronunciamientos de ese tinte, principalmente en lo que respecta a las solicitudes de los Superiores Tribunales de Justicia. Y ello es así debido a que sólo son viables en el marco de un expediente judicial en trámite, dándose intervención indirecta –pero decisiva- a los particulares involucrados en ese proceso judicial particular³⁵.

Por su parte, tomando en consideración que toda persecución jurisdiccional –administrativa o judicial- en materia de delitos e infracciones aduaneras implica la observancia estricta del principio de legalidad y las garantías constitucionales del debido proceso penal recogido por las cuatro Cartas Magnas de los Estados Parte del Mercosur, resultaría provechoso instituir al Tribunal Permanente de Revisión en órgano de contralor de los procedimientos iniciados bajo el amparo de las normas mercosureñas que se señalaron en el apartado anterior. De esa manera se favorecería la consolidación del sistema con la ampliación de competencias y permitiría pensar al Tribunal como una instancia especializada en la materia para el Cono Sur.

De otorgarse tales potestades el Tribunal pasaría a jugar un papel de vital importancia, funcionando también como una instancia de control de legalidad y, por qué no, de garante del cumplimiento de las

Esta línea argumental ha sido expuesta por el Plenario del TPR en su reciente Laudo N°1/2012, relativo a la presentación excepcional y de urgencia planteada por la República del Paraguay en torno a la suspensión en el ejercicio de sus derechos como Estado Parte del Mercosur y la incorporación definitiva en dicho status a la República Bolivariana de Venezuela.

Asimismo, sobre el sistema de solución de controversias en el Mercosur se recomienda ampliar en DELUCA, Santiago “El procedimiento ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur” en *La Administración de justicia en la Unión Europea y el MERCOSUR* (Coord. Molina del Pozo; Pizzolo) – Eudeba (2011) y “Naturaleza jurídica del sistema de controversias del Mercosur” en *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración en la Unión Europea y en el Mercosur* (Dir. Molina del Pozo) – Eudeba (2011).

33 Véase artículo 3 del Protocolo de Olivos.

34 Las pautas generales de las tres formas de solicitar opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión se encuentran previstas en el Capítulo II del Reglamento del Protocolo de Olivos (Dec.CMC n°37/03).

35 Cfr. DELUCA, Santiago “Acceso a la Justicia en los Procesos de Integración: del paradigma europeo al MERCOSUR”, La Ley Online, noviembre de 2007.

En coincidencia, PEROTTI, Alejandro Daniel *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR*, Cap. V, Marcial Pons, 2007.

“*garantías comunes penales en materia aduanera*” emergentes de dichos procesos.

Conclusiones

- El Código Aduanero del Mercosur no prevé un sistema expreso y ordenado de delitos e infracciones aduaneras;
- Ese vacío normativo fue suplido mediante la incorporación de cláusulas de remisión a los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte, debilitando notoriamente la identidad aduanera común del bloque y transformándolo en la práctica -más bien- en un mero manual de prácticas o procedimientos de comercio exterior común;
- Ante la falta de armonización legislativa y hasta tanto se genere un espacio de integración “real”, hubiera sido preferible la previsión de un capítulo específico relacionado a delitos e infracciones aduaneras, tipificándolos, para luego remitir al procedimiento y cuantía de las penas previstos en las legislaciones internas, utilizándose el Protocolo de San Luis como marco rector de todo procedimiento que de una u otra forma involucre a dos o más Estados Parte.
- En este entramado, el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur en su carácter de controlador del principio de legalidad y legitimidad de las normas comunes del bloque en su estado de vigencia, deberá adoptar un rol activo, controlando eventuales excesos en la aplicación de las normas internas que puedan implicar violación del Tratado de Asunción y normas complementarias, así como emitiendo opiniones consultivas que coadyuven a una correcta y unificada interpretación y aplicación de las normas.

Referencias Bibliográficas

BACIGALUPO Enrique (1987) *Derecho Penal parte general*. s.l: Hamurabi.

BARBERIS Julio A. (2003) *El territorio del Estado y la soberanía territorial*. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Di Palma.

BARREIRA Enrique (2010) “Código Aduanero del MERCOSUR: dificultades hacia la norma marco”. *Mercosusur Abc* [en línea], 9/9/2010. Disponible en: <http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=2571&IdSeccion=2>

BIDART CAMPOS Germán J. (1998), *Manual de la Constitución Reformada, (Tomo II)*. Buenos Aires: Ediar.

DELUCA Santiago (2007) “Acceso a la Justicia en los Procesos de Integración: del paradigma europeo al MERCOSUR”, *La Ley Online*, noviembre 2007.

DELUCA Santiago (2011) “El procedimiento ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur”. En CF Molina del Pozo y C Pizzolo (coord), *La Administración de justicia en la Unión Europea y el MERCOSUR: un análisis para su fortalecimiento*. Buenos Aires: EUDEBA.

DELUCA Santiago (2011), “Naturaleza jurídica del sistema de controversias del Mercosur”. En CF Molina del Pozo (dir). *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración en la Unión Europea y en el Mercosur*. Buenos Aires: EUDEBA.

DELUCA Santiago (2003) *Unión Europea y MERCOSUR: los efectos del derecho comunitario sobre las legislaciones nacionales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

DIBUR José Nicasio y DELUCA Santiago (2005) *El Traslado de Condenados Nacionales a su País de Origen: una forma reciente de cooperación internacional en materia penal*. Buenos Aires: Editorial La Ley.

DIBUR José Nicasio, DELUCA Santiago (2006) *Extradición: tratados y convenios*. Buenos Aires: Ad Hoc.

DONNA Edgardo Alberto (1992) *Teoría del delito y de la pena*, s.l: Astrea.

DOVAL PAIS Antonio (1998) *Posibilidad y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch y Universitat de Valencia.

DROMI Roberto, EKMEKDJIAN Miguel y RIVERA Julio (1996) *Manual de Derecho Comunitario*, 2da. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

FLOREAL GONZÁLEZ Flavio (año) “MERCOSUR: un orden jurídico debilitado y dispar. La necesidad de un cambio”, *Revista La Ley*, Año LXIV, n° 61.

JÄGER Christian (2003) *Problemas fundamentales de derecho penal y procesal penal*. Buenos Aires: Fabián Di Plácido.

JIMÉNEZ DE ASÚA Luis (2003) *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. 3ra ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

PALAZZO Luis Eugenio (2004) “La Reforma Constitucional de 1994, los Convenios Internacionales y las Provincias”. *El Derecho, Diario Constitucional*, 12 de octubre de 2004.

PEROTTI Alejandro Daniel (2007) *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR*. Madrid: Marcial Pons.

RIMOLDI de LADMANN Eve (1995) “*La estructura institucional a partir del Protocolo de Ouro Preto*” en *MERCOSUR y Comunidad Europea*. Buenos Aires: Ciudad Argentina y Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

SACERDOTE Adriana, GOLDSZTEIN Fabiana, CONDE Tristán y JUÁREZ Héctor (2010) “El Código Aduanero del MERCOSUR (CAM) - Desde la óptica de sus redactores nacionales”. En *Aduananews* [en línea]1/10/10.

TOMASELLO Andrés (2003), “Incorporación de Tratados Internacionales a la Constitución Nacional. Sus efectos”. *Revista del CPACF* n°22.

MERCOSUL: DO IDEAL BOLIVARIANO PARA A REALIDADE ATUAL (E QUEM SABE FUTURA?)

MERCOSUR: EL IDEAL BOLIVARIANO PARA LA REALIDAD ACTUAL (¿QUIÉN SABE EL FUTURO?)

Sidney Guerra¹

Resumo: O processo de integração econômica na América Latina antecedeu a própria integração da Comunidade Europeia, concretizadas por meio das ações de Simon Bolívar, um idealista revolucionário que contribuiu de forma decisiva com o processo de independência de vários países latino-americanos no século XIX, promovendo a integração econômica e cultural da América Latina. Nesse sentido, evidencia-se que Simón Bolívar, cujo sonho era recuperar a unidade latino-americana, lutou para realizar o primeiro tratado da união latino-americana, que foi o Tratado de União, que estabelecia a Liga e Confederação Perpétua entre as Repúblicas da Colômbia, Peru, América Central e o México e pela organização da Grã-Colômbia unindo Colômbia, Peru, Venezuela e Equador. Foi eleito presidente da Grã-Colômbia, mas com a destruição de seu ideal de união, renunciou ao poder.

No início do século XX ocorreram tentativas no sentido de formar uma integração dos três países mais expressivos da América do Sul (Argentina, Brasil e Chile), denominando-se essa tentativa de Bloco ABC. A partir de 1985, Brasil e Argentina assumem uma série de compromissos no sentido de viabilizar uma maior cooperação e integração econômica e por intermédio da Ata de Iguazu, se materializa a primeira ação efetiva no alcance desses resultados. Por este instrumento os presidentes Sarney e Alfonsín criam uma Comissão Mista de Alto Nível para a Cooperação e Integração Econômica Bilateral, abrindo a possibilidade de associação do Uruguai.

Em 1990 os Presidentes do Brasil e da Argentina, na Ata de Buenos Aires, resolvem institucionalizar o Mercado Comum e em 26 de março de 1991 é celebrado o Tratado de Assunção, entrando em vigor em 29 de novembro do mesmo ano, com o depósito das ratificações necessárias e fazendo parte desta integração a Argentina, o Brasil, o Paraguai e Uruguai.

¹ Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra e Pós-Doutor pelo Programa de Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor de Direito Internacional Público da Faculdade Nacional de Direito - Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado no Rio de Janeiro. (sidneyguerra@ufjf.br)

Passados mais de vinte anos de criação do Mercosul, evidenciam-se muitos óbices que limitam o processo de aprofundamento da integração regional. Apesar disso não se deve desmerecer os esforços até agora empreendidos para o fomento da integração e deixando à parte as divergências que o tema propicia, é pacificado o entendimento de que, seguindo a tendência da “epidemia global”, é de extrema necessidade estabelecer laços de cooperação e unidade nos dias atuais para alcançar determinados objetivos.

Resumen: *El proceso de integración económica en América Latina antecede a la propia integración de la Comunidad Europea, concretadas por medio de las acciones de Simón Bolívar, un idealista revolucionario que contribuyó en forma decisiva con el proceso de independencia de varios países latinoamericanos en el siglo XIX, promoviendo la integración económica y cultural de América Latina. En ese sentido, es evidente que Simón Bolívar, cuyo sueño era recuperar la unidad latino-americana, luchó para realizar el primer tratado de la unión latinoamericana, que fue el Tratado de Unión, que establecía la Liga y Confederación Perpetua entre las Repúblicas de Colombia, Perú, América Central y México y por la organización de Gran Colombia uniendo Colombia, Perú, Venezuela y Ecuador. Fue electo presidente de Gran Colombia, pero con la destrucción de su ideal de unión, renunció al poder.*

En el inicio del siglo XX ocurrieron tentativas en el sentido de formar una integración de los tres países más “expresivos” de América del Sur (Argentina, Brasil y Chile), denominando esa tentativa de bloque ABC. A partir de 1985, Brasil y Argentina asumen una serie de compromisos en miras de viabilizar una mayor cooperación e integración económica y por intermedio del Acta de Iguazú, se materializa la primera acción efectiva a alcance de esos resultados. Por ese instrumento los presidentes Sarney y Alfonsín crean una Comisión Mixta de Alto Nivel para la Cooperación e Integración Económica Bilateral, abriendo la posibilidad de asociación de Uruguay.

En 1990 los presidentes de Brasil y de Argentina, en el acta de Buenos Aires, resuelven institucionalizar el Mercado Común y el 26 de marzo de 1991 es celebrado el Tratado de Asunción, que entra en vigencia el 29 de noviembre de ese mismo año, con el depósito de las ratificaciones necesarias y haciendo parte de esta integración Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

Pasados más de veinte años de la creación del Mercosur, se evidencian muchos obstáculos que limitan el proceso de profundización de la integración regional. A pesar de eso no se debe desmerecer los esfuerzos hasta ahora emprendidos para el fomento de la integración y dejando aparte las divergencias que el tema propicia, es pacificado el entendimiento de que, siguiendo la tendencia de la “epidemia global”, es de extrema

necesidad establecer lazos de cooperación y unidad en los días actuales para alcanzar determinados objetivos.

Palavras-chave: Mercosul, Integração Regional, Passado e Expectativas Futuras

Palabras clave: Mercosur, Integración Regional, Pasado y Expectativas Futuras

1. Breves antecedentes históricos da integração regional na América Latina

O processo de integração econômica na América Latina antecedeu a própria integração da Comunidade Europeia, concretizadas por meio das ações de Simon Bolívar, um idealista revolucionário que contribuiu de forma decisiva com o processo de independência de vários países latino-americanos no século XIX, promovendo a integração econômica e cultural da América Latina.

Nesse sentido, como já tivemos a oportunidade de assentar² evidencia-se que Simón Bolívar, cujo sonho era recuperar a unidade latino-americana³, lutou para realizar o primeiro tratado da união latino-americana, que foi o Tratado de União, que estabelecia a Liga e Confederação Perpétua entre as Repúblicas da Colômbia, Peru, América Central e o México e pela organização da Grã-Colômbia unindo Colômbia, Peru, Venezuela e Equador. Foi eleito presidente da Grã-Colômbia, mas com a destruição de seu ideal de união, renunciou ao poder.

Já no início do século XX ocorreram tentativas no sentido de formar uma integração dos três países mais expressivos da América do Sul (Argentina, Brasil e Chile), denominando-se essa tentativa de Bloco ABC. Entretanto, essa ideia foi desaconselhada pelo governo norte-americano.

2 ACCIOLY, Elizabeth; GUERRA, Sidney. O direito internacional privado em uma perspectiva comparada: Cooperação judicial no Mercosul e União Europeia. *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

3 Neste sentido afirmou Simón Bolívar: “Es una idea grandiosa pretender formar de todo el nuevo Mundo una sola nación, con un sólo vínculo que una sus partes entre sí y como un todo. Ya que tiene un origen, una lengua, las mismas costumbres y una religión, debería, por consiguiente, tener un sólo gobierno que confederase los diferentes Estados que vengan a formarse”. PILETTI, Néelson. *O Mercosul e a sociedade global*. São Paulo: Ática, 1995, p. 31.

Em 1948, a Organização das Nações Unidas cria a Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), com a possibilidade de ser instituída uma “união aduaneira latino-americana”.

Posteriormente, em 18 de fevereiro de 1960, foi constituída pelo Tratado de Montevideu, a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), cujo objetivo era criar no prazo máximo de 1 ano uma zona de livre comércio entre seus membros (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela). Em 1967, na Declaração de Presidentes da América, se afirma que deverá ser criado, de forma progressiva, um Mercado Comum, no prazo de 15 anos, a partir de 1970.

O processo de integração dos países latino-americanos decorre da necessidade de desenvolvimento econômico. No ano de 1980, a ALALC foi substituída pela Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), não instituindo, entretanto, um prazo para o estabelecimento de um Mercado Comum Latino-Americano. Destaca-se nesse tratado a necessidade de promoção do desenvolvimento econômico, social, harmônico e equilibrado da região, respeitando os princípios do pluralismo, da convergência, da flexibilidade e da possibilidade de tratamento diferenciais. Essa associação não obteve maiores sucessos, por manter as mesmas condições estruturais e técnicas que levaram ao insucesso integrado da América Latina⁴.

A partir de 1985, Brasil e Argentina assumem uma série de compromissos no sentido de viabilizar uma maior cooperação e integração econômica e por intermédio da Ata de Iguazu, se materializa a primeira ação efetiva no alcance desses resultados. Por este instrumento os presidentes Sarney e Alfonsín criam uma Comissão Mista de Alto Nível para a Cooperação e Integração Econômica Bilateral, abrindo a possibilidade de associação do Uruguai.

No ano seguinte, 1986, inicia-se o Programa de Integração e Cooperação Econômica para promover a integração, o comércio e o desenvolvimento entre Brasil e Argentina por intermédio de protocolos setoriais relativos a vários temas, tais como: expansão do comércio, assuntos financeiros, cooperação energética, nuclear e aeronáutica etc.

Em 1990 os Presidentes do Brasil e da Argentina, na Ata de Buenos Aires, resolvem institucionalizar o Mercado Comum, como se vê: “os presidentes do Brasil e Argentina decidem confirmar o mercado

⁴ Vide a propósito GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

comum bilateral até 31 de dezembro de 1994, ou seja, reduzindo pela metade os prazos acordados no Tratado de 1988⁵.

Os dois governos estabelecem uma metodologia apropriada para tal fim (baixar tarifas generalizadas e eliminar barreiras não tarifárias) e criam o grupo Mercado Comum, de caráter binacional. A aceleração no processo de integração bilateral, decidida em julho de 1990, responde à tomada de consciência de que a modernização econômica, bem como a inserção competitiva na economia mundial seria grandemente facilitada nos dois países, por uma complementaridade ampliada entre as duas economias⁶.

Em 26 de março de 1991 é celebrado o Tratado de Assunção, entrando em vigor em 29 de novembro do mesmo ano, com o depósito das ratificações necessárias e fazendo parte desta integração a Argentina, o Brasil, o Paraguai e Uruguai.

2. O Mercosul⁷

A década de 80 foi marcada pelo processo de redemocratização na América do Sul. Argentina, Brasil e Chile tiveram tradições políticas bastante semelhantes: os três já passaram, entre as décadas de 60 e 70, pela experiência de regimes autoritários, onde as legislações *ad hoc* instituídas davam margem para que fossem perpetradas uma série de arbitrariedades. As primeiras eleições após o período ditatorial foram realizadas em 1983 na Argentina, em 1985 no Brasil e no Uruguai e em 1989 no Paraguai.

Assim, com o retorno da democracia no Brasil e na Argentina, na década de 1980, houve um alinhamento de interesses entre esses dois países por meio de uma articulação política que os projetou para a posição de carros-chefes no processo de intercâmbio comercial que viria, mais tarde, a se concretizar com o Mercosul. A velha competitividade entre os Estados cede espaço para a consolidação de uma política alicerçada na confiança e na cooperação.

Nesse sentido, no ano de 1990, é assinada pelo Presidente do

5 Cabe ressaltar que em 1988 o processo de integração Brasil – Argentina adquire novos contornos com o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, prevendo a formação de um espaço econômico comum em dez anos, assim como a eliminação de obstáculos aduaneiros e a gradual liberação do comércio bilateral.

6 ALMEIDA, Paulo Roberto. *O Mercosul no contexto regional e internacional*. São Paulo: Edições Aduaneiras, 1993, p. 63.

7 Para estudo mais detalhado sobre o Mercosul, recomenda-se a leitura do capítulo VIII do livro de GUERRA, Sidney. *Organizações Internacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Brasil Fernando Collor e o presidente argentino Carlos Menem, a Ata de Buenos Aires. Este acordo bilateral previa a criação do Grupo Mercado Comum com o intuito de cumprir os objetivos delimitados na Ata. Fixou-se um prazo de cinco anos para a constituição de um espaço econômico comum. Uruguai e Paraguai aderiram rapidamente temendo o isolamento econômico e a fragilização de suas relações comerciais com a Argentina. Almeida afirma que “os presidentes do Brasil e Argentina decidem confirmar o mercado comum bilateral até 31 de dezembro de 1994, ou seja, reduzindo pela metade os prazos acordados no Tratado de 1988. Os dois governos estabelecem uma metodologia apropriada para tal fim (baixar tarifas generalizadas, eliminação de barreiras não tarifárias) e criam o grupo Mercado Comum, de caráter binacional. A aceleração no processo de integração bilateral, decidida em julho de 1990, responde à tomada de consciência de que a modernização econômica bem como a inserção competitiva na economia mundiais seriam grandemente facilitadas, nos dois países, por uma complementaridade ampliada entre as duas economias”⁸.

Ao contrário do que se costuma pensar, a integração regional do cone sul não foi exclusivamente fruto do processo de redemocratização. Pode-se dizer que esta favoreceu a constituição do Bloco, mas não foi decisiva. A formação do Mercosul tem suas origens nas inúmeras tentativas de se promover a inserção dos países latino-americanos na economia global e na crescente necessidade de o Brasil se afirmar como *global trader*.

Os Estados estavam convencidos de que a ampliação de seus mercados, através da integração, constituiria condição fundamental para acelerar o processo de desenvolvimento econômico com justiça social. Assim, seria satisfeita a necessidade de promover o desenvolvimento científico e tecnológico, de modernizar suas economias para ampliar a oferta e qualidade dos bens de serviços disponíveis e com isso propiciar a melhoria da qualidade de vida de seus habitantes.

Desse modo, o Tratado de Assunção apresenta como fins para o MERCOSUL: a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, por meio, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente; o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados; a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais

8 ALMEIDA; Paulo Roberto, 1993, p.63.

entre os Estados-Partes – de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de outras que se acordem -, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes, e o compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

Impende assinalar que nas relações com terceiros países, os Estados-Partes assegurarão condições equivalentes de comércio. Para tanto aplicarão suas legislações nacionais para incluir importações cujos preços estejam influenciados por subsídios, dumping ou qualquer outra prática desleal. Paralelamente, os Estados coordenarão suas respectivas políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial.

Não se pode olvidar que atualmente o bloco conta também com a participação da Venezuela⁹, tendo em vista a decisão proferida pelo Conselho do Mercado Comum MERCOSUL/CMC/DEC. N° 27/12 que manifestou pelo seu ingresso¹⁰.

⁹ Neste sentido, a Ata da XLI REUNIÃO EXTRAORDINÁRIA DO GRUPO DO MERCADO COMUM - MERCOSUL/GMC EXT/ACTA N° 02/12. Disponível em http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=4540&site=1&channel=secretaria. Acesso em 01/08/12 dispôs: As delegações concordaram em acelerar os trabalhos para a plena integração da Venezuela ao MERCOSUL, observando a necessária flexibilidade para o cumprimento das tarefas. Com esse fim, decidiram convocar a primeira reunião do Grupo de Trabalho *Ad Hoc* criado pela Decisão CMC N° 12/07 para os dias 13 a 15 de agosto, em Montevidéu. O GT *Ad Hoc* deverá reunir-se mensalmente. O trabalho do GT *Ad Hoc* será apoiado por seis subgrupos técnicos: i) incorporação normativa; ii) NCM; iii) TEC; iv) programa de liberalização comercial; v) relacionamento externo; e vi) temas institucionais. O GMC acordou as seguintes metas para os subgrupos de trabalho: a) Incorporação normativa: A fim de subsidiar os trabalhos do subgrupo sobre incorporação de normativa, o GMC instruiu a Secretaria do MERCOSUL a efetuar, em coordenação com as Representações Permanentes dos Estados Partes no pleno exercício de suas capacidades em Montevidéu, levantamento da normativa vigente no Bloco, a ser apresentado até o dia 10 de agosto. A atualização deverá tomar como base o relatório apresentado pelo Grupo de Trabalho criado pelo Artigo 11 do Protocolo de Adesão da Venezuela; b) NCM: No marco dos princípios de rapidez e flexibilidade, serão realizados os melhores esforços para a adoção pela Venezuela da Nomenclatura Comum do MERCOSUL até dezembro de 2012; c) TEC: No marco dos princípios de rapidez e flexibilidade, primeiros resultados em dezembro de 2012; d) Programa de liberalização comercial: No marco dos princípios de rapidez e flexibilidade, primeiros resultados em janeiro de 2013. As delegações da Argentina e da Venezuela acordaram manter uma reunião bilateral antes de 13 de agosto. As delegações do Brasil e da Venezuela acordaram manter uma reunião bilateral no marco da reunião do Grupo de Trabalho. Durante a reunião, será discutida a proposta da Venezuela do mecanismo de fortalecimento produtivo. As delegações do Uruguai e da Venezuela acordaram manter uma reunião bilateral no marco da reunião do Grupo de Trabalho; e) Relacionamento externo: Com vistas a atualizar os resultados do Grupo de Trabalho criado pelo artigo 11 do Protocolo de Adesão, serão intercambiadas informações sobre a agenda externa do MERCOSUL e da Venezuela; f) Temas institucionais: Serão estabelecidos os cursos de ação vinculados à participação da Venezuela nos órgãos do MERCOSUL.

¹⁰ Art. 1° – A partir de 12 de agosto de 2012, a República Bolivariana da Venezuela adquirirá a condição de Estado Parte e participará com todos os direitos e obrigações no MERCOSUL, de acordo com o artigo 2° do Tratado de Assunção e nos termos do Protocolo de Adesão. Art.

3. Estrutura orgânica

O quadro institucional do Mercosul foi posteriormente aperfeiçoado pelo Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, que criou uma estrutura considerada definitiva com os seguintes órgãos: Conselho do Mercado Comum; Grupo Mercado Comum; Comissão de Comércio do Mercosul; Comissão Parlamentar Conjunta; Foro Consultivo Econômico Social; Secretaria Administrativa do Mercosul.

a) Conselho do Mercado Comum

O Conselho do Mercado Comum é o órgão superior do Mercosul ao qual incumbe a condução política do processo de integração e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção e para lograr a constituição final do mercado comum.

São funções do Conselho do Mercado Comum: velar pelo cumprimento do Tratado de Assunção, de seus protocolos e dos acordos firmados em seu âmbito; formular políticas e promover as ações necessárias à conformação do mercado comum; exercer a titularidade da personalidade jurídica do Mercosul; negociar e firmar acordos em nome do Mercosul com terceiros países, grupos de países e organizações internacionais, podendo estas funções ser delegadas ao Grupo Mercado Comum por mandato expresso, nas condições estipuladas no inciso VII do artigo 14; manifestar-se sobre as propostas que lhe sejam levadas pelo Grupo Mercado Comum; criar reuniões de ministros e pronunciar-se sobre os acordos que lhe sejam remetidos por elas; criar os órgãos que estime pertinente, assim como modificá-los ou extingui-los; esclarecer, quando estime necessário, o conteúdo e o alcance de suas decisões; designar o diretor da Secretaria Administrativa do Mercosul; adotar decisões em matéria financeira e orçamentária; homologar o regimento interno do Grupo Mercado Comum.

b) Grupo Mercado Comum

O Grupo Mercado Comum é o órgão executivo do Mercosul, formado por quatro membros titulares e quatro membros suplentes de cada Estado, devendo estar sempre representado por funcionários do

2° - O procedimento previsto no inciso ii) do artigo 40 do Protocolo de Ouro Preto para a vigência de normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL será realizado mediante a incorporação da normativa MERCOSUL pelos Estados Partes no pleno exercício de suas capacidades, nos termos do inciso iii) do referido artigo. Art. 3° - Esta Decisão não necessita ser incorporada ao ordenamento jurídico dos Estados Partes, por regulamentar aspectos da organização ou do funcionamento do MERCOSUL.

Ministério das Relações Exteriores, da Economia e dos bancos centrais. As suas funções e atribuições são as seguintes: velar, nos limites de suas competências, pelo cumprimento do Tratado de Assunção, de seus protocolos e dos acordos firmados em seu âmbito; propor projetos de decisão ao Conselho Mercado Comum; tomar medidas necessárias ao cumprimento das decisões adotadas pelo Conselho do Mercado Comum; fixar programas de trabalho que assegurem avanços para o estabelecimento do mercado comum; criar, modificar ou extinguir órgãos tais como subgrupos de trabalho e reuniões especializadas, para o cumprimento de seus objetivos; manifestar-se sobre as propostas ou recomendações que lhe forem submetidas pelos demais órgãos do Mercosul no âmbito de suas competências; negociar, com a participação de representantes de todos os Estados-partes, por delegação expressa do Conselho do Mercado Comum e dentro dos limites estabelecidos em mandatos específicos concedidos para esse fim, acordos em nome do Mercosul com terceiros países, grupos de países e organismos internacionais (quando autorizado pelo Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum poderá delegar os referidos poderes à Comissão de Comércio do Mercosul); aprovar o orçamento e a prestação de contas anual apresentada pela Secretaria Administrativa do Mercosul; adotar as resoluções em matéria financeira e orçamentária, com base nas orientações emanadas do Conselho do Mercado Comum; submeter ao Conselho do Mercado Comum seu regimento interno; organizar as reuniões do Conselho do Mercado Comum e preparar os relatórios e estudos que este lhe solicitar; eleger o diretor da Secretaria Administrativa do Mercosul; supervisionar as atividades da Secretaria Administrativa do Mercosul e homologar os regimentos internos da Comissão de Comércio e do Foro Consultivo Econômico-Social.

c) Comissão de Comércio do Mercosul

A Comissão de Comércio do Mercosul é o órgão encarregado de assistir o Grupo Mercado Comum e compete a ele velar pela aplicação dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados-partes para o funcionamento da união aduaneira, bem como acompanhar e revisar os temas e matérias relacionados com as políticas comerciais comuns, com o comércio intra-Mercosul e com terceiros países.

As funções e atribuições da Comissão de Comércio do Mercosul estão discriminadas no artigo 19: velar pela aplicação dos instrumentos comuns de política comercial intra-Mercosul e com terceiros países, organismos internacionais e acordos de comércio; considerar e pronunciar-se sobre as solicitações apresentadas pelos Estados

partes com respeito à aplicação e ao cumprimento da tarifa externa comum e dos demais instrumentos de política comercial comum; acompanhar a aplicação dos instrumentos de política comercial comum aos Estados partes; analisar a evolução dos instrumentos de política comercial comum para o funcionamento da união aduaneira e formular propostas a respeito ao Grupo Mercado Comum; tomar as decisões vinculadas à Administração e à aplicação da tarifa externa comum e dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados partes; informar ao Grupo Mercado Comum sobre a evolução e a aplicação dos instrumentos de política comercial comum, sobre o trâmite das solicitações recebidas e sobre as decisões adotadas a respeito delas; propor ao Grupo Mercado Comum novas normas ou modificações das normas existentes referentes à matéria comercial e aduaneira do Mercosul; propor a revisão das alíquotas tarifárias de itens específicos da tarifa externa comum, inclusive para contemplar casos referentes a novas atividades produtivas no âmbito do Mercosul; estabelecer os comitês técnicos necessários ao adequado cumprimento de suas funções, bem como dirigir e supervisionar suas atividades dos mesmos; desempenhar as tarefas vinculadas à política comercial comum que lhe solicite o Grupo Mercado Comum; adotar o regimento interno, que submeterá ao Grupo Mercado Comum para sua homologação.

d) Parlamento do Mercosul

O parlamento do Mercosul substituiu a Comissão Parlamentar Conjunta e se apresenta como órgão responsável por discussões que reflitam o pluralismo e as diversidades da região, contribuindo, por isso mesmo, com a democracia, a representatividade e a participação dos Estados no desenvolvimento do processo de integração e suas normas.

e) Foro Consultivo Econômico Social

O Foro Consultivo Econômico Social é o órgão representativo dos setores econômicos e sociais, tendo cada Estado um número igual de representantes. Sua função é de natureza consultiva.

f) Secretaria Administrativa do Mercosul

A Secretaria Administrativa do Mercosul é um órgão de apoio operacional e responsável pela prestação de serviços aos demais órgãos do Mercosul, cuja sede, de forma permanente, encontra-se na cidade de Montevideú. Suas atividades são: servir como arquivo oficial à documentação do Mercosul; realizar a publicação e a difusão das decisões adotadas no âmbito do Mercosul; organizar os aspectos

logísticos das reuniões do Conselho do Mercado Comum, do Grupo Mercado Comum e da Comissão de Comércio do Mercosul e, dentro de suas possibilidades, dos demais órgãos do Mercosul, quando elas forem realizadas em sua sede permanente (no que se refere às reuniões realizadas fora de sua sede permanente, a secretaria fornecerá apoio ao Estado que sediar o evento); informar regularmente os Estados partes sobre as medidas implementadas por cada país para incorporar em seu ordenamento jurídico as normas emanadas dos órgãos do Mercosul; registrar as listas nacionais dos árbitros e especialistas; desempenhar as tarefas que lhe sejam solicitadas pelo Conselho do Mercado Comum, pelo Grupo Mercado Comum e pela Comissão do Comércio do Mercosul; elaborar seu projeto de orçamento e, uma vez aprovado pelo Grupo Mercado Comum, praticar todos os atos necessários à sua correta execução; apresentar anualmente ao Grupo Mercado Comum a sua prestação de contas, bem como relatório de suas atividades.

4. Solução de controvérsias no Mercosul

O Mercosul dispõe ainda de um sistema autônomo de solução de controvérsias, que foi criado pelo Protocolo de Brasília de 17 de dezembro de 1991. Esse sistema prevê duas modalidades de solução de litígios: as negociações diplomáticas no seio das instituições e o recurso à arbitragem, através de tribunais *ad hoc*. Frise-se, por oportuno, que o Protocolo de Brasília foi revogado pelo Protocolo de Olivos, de 18 de fevereiro de 2002¹¹.

O Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul foi institucionalizado em 18 de fevereiro de 2001 e instalado em 13 de agosto de 2004, cuja sede encontra-se em Assunção no Paraguai. Este

11 Em interessante artigo sobre a matéria ACCIOLY, Elizabeth. Um olhar crítico sobre o Protocolo de Olivos para Solução de Controvérsias do Mercosul. *Temas de integração*. 1º Semestre de 2005, n. 19, Coimbra: Editora Almedina, pp. 47-58: “Curiosa a trajetória do Protocolo de Brasília. Ele foi concebido para vigir durante o período de transição do Mercosul, ou seja, do Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, que instituiu órgãos provisórios e que determinou, no seu anexo III, fosse criado um sistema provisório de solução de conflitos, até o Protocolo de Ouro Preto (POP), de 17 de dezembro de 1994, que trouxe a estrutura definitiva do Mercosul. Entretanto, o POP decide manter o sistema de solução de controvérsias do Mercosul, conforme a redação do art. 44. Assim o Protocolo de Brasília ganhou uma sobrevida que perdurou até 2002, com a chegada do Protocolo de Olivos. Foram ao todo treze anos de existência e de relativo sucesso. Curioso também de se constatar que o Protocolo de Olivos nasceu em caráter provisório. O artigo 51 do Protocolo de Olivos repete o disposto no artigo 44 do Protocolo de Ouro Preto. Assim que se aguarda, para um futuro incerto, o tão esperado Sistema Permanente de Solução de Controvérsias para o Mercosul. Ora bem, a pergunta que então ocorre é a de se saber por que um protocolo vem substituir outro também a título provisório. Qual a urgência em não se poder esperar pelo Sistema Permanente de Solução de Controvérsias? A resposta dada pelos dirigentes deste bloco regional foi a preocupação em se fortalecer a segurança jurídica, nomeadamente com a chegada de um Tribunal Permanente de Revisão.”

Tribunal pode ser considerado como última instância para apreciar o que foi decidido em primeira instância, por meio de arbitragem, em particular questões relativas a controvérsias comerciais entre os Estados partes. Impende assinalar que ele é constituído por cinco árbitros para atuarem nos casos anteriormente indicados, bem como poderão funcionar em atividades de natureza consultiva.

Com efeito, a existência de um mecanismo para solução de controvérsias é imprescindível para assegurar que os conflitos entre Estados ou particulares tenham um deslinde pacífico. No Mercosul a solução de controvérsias é regulamentada pelo Protocolo de Olivos (PO), de 18 de fevereiro de 2002, cuja vigência se iniciou em 1º de janeiro de 2004, conforme assinalado anteriormente. Tal documento revogou o Protocolo de Brasília para Resolução de Controvérsias, de 17 de dezembro de 1991.

O mecanismo de solução de controvérsias contemplado no Protocolo de Olivos ainda padece de limitações. Dentre elas, faz-se pertinente destacar: sua transitoriedade, o seu caráter não judicial, a não-obrigatoriedade, a regra geral de confidencialidade, o efeito *inter partes* da sentença arbitral, obstando a aplicação uniforme do direito do Mercosul, o acesso limitado dos particulares, e, por fim, a dependência da boa-fé dos Estados para que seja cumprido o laudo arbitral.

Ademais, a intergovernabilidade consagrada no Protocolo de Olivos pode ser tida como prejudicial à consolidação de uma instância supranacional para a resolução de controvérsias. Isto porque tal característica condiciona as decisões tomadas no âmbito do Mercosul à vontade política dos governos dos Estados Membros. Desta forma, os tribunais nacionais constituem última instância para a aplicação do direito do Mercosul.

O Protocolo de Brasília já fazia alusão à criação de um Tribunal Permanente até 31 de dezembro de 1994. Diante da impossibilidade de adoção de convergência da tarifa externa comum até aquela data, o projeto de adoção de um Tribunal Permanente foi adiado, sendo novamente previsto no Protocolo de Olivos (PO).

Dentre as inovações trazidas pelo PO, merece destaque a criação do Tribunal Permanente de Revisão (TPR). A grande contribuição deste Tribunal está na pretensão de uniformizar a jurisprudência e atribuí-la um caráter essencialmente comunitário. O PO não inova apenas no tocante à criação desta via recursal. A redação do artigo 23 dispõe que “As partes na controvérsia poderão acordar expressamente submeter-se

diretamente e em única instância ao Tribunal Permanente de Revisão, caso em que este terá as mesmas competências de um tribunal ‘ad hoc’”. Isto leva à conclusão de que além de uma corte revisora, o TPR é também uma corte de primeira e de última instância.

Contudo, a criação do TPR é objeto de muitas críticas. Além de resultar na perda de finalidade da arbitragem, descaracterizando-a, esta via recursal procrastina o cumprimento da decisão, beneficiando o Estado infrator.

Ademais, o fato de o Tribunal não funcionar de maneira permanente, a exemplo do que ocorre na União Europeia, possibilita que seus componentes acumulem outras funções, não se dedicando exclusivamente ao Tribunal.

Outra crítica que comumente se apresentava em relação ao Protocolo de Olivos recaía nos legitimados para solicitar opiniões consultivas ao TPR, mais especificamente com relação aos Tribunais Superiores dos Estados. Nesse sentido, asseveramos em outro estudo¹² que o regulamento do PO determina como órgãos legitimados para tal função o Grupo Mercado Comum, a Comissão de Comércio do Mercosul e os Tribunais Superiores dos Estados Partes e enfatizamos que “note-se que tão somente aos Tribunais Superiores caberá a legitimidade de recorrer ao TPR em caso de dúvidas. Uma nova reflexão: diante da morosidade da justiça dos países sócios, quanto tempo tardaria a se alcançar a última instância? Não se sabe as razões que levaram os redatores do Protocolo a não permitir que os Tribunais dos Estados pudessem também usufruir do mecanismo de cooperação entre o TPR e os Tribunais nacionais.”¹³ Todavia, tal problemática não mais persiste, conforme circular TPR/Nº 119/2012, datada de 16 de abril de 2012, sobre a “Regulamentação das Opiniões Consultivas pelo Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil”. Nesse sentido, o Secretário Geral do Tribunal - Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos - tornou público o novo procedimento, como se vê: “ I AS OPINIÕES CONSULTIVAS. Reconhecendo a importância da harmonização da interpretação da normativa internacional do MERCOSUL, o Protocolo de Olivos consagrou mecanismo hábil a orientar os aplicadores nacionais do direito regional por meio da formulação de solicitações de Opiniões Consultivas ao TPR, as quais, apesar de não vincularem o juiz.

O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL faz editar a Emenda Regimental, aprovada pelos Senhores Membros da

12 ACCILOY; Elizabeth; GUERRA, Sidney, op. cit., p. 557

13 Idem, p. 557

Corte em Sessão Administrativa realizada em 28 de março de 2012, nos termos do art. 361, inciso I, alínea a, do Regimento Interno.

Art. 1o Esta Emenda Regimental institui procedimento para deliberação e encaminhamento de solicitações de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, nos termos do art. I da Decisão no 2/2007 do Conselho do Mercado Comum.

Art. 2o O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal passa a vigorar com o acréscimo dos seguintes dispositivos:

“Art. 7o

VIII — decidir, administrativamente, sobre o encaminhamento de solicitação de opinião consultiva ao Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, mediante prévio e necessário juízo de admissibilidade do pedido e sua pertinência processual a ser relatado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.”

“PARTE II

TÍTULO XIV - DA SOLICITACÃO DE OPINIÃO CONSULTIVA AO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL

Art. 354-H. A solicitação de opinião consultiva deve originar-se necessariamente de processo em curso perante o Poder Judiciário brasileiro e restringe-se exclusivamente a vigência ou interpretação jurídica do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum - CMC, das Resoluções do Grupo Mercado Comum — GMC e das Diretrizes da Comissão de Comércio do MERCOSUL — CCM.

Art. 354-I. Tem legitimidade para requerer o encaminhamento de solicitação de opinião consultiva ao Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, o juiz da causa ou alguma das partes.

Art. 354-J. A solicitação de opinião consultiva indicará: I - a exposição dos fatos e do objeto da solicitação; II- a descrição das razões que motivaram a solicitação; III - a indicação precisa da Normativa MERCOSUL a respeito da qual se realiza a consulta; e IV - a indicação do juízo e da acá em que originada a solicitação;

Parágrafo único. A solicitação deve ser feita por escrito e poderá estar acompanhada das considerações, se as houver, formuladas pelas partes em litígio e pelo Ministério solicitante, podem servir de instrumento importante á manutenção da coerência e da unidade do direito.

A referida inovação trazida pelo Protocolo de Olivos foi incorporada ao seu Capítulo III e os mecanismos de solicitação dessas opiniões foram regulamentados pelo Conselho Mercado Comum por meio do Regulamento do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no MERCOSUL - CMC/DEC N°37/03 - e do Regulamento do Procedimento para a Solicitação de Opiniões Consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados Partes do MERCOSUL - CMC/DEC N°02/07 (disponível em www.tprmercosur.org).

As Opiniões consultivas consistem em um pronunciamento sobre a interpretação ou aplicação do direito do MERCOSUL, no caso concreto, tendente a sua correta e uniforme aplicação. As Opiniões Consultivas não obrigam ou vinculam o solicitante e o PR intervém em pleno e se manifesta em um prazo de 65 dias contados a partir da apresentação da Opinião Consultiva.

A instrumentalização do acesso dos juízes nacionais ao procedimento de Opiniões Consultivas se dá a partir de regulamentações internas. A Argentina teve o procedimento de Opiniões Consultivas regulamentado pela Acordada n° 13/08 CSJN, o Paraguai pela Acordada n° 549 CSJ e o Uruguai pela Circular n° 86/2007 SCJ (todas disponíveis em www.tprmercosur.org)¹⁴.

a) O problema da eleição do foro e as Implicações desta cláusula na “guerra das papeleras”

Outra inovação trazida pelo PO é a eleição de foro. O Protocolo introduziu a possibilidade de livre escolha da esfera judicial para a solução do conflito de interesses. Isto significa que as controvérsias podem ser submetidas a outros foros, como a Organização Mundial do Comércio (OMC). No entanto, esta alteração comporta um inevitável questionamento quando o assunto é a real aptidão dos mecanismos de solução de controvérsias no âmbito do Mercosul.

A eleição de foro conduz a uma descrença no próprio sistema

¹⁴ Disponível em

http://www.tprmercosur.org/pt/docum/otros/Circular_TPR_120_2012_pt.pdf

de resolução de controvérsias instituído pelo Bloco, levando a um quadro de justaposição de meios para a solução desses conflitos. O caso conhecido como “guerra das papeleiras”, envolvendo a Argentina e o Uruguai, ilustra bem esta questão¹⁵.

Apesar de se tratar de dois países inseridos num mesmo processo integracionista, a contenda foi levada a diversos foros, passando pela OEA (solicitação de bons ofícios pelo Uruguai em 22/02/02), pela Corte Internacional de Justiça, e, pelo Tribunal *ad hoc* do Mercosul.

Por muitas vezes o Uruguai tentou solucionar a contenda no âmbito do Mercosul, alegando violação ao artigo 1º do Tratado de Assunção (livre circulação de bens). No entanto, o país deparou-se com a Argentina, não apenas figurando como ré, como também na Presidência *Pro Tempore* do Bloco. À época a Argentina se opôs ao pleito uruguaio, fato também acompanhado pelo Brasil que declarou que a contenda tratava de um problema bilateral, e por isso mesmo escapava da jurisdição do âmbito regional. Desta forma, houve um esvaziamento do Mercosul, foro supostamente natural para o deslinde do conflito, tanto jurídica como politicamente.

15 Neste sentido, interessante o estudo apresentado pelo professor da Universidad Nacional de Rosario - Dr. Marcelo Trucco - que no artigo intitulado “Fallo de las papeleiras: ¿Una decisión salomónica?” apresentou as seguintes considerações iniciais sobre o caso: “Desde la presentación de la demanda inicial como en las distintas etapas del procedimiento, el reclamo argentino ante la Corte de La Haya fue claro y contundente: entiende nuestro país que Uruguay incumplió obligaciones asumidas en el marco del Estatuto del Río Uruguay, tratado bilateral suscripto entre ambos países en febrero de 1975 y que tiene por objetivo, establecer los mecanismos comunes necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento de un río de uso compartido, como es el caso del río Uruguay. Concretamente, sostiene Argentina que Uruguay incumplió la obligación de consulta y comunicaciones establecidas en el artículo 7 al 12 del Estatuto que pesa sobre aquel Estado que proyecte la realización de obras de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del río o la calidad de sus aguas. A criterio de la representación argentina, Uruguay violó estos aspectos esenciales, disponiendo y autorizando unilateralmente la construcción de pasteras en su territorio, pasando por alto las comunicaciones e informaciones hacia la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU) creada por el Estatuto, como las notificaciones debidas al Estado argentino. Como complemento de su pretensión, Argentina solicita a la Corte que verifique dicho incumplimiento y ordene las reparaciones debidas por Uruguay ante la violación del Tratado, como así también retrotraer la situación existente al momento anterior en que se produjo el incumplimiento, disponiendo el desmantelamiento o bien la relocalización de la pastera “Botnia”. Por su parte, Uruguay entiende que la Corte debe desestimar la demanda argentina por considerar que no se han violado ni aspectos procedimentales ni sustanciales, y que por lo tanto la pastera Botnia debe seguir funcionando en su actual localización en la ciudad uruguaya de Fray Bentos, con total normalidad y de acuerdo a las previsiones establecidas en el Estatuto del Río Uruguay. El Tribunal va a organizar sus fundamentos en tres partes: en primer lugar va a determinar si efectivamente Uruguay no cumplió con las obligaciones de forma establecidas por el Estatuto, luego analizará si también el Estado demandado violó obligaciones sustantivas o de fondo, específicamente referidas al control o impacto ambiental de las pasteras sobre el río y el eventual daño ambiental que podría generar, y por último, se centrará a decidir las últimas pretensiones, es decir, si las circunstancias ameritan ordenar un cese de la actividad de las plantas, disponiendo su desmantelamiento o relocalización.”

Em 18 de fevereiro de 2006, o Uruguai deflagrou o mecanismo de solução de controvérsias previsto no PO, sendo convocado Tribunal *ad hoc* para que este se pronunciasse a respeito de uma questão jurídica bastante diversa da analisada pelo Tribunal de Haia, quando a Argentina submeteu o caso à Corte Internacional de Justiça¹⁶. Questionava-se se configuraria violação ao princípio da circulação de bens e fatores produtivos (Tratado de Assunção), a obstrução sistemática empreendida por grupos de cidadãos argentinos, que teve deliberado apoio do Governo Argentino. A Argentina, por sua vez, alegou em sua defesa os direitos de livre expressão do pensamento e de reunião.

O descumprimento do laudo arbitral mercosulino pela Argentina, somado às justas reivindicações uruguaias referentes às assimetrias econômicas existentes entre os membros acentuou a descrença do Uruguai no Bloco. O resultado foi o estreitamento de laços entre o Uruguai e os Estados Unidos: no dia 27 de janeiro de 2007, os países assinaram o Acordo Marco de Comércio e Investimentos (TIFA), que “consiste na determinação dos dois governos de concretizar avanços substanciais nas relações de comércio e investimento” com vistas à “criação de Conselho Bilateral de alto nível (que ficará encarregada de implementar as ações para avançar nesse caminho)” Este acordo não representa em si uma ameaça à união do Mercosul, contudo, seria um passo crucial para a adoção de um Tratado de Livre Comércio, o que

16 TRUCCO, Marcelo conclui sua abordagem com as seguintes considerações: “Decíamos en la introducción que a nuestro criterio, la sentencia comentada avala en gran medida la fuerza con que se imponen los intereses económicos y las grandes inversiones, por sobre los postulados del derecho internacional. El fallo de la Corte es muestra cabal de esa “primacía”. El Tribunal ha intentado por todos los medios de ser prudente y no arriesgarse a avanzar mucho más. Ha intentado dejar “conformes” a ambos países. Ha dado un fallo salomónico. Ha dicho que se violó el Estatuto del Río Uruguay, pero que las formas no interesan tanto si se cumple con el fondo. Ha legalizado la ilegalidad. Ha omitido meterse con la “población afectada” porque ese “no era un asunto de su incumbencia”. Ha desperdiciado una buena oportunidad de salirse de sus “esquemas rígidos y tradicionales”. Ha dejado al pueblo de Gualaguaychú, que ve con gran preocupación que su derecho humano a la salud se encuentra en serio peligro, con más preguntas que respuestas. Desde hace casi 4 años, un grupo de vecinos, asumiendo quizás la representación de muchos otros, tiene cortado un puente internacional, como medio de hacer valer sus legítimos reclamos. Seamos justos, esta situación también implica una vulneración del ordenamiento jurídico. Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias políticas que abre el fallo?. ¿Como solucionará el Estado argentino esta situación que logró mantener en estado latente y sin mayores intervenciones, esperando esta sentencia?. Quizás con razón entienda el gobierno uruguayo que una actitud pasiva de nuestro gobierno no facilite la recomposición de las relaciones, que la sentencia de la Corte, definitiva e inapelable, intenta reestablecer. Nuevamente la situación desafía la capacidad de negociación de ambos países. No olvidemos que de persistir el corte de los pasos internacionales, Uruguay estaría habilitado a demandar a nuestro país por violación del Derecho Internacional. Confiamos en que ambos países han aprendido la lección. Que siempre es mejor actuar a tiempo, que las soluciones son mejores cuando son fruto de negociaciones directas. En definitiva, este fallo de la Corte Internacional de Justicia, nos hizo dar cuenta una vez más, y luego de 4 años de espera, que la solución judicial adoptada pudo haberse acordado desde el terreno de lo político, sin necesidad de haber viajado demasiado lejos.”

colocaria o Uruguai em rota de colisão com os interesses do Bloco.

5. A guisa de conclusão inacabada: e o futuro?

Entende-se que para melhor funcionamento de uma futura “justiça comunitária” no Mercosul, esta deverá ser viabilizada mediante a criação de um Tribunal Supranacional. Por isso é importante que o processo integracionista avance, constituindo-se uma ordem jurídica comum, a exemplo do que ocorre na União Europeia.

No âmbito da União Europeia, as controvérsias que envolvem a aplicação do direito comunitário são resolvidas pelo Tribunal de Justiça Europeu e o Tribunal de Primeira Instância. Há um mecanismo de cooperação pelo qual o juiz nacional pode submeter à questão prejudicial ao Tribunal. Outra característica que chama atenção é o primado atribuído ao Direito Comunitário, qual seja que este prevalece sobre as normas de Direito Interno como se direito federal fosse.

No Mercosul, como assinalado, o sistema de solução de controvérsias ainda é muito restrito, mas antes mesmo de se cogitar a instalação de uma corte supranacional, ainda há um desafio a ser superado, que é a prévia compatibilização entre as legislações e a vontade dos membros em concretizar um verdadeiro direito comunitário.

Com efeito, um dos grandes entraves ao aprofundamento do processo de integração consiste na ausência de coesão sistêmica. Isto significa que sendo a sua estrutura orgânica de caráter intergovernamental, o Mercosul carece de um órgão supranacional que o represente nas negociações, sendo estas realizadas por meio de governo a governo, através do consenso entre seus representantes. Assim, as normas produzidas no âmbito do bloco carecem de eficácia direta e aplicabilidade imediata nos países membros, ficando vinculadas à aferição de compatibilidade com a legislação nacional.

De fato, ainda existem muitos óbices que limitam o processo de aprofundamento da integração regional e muitas das críticas dirigidas ao Mercosul guardam íntima relação com o fato de o Bloco se apresentar como um processo de estrutura intergovernamental, opaco (com imenso acervo de documentos confidenciais) e hermético (pouco permeável à participação da sociedade civil).

Apesar disso não se deve desmerecer os esforços até agora empreendidos para o fomento da integração e deixando à parte as divergências que o tema propicia, é pacificado o entendimento de que,

segundo a tendência da “epidemia global”, é de extrema necessidade estabelecer laços de cooperação e unidade nos dias atuais para alcançar determinados objetivos.

Só assim se poderá concretizar o ideal bolivariano de formar vínculos de solidariedade entre os países, sendo a liberdade e a união a força motriz destes. Esse é o caminho. De toda sorte, quem sabe o que o futuro reservará?

Referências Bibliográficas

ACCIOLY Elizabeth, GUERRA Sidney (2006) *O direito internacional privado em uma perspectiva comparada: Cooperação judicial no Mercosul e União Europeia. Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

ACCIOLY Elizabeth (2005) “Um olhar crítico sobre o Protocolo de Olivos para Solução de Controvérsias do Mercosul”. *Temas de integração*. 1º Semestre de 2005, n. 19, Coimbra: Editora Almedina.

ALMEIDA Paulo Roberto (1993) *O Mercosul no contexto regional e internacional*. São Paulo: Edições Aduaneiras.

GUERRA Sidney (2012) *Curso de direito internacional público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

GUERRA Sidney (2011) *Organizações Internacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

PILETTI Néelson (1995) *O Mercosul e a sociedade global*. São Paulo: Ática.

TRUCCO Marcelo (2010) “Fallo de las papeleras: ¿Una decisión salomónica?” *El derecho*. Disponível em www.elderecho.com.ar. Artigo publicado em 03 de maio de 2010.

Versión online finalizada
en marzo de 2013

