

Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión

Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão

Derecho de la integración, Derecho comunitario y Derecho de la Unión
Direito da integração, Direito comunitário e Direito da União



RSTPR

Año 4 - Nº 8
2016

Asunción
República
del Paraguay

AS FRATURAS DO VELHO CONTINENTE: UMA RADIOGRAFIA DA UNIÃO EUROPEIA

Elizabeth Accioly

EL LARGO CAMINO RECORRIDO DESDE LA DESCENTRALIZACIÓN HASTA EL FEDERALISMO: EL CASO DE LA UNIÓN EUROPEA

Carlos Molina del Pozo

LA SALIDA DE UN ESTADO MIEMBRO EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN. EL REINO UNIDO Y LA UNIÓN EUROPEA

Roberto Ruiz Díaz Labrano

ASPECTOS JURÍDICOS Y PERSPECTIVAS POLÍTICAS DE UNA POSIBLE RETIRADA DE LA UNIÓN EUROPEA POR PARTE DEL REINO UNIDO

Werner Miguel Kühn Baca

EL DERECHO COMUNITARIO: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA PERSPECTIVA KELSENIANA

Brenda Luciana Maffei

O MERCOSUL E AS LINHAS GERAIS DE SEU SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVERSAS

Raphael Carvalho de Vasconcelos

A NECESSIDADE DE INCLUSÃO DE UMA AGENDA PLURAL PARA PROMOVER A PARCERIA ESTADO-SOCIEDADE NA INTEGRAÇÃO ECONÔMICA NO MERCOSUL

Mayra Thais Andrade e Antônio Carlos Ribeiro

A INCORPORAÇÃO DOS LAUDOS ARBITRAIS DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL E O DIREITO BRASILEIRO

Aline Rosado Targino da Nóbrega e Marcelo Mauricio da Silva

MERCOSUL: ANÁLISE DOS CUSTOS E BENEFÍCIOS NO PRIMEIRO QUARTEL DE SÉCULO DA INTEGRAÇÃO

Geziela Iensue

MERCOSUL E SUPRANACIONALIDADE: OS NOVOS RUMOS DO CONCEITO DE SOBERANIA COM O ADVENTO DA GLOBALIZAÇÃO

Bianca Guimarães Silva e Renan dos Santos Pinto

LA AUTONOMÍA DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL

Carolina Lourdes Rodríguez Aguilera

GLOBALIZAÇÃO DO DIREITO E OS TRIBUNAIS: O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO DIÁLOGO ORIENTADO PELA DIFERENÇA

José Alberto Antunes de Miranda e Douglas Cunha Ribeiro

SOLUCIÓN DE CONTROVERSAS INVERSOR-ESTADO EN LOS NUEVOS TRATADOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL: EL CASO DEL ACUERDO DE ASOCIACIÓN TRANSPACÍFICO

Magdalena Bas Vilizzio

ACORDOS DE INVESTIMENTO E A PROTEÇÃO DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL: RELAÇÃO NATURAL, OU CÁSAMENTO DE CONVENIÊNCIA?

REFLEXÕES SOBRE EXPERIÊNCIAS DO MERCOSUL E DO NAFTA

Fabrizio Bertini Pasquot Polido e Lucas Costa dos Anjos

RSTPR

Rev. secr. Trib. perm. revis.

Año 4, N° 8, 2016

ISSN: 2307-5163 (impreso)

ISSN: 2304-7887 (en línea)

Av. Mcal. López 1141 casi Gral. Melgarejo
CP 1532, "Villa Aucinera"
Teléfono: 595 21 221411

Asunción, República del Paraguay

Revista semestral de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión creada para la publicación de artículos académicos que traten temas generales del derecho como regionalismo, integración, organizaciones internacionales y en especial el derecho del MERCOSUR.

Los idiomas de la revista son los idiomas oficiales del MERCOSUR: español y portugués.

Los artículos son inéditos, de rigor científico y se someten al análisis de un consejo técnico, bajo la modalidad *blind review*, es decir, de forma anónima. Los miembros del consejo técnico son profesores, estudiosos e investigadores con notable trayectoria académica y poseen plena libertad para criticar, revisar, aprobar y reprobar los artículos presentados. Su identificación es reservada y se considera la revisión emitida como si fuera de la revista.

En lo que se refiere a la forma, los artículos deben atender a criterios y requisitos establecidos en la Norma Editorial. Tales criterios de formato constituyen, conjuntamente con el análisis de contenido, condición esencial para su publicación, por lo que serán sometidos a consideración del Equipo Editorial.

La Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión busca construir un espacio académico jurídico y se reserva el derecho de rechazar el trabajo sobre temas estrictamente políticos o ideológicamente sensibles.

Revista semestral da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão criada para a publicação de artigos acadêmicos que tratem de temas direta ou indiretamente relacionados ao direito do MERCOSUL, tais como o direito da integração, o direito das organizações internacionais, o direito internacional privado e o direito internacional geral.

Os idiomas da revista são os idiomas oficiais do MERCOSUL: português e espanhol.

Os artigos são inéditos e de rigor científico e se submetem à análise de um conselho técnico na modalidade *blind review*, ou seja, de forma anônima. Os membros do conselho técnico são professores, estudiosos e pesquisadores com notável trajetória acadêmica e possuem plena liberdade para criticar, revisar, aprovar e reprovar os artigos apresentados. Sua identidade se mantém preservada e o parecer emitido é considerado da revista.

No que se refere à forma, os artigos devem atender a critérios e requisitos estabelecidos nas Normas Editoriais. Tais critérios de forma constituem - junto à análise de conteúdo - condição essencial de sua submissão à Equipe Editorial para que a publicação seja considerada.

A Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão busca constituir espaço acadêmico jurídico e se reserva o direito de rejeitar trabalhos sobre temas estritamente políticos ou ideologicamente sensíveis.

RSTPR is a law journal published twice yearly by the Secretariat of the Permanent Court of Revision of MERCOSUR. It releases articles on issues directly or indirectly related to the MERCOSUR and its law system, such as regional integration law, international organizations, private international law and, of course, general international law.

Its working languages are the official languages of MERCOSUR: Portuguese and Spanish.

Papers must be original and their scientific character is checked by ad hoc consultants. This technical board evaluates qualitatively the content and style of each submission under *blind peer review* principles. Professors, scholars and researchers with remarkable academic career take part on this board and are free to criticize, review, approve and disapprove the submitted articles. Their identity is preserved and the opinion is considered that of the journal.

Papers must meet the criteria and requirements established in the Author Guidelines to be considered by the editorial board for publication.

The Law Journal of the Secretariat of the Permanent Court of Revision intends to conform a space for academic production on law and reserves the right to reject any paper which contains strictly political or ideological opinions.



EDITOR JEFE

Juan Emilio Oviedo Cabañas, Tribunal Permanente de Revisión

EQUIPO EDITOR

Maidier Méndez, Tribunal Permanente de Revisión
Juan Emilio Oviedo Cabañas, Tribunal Permanente de Revisión

COORDINACIÓN TÉCNICA Y DIAGRAMACIÓN

Ruth Navarro, Tribunal Permanente de Revisión

SOPORTE DIGITAL

Manuel Fernández, Tribunal Permanente de Revisión

COLABORADORES

Mirzza Vargas, Tribunal Permanente de Revisión
Renata Cenedesi, Tribunal Permanente de Revisión

ISSN 2304-7887 (en línea)

ISSN 2307-5163 (impreso)

Año 4, N° 8, agosto 2016.



La reproducción total o parcial de esta publicación podrá ser hecha siempre que se cite la fuente.
Se agradece comentarios y/o sugerencias a través del correo revista@tprmercursosur.org.
Las opiniones contenidas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de los autores.

A reprodução total ou parcial desta publicação é permitida sempre que é citada a fonte.
Comentários e/ou sugestões são bem-vindos no correio eletrônico revista@tprmercursosur.org.
As opiniões contidas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores.

CONSEJO EDITORIAL

- Alberto do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, Brasil
Alberto Manuel Poletti Adorno, Universidad Columbia del Paraguay, Paraguay
Alfredo Mario Soto, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Ana Cristina Paulo Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Antonio Celso Alves Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Antônio Pereira Gaio Júnior, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
Atilio Alterini, In Memoriam
Augusto Jaeger, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil
Bruno Rodrigues de Almeida, In Memoriam
Calogero Pizzolo, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Carlos Francisco Molina del Pozo, Universidad de Alcalá de Henares, España
Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Enrique C. Barreira, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Jorge Luiz Fontoura Nogueira, Tribunal Permanente de Revisión, Brasil
José Antonio Moreno Rodríguez, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Paraguay
José Antonio Moreno Ruffinelli, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay
José María Gamio, Tribunal Permanente de Revisión, Uruguay
Liliana Rapallini, Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Lilian del Castillo, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Luiz Olavo Baptista, Universidade de São Paulo, Brasil
Marilda Rosado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Miguel Angel Ciuro Caldani, Universidad Nacional de Rosario, Argentina
Nadia de Araújo, Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil
Natasha Suñé, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Noemí B. Mellado, Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Paula Wojcikiewicz Almeida, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Brasil
Paulo Borba Casella, Universidade de São Paulo, Brasil
Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Raphael Carvalho de Vasconcelos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Roberto Ruiz Díaz Labrano, Tribunal Permanente de Revisión/Universidad Nacional de Asunción, Paraguay
Roque Silguero, Universidad Nacional de Formosa, Argentina
Sandra Cecilia Negro, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Santiago Deluca, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Sidney Guerra, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Silvina Barón Knoll, Universidad Nacional de Cuyo, Argentina
Soledad Villagra de Biedermann, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay
Susana Czar de Zalduendo, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Umberto Celli Junior, Universidade de São Paulo, Brasil
Violeta Liliana Chantal González Valdez, Universidad Católica de Asunción, Paraguay
Wagner Menezes, Universidade de São Paulo, Brasil
Welber Barral, Tribunal Permanente de Revisión, Brasil
Wilson Nerys Fernández, Universidad de la República, Uruguay
Yeny Villalba, Universidad Columbia del Paraguay, Paraguay

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN – APRESENTAÇÃO

Juan Emilio Oviedo Cabañas 7

PRÓLOGO

José Antonio Moreno Rodríguez 9

ENSAYO INTRODUCTORIO – ENSAIO INTRODUTÓRIO

As fraturas do velho continente: uma radiografia da União Europeia

Elizabeth Accioly 12

ARTÍCULOS ORIGINALES – ARTIGOS ORIGINAIS

El largo camino recorrido desde la descentralización hasta el federalismo: el caso de la Unión Europea

Carlos Molina del Pozo 19

La salida de un Estado Miembro en el proceso de integración. El Reino Unido y la Unión Europea

Roberto Ruiz Díaz Labrano 41

Aspectos jurídicos y perspectivas políticas de una posible retirada de la Unión Europea por parte del Reino Unido

Werner Miguel Kühn Baca 64

El derecho comunitario: un análisis a partir de la perspectiva kelseniana

Brenda Luciana Maffei 94

O MERCOSUL e as linhas gerais de seu sistema de solução de controvérsias

Raphael Carvalho de Vasconcelos 113

A necessidade de inclusão de uma agenda plural para promover a parceria estado-sociedade na integração econômica no MERCOSUL

Mayra Thais Andrade e Antônio Carlos Ribeiro 136

A incorporação dos Laudos arbitrais do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL e o direito brasileiro

Aline Rosado Targino da Nóbrega e Marcelo Mauricio da Silva 157

MERCOSUL: análise dos custos e benefícios no primeiro quartel de século da integração

Geziela Iensue 177

MERCOSUL e supranacionalidade: os novos rumos do conceito de soberania com o advento da globalização

Bianca Guimarães Silva e Renan dos Santos Pinto 209

La autonomía del derecho comunitario andino y su relación con el derecho internacional

Carolina Lourdes Rodríguez Aguilera 224

Globalização do direito e os tribunais: o transconstitucionalismo como diálogo orientado pela diferença

José Alberto Antunes de Miranda e Douglas Cunha Ribeiro 246

Solución de controversias inversor-Estado en los nuevos tratados de integración regional: el caso del Acuerdo de Asociación Transpacífico

Magdalena Bas Vilizzio 265

Acordos de investimento e a proteção de direitos de propriedade intelectual: relação natural, ou casamento de conveniência? Reflexões sobre experiências do MERCOSUL e do NAFTA

Fabício Bertini Pasquot Polido e Lucas Costa dos Anjos 281

NORMA EDITORIAL 306

PRESENTACIÓN

Cabe recordar que a 25 años de la firma del Tratado de Asunción, el 26 de marzo de 1991, el proceso de integración del MERCOSUR ha experimentado cambios estratégicos, e indudablemente uno de ellos, fue la creación del Tribunal Permanente de Revisión como proceso de evolución del sistema de Solución de Controversias, que a partir del Protocolo de Olivos, del 18 de febrero de 2002, se transforma en un nuevo espacio de discusión jurídica, para garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración regional.

En este año 2016 además se conmemoran los 12 años de la instalación del TPR en la ciudad de Asunción, República del Paraguay y como Secretario de esta institución, me complace en presentar un nuevo número de la revista, RSTPR, como resultado del trabajo conjunto realizado por los funcionarios, autoridades de este Tribunal y la materia prima que nos aportan los diferentes autores, que con sus conocimientos hacen de esta revista una obra académica de gran valía.

Quisiera compartir con los lectores que, como consecuencia del esfuerzo, de la dedicación y del constante deseo de superación, esta revista jurídica obtuvo varias certificaciones de índices internacionales, destacando la calificación e ingreso a la Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico (REDIB) en mayo de 2016.

Agradezco a todos los autores, revisores, Árbitros del Tribunal, al Prof. Dr. José Moreno Rodríguez por su contribución en la elaboración del prólogo y al excelente equipo de trabajo de la RSTPR que hicieron posible este segundo número del año, que corresponde al octavo en su cuarto año de publicación ininterrumpida.

Atentamente.



Juan Emilio Oviedo Cabañas
Secretario del TPR

APRESENTAÇÃO

Recordando que há 25 anos da assinatura do Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, o processo de integração do MERCOSUL tem experimentado mudanças estratégicas, é indubitável que uma delas deu-se com a criação do Tribunal Permanente de Revisão, TPR, como processo de evolução do seu Sistema de Solução de Controvérsias, que a partir do Protocolo de Olivos, de 18 de fevereiro de 2002, transforma-se em novo espaço de discussão jurídica, para garantir a correta interpretação, aplicação e cumprimento dos instrumentos fundamentais do processo de integração regional.

Neste ano de 2016 comemoram-se também os 12 anos da instalação do TPR na cidade de Assunção, República do Paraguai, e como Secretário da instituição compraz-me apresentar nova edição de nossa revista, RSTPR, como resultado do trabalho conjunto realizado por funcionários e autoridades deste Tribunal, a par da matéria prima dos diferentes autores, que com seus conhecimentos permitem a realização de trabalho acadêmico de grande valor.

Gostaria de compartilhar com os leitores que como consequência do esforço, da dedicação e do constante desejo de superação de toda a sua equipe, esta revista jurídica tem obtido várias certificações em índices internacionais, com destaque para a recente qualificação e ingresso na Rede Ibero-americana de Inovação e Conhecimento Científico (REDIB), em maio de 2016.

Agradeço a todos os autores, revisores e Árbitros do TPR, ao Professor Doutor José Moreno Rodríguez por sua contribuição na elaboração do prólogo, bem como à excelente equipe de trabalho da RSTPR, a todos enfim que tornaram possível a edição do segundo número do ano, que corresponde à oitavo edição em seus quatro anos de publicação ininterrupta.

Atenciosamente.



Juan Emilio Oviedo Cabañas
Secretário do TPR

PRÓLOGO

Si bien –es cierto– con contramarchas, la integración europea no tiene parangón como el experimento más exitoso de los tiempos modernos para romper con la cerrazón estatista que, consolidada con fuerza en el siglo XIX, tanto daño ha hecho al mundo. El MERCOSUR se concibe con el mismo espíritu de acercamiento y, pese a lo incuestionable de acerbas críticas proferidas contra diversos avatares del proceso integracionista sudamericano, en su haber cuenta con logros que, como contracara, no pueden sino generar elogios.

No mucho se puede lograr sin una auténtica vocación de integración política. De allí lo laudatorio de que se haya conseguido instalar un mecanismo de solución de controversias para el bloque que, aun con competencia limitada, funcione con carácter permanente, según ocurre con el Tribunal cuya Secretaría se encuentra instalada en Asunción.

Pese a las limitantes institucionales derivadas de las normas que rigen su accionar, la Secretaría del Tribunal ha funcionado espléndidamente, merced al apoyo con que ha contado de parte de varios sucesivos miembros del Tribunal Permanente de Revisión –cabe resaltarlo– pero también debido a la feliz designación de tres Secretarios que, sucedidos en el tiempo, le han impreso un particular sello.

El argentino Santiago Deluca ha abierto el camino, montando una organización y un equipo de excelencia, que hasta hoy se mantiene. Santiago fue sucedido por el brasileño Raphael Carvalho de Vasconcelos. Si bien pueden puntualizarse muchos méritos de su gestión, este legado de la revista, impulsada con ahínco por Raphael, quedará por siempre, perenne, identificado –para bien por supuesto– con su gestión.

La fortuna sigue acompañando a la Secretaría. Ahora la encabeza con destacada probidad el paraguayo Juan Emilio Oviedo Cabañas, quien enseguida se ha encargado de dotarle de mucha vida a la flamante sede del Tribunal, organizando encuentros y eventos académicos, además de una magnífica inauguración.

Juan Emilio, acompañado de su magnífico equipo, viene dando también fuerte seguimiento a la iniciativa de la revista, y en dicho marco aparece ahora este número que, como eje temático, aborda el derecho de integración con énfasis en los procesos de Europa y del

MERCOSUR. Cuenta, para el efecto, con contribuciones de fuste del ex Presidente y actual Miembro del Tribunal, el reconocido catedrático paraguayo Roberto Ruíz Díaz Labrano; de la destacada jurista brasileña Elizabeth Accioly; del ex Secretario del Tribunal Raphael Carvalho de Vasconcelos; y del renombrado académico español Carlos Molina del Pozo, a quienes se suman otros articulistas comprometidos con el quehacer integracionista, que enriquecen el contenido de este número con sus conocimientos y sus vivencias.

El entusiasmo con el que se impulsa esta publicación y su aparición regular son dignos de destaque, en tiempos de contradicciones y hasta profunda desazón sobre la marcha y los resultados del proceso integracionista mercosureño, influenciados también por avatares políticos regionales harto conocidos, que hacen poco propicia la profundización del acercamiento en pos del ideal.

Sin embargo, así como propugnaba un sabio artista acerca de la importancia de que “la inspiración te encuentre trabajando”, esta revista cumple un papel muy importante de seguir generando un espacio para la presentación de ideas y proyectos de modo tal que, cuando llegue el momento de reimpulsar de manera exponencial el sueño mercosureño, ello encuentre el terreno abonado así como –si vale la comparación– lo hallaron los padres de la Constitución Norteamérica con los papeles del “Federalista”, que había generado las discusiones necesarias para el avance político de las propuestas intelectuales.

Un Tribunal del MERCOSUR con funciones jurisdiccionales ampliadas, un Parlamento del bloque con mayor acción legislativa, la remoción de barreras para la circulación de personas, un efectivo acercamiento a otros procesos regionales, entre ellos particularmente el europeo... en fin, son tantos los desafíos por delante que, nada mejor para los juristas –en cumplimiento de su parte del rompecabezas– que ir generando conciencia sobre las alternativas posibles y sus respectivas implicancias.

Pero las contribuciones en sucesivos números de esta revista no se limitaron a lo anterior, es decir al MERCOSUR que debería venir, sino también al que se tiene. A cómo funcionan sus normas, o cómo deberían ser interpretadas.

En fin, el material en sus distintas entregas es de una riqueza digna de destaque, más aún ante la difusión con que cuenta la revista, merced a que no solo se edita física sino también virtualmente, con la visibilidad privilegiada con que cuenta, en el ciberespacio, la Secretaría del Tribunal y en particular esta publicación, incrementada por el acierto de su bilingüismo español-portugués, que la hace accesible a un público ampliado.

Distintos actores del proceso integracionista mercosureño podrán ser señalados con el dedo ante el actual ralentizado estado de cosas en el bloque, bien conocido por todos; pero a no dudarlos, los juristas, y

en particular los responsables de esta publicación pueden, con la figura erguida, decir que ellos al menos vienen cumpliendo con su parte, para que pueda aspirarse a ese ansiado porvenir venturoso en el acercamiento de los pueblos de la región.



José Antonio Moreno Rodríguez

Doctor en Derecho

Miembro del Comité Jurídico Interamericano de la OEA

AS FRATURAS DO VELHO CONTINENTE: UMA RADIOGRAFIA DA UNIÃO EUROPEIA

*Elizabeth Accioly**

A história da Europa unida é sem dúvida um exemplo para o mundo pós-Guerra. No dia 9 de maio último, a Declaração Schuman completou sessenta e seis anos. Quase sete décadas de paz no velho continente. E esta foi a data escolhida para celebrar o Dia da Europa, dia em que França, Alemanha, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo aceitam o convite de Robert Schuman, Ministro das Relações Exteriores da França, para criar a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, a CECA, que se materializa a partir da assinatura do Tratado de Paris, em 18 de abril de 1951.

Essa Europa sexagenária foi sendo construída com avanços e retrocessos, nada anormal na edificação de blocos económicos. A ousadia da criação de um mercado comum, com a tomada de decisões por maioria e não por unanimidade, não foi tarefa fácil, pois belisca a soberania dos Estados. Aliás, é oportuno lembrar a famosa crise da cadeira vazia, nos idos da década de 60, já com o Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, que instituiu a Comunidade Económica Europeia-CEE, em vigor. Essa crise só terminou com a assinatura do Acordo do Luxemburgo, em 1966, por imposição da França de De Gaulle, que passou a exigir que as decisões fossem tomadas por unanimidade quando os Seis decidissem “assuntos importantes”. Hoje, esse tema está superado, de CEE passou-se à União Europeia, com a concretização do mercado interno e a criação de mais uma etapa de integração – a União Económica e Monetária, grande novidade do Tratado de Maastricht, de 07 de fevereiro de 1992. Nessa altura, a Europa já tinha o dobro de sócios, com a entrada do Reino Unido, da Irlanda, da Dinamarca, em 1973, da Grécia, em 1981, e de Portugal e Espanha, em 1986. A Europa seguia a Doze.

O Tratado da União Europeia, ou de Maastricht, foi o maior exemplo de ousadia entre os seus Estados membros, pois, para além de uma moeda comum, concede aos seus povos o direito a uma cidadania europeia, subsidiária à cidadania dos seus Estados, com direitos e

* Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo-USP. Diplomada em Estudos Europeus pelo Instituto Europeu da Universidade de Lisboa. Professora visitante do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Curitiba-UNICURITIBA. Investigadora do Curso de Direito da Universidade Europeia-Lisboa. E-mail: ebeth.accioly@gmail.com

deveres acrescidos, permitindo aos seus cidadãos, por exemplo, votar e ser eleito para as eleições do Parlamento Europeu e eleições municipais, onde quer que residam, e o inédito direito de proteção diplomática de qualquer um dos Estados membros, sempre que estes se encontrem em países terceiros. E o direito mais caro de todos: o de circular e de se estabelecer em qualquer Estado membro, em respeito ao princípio da não discriminação em razão da nacionalidade.

O Acordo de Schengen, assinado em 14 de junho de 1985, nesta emblemática cidade luxemburguesa que faz fronteira com França e Alemanha, é o corolário da livre circulação de pessoas, é sinônimo da Europa das pontes, da Europa sem fronteiras, da Europa da liberdade. E a consagração dessa etapa é materializada com o euro, a partir de 2002, pois, num espaço já sem obstáculos, nada melhor do que ter uma só moeda, e assim, à exceção da língua, o direito e o dinheiro já não são barreiras para os cidadãos da União!

Entretanto, é curioso constatar que os dois grandes projetos da União – moeda única e livre circulação de pessoas – não contam com a participação de todos os Estados membros. (Apenas como apontamento, recorde-se que em 1995 chegaram três novos sócios: Áustria, Suécia e Finlândia, e, em 2004, o maior alargamento de sempre, com dez Estados: Estónia, Letónia, Lituânia, Eslovénia, Eslováquia, Hungria, República Checa, Polónia, Chipre e Malta. Em 2007, chegam Roménia e Bulgária e, em 2013, a Croácia). A União Europeia soma hoje 28 Estados membros, sendo que a Zona Euro é composta por 19 e o Espaço Schengen por 26 Estados. Quatro Estados que fazem parte da União Europeia não aderiram a Schengen (Reino Unido, Irlanda, Chipre e Croácia) e ainda quatro Estados que não fazem parte da União Europeia são parte de Schengen (Islândia, Noruega, Suíça e Liechtenstein).

Ora bem, são exatamente a Zona Euro e o Espaço Schengen as duas apostas mais difíceis de se concretizarem, que passam por um período de grande instabilidade – a primeira pela crise económica e o segundo pela crise humanitária.

Se voltarmos o nosso olhar para a trajetória da União, vamos encontrar grandes estadistas, que tiveram a coragem de criar um bloco supranacional que daria o salto decisivo para atingir os seus objectivos. De Churchill, que clamava pelos Estados Unidos da Europa, já em 1946, logo após a II Guerra Mundial, a Giscard d'Estaing, pai da Constituição Europeia, que foi assinada em 2004, mas que não conseguiu sair do papel, sem esquecer Konrad Adnauer, Alcide De Gasperi, Jean Monnet, Robert Schuman, George Pompidou, Altiero Spinelli, Helmut Kohl, Jacques Delors, dentre tantos outros. Naquela época, o projecto europeu estava acima dos interesses dos Estados.

E passados sessenta e seis anos da Declaração Schuman, qual o estado da arte União Europeia? unida ou desunida? fortalecida ou

enfraquecida? solidária ou egoísta?

A presente exposição pretende discutir os problemas atuais dessa fantástica construção europeia, esperando que a alma daqueles que hoje conduzem a UE não seja pequena. A Europa, por tudo o que já construiu, não se pode transformar numa fortaleza, fechada em si mesma, extremista, xenófoba e egoísta. Ao contrário, deve buscar inspiração naqueles que colocaram os alicerces, fundados na confiança, na solidariedade e na paz.

1. A EUROPA SEXAGENÁRIA

A Europa comunitária já é uma senhora quase septuagenária, e já deixou a sua marca no velho continente. Porém, um dos grandes fantasmas do envelhecimento é o esquecimento. E a Europa está velha e esquecida. Será que não se recorda que foi a mão americana que a reergueu? A Europa, no pós-guerra, não tinha condições de vestir, educar e alimentar os seus. Não fosse aquela ajuda, o velho Continente teria tido êxito? É óbvio que a avultada soma de dinheiro doada pelos EUA tinha contrapartidas e interesses escusos, como conter o comunismo que avançava e preocupava o mundo capitalista. Mas, independentemente disso, a verdade é que esse apoio financeiro, gerido pela OECE (Organização Europeia de Cooperação Económica) - hoje OCDE (Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico), foi a tábua de salvação para os Estados que aceitaram participar do Plano Marshall.

Outro sintoma de velhice é parar no tempo, viver de lembranças, pese embora m pouco enevoadas, e não olhar com muita preocupação para o futuro, pois o fim já se aproxima. O projeto europeu sempre se justificou pelas metas corajosas que se propôs alcançar, nos arroubos da sua juventude, e pelos resultados conseguidos. Mas é chegada a hora de, com forte dose de realismo, enfrentar os tempos atuais. Será que esse modelo de integração se justifica numa Europa a 28? A Constituição Europeia, de 2004, que tinha a intenção de dar o salto mais arrojado, levando a Europa para uma união política, fracassou. O tratado foi chumbado no país natal do seu mentor, a França de Giscard d'Estaing, em maio de 2005, e transformou-se num tratado natimorto, deixando a Europa paralisada por três anos, altura em que foi levada a cabo, sob a presidência portuguesa, a revisão dos seus tratados institutivos – Roma e Maastricht. Ou seja, a Europa não avança para a União Política, permanece no degrau da União Económica e Monetária, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 1 de dezembro de 2009.

Com os últimos alargamentos, de 2004, 2007 e 2013, a Senhora Europa deixa de poder contar aos seus netos a sua emocionante história, quando foi raptada por Zeus, que surge na figura de um touro, inebriado pela sua beleza e a leva para outras plagas. Parece que Zeus transforma-

se agora num elefante e aprisiona a sua amada numa loja de cristais. E a Europa não consegue dar um passo sem causar estragos. É conveniente também lembrar que hoje são 28 a tentar fazer malabarismos em cima do elefante, e está cada vez mais difícil libertar a Europa sem desmontar a loja. Será que há saída?

2. A GERAÇÃO EUROPA

Dizem que as gerações se formam de 30 em 30 anos. É o tempo de nascer, crescer, estudar, trabalhar e constituir uma família. Assim sendo, já temos uma nova geração europeia, uma geração que nasceu numa Europa sem fronteiras, sem obstáculos para as mercadorias e para as pessoas, que abrange desde produtos made UE, livres de impostos, até viver e gozar a reforma em qualquer um dos Estados membros; que permite viajar sem controlos fronteiriços, compartilhar a mesma moeda e estudar em várias Universidades, num dos exemplos mais felizes dessa integração – o Programa Erasmus.

Ora bem, como será que esta geração vê a Europa? Pujante ou em crise? De oportunidades ou de desemprego? Um espaço de segurança ou de medo?

Aquela velha máxima da Europa de que “fora é pior” para os Estados membros já não convence essa juventude, que não viveu as atrocidades de um conflito armado, e que não sabe o que significa uma Europa com muros, reais ou imaginários. Os nascidos no ano da queda do Muro de Berlim já estão perto de completar 30 anos! Ouve-se com frequência o relato de portugueses que contam as dificuldades e as peripécias que faziam para conseguir entrar na vizinha Espanha, com a única intenção de comprar os famosos caramelos, quando ainda existia os guardas de fronteira a zelar, com armas e cassetetes, pelo risco estabelecido nos mapas de outrora. E isso foi há muito pouco tempo para uns, mas há uma eternidade para esta nova geração, que não se revê neste contexto

O exemplo mais preocupante é o do Reino Unido, que irá em breve a referendo sobre a sua permanência ou não na UE. E na esteira do “Brexit”, uma sondagem recente ouviu seis mil pessoas de oito Estados membros (França, Alemanha, Hungria, Itália, Polónia, Espanha e Suécia) e concluiu que 45% dos inquiridos querem também um referendo nos seus países para poderem se posicionar quanto à saída dos seus Estados desse outrora seletto Clube.

E de quem é a culpa de todo este ceticismo?

3. AS CRISES EXÓGENAS

A Europa deparou-se com duas crises que fraturaram o continente de Norte a Sul e de Leste a Oeste.

A fratura Norte-Sul deveu-se à crise económica, com a queda do gigante americano da banca Lehman Brothers, que protagonizou a maior falência dos EUA e fez soar alarmes de colapso global da confiança, fragilizando a economia mundial, que respingou no velho continente, como foi o caso da Irlanda, Grécia e Portugal.

Essa crise levou a constituição da chamada Troika, para socorrer os Estados europeus em crise. A ajuda financeira veio não só do Fundo Monetário Internacional, mas também da Comissão Europeia e do Banco Central Europeu. Estas três instituições – apelidadas de Troika, palavra russa que significa um trenó puxado por três cavalos, foi adotada na cena internacional para designar uma aliança de três personagens do mesmo nível e poder que se reúnem para uma missão, nesse caso de assistência econômica e financeira. O Banco Central Europeu intervém nesse processo por ser o banco responsável pela moeda única europeia. A Comissão Europeia representa, nesta tríade, o órgão executivo da UE. O FMI está à margem das Instituições europeias, mas tem a função preponderante de promover a cooperação monetária à escala global, sendo uma Organização Internacional criada no início do fim da II Guerra Mundial, em 1944, justamente para garantir a estabilidade financeira dos seus 188 membros. Uma das principais consequências dessa intervenção externa são as medidas de austeridade impostas pelos três fiadores e a perda de autonomia, ou melhor, a perda de soberania económica, ficando o Estado à mercê das ordens da tríade.

E nesse contexto constrangedor para os três Estados membros da União, que estavam obrigados a cumprir o memorando de entendimento firmado com a Troika, não foram poucos os momentos de tensão e críspação entre os Estados do Sul – leia-se “devedores” – e Estados do Norte – leia-se “credores”, onde estes últimos acusavam os primeiros de serem países irresponsáveis, que viviam à grande e à francesa, enquanto os Estados “ricos” pagavam o rega bofe!

A fratura Leste-Oeste veio mais tarde, na esteira da guerra da Síria, que iniciou em 2011 e já dura mais de cinco anos. É bom que se diga que a invasão do Iraque, em 2003, com os EUA no comando, ainda que sem o aval da ONU, contou com a anuência de alguns países europeus. Nesse momento, abriu-se uma pequena fissura que atingiu, anos mais tarde, uma fratura descomunal, sem nenhuma solução para travar a ruptura total. Sabe-se apenas que o mundo vive a maior crise humanitária pós II Guerra Mundial, e a Europa não consegue dar uma resposta firme e coesa àqueles que batem à sua porta. Para além daqueles que estão protegidos pelo Direito Internacional, que gozam do estatuto de refugiado internacional, fugidos da guerra, há uma vaga de migrantes económicos, do Oriente Médio e da África, que correm para os braços da mãe Europa.

Uma coisa é certa: a Europa não estava à espera dessas fraturas.

E como se não bastasse, surge, no epicentro dessa rutura, um terrível abalo sísmico que estremeceu todo o continente: o terrorismo. E surpreendentemente os atores do terror são filhos da Europa, nascidos no país da liberdade, da igualdade e da fraternidade, ou, por ironia, na capital da União Europeia.

É fundamental destacar ainda, para tentar compreender o despreparo da Europa diante do terrorismo, que o velho continente viveu dez anos de calmaria, entre o atentado de Londres, em 2005, e o atentado de Paris, em 2015. Hoje o cenário mudou, a Europa vive com medo, sem saber onde está esse inimigo sem rosto. E todo esse medo vai repercutir na atual crise migratória. Os estadistas europeus jamais poderiam imaginar que um dia uma das apostas mais simbólicas, o fim das fronteiras internas, estaria em xeque.

A construção de cercas que se erguem na Áustria, Eslovénia ou Hungria representa a contradição dos valores consagrados nos Tratados. E, não bastando isso, surgem ainda legislações, nos Estados membros, que permitem desde confiscar os bens dos migrantes, até incluir carne de porco no cardápio das escolas, com o único propósito de afugentar os refugiados. E, assim, o Espaço Schengen, antes sinónimo da “Europa sem fronteiras”, corre o risco de ser sugado pelo buraco negro que está no epicentro da fratura.

4. AS CRISES ENDÓGENAS

Temos hoje três cenários preocupantes na Europa, que refletem os problemas acima identificados.

Uma das imagens mais emblemáticas da Europa comum é a de uma bicicleta que deve estar sempre em movimento, pois, se parar, pode tombar. Porém, a escolha por caminhos desconhecidos levou a Europa à beira do abismo. O Presidente actual do Parlamento Europeu disse recentemente, nas comemorações do 9 de Maio, que está a faltar ar nos pneus da bicicleta europeia.

É verdade. A Europa está estagnada, sem forças para avançar e resolver as crises acima referidas. A Europa encontra-se refém da loja de cristais à espera que um novo Zeus apareça para tirá-la dali sem partir a louça. Nunca é demais lembrar o lema da Europa pós alargamento: “Unidos na Diversidade”. Será que esse lema condiz com a realidade sua realidade?

Um dos exemplos recorrentes que reflectem essa Europa estagnada costuma ser a do avião, com 28 passageiros e uma tripulação formada pelo Presidente do Conselho Europeu, o Presidente da Comissão Europeia e a Alta Representante para a Política Externa e Segurança Comum. Qual é o seu plano de voo? Não se sabe; a única certeza que se tem é que nenhum dos tripulantes está em condições de assumir o cockpit, e, diante disso, foi chamada à cabine uma das passageiras

que deveria estar ao lado dos demais, mas que, pelo total desgoverno da aeronave, passou a ser ela a comandar. Porém, vão surgindo falhas graves, que fazem aumentar a turbulência.

A primeira delas foi a de permitir que a imagem da Europa das pontes, com os Estados interligados, com a livre circulação de bens, pessoas, serviços e capitais a funcionar quase em pleno, pudesse ser manchada com a imagem das cercas que sobem dentro dos Estados membros. Como é possível a Europa assistir calada a essa afronta, que vai de encontro aos valores da União?

A segunda é a ausência de solidariedade na crise dos refugiados. A Europa não consegue gerir essa crise porque falta apoio dos próprios Estados membros que se recusam a receber refugiados, que vedam a sua passagem, que confiscam os bens daqueles que chegam. Mas, afinal, será que estamos a falar da mesma Europa dos anos 60, que pretendia criar um espaço de paz, de respeito e de dignidade, tudo aquilo que lhes faltou na primeira metade do Século XX, com as duas grandes guerras? E o descalabro total se dá com o anúncio de uma proposta de lei europeia para exigir uma “solidariedade obrigatória”. Cada Estado que recusar um refugiado pagará uma multa de 250 mil euros. Mas a que ponto chegamos? Lembra o princípio do poluidor-pagador, se eu pagar posso poluir. Nesse caso, se eu pagar posso recusar uma vida humana. É revoltante e inacreditável que uma proposta de lei dessas possa ser aprovada no seio da União. E mais, que cheguem ao ponto de ter de criar uma solidariedade forçada!

A terceira e última turbulência foi a assinatura do Acordo UE-Turquia, que tem a única intenção de reciclar o lixo humano. A Turquia faz uma triagem e aqueles que não se enquadrem nas exigências da UE, que está a pagar três bilhões de euros para a Turquia fazer a sua parte, ficam lá retidos, e depois o Estado decide o que faz. Os que passarem na triagem são entregues à UE. Para além da soma em dinheiro à Turquia, a UE concordou em conceder isenção de visto para os turcos circularem dentro do espaço Schengen, e ainda prometeu acelerar o processo de incorporação da Turquia na UE, que há quase quatro décadas aguarda a sua aprovação. Mas, por acaso, há alguma preocupação em verificar se a Turquia cumpriu os requisitos necessários para adesão ao Clube europeu, nomeadamente o respeito aos Direitos Humanos, à liberdade de imprensa, ao Estado de Direito, ao respeito por instituições democráticas?

Parece que impera nesse cenário o cinismo, uma Europa “para inglês ver”! Por isso mesmo o Brexit seja agora a bola da vez, e a próxima parada talvez seja mesmo um pouso forçado no Reino Unido, para um dos passageiros descer!

E depois, será que o avião conseguirá decolar?

Quem viver verá!

EL LARGO CAMINO RECORRIDO DESDE LA DESCENTRALIZACIÓN HASTA EL FEDERALISMO: EL CASO DE LA UNIÓN EUROPEA*

O LONGE CAMINHO PERCORRIDO DESDE A DESCENTRALIZAÇÃO ATÉ O FEDERALISMO: O CASO DA UNIÃO EUROPEIA

*Carlos Molina del Pozo***

Resumen: *Uno de los pilares esenciales y origen del federalismo consiste, precisamente, en la utilización del principio de descentralización. En efecto, el federalismo implica la manifestación de una serie de principios que sirven para una correcta y eficiente aplicación del sistema basado en la técnica jurídico-administrativa de la descentralización tanto del poder como del territorio. El federalismo es una fórmula estimulante para el logro de una eficaz implantación de la subsidiariedad, la cooperación, la proporcionalidad, la atribución o la descentralización, en tanto que principios inspiradores de valores tales como la democracia, el Estado de derecho o los Derechos Fundamentales.*

Las experiencias habidas, tanto a nivel nacional como supranacional, nos indican lo exitoso que puede ser la implementación de un sistema federal en el contexto territorial, sea cual sea la base de partida. Por ello, tal vez, la Unión Europea, se plantea como horizonte de futuro para las próximas décadas, la fijación de un modelo vertebrado de federación europea, una estructura de unión federalizante europea, capaz de aglutinar la ejecución de unas políticas públicas europeas, a nivel supranacional, que conduzcan a la implantación de una verdadera unión política que venga a complementar la unión económica y monetaria en la que se viene trabajando en los últimos años y que nos ha aportado elementos tan importantes, a nivel global, como la moneda común (euro), el cual constituye un elemento federalizante esencial en el proceso de integración europea.

* El autor quiere dejar constancia de su agradecimiento a Pablo Cristóbal Molina del Pozo Martín, Colaborador de mi Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario de la Universidad de Alcalá, por su inestimable apoyo en la preparación de este trabajo.

** Catedrático de Derecho Administrativo. Catedrático Jean Monnet "Ad personam" de Derecho Comunitario. Presidente del Instituto Eurolatinoamericano de Estudios para la Integración. Universidad de Alcalá de Henares (España). E-mail: carlosf.molina@uah.es

Por consiguiente, la aceptación del principio de descentralización es “conditio sine qua non” para la admisión del federalismo integral que ya propiciara en la segunda parte del pasado siglo uno de sus más renombrados creadores Alexander Marc, quien estableció los primeros andamiajes de la federación europea por la que aun en la actualidad estamos convencidos vendría a resolver gran parte de los problemas e incompreensiones que presenta la Unión Europea.

Resumo: *Um dos pilares essenciais e origem do federalismo consistem, precisamente, na utilização do princípio de descentralização. Em efeito, o federalismo implica a manifestação de uma série de princípios que servem para uma correta e eficiente aplicação do sistema baseado na técnica jurídico-administrativa da descentralização tanto do poder como do território. O federalismo é uma fórmula estimulante para o logro de uma eficaz implantação da subsidiariedade, a cooperação, a proporcionalidade, a atribuição ou a descentralização, em tanto que princípios inspiradores de valores tais como a democracia, o Estado de direito ou os Direitos Fundamentais.*

As experiências havidas, tanto a nível nacional como supranacional, nos indicam o exitoso que podem ser a implementação de um sistema federal no contexto territorial, seja qual seja à base da partida. Por isso, tal vez, a União Europeia, se propõe como horizonte de futuro para as próximas décadas, a fixação dum modelo estruturado de federação europeia, uma estrutura de união “federalizante” europeia, com capacidade de aglutinar a execução de umas políticas públicas europeias, a nível supranacional, que conduz na implementação de uma verdadeira união política que venha a complementar a união econômica e monetária na que se vem trabalhando nos últimos anos e que nos há aportado elementos tal importantes, a nível global, como a moeda comum (euro), o qual constituiu um elemento “federalizante” essencial no processo de integração europeia.

Por conseguinte, a aceitação do princípio de descentralização e “conditio sine qua non” para a admissão do federalismo integral que já propiciara na segunda parte do passado século um de seus mais famosos criadores Alexandre Marc, quem estabeleceu os primeiros andaimes da federação europeia pela que ainda na atualidade estamos convencidos viriam a resolver grau parte dos problemas e incompreensão que apresenta a União Europeia.

Palabras clave: *Unión Europea, Descentralización, Federalismo, participación ciudadana, Unión Política, Cooperaciones reforzadas, Instituciones*

Palavras-chave: *União Europeia, Descentralização, Federalismo, Participação cidadã, Política da união, Cooperação reforçada, Instituições*

1. INTRODUCCIÓN

En el contexto actual en el que vivimos, y tras haber experimentado toda una serie de acontecimientos que han puesto a prueba nuestra reacción como colectivo, se puede incidir en la necesidad de reconducir a Europa hacia una nueva dirección. Debe ser un periodo de profunda reflexión y más, atendiendo a la demanda de los ciudadanos europeos que han expresado su descontento en las elecciones al Parlamento Europeo del pasado 25 de mayo de 2014. Pero este tránsito hacia una nueva dirección, no debe basarse en un dejar discurrir alocado, sino que es necesario aportar nuevas ideas que refloten el barco europeo en el que, queramos o no, todos los europeos estamos instalados. Este análisis crítico profundo debe ser constructivo, si es cierto que debemos aprender de los errores del pasado para avanzar hacia el futuro, ya lo dijo Jean Monnet¹ - pero eso no significa que para responder a los retos y preguntas del futuro haya que responder con los instrumentos del pasado.

No se nos escapa que en la época en que vivimos, los retos futuros se plasman en la conciencia colectiva atendiendo al movimiento de globalización que avanza y se asienta en nuestra sociedad. Pero este elemento de la globalización exige, a su vez, una unidad europea más fuerte y consolidada, dónde se pueda alcanzar una mayor integración que desemboque en más democracia ciudadana e institucional. Para que sea una realidad la democracia europea es necesario olvidar los egoísmos individuales de algunos Estados miembros y aceptar que todos remamos hacia la misma dirección. Porque más integración no significa perder más, existen unos intereses comunes, y una responsabilidad y solidaridad general afín a todos. Sin embargo, cuanto más democracia hay en el sistema, cuanto más fuerte es la Unión, cuantos más derechos adquiere la ciudadanía europea, menos se involucra ésta en la toma de decisiones. De hecho, su desapego es mayor e incluso contrario, y parece no sentirse representada por la UE.

Actualmente la UE en su conjunto es la mayor economía del mundo -aún siendo sólo el 7 por ciento de la población mundial-, supone la quinta parte del gasto militar global y acapara en torno a la mitad del gasto social y asistencia exterior. Durante los próximos años la UE tendrá que afrontar deudas nacionales abultadas con una población envejecida y un potencial de crecimiento limitado mientras el peso político y económico prosigue su traslado desde el Atlántico hacia el Pacífico. Así, en 2050 ningún país europeo se situará entre las ocho

¹ Nos gustaría hacer mención en este punto a una importante cita de uno de los padres fundadores de la UE, Jean Monnet: *“No unificamos estados, unimos hombres. Europa no se hará de golpe, ni con una construcción de conjunto, se hará a través de realizaciones concretas creando primeramente y ante todo, una solidaridad de hecho. Los hombres sólo aceptan los cambios por necesidad, no ven la necesidad que en la crisis. No conozco otras reglas que la de estar convencido y convencer”*.

principales economías del planeta. Parece obvia la siguiente reflexión, actuando por separado los EEMM de la UE pierden las sinergias necesarias para afrontar los desafíos de la nueva realidad global.

Es un momento óptimo para alcanzar grandes consensos entre los Estados miembros, es necesario alcanzar un gran pacto para Europa y su futuro. Solamente así, se podrán esquivar esas reticencias y se conseguirá alcanzar esa confianza entre los Estados miembros y las instituciones europeas, y entre los ciudadanos y la Unión Europea, tan importante en un proyecto común como el nuestro. No es para nada sencillo conseguir un pacto de esta magnitud en la actualidad, sin embargo, podemos avanzar una serie de ideas que creemos pueden servir de base para un inicio. Por un lado, tenemos que destacar la importancia de que no deben existir ningún tipo de dudas sobre la integridad de la Unión y menos de sus elementos más federalizantes -caso del euro-. Tras las elecciones europeas, y a lo largo de los meses previos a las mismas, se ha percibido una serie de conductas antieuropeas o euroescépticas, en las que era tónica habitual leer o escuchar los males europeos antes que los beneficios que nos ha dado y nos dará en el futuro. El elemento de la solidaridad es clave, los países con más peso en la Unión deben continuar cediendo en pro de un conjunto más fuerte, porque la debilidad de unos pocos puede llegar a ser síntoma de debilidad en la Unión.

Para lograr el objetivo de los padres fundadores (Monnet, Schumann, De Gasperi, Adenauer, Paul Henri Spaak y Salvador de Madariaga, entre otros, habrá que seguirse una serie de pasos, que tal y como establece el Tratado de Lisboa, se realizarán mediante la convocatoria de una tercera Convención europea -la primera, fue en 1999 con la elaboración de la Carta Europea de Derechos Fundamentales (2000) y, la segunda, que se celebró en 2003 y tuvo como resultado la preparación del Proyecto de Tratado por el que se instituía una Constitución para Europa. El primer paso, debe conseguir quitar el velo del Tratado de Lisboa, ya que como es sabido éste rescata los aspectos sustanciales de la mal llamada Constitución Europea y con ello se dejará ver el alma federal, que es la que establece que la UE es una unión de Estados y ciudadanos, y que los ciudadanos son ya la razón de ser de este proceso. Es preciso rescatar la noción de Constitución y los emblemas sentimentales -tales como la bandera y el himno- para que adquieran plena significación. Un segundo paso se produciría con una reforma institucional y de incremento de competencias. El tercer paso sería el relativo a la reforma de los Tratados. Es imprescindible que para su modificación no sea necesaria la unanimidad de los Estados miembros, para justamente evitar hechos como el fracaso del Tratado Constitucional "non nato". Se trata de que se apruebe por amplías mayorías de los Estados miembros, y que en ningún caso, un Estado pueda ejercer el derecho de veto. Así, se establecía precisamente en el

famoso artículo 81 del Proyecto de Tratado de la Unión Europea. La cuestión de la toma de decisiones por unanimidad o mayoría no es baladí, sucede igual problema en otras materias clave como la fiscalidad, la política social y la política exterior, lo que es antifederal y escasamente democrático, por lo tanto, estimamos que, cuanto antes, debe ser modificado porque solamente nos conduce a la parálisis.

2. REFORMAR LAS INSTITUCIONES, UNA IDEA ANTIGUA

Desde hace décadas, puede constatarse la idea por la cual, se hacía preciso proceder a buscar las necesarias reformas que pudiesen aplicarse al devenir en la actuación de las distintas instituciones comunitarias. En efecto, cada vez que, por ejemplo, se iba a llevar a cabo una nueva ampliación de las Comunidades Europeas, salía a relucir, con carácter previo, la necesaria reforma del sistema institucional comunitario, siendo que este hecho se puso de manifiesto, de la manera más clara, con ocasión de la ampliación que incorporó a una gran parte de países de Europa central y oriental. Con tan importante acontecimiento, la Comunidad consideró absolutamente imprescindible proceder a dar cauce a las correspondientes modificaciones en cada una de las instituciones soporte del funcionamiento de la Unión.

Como ya hemos expuesto en otros lugares², los distintos mecanismos de funcionamiento de las instituciones comunitarias, que habían sido creadas desde los años cincuenta cuando fueron concebidas las tres Comunidades Europeas, luego de décadas de funcionamiento impecable y tras varias ampliaciones, comenzaban a requerir de cambios y reformas que hicieran posible soportar el juego de casi cinco veces más el número de Estados miembros para los que inicialmente fueron diseñados. Por ello, resultaba inevitable proceder a una reforma de dichas instituciones como paso previo a continuar ampliando la Unión y de cara al futuro desarrollo de la misma con otras posibles adhesiones.

La cuestión fue planteada con absoluta nitidez y aceptada por todos sin discusión. No obstante, el problema, tradicionalmente, se ha planteado en torno a cuanto afecta a la naturaleza y profundidad de las reformas a realizar. Sobre éstas cuestiones el acuerdo no es para nada unánime y las discrepancias han sido mayores, alejando los puntos de entendimiento entre quienes planteaban unas reformas mínimas, más bien retoques a lo existente, y quienes hemos propugnado unas auténticas reformas en profundidad que condujeran a la existencia de unas instituciones capaces de configurar un modelo válido para los próximos cuarenta o cincuenta años. Por tanto, las reformas institucionales han sido consideradas absolutamente necesarias, en ello todos de acuerdo,

² Vid, entre otros, MOLINA DEL POZO, C. F.: "El sistema institucional europeo: evolución y perspectivas". En: FORNER, S. (ed.). *50 años de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

pero ¿Cuáles?, ¿Qué cantidad y calidad de reformas? Cuestión relevante y dónde las posiciones no han concurrido tanto, por ello el camino recorrido y por hacer en el ámbito de los cambios no resulta fácil.

En la actualidad, y pese a los cambios operados por las reformas aportadas en el Tratado de Lisboa, lo cierto es que, cabe afirmar que, de lo que se trata es de diseñar el futuro. En consecuencia, se hace preciso, en nuestra opinión, acomodar el sistema institucional a las nuevas realidades que conforman el panorama rico, amplio y profundo de la integración europea. Sin embargo, ya lo hemos mantenido insistentemente desde hace bastantes años, acomodar no puede significar únicamente llevar a cabo pequeños retoques que afectan a la simple composición de las instituciones o al mayor o menor peso que los Estados miembros han de tener en algunas de ellos. Consideramos, por el contrario, que las reformas son imprescindibles para hacer frente a los desafíos futuros y que deben realizarse con total vigor y en profundidad, diseñando, fijando, imaginando un sistema institucional que resulte útil y eficaz para el logro de los objetivos de la integración en el marco de los próximos años o décadas. Y para obtener esos resultados, es menester hacer reformas profundas en el sistema y no simples retoque numéricos como se han venido llevando a cabo tradicionalmente con cada adhesión de nuevos Estados.

Somos claramente partidarios de subrayar que el modelo precisa de un rediseño en el que, sin miedo aunque con la suficiente prudencia, se proceda a cambiar bastantes cosas que afectan al sistema institucional de la Unión propiamente dicho. El Tratado de Lisboa ha servido para salir de la situación de “impase” que se venía manteniendo a nivel de la Unión y proseguir en el avance, aunque lentamente y no a la velocidad que impulsaba el “non nato” Tratado Constitucional, del proceso de integración europea.

Así pues, que la reforma es necesaria parece que no hay duda. Dicha reforma debe comprenderse para que su realización adquiera la profundidad que, en realidad, precisa, procediendo a cambiar cuanto sea necesario en el contexto de un rediseño del sistema institucional actual, capaz de soportar la presencia de más de una treintena de Estados en el modelo de integración europeo y construido para hacer frente a un esquema diferente a nivel internacional en los próximos años futuros. Por ende, estamos totalmente a favor de la reiterada reforma institucional, que tendría que producirse con carácter previo a cualquier futura ampliación, lo cual no significa dejar al margen del proceso de cambios a los Estados que, ya actualmente, ocupan el status de países candidatos o puedan serlo en los próximos tiempos, antes bien, dichos países deben ser escuchados y analizadas sus posiciones por quienes son responsables de adoptar las necesarias reformas de cara a los años venideros. No obstante, insistimos, hemos de dejar ahora y aquí el tema

así planteado, de manera que podamos ocuparnos de exponer otras cuestiones de corte más federalista en sus diversas facetas políticas, económicas e institucionales.

3. MODELO DE FEDERALISMO EUROPEO

3.1. Elementos necesarios para la existencia de una Unión Política

3.1.1. Tránsito de las CCEE a la UE

Europa tuvo que esperar a la segunda guerra mundial (1939-1945) para apreciar en toda su extensión el absurdo suicida al que la rivalidad nacionalista había llevado al Continente. La necesidad de algún tipo de integración europea que marcara una nueva manera de reordenar el mapa político europeo se hizo evidente. Tres realidades mostraron la necesidad de esta nueva orientación hacia la integración europea:

- La conciencia de los europeos de su propia debilidad. La segunda guerra mundial había puesto fin definitivo a la tradicional hegemonía europea en el mundo. Las dos nuevas superpotencias, los Estados Unidos y la Unión Soviética, tenían un poder económico, político y militar muy superior al del heterogéneo conjunto de Estados europeos.
- La convicción de que había que evitar por todos los medios la vuelta a un enfrentamiento entre los Estados europeos. Las dos Guerras mundiales se habían iniciado como “guerras civiles” europeas, y nuestro Continente había sido el principal campo de batalla en ambas. Se trataba, esencialmente, de buscar un acomodo entre Francia y Alemania, que contara con el visto bueno de EEUU. La unidad era el camino para garantizar la paz.
- El deseo extendido entre muchos europeos de crear un continente más libre, justo y próspero en el que las relaciones internacionales se desarrollaran en un marco de concordia.

Los Estados Unidos, a diferencia de lo ocurrido en 1918, asumieron su responsabilidad como primera potencia mundial e intervinieron de forma resuelta en los asuntos europeos. Su acción en Europa se dirigió esencialmente a hacer frente a la amenaza soviética y para ello necesitaban una Europa occidental rica y unida. La postura americana ayudó a los políticos europeos decididos a tomar pasos concretos e iniciar el proceso de unificación europeo. El primer paso clave lo dio el Ministro de Asuntos Exteriores francés, Robert Schuman. El 9 de Mayo de 1950, propuso un plan, diseñado por Jean Monnet, para integrar y gestionar en

común la producción franco-alemana de carbón y acero. Esta medida de integración económica buscaba desarrollar el acercamiento entre Francia y Alemania, alejando definitivamente el espectro de la guerra en Europa. La Declaración Schuman -en la que ya se hablaba de una Federación Europea- llevó a la firma del Tratado de París en 1951. Con él nacía la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, la CECA. La Alta Autoridad común de la CECA pasó a estar presidida por Jean Monnet. A esta primera Comunidad europea se unieron seis países: Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo.

El 25 de marzo de 1957, estos seis Estados daban el paso definitivo y firmaban los dos Tratados de Roma por los que se creaba la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa). El primero de los reseñados, el Tratado (CEE) afirmaba en su Preámbulo que los Estados signatarios estaban “determinados a establecer los fundamentos de una unión sin fisuras más estrecha entre los países europeos”. Así quedaba claramente afirmado el objetivo político de integración progresiva entre los diversos países miembros. Más allá de este anhelo a largo plazo, la recién nacida CEE se basó en dos pilares: la construcción de una unión aduanera y el establecimiento de una política agrícola común.

Pese a las reivindicaciones de numerosos movimientos federalistas, el Tratado de Roma significó el triunfo de las ideas funcionalistas de Jean Monnet. Ante la imposibilidad de acceder de forma inmediata a una unión política de corte federalista, los europeístas optaron por buscar un proceso de integración que fuera afectando de forma gradual a diversos sectores económicos, a la vez que se iban creando instituciones supranacionales en las que los Estados paulatinamente cedían competencias económicas, administrativas y, en último caso, políticas a la Comunidad. En este momento nacieron las principales instituciones de la CEE: la Comisión, el Consejo, la Asamblea Europea -que posteriormente se denominaría Parlamento Europeo-, el Tribunal de Justicia y el Comité Económico Social. Las competencias de estos organismos se fueron ampliando y matizando en los diversos acuerdos y tratados que fueron modificando el Tratado de Roma en años posteriores.

Desde el principio, las diferencias entre los Estados miembros fueron manifiestas, el principal problema político con el que arrancó la CEE fue el que un país de la importancia del Reino Unido se mantuviera al margen, circunstancia que como veremos más adelante, ha propiciado la generación de nuevos conceptos como “Europa a dos velocidades” o modificaciones sustanciales en la toma de decisiones para evitar ese posible bloqueo. En aquel momento, los británicos se hallaban, y aún hoy muchos de ellos continúan, muy alejados del objetivo de unidad política europea. Sin embargo, se dieron cuenta pronto de su error. Mientras la CEE protagonizaba un crecimiento económico espectacular

en los años 60, con tasas de crecimiento claramente superiores a las norteamericanas, Gran Bretaña continuaba con su largo declive económico. Esta evidencia llevó a que el Reino Unido solicitará dos veces, en 1963 y 1967, su ingreso en la Comunidad. Las dos veces su demanda fue rechazada por el veto del general De Gaulle, el presidente francés. El líder galo veía a Gran Bretaña más como un apéndice norteamericano que como un país con vocación plenamente europea.

La dimisión de De Gaulle en 1969 abrió la puerta a la adhesión británica. Este hecho marcó el inicio de las ampliaciones sucesivas en la CEE y que, como veremos a lo largo de este trabajo, supone hoy en día una cuestión a debatir en el marco del dilema ampliación vs. profundización en la integración reforzada o política. Venciendo la oposición de partes importantes de la opinión pública británica, claramente “antieuropeas”, las negociaciones terminaron con éxito en 1972. En 1973, tres nuevos países ingresaron en la CEE: el Reino Unido, Dinamarca e Irlanda. Más adelante, la caída de las dictaduras militares en Grecia (1974), Portugal (1974) y España, con la muerte de Franco en 1975, permitió la adhesión de estos países meridionales. Grecia, en 1981, y España y Portugal, en 1986, se convirtieron en nuevos miembros de la CEE. La Comunidad se ampliaba hacia la Europa mediterránea y España conseguía hacer realidad una antigua aspiración.

En la segunda mitad de los ochenta, el proceso de integración toma un nuevo rumbo con una perspectiva diferente de lo que debía ser Europa, recibió un importante impulso político, protagonizado en gran medida por Jacques Delors, socialista francés, que había sido elegido Presidente de la Comisión Europea en 1985. El primer paso lo constituyó la aprobación en 1986 del Acta Única Europea. En esta Acta, primera modificación sustancial de los Tratados fundacionales, se acordaron dos medidas esenciales: la plena constitución de “un área sin fronteras en el que el libre movimiento de bienes, personas, servicios y capital esté asegurado”, objetivo alcanzado antes de 1992; y el fomento de diversos fondos comunitarios que ayudaran a los países y regiones más pobres.

La política de Delors colisionó frontalmente con las posturas de la Primera ministra británica Margaret Thatcher. La líder conservadora británica siempre destacó por su oposición a cualquier avance en la integración europea. El debate Delors-Thatcher quedó superado por la realidad histórica: el derrumbamiento de los sistemas comunistas en los países de Europa central y oriental en 1989; el fin de la Unión Soviética en 1991; y, ese mismo año, la guerra que marcó la desintegración de Yugoslavia. La primera consecuencia del derrumbamiento del bloque comunista fue la reunificación de Alemania en octubre de 1990. Tras la anexión de la RDA, la República Federal Alemana con casi 80 millones de habitantes y el 30% del PNB de la CEE, se convertía en la primera potencia europea, con un poderío económico claramente superior al de

Francia o Gran Bretaña.

El devenir de los acontecimientos históricos que se venían sucediendo parecía superar las expectativas puestas años atrás por los ya mencionados con anterioridad padres fundadores. Pero en ese momento histórico, provocó la reacción positiva y valiente de los entonces dirigentes europeos que supieron estar acorde a las circunstancias que acontecían en aquél instante. Fueron tres las particularidades que confluyeron y posibilitaron un nuevo empujón al proceso de integración europeo.

- La mejor forma de evitar suspicacias ante una nueva Alemania hegemónica en Europa era anclar a la potencia germana aún más en Europa. El Presidente francés, François Mitterand, y el Canciller alemán, Helmut Kohl, decidieron impulsar un nuevo Tratado.
- El vacío de poder que se creó en la Europa central y oriental con la caída del comunismo y el derrumbamiento de la URSS, dejaron a la CEE como la gran organización europea que garantizaba la estabilidad de un Continente convulso. Así lo vieron las nuevas democracias surgidas de la caída del comunismo que se precipitaron a iniciar negociaciones para la progresiva adhesión de cada una de ellas a la Comunidad.
- La inestabilidad financiera y monetaria que caracterizó el período. El crash bursátil de 1987 y la inestabilidad que afectó a diversas divisas europeas que fueron forzadas a la devaluación (libra esterlina, lira, peseta...) decidieron a los líderes políticos europeos a dar un paso decisivo en el camino hacia una moneda común europea.

Tras casi tres años de debates, en muchos casos circunscritos a las altas esferas políticas y sin la transparencia que la opinión pública europea demandaba -elemento al que más adelante dedicaremos unas líneas de reflexión-, finalmente el Consejo Europeo celebrado en Maastricht en diciembre de 1991, aprobaba el Tratado de la Unión Europea, popularmente conocido como Tratado de Maastricht. Las principales novedades que aportó fue la denominación oficial de Unión Europea, de la que inicialmente formaba parte en uno de sus pilares la Comunidad Europea, y que años más adelante, en el Tratado de Lisboa, vino a ser absorbida por la mencionada Unión. Además, se inició, aunque de forma tímida, una política común en materia de política exterior, seguridad, justicia y asuntos de interior. Un paso de extremada relevancia para el futuro, y aunque con unos derechos aún muy reducidos, fue la creación y puesta en marcha de la ciudadanía europea. Por último, se acordó la Unión Económica y Monetaria (UEM), a la cuál dedicaremos especial atención a lo largo de este trabajo. Pero, sin duda, el primer elemento federalizante fue el hecho de adoptar la decisión de crear una moneda única, que recibiría el nombre de EURO, para el 1 de noviembre de 1999.

El Tratado de Maastricht entró en vigor el 2 de Noviembre de 1993. En el Tratado se preveía su propia revisión, especialmente en todo lo referido a la reforma de las instituciones a la vista de las sucesivas ampliaciones que estaban estudiándose llevar a cabo en el contexto de la Unión, constituyendo esta cuestión una enorme trascendencia para el devenir del proceso integrador europeo.

Ahora, tras este breve inciso histórico, podemos avanzar en aspectos y problemáticas de calado más técnico. Se ha puesto de manifiesto como la polémica sobre el proceso europeo ha sido continuo a lo largo de toda su historia. Todo ha desembocado en una peculiarísima comunidad de Derecho, cuya naturaleza jurídica y política es muy discutida, si bien sus elementos fundacionales y su evolución histórica, todavía abierta, apuntan, en el presente, a una especial forma de moderna confederación o gobernanza supranacional, acusadamente institucionalizada y con una inspiración histórico-política de vocación federal -en el sentido de un federalismo internacional nuevo, no de un Estado federal clásico- que se detecta con cierta claridad en ámbitos como la ciudadanía europea, los principios de primacía y efecto directo que le son aplicables a su ordenamiento jurídico en relación con los ordenamientos nacionales, el sistema jurisdiccional o la unión monetaria (el sistema del euro).

3.1.2. Significado de un modelo de sistema de integración en Europa: hacia un federalismo europeo

a) Cuestiones relativas a la Unión Política y posibles cambios federalizantes.

El objetivo manifestado en la Declaración Schuman del 9 de mayo de 1950 fue claro y preciso, se buscaba construir la “Federación Europea, indispensable para la preservación de la paz”. Con el Tratado de Maastricht, como hemos visto, la Unión Europea nació como una nueva etapa en la que los pueblos de Europa estarían cada vez más unidos en el proceso creador. Por eso, es necesario entenderlo como un proceso constituyente abierto a los europeos, cuyo fin último es la construcción de una federación europea de Estados y ciudadanos. Para comenzar a hablar de una comunidad política con personalidad jurídica había que introducir una serie de elementos que serían a la postre los ejes centrales de este proceso - la moneda única y la ciudadanía europea-, así se hizo con el Tratado de Maastricht dónde se fundó la Unión Europea y, a posteriori, con la inclusión de la Carta Europea de Derechos Fundamentales con carácter vinculante en el Tratado de Lisboa y valor igual que los Tratados, es decir, formando parte del denominado Derecho originario de la Unión.

En el contexto federalista que proponemos, existe una gran

variedad de opiniones en el seno de la UE con respecto a la naturaleza jurídica que debe detentar la UE, y es evidente, como se ha puesto de manifiesto en el tránsito de las CCEE a la UE, que coexisten algunos Estados miembros que no desean participar en este proceso de unión política lo que se hace notorio en la inexistencia de voluntad política y continuas trabas que plantean algunos. Únicamente existe un camino, y éste consiste en avanzar indefectiblemente hacia un federalismo europeo de nuevo cuño que se plasmará paso a paso en los próximos años con la voluntad política de aquellos Estados miembros que crean en el proyecto iniciado ya hace 64 años atrás. Como veremos en líneas posteriores, no se plantea un federalismo típico como pudieran ser algunos modelos actuales tales como el estadounidense o el alemán, sino que se trata de un federalismo nuevo y amoldado a las necesidades y aspiraciones europeas. Es por ello que, a diferencia de lo que opinan ciertos autores, consideramos que no será una fácil tarea la que se lleve a cabo, no se trata de copiar modelos existentes, sino de ser capaces de inventar o diseñar un nuevo modelo federal basado en nuestro ya existente sistema institucional reformado y en el valor normativo europeo de lo ya adquirido (*acquis*). El objetivo último es lograr la integración política y económica por medio de unos mecanismos propios e innovadores, solamente de ese modo, conseguiremos cristalizar el esfuerzo y empeño de tantos años.

Este nuevo modelo de federalismo no aparece por casualidad en el debate actual, sino que proviene de un largo proceso de reflexión y desarrollo práctico del mismo, encuentra su esencia fundamental en la existencia de una continua descentralización que se ha operado desde los inicios de las CCEE. Podemos afirmar de forma contundente, y con una dilatada perspectiva en el tiempo, que los Estados miembros, con más o menos voluntad política, han ido transfiriendo cada vez más parcelas de su respectiva soberanía nacional hacia la Unión Europea. Esta transferencia progresiva de soberanía que, en cierto modo se materializa a través de una notable y constatable descentralización del poder a lo largo de los años en los que el proceso de integración ha venido transcurriendo, ha permitido el avance ininterrumpido del proyecto por medio de la cesión de competencias antes exclusivas de los Estados miembros que se han ido transfiriendo a la UE, sobre la base del principio de atribución, según el tenor de los Tratados. Este hecho que ya se vislumbraba desde la constitución de los Tratados Fundacionales en los años cincuenta y llegaba a constatarse con el transcurso de los años, se ha ido poniendo de relieve y clarificando con las modificaciones operadas por los sucesivos Tratados.

Pues bien, todo este planteamiento propuesto hasta ahora debe de establecerse atendiendo a una serie de principios informadores que constituyen las bases del sistema de integración política llevado a

cabo. No existe una enumeración taxativa de los mismos, sin embargo, podemos destacar aquellos que creemos son los más relevantes.

El primero de ellos, es el principio de democracia, que junto a otros como el de libertad, respeto a los derechos humanos, libertades fundamentales y Estado de Derecho, fundamentan las raíces sobre las que se construye la realidad de la UE. El Parlamento Europeo siempre ha sido un firme defensor de estos principios. Mediante sus comisiones permanentes, sus delegaciones interparlamentarias, sus resoluciones en Pleno, sus debates sobre derechos humanos y su participación en la observación de las elecciones, el Parlamento ha intentado siempre priorizar activamente la democratización en todas sus relaciones exteriores. Los intercambios entre parlamentos - desde la óptica de las representaciones nacionales y regionales- favorecen y fortalecen sus funciones dentro de cada país y contribuyen a la difusión mundial de los valores democráticos y la participación de las mismas en el proceso. Por lo tanto, la cooperación entre parlamentos con diferentes niveles de desarrollo es una valiosísima forma de impulsar la democracia. De este modo, podemos diferenciar en el funcionamiento de la UE tres principios democráticos: la igualdad democrática, por la cual, las instituciones europeas deben atender por igual a todos los ciudadanos; la democracia representativa en la que se concede un mayor papel al Parlamento Europeo y mayor participación de los Parlamentos nacionales y, por último, la democracia participativa, con nuevos mecanismos de interacción entre los ciudadanos y las instituciones, tales como la iniciativa ciudadana europea.

El segundo hace alusión a la legitimidad que deben tener cada una de las instituciones de la UE, las cuales han de, en todo momento, asociar a los ciudadanos al proceso de construcción. El futuro de la Unión Europea solamente pasa por la fuerte influencia de sus ciudadanos, que ya no son meros observadores contemplativos, sino que tienen y deben tener una participación principal.

El siguiente es el referido a la legalidad en cuanto a que la acción de los Estados miembros debe enmarcarse en un contexto de igualdad.

Otro principio es el que menciona la transparencia como herramienta esencial de debate, tanto los Parlamentos nacionales como los ciudadanos pueden conocer directamente las decisiones tomadas por los Ministros de cada país en el Consejo, ya que todos los debates en materia legislativa pasan a ser públicos. abriéndose a los medios de comunicación, como ya sucede en el Consejo.

El principio de eficacia debe estar presente de forma especial, pues las decisiones que toman en el seno de las instituciones no pueden ser improvisadas, estas decisiones finales deben estar bien reflexionadas y fundamentadas de la manera más óptima posible antes de su adopción.

Por último, el principio de solidaridad, clave en el contexto

europeo y sin el cual no podríamos haber llegado hasta la situación actual, más adelante dedicaremos unas líneas al mismo.

La salida de la crisis ha requerido completar la moneda única con una UEM más creíble y sostenible, sin perder nunca de vista la estructura política y las instituciones en las que se enmarcan, por ello, para lograr un sólido éxito para este fin se hace esencial adoptar una serie de medidas concretas con vistas a consolidar una unión política. Son varias las cuestiones a las que debemos hacer referencia a la hora de abordar esta materia para entender los pasos que se han ido dando hacia la que será la primera democracia supranacional en la era de la globalización.

Por un lado, es preciso tratar las reformas institucionales que se tienen que llevar a cabo en el seno de la UE, caballo de batalla durante años, el siguiente paso puede ser el definitivo. Uno de los primeros cambios es el reforzamiento del papel del Parlamento Europeo. Se debe consolidar un sistema bicameral legislativo asimétrico formado por el PE -como representación de los ciudadanos- y el Consejo -como representación de los Estados- con unas funciones ejecutivas mínimas y excepcionales sometidas al primero. Este último, donde están representados los gobiernos nacionales de los Estados miembros, es el que a día de hoy sigue teniendo más peso en la toma de decisiones, y por ello, debe quedar relegado a desempeñar un papel secundario, de coordinador entre los Estados Miembros y las instituciones europeas. De este modo se produciría una relación directa y democrática entre los ciudadanos, el presidente, el gobierno y el Parlamento Europeo, sin necesidad de pasar por los gobiernos nacionales y sus ministros como intermediarios. Además, tendrá que extenderse el procedimiento legislativo ordinario en todos los casos, y no como actualmente está concebido. Además, es necesario establecer una designación y elección directa del Presidente de la Comisión. Reconocer a la Comisión como un verdadero gobierno europeo con su Presidente elegido en investidura parlamentaria a partir de candidaturas presentadas por los partidos políticos europeos. El requisito de una mayor complementación y cooperación entre Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales de los EEMM es una evidencia. Esto es especialmente relevante, puesto que son incuestionables las carencias democráticas de una Europa que, no tiene un Parlamento con plenas competencias en el que los representantes tengan una relación directa con los ciudadanos, como sí ocurre, por ejemplo, en Estados Unidos. La subsidiariedad como concepto y principio fundamental y democrático, previsto en los Tratados, se debe articular y parangonar con la exigencia de responsabilidad compartida entre el PE y los Parlamentos nacionales. Por último, se debe reforzar y potenciar los partidos políticos transnacionales con un estatuto más fortalecido. La creación de partidos políticos europeos propios y originales- en el marco de una armonización de la legislación electoral

en la UE- que no atiendan a designios políticos nacionales, sino a intereses europeos con tendencias ideológicas diferenciadas, habrá de ser la realidad inspiradora de todo el contexto descrito, de conformidad con lo preceptuado por los Tratados.

Por otro lado, se tiene que reducir el tamaño de la composición de la Comisión, como se establece en los tratados -dos tercios del número de Estados miembros-, distinguiendo entre comisarios sénior y junior, dotándola de las capacidades ejecutivas necesarias para la gestión diaria de la unión económica y monetaria.

Reforzamiento de la Política Exterior y de Seguridad Común y aplicación de un enfoque común, porque solamente actuando como una única voz tenemos la capacidad y la dimensión necesarias para transformar el mundo, basado siempre en las normas y respetuoso con los Derechos Humanos.

En otro orden de ideas, se hace indispensable retomar la defensa y el desarrollo del modelo social europeo desde el nivel de la Unión, porque debilitarlo ni es la salida adecuada a la crisis ni es lo que quiere la ciudadanía -como ya expuso en su momento la Confederación Europea de Sindicatos-. Uno de los principales elementos de esta crisis ha sido la carencia de recursos económicos para sostener un determinado modelo social, lo que ha provocado que el proceso integrador del que hablamos se haya alargado más de lo debido. Hay que desarrollar de forma considerable las competencias relativas al modelo social, especialmente las que posibiliten la creación de empleo, las que tengan relación con el ámbito sindical, el derecho a la huelga, a la negociación colectiva europea y bases sobre el salario mínimo europeo.

En el ámbito económico, sería interesante la posibilidad de crear un ministerio de Hacienda que tuviera competencias en la supervisión macroeconómica y presupuestaria, en el cumplimiento de la disciplina presupuestaria a la que obligan los Tratados y en la armonización fiscal. Además, debería disponer de una capacidad presupuestaria suficiente para hacer frente a sus responsabilidades. El presupuesto debería ser financiado por los contribuyentes europeos, una especie de impuesto europeo, sin que les suponga un incremento en su presión fiscal. Un Tesoro europeo que tuviera la capacidad para emitir eurobonos respaldados por el presupuesto comunitario o a través de capital aportado por los Estados miembros.

Ampliar el mandato del Banco Central Europeo. Se le debe asignar el papel de prestamista en última instancia a los gobiernos de la UEM, así como el de contribuir al crecimiento y al empleo como se ve bien reflejado en el caso federal de la FED norteamericana.

b) Cuestiones relativas a la Unión Económica y Monetaria

La hora de reformar y avanzar hacia la Unión Política ha llegado, hay que realizar este camino con unidad y sin miedos. La Unión Europea fue entendida por sus padres fundadores tal y como nosotros lo sostenemos en la actualidad. En un primer paso, se debe terminar de completar una verdadera Unión Económica y Monetaria, siempre reforzando una unión política sobre la base de extender la democracia y la participación ciudadana a todos los niveles, combinando los principios de solidaridad y subsidiariedad. Para poder completarla de forma eficaz, la Unión debe llevar a cabo una unión bancaria con un sistema europeo de garantía de depósitos, mecanismos de estabilidad y resolución financiera y una Agencia Europea de la Deuda dentro del Eurogrupo -el que será el futuro Tesoro europeo-. Es preciso comenzar a abogar por menos políticas de austeridad y combinarlas con reformas y políticas de crecimiento que hagan viable el futuro en el seno de la UE.

Uno de los fines últimos de la UEM es lograr un crecimiento sostenible, para ello es necesario la creación de puestos de trabajo que puedan sostener nuestro nivel de vida. Uno de los puntos fuertes de la UE en el mercado internacional ha sido siempre el factor de la competitividad, para recuperar ésto es conveniente atender a nuevas políticas y realizar profundas reformas que conduzcan a este fin. Estos pasos a seguir, debemos encuadrarlos en dos vertientes o enfoques distintos.

De un lado, referirnos al enfoque nacional, cuestiones como la modernización de las Administraciones Públicas, la reducción del despilfarro en el gasto a la vez que se mantiene un cierto nivel de crecimiento, hacer frente a los intereses creados y a los privilegios y, por último, realizar la profunda reforma del mercado laboral para así garantizar la sostenibilidad de los sistemas sociales. Algunas de estas actuaciones se han ido realizando en varios en EEMM, sin embargo, y atendiendo a la grave crisis económica y financiera que hemos sufrido, se hace imprescindible continuar por el camino iniciado.

Por otro lado, habría que acudir al enfoque europeo, los pasos que se debieran seguir para completar la UEM serían, entre otros, terminar de completar el mercado común; acabar con las barreras físicas; económicas o digitales; como se ha visto con la crisis de Ucrania, reducir la dependencia energética se hace necesario por medio de políticas de innovación o el impulso definitivo a las energías renovables; no debemos esconder nuestras fortalezas, la UE tiene que ser más ambiciosa en lo que respecta a materias como la educación, la investigación o la ciencia, pues la mano de obra de calidad de nuestros trabajadores europeos es altamente cotizada en muchos grandes países del mundo; la creación de un marco fiscal más sencillo para las empresas sin recaer en errores del pasado -como fue el caso del dumping fiscal

irlandés- y hacerlo más atractivo para las inversiones provenientes de fuera de las fronteras europeas; sobre la base de todo lo anterior, no puede faltar un Presupuesto de la UE más realista y ambicioso, que esté en su gran mayoría destinado a la inversión, crecimiento y reformas; por último, decir que, estas primeras ideas que aquí enunciamos, deben fundamentarse sobre la reforma económica y sobre una verdadera UEM que serán los motores que puedan hacer que el proyecto europeo avance a gran velocidad.

La crisis ha alumbrado un creciente cuestionamiento de las instituciones democráticas occidentales ya que la capacidad de influencia en temas económicos de los ciudadanos a través del voto es muy limitada. Si realmente queremos alcanzar una mayor gobernanza económica es preciso cambiar de paradigma y asumir que nos encontramos en una situación posnacional a la que difícilmente se puede dotar de legitimidad democrática como en el pasado. Tras unas elecciones europeas marcadas por una continua discusión sobre qué Europa queríamos en el futuro, y para que la UEM se complete con una auténtica unión política se debería llevar a cabo la convocatoria de una Convención abierta con la participación de todos los actores fundamentales -parlamentos nacionales, gobiernos de los EEMM y las instituciones europeas- que se reivindica por los movimientos federalistas para 2015, así se puede deducir de la paradoja de la globalización enunciada por Dani Rodrick con su lema político de la economía mundial: entre soberanía nacional, democracia e integración económica solo podemos escoger dos elementos pero nunca los tres.

3.1.3. La vía de la cooperación reforzada en la UE: hacia la integración reforzada o política

La vía de la cooperación reforzada, definida en el Tratado de Lisboa en su artículo 20 (T.U.E), permite una colaboración más estrecha entre los países de la Unión que deseen seguir profundizando en la construcción europea, respetando el marco jurídico de la Unión. Lo que se pretende por esta vía es impedir el que, hasta ahora, había sido el “café para todos” en un marco de construcción continuamente bloqueado por los intereses de grandes Estados que ponían por encima sus intereses soberanos. De este modo, los Estados miembros interesados pueden progresar según ritmos u objetivos diferentes. No obstante, la cooperación reforzada no permite ampliar las competencias previstas por los Tratados ni puede aplicarse a ámbitos que sean competencia exclusiva de la Unión. Además, solo puede iniciarse como último recurso, en caso de que haya quedado sentado en el seno del Consejo que los objetivos asignados no pueden ser alcanzados por el conjunto de la Unión en un plazo razonable. Son cooperaciones organizadas por

los Estados miembros en el marco de las políticas europeas. Permiten a los Estados participantes organizar una cooperación más amplia a la inicialmente prevista por los Tratados en la política en cuestión. Las cooperaciones reforzadas se efectúan en el marco de la Unión Europea, mediante las instituciones y los procedimientos europeos.

El Tratado de la Unión Europea, en su título IV, establece el régimen general de la cooperación reforzada. En principio debe participar en ella un mínimo de nueve Estados, aunque se mantiene abierta a la posterior participación de cualquier otro Estado, siempre teniendo en cuenta que las nuevas incorporaciones tendrán que cumplir sin excepciones las exigencias impuestas para que no se retarde o sufra estancamiento la profundización de la construcción. La participación tampoco debe constituir una discriminación entre dichos Estados participantes y el resto. De forma oficial y cara al exterior, la UE querrá dar la sensación de unión y estabilidad política, todos querrán subirse al carro del avance del proyecto europeo, sin embargo, no se pueden esconder realidades subyacentes al contexto político-económico en el que vivimos, existen Estados como es el caso de Reino Unido que no desean participar en este progreso institucional. Los actos adoptados en el marco de dicha cooperación únicamente tienen carácter vinculante para los Estados miembros participantes y no se consideran parte del acervo. La finalidad de la cooperación reforzada consiste en impulsar los objetivos de la Unión, proteger sus intereses y reforzar su proceso de integración. Además, el Tratado de Lisboa permite la aplicación de las “cláusulas pasarela” en las cooperaciones reforzadas, excepto en las decisiones que tengan implicaciones militares o en el ámbito de la Defensa. Estas cláusulas pasarela permiten pasar de la unanimidad a la mayoría cualificada o de un procedimiento legislativo al procedimiento legislativo ordinario.

Además del régimen general, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Título III) también establece regímenes especiales. El procedimiento de activación de estas cooperaciones -tal y como establece el artículo 329 TFUE- se inicia tras la aprobación de una propuesta de la Comisión por el Parlamento Europeo, el Consejo autoriza la solicitud de los Estados miembros de iniciar una cooperación reforzada. Las decisiones por las que se autoriza la cooperación en el campo de la Política Exterior y de Seguridad Común son adoptadas por unanimidad por el Consejo, tras estudiar los dictámenes de la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, y de la Comisión. Se realiza una votación únicamente entre los miembros del Consejo que representan a los Estados miembros que participan en la cooperación reforzada. Debe notificarse al Consejo y a la Comisión la participación en cualquier cooperación reforzada que ya se encuentre en curso; además, para cualquier cuestión relacionada con

la PESC, también debe enviarse notificación a la Alta Representante. Aparte de decisiones relativas a cuestiones militares y a la política de defensa, el Consejo puede, en determinadas circunstancias, adoptar por unanimidad decisiones por mayoría cualificada o siguiendo el procedimiento legislativo ordinario.

El Tratado de Ámsterdam introdujo el concepto de «cooperación reforzada» en el Tratado de la UE para la cooperación judicial en materia penal y en el Tratado de la CE. El Tratado de Niza introdujo cambios importantes dirigidos a simplificar el mecanismo, a saber: un Estado miembro ya no puede impedir que se establezca una cooperación reforzada, como disponía inicialmente el Tratado de Ámsterdam. Para mejorar en mayor medida la cooperación y darle más sentido, el Tratado de Lisboa introdujo cambios adicionales relacionados principalmente con el procedimiento de iniciación de una cooperación reforzada en sus artículos 82, 83 y 87 TFUE, así como con la toma de decisiones en el marco de dicha cooperación.

No podemos obviar el problema que subyace a la hora de tratar la cuestión de las cooperaciones reforzadas, es el referido a las ampliaciones de Estados miembros. Hicimos antes mención al dilema que se produce entre aquellos que abogan por el camino de continuar extendiendo los límites geográficos a países europeos y, por otro lado, aquellos que plantean la situación de frenar estas ampliaciones para centrarse en la profundización del sistema europeo sobre la base de los criterios de Copenhague. Es una disyuntiva abierta de difícil respuesta, cualquiera de las dos visiones tienen sus pros y sus contras, sin embargo, debemos aportar una tercera vía que pueda dar más flexibilidad a esta situación. Así, podríamos plantear como solución otras posibilidades alternativas a la adhesión, como las que se pueden ofrecer por medio de la Política de Vecindad Europea o, avanzar por el camino de las relaciones especiales que tiene la UE con determinados Estados por medio de vías más diplomáticas o comerciales. Así, podemos hablar de distintas denominaciones que se han venido usando para encuadrar las relaciones de la Unión con vecinos geográficos con los que han llegado a acuerdos de privilegios en un gran abanico de materias de interés común o el conocido como club de amigos selectos.

CONCLUSIONES: HACIA UNA FEDERACIÓN DE ESTADOS NACIÓN

Como hemos visto a lo largo del trabajo, la Unión Europea es ya federal en muchos de sus elementos, aunque en bastantes ocasiones no se use tal concepto por prejuicio, ignorancia o corrección política. Hablamos antes de la moneda única, pero y qué decir del Banco Central Europeo, institución típicamente federal donde las decisiones se toman

por mayoría sin posibilidad de vetos nacionales. Del mismo modo, la distribución de competencias, entre exclusivas y compartidas es también clásica de los Estados federales, a lo que podríamos agregar el procedimiento de codecisión legislativa u ordinario entre el Consejo y el Parlamento Europeo, mediante el cual se aprueban las directivas y reglamentos que prepara la Comisión Europea. Este procedimiento legislativo es igualmente parangonable al de algunos de los Estados federales más conocidos como Alemania y Estados Unidos, donde existe un sistema bicameral con una Cámara que representa a los ciudadanos -Bundestag o House of Representatives- y otra que representa a los Estados -Bundesrat, Senate-.

Para que la Unión Europea pueda evolucionar necesita de una profunda y verdadera UEM -como ya hemos anunciado anteriormente-, Unión política, Política Exterior y de Defensa coherentes. Lo que conseguiremos con esta Federación democrática de Estados nación es lograr abordar nuestros problemas comunes compartiendo soberanía de modo que cada país y ciudadano disponga de mejores medios para controlar su propio destino. En la era de la globalización -hoy más que nunca- el concepto de unir soberanías significa un aumento del poder general y no un retroceso del mismo como algunos intentan hacer ver.

En Europa hacen falta unos valores comunes que sean defendidos, y creemos que el mejor instrumento es la adopción de una Constitución Europea -corta y clara- que fijara derechos y libertades, y unas instituciones reformadas más democráticas y con mayor legitimidad que fueran escogidas por todos los ciudadanos europeos. Llegados a este punto, hay que recordar, la presencia esencial que los ciudadanos tienen que tener en este proceso de construcción. Ya fueron algunas personalidades de reconocido prestigio, como fue el caso de Altiero Spinelli, las que hace años preconizaban sus ideas federalizantes y visionarias, y que poco a poco han ido interiorizándose y poniéndose en marcha por etapas. Elementos como la ciudadanía europea, el mercado interior, la unión monetaria, el procedimiento legislativo ordinario, la política exterior común y la política común de defensa son ya parte del proyecto europeo, gracias a la aportación federalista. Sin embargo, es un proyecto aún en construcción, por eso durante la VIII legislatura (2014-2019) será necesario conseguir la reforma federal anhelada por muchas generaciones y ya enunciada en la mencionada Declaración Schuman de 1950, al señalar que la creación de la CECA “sentará las primeras bases concretas de una federación europea indispensable para la preservación de la paz”.

Para potenciar este federalismo se están llevando a cabo una serie de acciones por parte de los EEMM en varios ámbitos de la política europea. Se cuestiona mucho que el brazo ejecutivo de la UE -la Comisión- no logre conseguir tomar el mando de la situación de

crisis que ha estado y sigue asolando a los EEMM en su conjunto. Así, el denominado Club de Berlín, impulsado por Alemania y con un total de once ministros de exteriores de la Unión, lanzó hace ya dos años su propuesta de cambio que pasaba por reducir el número de comisarios y darle más poderes a la Comisión -creando una especie de supergobierno de la UE-. Creado para desarrollar esa idea tan norteamericana de federalismo, este Club aboga por un presupuesto y política económica más federal, nuevos mecanismos de solidaridad -dónde los EEMM más grandes apoyen más a los pequeños-, con una unión bancaria, con una auténtica PESC -que sigue aún sin brillar con luz propia a pesar de los esfuerzos del Tratado de Lisboa- y, con medidas destinadas a reducir el déficit democrático que existe en el seno de las instituciones europeas. Entre sus miembros, destacar el papel importante de Estados de gran tamaño como son Alemania, Francia, Italia y España, con otros de menos peso como Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Austria y Portugal; y con la aportación de dos Estados miembros que no comparten el euro como Polonia y Dinamarca. Las grandes ausencias en este Club son Reino Unido y Suecia. Lo que se busca es la ruptura sedentaria que está teniendo la UE en los últimos años, una Europea más fuerte requiere la modificación de los Tratados y otorgar más poder al Parlamento entre otras acciones. Se realizará a través de un proceso participativo y democrático que incluya una Convención y, por supuesto, una consulta a modo de referéndum de ámbito europeo, gracias a un acuerdo político de los Estados miembros y las instituciones de la Unión.

Por todo lo anterior, y dados los recientes acontecimientos a los que hemos asistido (Referéndum en Gran Bretaña para abandonar la Unión con resultado exitoso para el Brexit), creemos necesario abrir un periodo de reflexión para meditar y examinar el cómo articular la participación de Estados miembros lentos y rápidos en unas mismas instituciones, sin que los primeros participen en decisiones importantes que solo afectarán a los segundos (la denominada Europa a dos velocidades). Porque este fenómeno se está produciendo cada vez de forma más evidente, existe una diferenciación entre los países que quieren una Europa más unida y los que propugnan aflojar lazos. Pero en esta ocasión, y es dónde radica lo novedoso del asunto, es que los primeros son la gran mayoría y los segundos muy pocos. Los primeros ya han demostrado su voluntad de seguir adelante sin esperar a los más reticentes.

Las bases sobre las que se debe de asentar el nuevo modelo federal europeo tiene que ser concretizado en las siguientes cuestiones como hemos visto ya: un modelo diferente y sui generis que se adecue al escenario mundial en el que hoy vivimos; la participación ciudadana como herramienta esencial sin la cual la UE no puede avanzar en su proyecto de construcción, la UE no puede dar la espalda a la realidad que se plasma ya en cada uno de sus Estados miembros; el objetivo

es lograr una auténtica integración política y para ello, es necesario cumplimentar todos los pasos que quedan y adecuar el sistema y sus instituciones a las demandas federalistas. Este modelo requiere de unas exigencias mínimas para que funcione de un modo eficaz, el diseño de nuevas instituciones -bajo la atenta puesta en práctica de los principios de democracia y transparencia- tiene que ser una prioridad; lo importante no es la denominación de las herramientas que se vayan a utilizar sino el contenido de las mismas, es decir, que función tienen y cómo deben actuar. A nuestro entender, dos instrumentos clave en este modelo de futuro son el Parlamento Europeo -por medio de la participación ciudadana- y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que debe garantizar la justicia y defensa de todos los derechos esenciales y fundamentales de los ciudadanos europeos. Por último, lo relativo a la jerarquía normativa, ésta debe tener un marco más federal, tal y como se establecía en el Proyecto de Constitución Europea.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENEDICTO, M. A. y Hernández, E. (ed.). *Europa 3.0. 90 miradas desde España a la Unión Europea*. Madrid: Plaza y Valdés Editores, 2014.

DURAO BARROSO, J.M. Discurso sobre el estado de la Unión 2012. Sesión plenaria del Parlamento Europeo, Estrasburgo el 12 de septiembre de 2012.

MOLINA DEL POZO, C. F.: “El sistema institucional europeo: evolución y perspectivas”. En: FORNER, S. (ed.). *50 años de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MOLINA DEL POZO, C. F. *Derecho de la Unión Europea*. 2ª ed. Madrid: Editorial Reus, 2015.

MOLINA DEL POZO, C.F. *Tratado de Derecho de la Unión Europea*. Lisboa-Curitiba: Jurúa Editorial, 2015, vol 4.

LA SALIDA DE UN ESTADO MIEMBRO EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN. EL REINO UNIDO Y LA UNIÓN EUROPEA

A SAÍDA DE UM ESTADO-MEMBRO NO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO. O REINO UNIDO E A UNIÃO EUROPEIA

*Roberto Ruiz Díaz Labrano**

Resumen: *La integración europea, más allá de sus dificultades, ha sido y sigue siendo un ejemplo de un proceso de integración exitoso, ha tenido un desarrollo extraordinario y una expansión siempre creciente de adhesión de Estados que se han incorporado al bloque.*

Conforme a sus objetivos el esquema fue afianzándose y aun cuando ha debido transitar crisis y diversas situaciones difíciles, por primera vez se presenta una situación en la cual uno de sus Estados Miembros, el Reino Unido, ubicado entre los tres más destacados en el aporte presupuestario, decide retirarse de la Unión Europea como resultado de un referéndum.

El hecho golpea fuertemente a la cohesión que en su conjunto siempre ha demostrado la Unión y requerirá de un profundo análisis sobre los pasos futuros a fin de evitar situaciones similares o un efecto contagio, sobre todo por sectores nacionalistas que pueden encontrar en el planteo del “exit” encender el debate político.

La decisión tiene serias consecuencias para el Estado saliente, el Reino Unido tendrá que utilizar una enorme creatividad y poder de negociación para reubicarse en el nuevo contexto para sus negociaciones internacionales. El presente artículo se busca explicar de algún modo lo ocurrido y las consecuencias de la decisión, así como el mecanismo de negociación a partir de la comunicación de la decisión.

Resumo: *A integração europeia, ainda de suas dificuldades, foi e segue sendo um exemplo de processo de integração exitoso. Ela teve um desenvolvimento extraordinário e uma expansão sempre crescente de adesão de Estados que se incorporaram ao bloco.*

* Doctor en Derecho. Miembro Titular del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción. Profesor Titular de Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción. Profesor de la Maestría en Derecho Internacional Privado y de la Integración de la Universidad de Buenos Aires. Miembro honorarios de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado “ASADIP”. E-mail: rlabrano@rdlabrano.com

Conforme aos seus objetivos o esquema foi-se afirmando e ainda quando teve que transitar crises e diversas situações difíceis, pela primeira vez, se apresenta uma situação na qual um de seus Estados Membros, o Reino Unido, que fica entre os três Estados más destacados no aporte orçamentário, decide se retirar da União Europeia, como resultado de um referendun.

O fato golpeia fortemente à coesão que no seu conjunto sempre demonstrou a União e requererá de uma aprofundada análise sobre os passos futuros aos fins de evitar situações similares o um efeito contagio, sobre todo pelos setores nacionalistas que podem encontrar no “exit” o início do debate político.

A decisão tem sérias consequências para o Estado que fica saindo, o Reino Unido terá que utilizar uma grande criatividade e poder de negociação para ficar de volta no novo contexto para suas negociações internacionais. No presente artigo procura-se explicar, de algum jeito, o acontecido e as consequências da decisão, assim como o mecanismo de negociação a partir da comunicação da decisão.

Palabras clave: Unión Europea, Pertenencia a la Unión Europea, Reino Unido, Brexit

Palavras-chave: União Europeia, Pertença na União Europeia, Reino Unido, Brexit

1. INTRODUCCIÓN

La integración supone un acuerdo de voluntades estatales, el deseo de ser parte de una meta común con proyectos y objetivos comunes, para tal efecto los Estados asumen una serie de responsabilidades – obligaciones – y se benefician de derechos y beneficios comunes como resultado de la Unión.

Los resultados de la integración deben beneficiar a todos los Estados miembros, no sólo a algunos, debe producir esa sensación en los ciudadanos para que éstos sigan acompañando el proceso, situación fácil de apreciar cuando los protagonistas son pocos, pero muy difícil cuando aumenta la cantidad de miembros con dimensiones, necesidades, ambiciones y realidades diferentes.

En tal sentido y para analizar lo que condujo al Reino Unido a un referéndum que voto por el sí para la salida de la Unión Europea, hemos considerado necesario recordar primero cuales han sido los grandes delineamientos y objetivos fundamentales que fueran propuestos en su momento para el proceso de integración europeo.

Por el tratado constitutivo de 1992 las altas partes contratantes crean entre sí la Unión Europea y como elemento principal la unidad

respecto a un objetivo político geográfico la construcción y consolidación de Europa como un todo. Se deja en claro que es un “proceso creador” de unidad buscando estrechar lazos entre los pueblos de Europa, aproximando las decisiones a los ciudadanos.

Se propuso en aquel momento que la Unión “Tendrá por misión organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos”¹. Tratándose de Estados con intereses diversos, la armonización de los intereses ha sido eje para la organización de las relaciones entre los miembros y los ciudadanos de cada uno de ellos, estableciéndose indicativamente las formas de cooperación.

Se podrá notar que las expresiones, solidaridad, cooperación, coherencia para la organización de las relaciones de los Estados miembros, fue el motor fundamental para lograr apuntalar un “proceso creador” capaz de lograr el objetivo de alcanzar la Unión Europea o la unión de todos los Estados Europeos.

Entre los principales objetivos, se acordó promover en un espacio sin fronteras “un progreso económico y social equilibrado y sostenible”. Se propuso lograr el “fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria”. Ya en aquél momento apuntando a la moneda única. Otros objetivos, como la afirmación de la entidad internacional, la seguridad común encaminada a otro gran objetivo el de la “defensa común”.

Se dispuso tener la suficiente flexibilidad en el ritmo de integración, a fin de garantizar que las políticas de cooperación fueran revisadas o reajustadas y teniendo presente el principio de subsidiariedad. Como otro gran objetivo se apuntó a la ciudadanía común europea². Con el

1 TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA (92/C 191/01). TÍTULO I. DISPOSICIONES COMUNES. Artículo A. Por el presente Tratado, las Altas Partes Contratantes constituyen entre sí una Unión Europea, en lo sucesivo denominada “Unión”. El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos. La Unión tiene su fundamento en las Comunidades Europeas completadas con las políticas y formas de cooperación establecidas por el presente Tratado. Tendrá por misión organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos.

2 TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA (92/C 191/01). Artículo B. La Unión tendrá los siguientes objetivos: - promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará, en su momento, una moneda única, conforme a las disposiciones del presente Tratado, - afirmar su identidad en el ámbito internacional, en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común que incluya, en el futuro, la definición de una política de defensa común que podría conducir, en su momento, a una defensa común, - reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión, - desarrollar una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior, - mantener íntegramente el acervo comunitario y desarrollarlo con el fin de examinar, con arreglo al procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo N, la medida en que las políticas y formas de cooperación establecidas en el presente Tratado deben ser revisadas, para asegurar la eficacia de los

Tratado de Ámsterdam se apuntó a lograr “un alto nivel de empleo”³.

Se encomendó que con en el marco institucional único creado, se buscará la coherencia y la continuidad de las acciones para alcanzar los objetivos, esencialmente velando por “mantener la coherencia del conjunto de su acción exterior en el marco de sus políticas en materia de relaciones exteriores, de seguridad, de economía y de desarrollo”, encomendando al Consejo y a la Comisión la responsabilidad de garantizar la coherencia⁴.

Se dispuso además y de forma expresa que “La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos”⁵. Con el Tratado de la Unión se acordó “el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria”, mediante la realización de las políticas y acciones comunes.

En el mismo instrumento se apuntó a “un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros”⁶.

Entendemos que bajo esta perspectiva y retrospectivamente debe analizarse la particular situación que se ha producido en la Unión Europea, atendiendo a la diversidad de intereses en juego frente a los

mecanismos e instituciones comunitarios. Los objetivos de la Unión se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos y en el respeto del principio de subsidiariedad tal y como se define en el artículo 3B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

3 Tratado de Ámsterdam, nuevo “Artículo B La Unión tendrá los siguientes objetivos: — promover el progreso económico y social, un alto nivel de empleo y conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará, en su momento, una moneda única, conforme a las disposiciones del presente Tratado”.

4 TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA (92/C 191/01). Artículo C La Unión tendrá un marco institucional único que garantizará la coherencia y la continuidad de las acciones llevadas a cabo para alcanzar sus objetivos, dentro del respeto y del desarrollo del acervo comunitario. La Unión velará, en particular, por mantener la coherencia del conjunto de su acción exterior en el marco de sus políticas en materia de relaciones exteriores, de seguridad, de economía y de desarrollo. El Consejo y la Comisión tendrán la responsabilidad de garantizar dicha coherencia y asegurarán, cada cual conforme a sus competencias, la realización de tales políticas.

5 Artículo F. 1. La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos.

6 Artículo 2 La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 3 A, un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros”.

principales objetivos que se propuso alcanzar con la integración.

2. EL BREXIT

En cuanto al Brexit⁷, hemos asistido sorprendidos al suceso que ha conmovido a la Unión Europea. Se convirtió de inmediato en noticia mundial por las repercusiones inmediatas y las que es razonable esperar. De inicio se puede decir que lo impensable, lo no deseable, lo insólito o lo absurdo ha ocurrido, el voto favorable al referéndum sobre la salida del Reino Unido.

Lo que parecía una consulta con respuesta preanunciada, el rechazo del sí a la salida del Reino Unido y que debía continuar siendo miembro de la Unión Europea, no fue tal, los ciudadanos británicos por escaso margen votaron por el retiro⁸.

De este modo y por primera vez en el proceso de integración europeo, un Estado Miembro luego de 43 años de haberse adherido, decide vía referéndum abandonar años de esfuerzos para unir y construir la integración Europa.

La lectura de este acontecimiento histórico en la vida del proceso de integración y que ocurre en el bloque actual más exitoso y más avanzado, tiene múltiples repercusiones internas e internacionales, económicas, políticas y sociales.

Como situación jurídica, recuerda que un componente esencial para la integración es la satisfacción de todos los Estados que lo conforman, porque es el elemento fundamental de cohesión para trazar un destino común. La insatisfacción o la sensación de insatisfacción pueden llevar a algunos pocos protagonistas, como ha ocurrido, asumir posiciones personales radicales y dañar profundamente los esfuerzos en pos de la integración, sin analizar en profundidad si el precio a pagar resulta alto.

El referéndum surge de una promesa electoral de David Cameron a su reelección como Primer Ministro en el 2015, él había prometido celebrar un referendo sobre la permanencia o no del Reino Unido en la Unión Europea.

La idea de restablecer popularidad cumpliendo su promesa y la certeza de que las negociaciones llevadas a cabo con Bruselas, que consideró suficiente para afirmar la pertenencia a la Unión, lo condujeron a llevar adelante la encuesta popular. Ni el Primer Ministro David Cameron, partidario de la permanencia, ni los principales referentes de las instituciones europeas y tal vez hasta los propios partidarios del

⁷ British Exit, o salida británica.

⁸ El referéndum realizado en el Reino Unido el 23 de junio de 2016 produjo el siguiente resultado: Votos a favor del Brexit: 17.410.742; Votos a favor de permanecer: 16.577.342; Total de votos: 33.577.342. Participación: 72%.

Brexit esperaban semejante el resultado.

Es probable que la suma de antiguas y reiteradas confrontaciones entre Bruselas y el Reino Unido, fueran generando suficiente predisposición entre los ciudadanos británicos más adultos, quienes votaron mayoritariamente por la salida, sin haber meditado en profundidad sobre los posibles efectos.

Fue también factor determinante la postura del ex alcalde de Londres Boris Johnson, que visualizó al mensaje Brexit como una oportunidad para ser Primer Ministro⁹, de igual modo la de Nigel Farage, reconocido euroescéptico quien se puso frontalmente a favor de la salida como parte de su política personal y partidaria¹⁰.

La renuncia de Cameron antes de iniciar el procedimiento para la salida, previsto en el artículo 50 del Tratado de Lisboa¹¹, movilizó el proceso de su sustitución resultando la Ministra del Interior Theresa May electa en el cargo de Primer Ministro, a la misma corresponderá liderar las arduas decisiones que deberán ser adoptadas. .

Su postura firme respecto al problema de la inmigración y la adoptada frente al referendo la colocan en una posición inmejorable para ser la protagonista de las negociaciones nada fáciles que se avecinan y para intentar el reposicionamiento internacional del Reino Unido fuera de la Unión Europea.

3. LA POSICIÓN DEL REINO UNIDO

Si en su participación en la Unión Europea se analiza la posición Reino Unido, sobre todo los acuerdos obtenidos poco antes, es mucho más incomprensible el resultado del referéndum, si bien numerosas diferencias podrían haber alertar de algún modo sobre lo que sobrevendría.

El Reino Unido se ha presentado siempre como el miembro díscolo en el proceso de integración europeo, a raíz de posiciones encontradas con el objetivo de la unión como la no participación en el Acuerdo Schengen¹², la Zona Euro, Política Exterior y de defensa común

9 Boris Johnson, al verificar el impacto ocasionado como consecuencia del Brexit, debió declarar rápidamente que no era candidato a Primer Ministro, renunciando a asumir parte de las consecuencias de su propia decisión. Se justificó diciendo “Debo decirles, mis amigos, que tras haber consultado con colegas y en vista de las circunstancias en el parlamento, he concluido que yo no puedo ser esa persona”.

10 El principal promotor de la salida del Reino Unido, líder del UKIP o Partido de la Independencia del Reino Unido, renunció a la actividad partidaria manifestando que luego de recuperar el país pretendía recuperar su vida. Apuntó el resultado del referendo como una victoria que culmina todo lo anhelado por el mismo como político.

11 El Tratado de Lisboa entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

12 Por el Acuerdo de Scheng en varios países de Europa suprimieron los controles en las fronteras interiores (entre esos países) y trasladaron esos controles a las fronteras exteriores (con países terceros). El acuerdo, firmado en la ciudad luxemburguesa de Schengen en 1985 y en vigor desde 1995, establece un espacio común –denominado espacio de Schengen– por el que puede circular libremente toda persona que haya entrado regularmente por una

y los reclamos permanentes sobre sus aportes o los beneficios recibidos.

Sorprende sobre todo porque el Reino Unido antes del referéndum y como una garantía de que no se produciría la salida, había obtenido una suerte de “estatus especial” por el cual podía permanecer fuera del objetivo de una unión más estrecha o de toda posibilidad de formar parte de una federación europea.

Las demandas formuladas por el Reino Unido a Bruselas de limitar las ayudas sociales a los inmigrantes europeos, permanecer al margen de los próximos pasos hacia una mayor integración europea, mejorar la competitividad del mercado único y la protección de Londres respecto a las decisiones de la Eurozona, fueron aceptadas¹³.

Previo a la convocatoria del referéndum David Cameron efectuó una rueda de prensa en la cual aseguró que en virtud del acuerdo

frontera exterior o resida en uno de los países que aplican el Convenio. En total, los países que forman parte del espacio de Schengen son 26: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Suecia y Suiza. Este último país votó el 9 de febrero de 2014 en referéndum, restringir el acceso de los ciudadanos de Europa a su territorio, lo que puede llevarle a abandonar el espacio de Schengen. Existen países que pertenecen al acuerdo de Schengen pero que tienen excepciones en la aplicación de algunos puntos del acuerdo y no pertenecen al espacio de Schengen. Por ejemplo, Reino Unido e Irlanda no forman parte del espacio de Schengen pero participan en la cooperación policial y judicial y en la lucha contra estupefacientes. Otros como Bulgaria, Rumanía y Chipre todavía no pertenecen al espacio de Schengen porque no cumplen con los requisitos de seguridad establecidos, aunque sí aplican otras partes del acuerdo. Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza, que no son miembros de la UE, llegaron a un acuerdo para formar parte de la zona Schengen, aunque Suiza ha votado en referéndum abandonarlo. Croacia, último país en incorporarse a la UE, quiere integrarse en el acuerdo en 2015.

13 “Los jefes de Estado y de Gobierno de la UE llegaron a ese acuerdo tras dos intensas jornadas de negociaciones y después de que los líderes evaluaran en una cena a 28 el último proyecto de acuerdo. Ese incluye un compromiso entre el Reino Unido y los países del este de Europa en cuanto al freno de emergencia para restringir las prestaciones a trabajadores comunitarios y la indexación de las ayudas por hijo. En cuanto al primer punto, Reino Unido podrá restringir durante los cuatro primeros años de su contrato las prestaciones sociales a los trabajadores comunitarios y podrá recurrir a este mecanismo durante un periodo de siete años, sin prórrogas, indicaron fuentes diplomáticas. En lo que respecta a la indexación de los beneficios que los trabajadores comunitarios perciben por hijo, el acuerdo final recoge un periodo de transición de cuatro años, hasta 2020, para aquellos empleados que ya reciben una ayuda. El texto también establece principios para garantizar el respeto mutuo entre los Estados miembros que quieren avanzar en la profundización de la Unión Económica y Monetaria y los que no, como el Reino Unido, para lo que habrá un “mecanismo” mediante el que “un” país que no participa en el euro puede indicar su oposición razonada a una medida legislativa y elevarlo al Consejo. No obstante, las fuentes dejaron claro que el documento precisa que esta medida en ningún caso puede servir para vetar las decisiones de la eurozona y que el proceso tiene que producirse de manera urgente para no influir en los mercados. Las mismas fuentes diplomáticas también señalaron que para dirimir las diferencias en las interpretaciones sobre una “Unión cada vez más estrecha”, el texto recoge que esta referencia no se aplica al Reino Unido, que no quiere una mayor integración política. También indicaron que en el texto final se menciona la posibilidad de introducir cambios en los tratados en el futuro para recoger algunos elementos del nuevo equilibrio con el Reino Unido.” Reino Unido y la UE logran un acuerdo final dirigido a impedir el “Brexit”. EFEBruselas, 19 feb 2016. Disponible en: <<http://www.efe.com/efe/espana/portada/reino-unido-y-la-ue-logran-un-acuerdo-final-dirigido-a-impedir-el-brexit/10010-284432>>

alcanzado “nunca nos uniremos al euro, ni formaremos parte de los rescates, ni de la Europa sin controles de pasaportes, ni del ejército europeo, ni de un super-estado europeo”¹⁴.

El presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker se refirió a este acuerdo diciendo “Es justo con el Reino Unido, justo con los otros 27 Estados”¹⁵. “Es un buen compromiso, que espero que sirva para mantener a Gran Bretaña en la UE”, escribió el primer ministro checo, Bohuslav Sobotka. El presidente del Consejo Europeo, Donald Tusk manifestó “apoyo unánime para un nuevo encaje para el Reino Unido en la Unión Europea (UE)”¹⁶.

Frente a tal escenario, la posibilidad del Brexit era impensable, las condiciones reclamadas y obtenidas por Cameron previo al referéndum, aparentemente le garantizaban de que resultaba imposible que el Reino Unido abandonara la Unión Europea, sin embargo para sorpresa del propio Primer Ministro y de Bruselas, el referéndum votó por la salida de la Unión.

Las consecuencias son diversas y constituye una situación inédita para la Unión Europea, el Reino Unido, luego de Alemania y Francia es la tercera economía del bloque y como contribuyente el segundo en el presupuesto europeo, de allí que en el análisis de la salida y hasta que se concrete la Unión tendrá que prever una reingeniería presupuestaria.

En el proceso de salida las negociaciones serán arduas y complejas, la Unión Europea no puede perder de vista que semejante ejemplo, en la hipótesis que represente un claro y visible beneficio para el Reino Unido será una invitación a que otros Estados miembros, pretendan también un referéndum de continuidad.

La cuestión tiene múltiples aristas, desde analizar el interés económico de las partes, hasta el precedente que en uno u otro sentido pueden significar las negociaciones, por de pronto hay una especie de estado de conmoción y preocupación lógica sobre el futuro, abriendo las puertas a la posibilidad de una Unión Europea de múltiples velocidades.

Entre las negociaciones inevitables está la de si el Reino Unido podrá seguir participando o no del mercado único europeo, o en otros términos si podría o no mantenerse de alguna manera integrado a través del marco legal que representa el Espacio Económico Europeo “EEE”¹⁷, del cual participan actualmente Noruega, Liechtenstein e

14 La UE activaría el estatus especial para el Reino Unido si no hay Brexit. Diponible en:

<<http://www.publico.es/internacional/ue-activaria-estatus-especial-reino.html>>

15 Reino Unido y la UE logran un acuerdo final dirigido a impedir el “Brexit”. EFE. Bruselas 19 feb 2016. Disponible en: <<http://www.efe.com/efe/espana/portada/reino-unido-y-la-ue-logran-un-acuerdo-final-dirigido-a-impedir-el-brexite/10010-2844328>>

16 Reino Unido y la UE logran un acuerdo final dirigido a impedir el ‘Brexit’. Por EFE. Portada de RTVE. Disponible en: <<http://www.rtve.es/noticias/20160219/reino-unido-ue-logran-acuerdo-final-dirigido-impedir-brexite/1304980.shtml>>

17 El Espacio Económico Europeo (EEE) se instauró el 1 de enero de 1994 con motivo de un acuerdo entre países miembros de la Unión Europea (UE) y de la Asociación Europea de Libre

Islandia, manteniendo de este modo para los ciudadanos británicos y a su vez a los europeos la vigencia de las cuatro libertades que representa el mercado único.

En tal hipótesis, que podría resultar con diversos matices probable, la negociación podría mantener la legislación común relacionada al mercado único, o tendría la obligación de aceptarla, con lo cual estaría participando de uno de los principales mecanismos de integración del proceso europeo, sin incidir en su alcance pero todas las obligaciones de un Estado miembro.

Este escenario deberá soportar las críticas que supondría dicha situación al interior de la Unión y a las contradicciones que significaría, teniendo en cuenta que esencialmente el Brexit fue producto de un reclamo del rescate o mayor soberanía estatal del Reino Unido y el rechazo a las decisiones migratorias, que no podrían convivir con la libre circulación.

Otro escenario de negociación posible sería el que posee la Unión Europea con Suiza, cuya relación esta reglada por una multiplicad de acuerdos, aproximadamente cien, que regulan diversos intereses. El Reino Unido deberá definir en primer lugar cual es la vinculación que pretende mantener o busca establecer en las negociaciones, que podemos anticipar no es tarea fácil.

Entre los intereses que más pueden afectar al Reino Unido, está el rol que siempre ha desempeñado en el ámbito financiero, en el modelo de la relación de la Unión Europea con Suiza están excluidos los servicios financieros, servicio que es interés central británico. De lo que no cabe duda es que se requerirá mucha imaginación, poder de negociación y una apreciación objetiva de los intereses en juego para una salida airosa de esta difícil coyuntura para la integración europea.

La posibilidad de que el Reino Unido se mantenga absolutamente desvinculado de todo los acuerdos o de toda vinculación con la Unión Europea no parece ser viable, más allá de que se acepte o no, existen intereses que no pueden ser dejado de lado, como la relación estratégica que significa los vínculos existentes desde el punto de vista comercial, político y sobre todo social. No se debe olvidar el estrecho margen en la votación del referéndum y la presión que podría significar la pérdida de espacios y expectativas de los ciudadanos británicos.

Tal hipótesis, la de total desvinculación, supone que todas las negociaciones del Reino Unido se realizarán fuera de la protección

Comercio (EFTA), excepto Suiza. Su creación permitió a los países de la EFTA participar en el mercado interior de la Unión Europea sin tener que adherirse a la UE. Los miembros de la AELC siguientes: Islandia, Liechtenstein y Noruega. Suiza, como miembro de la AELC, rechazó por un 49,7% entrar a formar parte del Espacio Económico Europeo en el referéndum nacional celebrado el 6 de diciembre de 1992 por lo que no ratificó el acuerdo. Actualmente las relaciones de ese país con la UE están regidas por un conjunto de tratados bilaterales como miembro de Schengen desde 2008.

del marco regional y sujeto a las reglas de la Organización Mundial de Comercio, lo que llevará a una revisión muy profunda de sus relaciones comerciales internacionales y el riesgo previsible de que se presente en condiciones menos ventajosa frente a los Estados que poseen acuerdos comerciales con la Unión Europea.

Otra cuestión no menor, es la oportunidad o no de reformar los Tratados a fin de prever situaciones como las que se presentan con el Reino Unido, para cuyo efecto habrá que analizar muy especialmente la coyuntura política y necesidades que se definan como prioridades futuras, como el reconocimiento expreso de una Europa a velocidades distintas o avanzar hacia un sistema federativo.

Los comentarios de los medios, ante la falta de referencias de otro tipo son múltiples y algunos, como el *The Guardian* exponen sobre las posibles consecuencias “La decisión histórica del Reino Unido de terminar la relación de amor y odio con la Unión Europea comenzada hace 43 años representa un punto de inflexión en la historia británica tan importante como las dos guerras mundiales del siglo XX. Suponiendo que no hay vuelta atrás, ni un repentino arrepentimiento colectivo, las consecuencias políticas, constitucionales, diplomáticas y económicas para el Reino Unido se extenderán al menos durante una década.

La posición del Reino Unido en el mundo acaba de cambiar, como también han cambiado los centros de poder de la política británica. Downing Street, las grandes corporaciones, los expertos económicos o el establishment de la política exterior, los tradicionales centros de poder, acaban de ser golpeados por el equivalente a una bomba de racimo popular”¹⁸.

Consecuencias indirectas del Brexit es de que podría haber generado las condiciones para una nueva consulta sobre la independencia de Escocia¹⁹, que en un 62% por ciento se pronunciaron en favor de permanecer en la Unión Europea, es previsible que el resultado pudiera reactivar la posibilidad de un nuevo referéndum de independencia del Reino Unido de modo a permanecer en la Unión Europea²⁰. Lo mismo

¹⁸ ¿Qué ocurrirá ahora en Reino Unido y Europa tras el sí al Brexit?. Por *The Guardian*. Eldiario.es. Disponible en: <http://www.eldiario.es/theguardian/Reino-Unido-Union-Europea-ahora_0_530197283.html>

¹⁹ “Nicola Sturgeon, primera ministra escocesa y líder del independentista Partido Nacional Escocés (SNP), declaró que un segundo referéndum de independencia era “altamente probable”. El líder del partido republicano irlandés Sinn Féin, Martin McGuinness, reclamaba esa misma mañana que se dejara “a la gente del Norte tener voz sobre su propio futuro”. Escocia podría de esta forma estar avanzando hacia su segundo referéndum de independencia, después del celebrado en el 2014. A pesar de que los escoceses rechazaron entonces separarse del Reino Unido, el apoyo por la independencia ha crecido desde entonces y el SNP se ha mantenido como fuerza política hegemónica en Escocia en las dos últimas elecciones.”. *TRAS LA VICTORIA DEL ‘BREXIT’ Irlanda del Norte y Escocia exigen sendos referendums para salir de Gran Bretaña*. El Periódico Internacional. Disponible en: <<http://www.elperiodico.com/es/noticias/internacional/escocia-irlanda-del-norte-votan-favor-seguir-union-europea-522608520>>. En la primera consulta, en 2014, la opción de permanecer en Reino Unido se impuso sólo

cabe decir de Irlanda del Norte.

El procedimiento para que se efectivice la salida está sujeto a lo previsto en el artículo 50 del Tratado de Lisboa. Es posible anticipar que se buscará generar una nueva y particular relación entre el bloque y el Reino Unido que ampare de algún modo a quienes ya se encuentran con derechos derivados de los acuerdos pre existentes y establezca el escenario económico para las exportaciones e importaciones futuras tanto con el bloque como con relación a terceros estados, con los cuales se celebraran acuerdos comerciales²¹.

La activación del proceso de salida corresponde al Estado miembro interesado y por tanto deberá ser el Reino Unido que lo active por medio de la notificación. Conforme a su constitución corresponde al Primer Ministro y no al Parlamento hacerlo, por cuanto constituye una prerrogativa real, aun cuando puede proponer una moción de que el Primer Ministro no active el artículo 50 del Tratado de Lisboa.

Una vez iniciado el procedimiento por la comunicación que haga la nueva Primer Ministro británica Theresa May, la negociación o acuerdo al cual se arribe para su aprobación precisa de una mayoría calificada de votos tanto del Reino Unido como de los demás veinte y siete miembros, lo que representa el voto favorable de veinte países y por lo menos el 65% de la población total.

De no producirse el acuerdo y no se llegare a la mayoría para su aprobación o un acuerdo de prórroga o extensión, todas las relaciones comerciales del Reino Unido con la Unión Europea serán regidos por las reglas y aranceles en la Organización Mundial de Comercio y quedará fuera de todos los acuerdos celebrados.

4. EL ARTÍCULO 50 DEL TRATADO DE LISBOA

La Unión Europea ha previsto en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea un mecanismo para la retirada voluntaria y unilateral de un Estado Miembro de la Unión Europea (UE), disposición a la cual se refiere como “Cláusula de retirada”.

El procedimiento consiste, en la notificación que realiza el Estado que adopta la decisión de retirarse al Consejo Europeo, a lo cual sigue una negociación a fin de que finalmente el Consejo por mayoría calificada y previa aprobación del Parlamento Europeo, proponga las directrices para la celebración del acuerdo de retirada.

Los Tratados dejan de aplicarse para quien realiza la solicitud a

con un 55% de los votos contra el 44% que apoyó la separación.

21 La mitad de las exportaciones de Reino Unido se dirigen a día de hoy hacia la Unión, mientras que el país británico recibe hasta un 16% de las exportaciones europeas. Pero la UE afecta también al modo en que Reino Unido comercia con el resto del mundo: gran parte de los intercambios comerciales del país británico se desarrollan en el marco de los acuerdos que la Unión tiene con 50 países, acuerdos que tendrían que ser renegociados.

partir de la entrada en vigor del acuerdo o a más tardar, aun no mediando acuerdo, a partir de los dos años de la notificación de retirada, plazo que puede ser prorrogado por el Consejo. El Estado saliente podrá volver a solicitar su ingreso a la Unión, pero deberá seguir todo el procedimiento previsto para la adhesión.

Es posible suponer que al tiempo de la redacción del artículo 50 del Tratado de Lisboa, no se habría pensado que los referentes más importantes de la Unión Europea utilizarían el mecanismo de salida, teniendo en cuenta la pérdida de representatividad, del espacio económico y tener que actuar aislado en un mundo definitivamente globalizado.

Tal vez si se hubiera visualizado más profundamente esa situación, la redacción del texto hubiera sido diferente, contemplando mecanismos que permitieran un procedimiento más lento y la posibilidad de revisar la decisión o incluso una reincorporación más simple, pero no es así.

En su texto el inciso primero es terminante, acompaña en realidad lo que constituye un derecho fundamental de todo Estado de permanecer o no ligado a un tratado cuyos objetivos o marco legal ya no lo satisfacen o son cuestionados. Dice “1. Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión.”

La redacción obedece al principio de que la adhesión de los Estados a la Unión Europea es un acto voluntario y soberano, por lo cual cada uno de los miembros puede decidir su retiro. Igualmente a que ante semejante decisión, lo más aconsejable resulte acelerar la separación a fin de no afectar las políticas comunes.

La disposición es simple y al mismo tiempo impactante porque implica la separación o escisión de un miembro del espacio integrado y de los acuerdos que permitieron la construcción de una comunidad jurídica, lógicamente con las consecuencias políticas que tal decisión representa también para los demás miembros.

Es una decisión autónoma que puede adoptar cada Estado miembro conforme sus propios preceptos constitucionales, de allí que habrá mayores o menores dificultades para la decisión según la variedad de preceptos constitucionales. En el caso del Reino Unido, basta el referéndum y este fue realizado votando por la salida de la Unión Europea, decisión que parece irreversible y que da inicio a la separación a partir de la en la comunicación que se efectúe de la decisión adoptada en el mismo.

Si nos remitimos para el análisis a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²², la terminación de un tratado o el retiro se produce en virtud de sus disposiciones o por el consentimiento de las partes. El Art 54 en el inciso a) de la Convención, refiere que se produce “a) conforme a las disposiciones del tratado, o b) en cualquier momento,

²² Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969.

por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes”.

En el caso de la Unión Europea, conforme al artículo 50, la decisión queda abierta a todos los Estados miembros, siguiendo sus normas constitucionales, que es precisamente lo que ha efectuado el Reino Unido a través del referéndum. La disposición protege el derecho a no seguir tomando parte en la estructura jurídico-política de la Unión Europea como una garantía para los Estados miembros, a fin de evitar quedar sujetos a situaciones no deseadas.

El Tratado de la Unión celebrado que sea un acuerdo internacional entre la Unión²³ y el Estado que se constituye en miembro, por tanto prevé el mecanismo para el Estado que resolviera retirarse, intención que debe ser notificada al Consejo Europeo²⁴. A partir de este momento la Unión debe negociar y celebrar un acuerdo para determinar la forma de retirada atendiendo a las relaciones futuras con el Estado saliente²⁵.

La disposición remite al artículo 218.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 300 TCE) sobre la forma de negociación, interpretando esta remisión, se trata de una negociación destinada a reglar la relación futura del Estado que se retira y la Unión Europea.

La remisión legislativa se refiere a negociaciones con terceros Estados, de lo cual se deduce que más allá de la continuidad de las obligaciones recíprocas que se extienden por dos años, salvo acuerdo de prórroga, las autoridades de la Unión deben asumir que se trata de

23 Artículo 216 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea “1. La Unión podrá celebrar un acuerdo con uno o varios terceros países u organizaciones internacionales cuando así lo prevean los Tratados o cuando la celebración de un acuerdo bien sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados, bien esté prevista en un acto jurídicamente vinculante de la Unión, o bien pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas. 2. Los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros.”

24 El Consejo Europeo es una de las siete altas Instituciones de la Unión Europea, integrada por los veintiocho jefes de Estado o de Gobierno de los países miembros, el Presidente de la Comisión Europea, y el presidente del Consejo Europeo, que es quien preside las reuniones. En sus reuniones y trabajos también participa el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, aun no siendo miembro de pleno derecho. Su composición y la lógica de su funcionamiento lo convierten en un órgano de naturaleza predominantemente intergubernamental.1 Sus funciones son de orientación política y de jefatura colectiva simbólica, fijando las grandes directrices y objetivos de la Unión en los ámbitos más relevantes; la potestad legislativa le está expresamente vedada por los Tratados. Sus reuniones, de carácter ordinariamente trimestral, se designan comúnmente como “cumbres europeas” o “reuniones en la cumbre” debido a la importancia de sus asistentes, pero desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1º de diciembre de 2009, el Consejo Europeo es una institución constitucional comunitaria de pleno Derecho y como tal debe actuar, al servicio del acuerdo e integración de los intereses nacionales con los europeos.

25 Artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 300 TCE). 1. Sin perjuicio de las disposiciones particulares del artículo 207, para la negociación y celebración de acuerdos entre la Unión y terceros países u organizaciones internacionales se aplicará el procedimiento siguiente. 2. El Consejo autorizará la apertura de negociaciones, aprobará las directrices de negociación, autorizará la firma y celebrará los acuerdos.

una negociación para un acuerdo futuro con un tercero²⁶. La Unión negocia a través del Consejo con el Estado que comunicó su decisión de retirarse, lo hace conforme al citado artículo 218.3 del TFUE.

De acuerdo al artículo 50 del Tratado de Lisboa “La Comisión o el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, presentará recomendaciones al Consejo, que adoptará una decisión por la que se autorice la apertura de negociaciones y se designe al negociador o al jefe del equipo de negociación de la Unión”. Siempre en virtud del artículo 50 del TU “El Consejo celebrará el acuerdo en nombre de la Unión por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo”.

De acuerdo al artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea inciso 2. “El Consejo autorizará la apertura de negociaciones, aprobará las directrices de negociación, autorizará la firma y celebrará los acuerdos”, teniendo en cuenta que la negociación con el Reino Unido implicará asuntos exteriores y política de seguridad, tanto la Comisión, o el Alto Representante de la Unión para Asuntos y Exteriores y Política de Seguridad, presentarán recomendaciones al Consejo.

Le corresponde al Consejo designar, teniendo en vista la materia del acuerdo previsto, al negociador o al jefe del equipo de negociación de la Unión. También dictar directrices al negociador y designar un comité especial, al que deberá consultarse durante las negociaciones. (inciso 4).

De acuerdo al numeral 5 del artículo 218.3 del TFUE “El Consejo adoptará, a propuesta del negociador, una decisión por la que se autorice la firma del acuerdo y, en su caso, su aplicación provisional antes de la entrada en vigor”. Se debe tener presente que El Consejo adoptará, a propuesta del negociador, una decisión de celebración del acuerdo” (numeral 6).

Siempre en base al numeral 6 el Consejo adoptará la decisión de celebración del acuerdo, previa aprobación del Parlamento Europeo (6.a) en los siguientes casos. *i.* acuerdos de asociación; *ii.* acuerdo de adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; *iii.* acuerdos que creen un marco institucional específico al organizar procedimientos de cooperación; *iv.* acuerdos que tengan repercusiones presupuestarias importantes para la Unión; *v.* acuerdos que se refieran a ámbitos a los que se aplique el procedimiento legislativo ordinario o, si se requiere la

²⁶ Artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 300 TCE) 1. Sin perjuicio de las disposiciones particulares del artículo 207, para la negociación y celebración de acuerdos entre la Unión y terceros países u organizaciones internacionales se aplicará el procedimiento siguiente. Artículo 207. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 133 TCE) 3. En caso de que deban negociarse y celebrarse acuerdos con uno o más terceros países u organizaciones internacionales, se aplicará el artículo 218, sin perjuicio de las disposiciones específicas del presente artículo.

aprobación del Parlamento Europeo, el procedimiento legislativo especial.

En caso de urgencia, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán convenir en un plazo para la aprobación previa consulta al Parlamento Europeo en los demás casos. El Parlamento Europeo emitirá su dictamen en un plazo que el Consejo podrá fijar según la urgencia. De no haberse emitido un dictamen al término de dicho plazo, el Consejo podrá pronunciarse.

Lo dispuesto precedentemente tiene por excepción los acuerdos que se refieran exclusivamente a la política exterior y de seguridad común, que hemos visto tiene un trámite especial contenido también en el artículo 50 del Tratado de Lisboa.

El consejo, de acuerdo al numeral 7 “podrá autorizar al negociador a aprobar, en nombre de la Unión, las modificaciones del acuerdo para cuya adopción éste prevea un procedimiento simplificado o la intervención de un órgano creado por el acuerdo. El Consejo podrá supeditar dicha autorización a condiciones específicas”.

En cuanto al modo de pronunciamiento de acuerdo al numeral 8 “El Consejo se pronunciará por mayoría cualificada durante todo el procedimiento. Sin embargo, el Consejo se pronunciará por unanimidad cuando el acuerdo se refiera a un ámbito en el que se requiera la unanimidad para la adopción de un acto de la Unión y cuando se trate de acuerdos de asociación y de los acuerdos previstos en el artículo 212 con los Estados candidatos a la adhesión. El Consejo se pronunciará también por unanimidad sobre el acuerdo de adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; la decisión de celebración de dicho acuerdo entrará en vigor después de haber sido aprobada por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

Conforme al numeral 9. “El Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión o del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, una decisión por la que se suspenda la aplicación de un acuerdo y se establezcan las posiciones que deban adoptarse en nombre de la Unión en un organismo creado por un acuerdo, cuando dicho organismo deba adoptar actos que surtan efectos jurídicos, con excepción de los actos que completen o modifiquen el marco institucional del acuerdo”.

Por último, numeral 10. “Se informará cumplida e inmediatamente al Parlamento Europeo en todas las fases del procedimiento”. De acuerdo al 11 “Un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto. En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados”.

De acuerdo al numeral 2 del artículo 50 del Tratado de Lisboa, el período de negociación a partir de la notificación es de dos años, pasado los cuales, salvo que el Consejo Europeo amplíe el plazo, los “Los Tratados dejarán de aplicarse al Estado de que se trate a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto, a los 2 años de la notificación de retirada al Consejo Europeo. El miembro del Consejo Europeo y del Consejo que represente al Estado miembro que se retire no participará ni en las deliberaciones ni en las decisiones del Consejo Europeo o del Consejo que le afecten”.

La mayoría cualificada, se definirá como un mínimo del 72% de los miembros del Consejo que represente a Estados miembros participantes que reúnan como mínimo el 65% de la población de dichos estados. Si el estado miembro que se ha retirado de la Unión solicita de nuevo la adhesión, su solicitud se someterá al procedimiento establecido en el artículo 49 del Tratado de la Unión Europea.

5. PETICIÓN DE READHESIÓN

La hipótesis de una nueva adhesión del Reino Unido una vez culminado el procedimiento de retiro, no tendrá privilegios especiales, debe seguir el procedimiento previsto en el artículo 49 del TUE, que establece la base para este efecto y cumplir los criterios de elegibilidad, entre ellos el del artículo 2 del TUE como el respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho; el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías; y el respeto de una sociedad pluralista, así como la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

También deberá cumplir con los denominados criterios de Copenhague, como fue denominado en razón de la reunión del Consejo Europeo que se celebró en esa ciudad en 1993 como la existencia de instituciones estables que garanticen la democracia, el Estado de Derecho, el respeto de los derechos humanos y el respeto y la protección de las minorías; la existencia de una economía de mercado en funcionamiento y la capacidad de hacer frente a la competencia y las fuerzas del mercado dentro de la UE; la capacidad para asumir y cumplir de manera eficaz las obligaciones que se derivan de la adhesión, incluidos los objetivos de la unión política, económica y monetaria.

Es obvio que estos criterios reúne el Reino Unido, quizás se le pudiera objetar en tal hipótesis el relativo a la capacidad de cumplir eficazmente los objetivos principales de unión política, económica y monetaria, pero no debería ser un obstáculo. El Consejo Europeo realizado en Madrid en 1995 agregó que el candidato debe aplicar y garantizar la aplicación del Derecho de la Unión Europea por su trasposición a la legislación nacional

y es la Unión Europea por supuesto la que se reserva decidir cuándo los criterios están cumplidos para la adhesión.

La petición de nueva adhesión será presentada al Consejo de la Unión Europea y este informará al Parlamento, a la Comisión Europea y a los Parlamentos Nacionales. El Consejo en tal caso concede al Estado el estatus de país candidato una vez que la Comisión dictamine favorable. Sólo luego de la decisión del Consejo que debe ser unánime se inician las negociaciones realizadas como conferencias intergubernamentales entre los Estados que conforman la Unión Europea y el país candidato.

Las negociaciones con conducen al proyecto de Tratado de Adhesión que debe ser aprobada por unanimidad del Consejo de la Unión Europea y tener la aprobación del Parlamento Europeo, luego de lo cual cada estado miembro y el país adherente los suscriben y ratifican.

6. LA ALTERNATIVA DE INTEGRAR EL EEE

Entre las alternativas posibles dentro del marco de negociación se encuentra la de que el Reino Unido se incorpore a la Asociación Europea de Libre Comercio o “AELC”²⁷, cuyo origen fue propulsado por los británicos, esquema incorporado o integrado al Espacio Económico Europeo “EEE”²⁸.

De acuerdo al artículo 1 del EEE su objetivo es el de promover un reforzamiento continuo y equilibrado de las relaciones comerciales y económicas entre las Partes Contratantes, en igualdad de condiciones de competencia y en observancia de unas normas comunes, con miras a crear un Espacio Económico Europeo homogéneo²⁹.

27 La European Free Trade Association “EFTA” o EFTA fue firmado el 4 de enero de 1960 bajo la idea de servir de contrapeso a la CEE. Sus miembros originarios Reino Unido, Suecia, Noruega, Dinamarca, Suiza, Austria y Portugal y posteriormente Islandia y Finlandia. El Reino Unido ingresó en 1972 al Mercado Común y posteriormente otros de sus miembros. En 1991 se acordó una Zona de Libre Comercio con la Comunidad Económica Europea que entró en vigor en 1993. En 1992 el EFTA se incorpora al Espacio Económico Europeo EEE y sus miembros son Noruega, Islandia y Liechenteinteín.

28 Órganos del Espacio Económico Europeo. Consejo Europeo: Es el órgano encargado de impulsar la aplicación y desarrollo del Acuerdo y su evaluación. Dicho Consejo, que se reúne cada seis meses, está compuesto por los ministros competentes en cada materia de cada una de las dos comunidades: la UE y la EFTA. Las decisiones están adoptadas de común acuerdo. Comité Conjunto: Órgano dependiente del Consejo del EEE que se ocupa de las cuestiones prácticas y de la gestión ordinaria. Autoridad de Vigilancia:

Órgano que supervisa el cumplimiento de la normativa relativa al Espacio Económico Europeo. El EEE cuenta además con dos órganos consultivos: un Comité Parlamentario, integrado por miembros de los Parlamentos de los países miembros, y un Comité Consultivo compuesto por miembros del Comité Económico y Social de la UE y por miembros del Comité Consultivo de la EFTA.” Véase: Biografía de Espacio Económico Europeo (EEE). Disponible en: <<http://www.lahistoriaconmapas.com/historia/historia2/biografia-de-espacio-economico-europeo-eee/>>

29 “El EEE, sin embargo, difiere del mercado único comunitario en que no comprende todos los sectores políticos de la UE; la política agrícola común (PAC) y la política pesquera común son los principales sectores excluidos en principio del ámbito del Acuerdo. El EEE no cubre los

El AELC³⁰ preveía el establecimiento de un mercado interior que comprendiera la entonces Comunidad Europea “CE” y sus Estados miembros y los países del que forman parte del mismo.

Para el ingreso del Reino Unido será necesario que a más Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza que tiene una relación especial con la Unión Europea acepten el ingreso. Noruega ya ha manifestado con anterioridad al referéndum que tal hipótesis no sería aceptable³¹.

En principio esta opción podría ser la que más se adecue para una relación entre la Unión Europea y el Reino Unido, analizar la posibilidad de integrar el Espacio Económico Europeo “EEE” al cual ingreso EFTA es una alternativa interesante, pero no exenta de obstáculos.

El principal obstáculo es que por este acuerdo pueden comerciar libremente en todo el espacio de la Unión Europea, pero están obligados a ser parte del acuerdo Schengen relacionado a la libre circulación de personas, uno de los puntos fundamentales de oposición esgrimidos para el voto favorable a la salida del Reino Unido, otro es el de los aportes que requiere

Noruega sería partidario de que el Reino Unido efectúe una negociación bilateral diferente, buscando preservar la relación que viene funcionando sin sobresaltos³², pero pese que es un socio comercial importante de noruega y del EFTA se manifiesta que éste sea el escenario de negociación. Sea como fuere el Reino Unido puede negociar un acuerdo similar al EFTA y tener presente todo el contenido del Espacio

impuestos indirectos (IVA e impuestos especiales), ni tampoco tiene una política económica y comercial exterior común (arancel aduanero común, medidas antidumping, etc.)” Véase “El Espacio Económico Europeo (EEE) y la ampliación de la Unión Europea”. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/enlargement/briefings/32a2_es.htm>

30 El Acuerdo se firmó el 2 de mayo de 1992 en Oporto entre los 12 Estados miembros de entonces de la CE y los 7 miembros de la AELC: Austria, Finlandia, Islandia, Liechtenstein, Noruega, Suecia y Suiza. Suiza, sin embargo, no pudo ratificar el Acuerdo debido al resultado negativo, por muy pequeño margen, del referéndum celebrado en diciembre de 1992. A causa de su unión económica de facto, Liechtenstein quedó inicialmente vinculado a Suiza. El Acuerdo entró en vigor a principios de 1994, por tanto, con 17 países. Desde entonces, tres de los miembros por parte de la AELC, Austria, Finlandia y Suecia, son ya miembros de pleno derecho de la Unión Europea. El principado de Liechtenstein consiguió adherirse al EEE el 1 de mayo de 1995, aunque con la condición de efectuar ciertas adaptaciones del acuerdo de unión aduanera de 1993 entre los dos Estados. El Acuerdo EEE, por lo tanto, se aplica ahora a la UE de los 15 y a los 3 Estados miembros de la AELC: Islandia, Liechtenstein y Noruega. Suiza, aunque no forma parte del EEE, sigue siendo miembro de la AELC.

31 Tras el Brexit, la EFTA es una opción para el Reino Unido, pero Noruega se opone a su entrada. El Economista.es/Bloomberg, BLOOMBERG 1/07/2016. Disponible en: <<http://www.economista.es/economia/noticias/7677327/07/16/Tras-el-Brexit-la-EFTA-es-una-opcion-para-el-Reino-Unido-pero-Noruega-se-opone.html>>

32 Jonas Gahr Stoere, líder del partido laborista noruego, cree que lo mejor es que el Reino Unido fabrique su propia vía para tener acceso al mercado común de la UE. Noruega debe garantizar y asegurar la estabilidad de la EFTA. “Hay pocas posibilidades de que lleguemos a un acuerdo para cambiar algo que lleva funcionando más de 20 años”, explicó el político noruego. Ver: Tras el Brexit, la EFTA es una opción para el Reino Unido, pero Noruega se opone a su entrada. ELECONOMISTA.ES / BLOOMBERG 1/07/2016. Disponible en: <<http://www.economista.es/economia/noticias/7677327/07/16/Tras-el-Brexit-la-EFTA-es-una-opcion-para-el-Reino-Unido-pero-Noruega-se-opone.html>>

Económico Europeo.

7. EL MODELO UNIÓN EUROPEA – SUIZA

Entre los diversos escenarios que podrían ser tenidos en cuenta para el futuro de la relación de la Unión Europea con el Reino Unido, se podría tomar en consideración o referencia establecido con la Confederación Suiza³³, pero con ciertas dificultades a raíz de la posición asumida con relación a la inmigración de ciudadanos europeos y las condiciones en las que esta podría producirse.

Según este modelo tanto los ciudadanos europeos como británicos, gozarían del derecho de entrada y residencia, acceso a una actividad económica, establecimiento como trabajador independiente y residencia una vez finalizada la actividad. El derecho de entrada y residencia afecta a todas las personas, incluidas aquellas que no ejerzan ninguna actividad económica en el país de acogida.

Implica que el Reino Unido deberá tratar a los ciudadanos europeos y a los británicos en el territorio de la Unión, bajo las mismas condiciones de vida, empleo y trabajo que a sus nacionales, básicamente el respeto a la libre circulación de personas, su movilidad y la apertura para ejercer actividades económicas y establecer residencia adquiriendo inmuebles.

En un acuerdo de esta naturaleza, el principal componente será la igualdad de trato, un sistema de coordinación en los sistemas de seguridad social y el reconocimiento de las cualificaciones profesionales.

Respecto a las prestaciones de servicios, quizás la mayor preocupación de las empresas que se han constituido para este efecto en el Reino Unido o las empresas británicas constituidas en el territorio de Estados de la Unión, la forma de evitar consecuencias económicas sería seguir el mismo modelo.

En tal sentido, deberían poder efectuar prestaciones limitadas y negociadas en cuanto a su duración y contemplar el modo de preservar los derechos y situación jurídica de las empresas ya instaladas.

33 Decisión 2002/309/CE, Euratom del Consejo y de la Comisión respecto al Acuerdo de cooperación científica y tecnológica de 4 de abril de 2002 sobre la celebración de siete Acuerdos con la Confederación Suiza [Diario Oficial L 114 de 30.4.2002]. Acuerdo entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, sobre la libre circulación de personas [DO L 114 de 30.4.2002]. Véase igualmente 2006/245/CE: Decisión del Consejo, de 27 de febrero de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea y de sus Estados miembros, de un Protocolo del Acuerdo entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, sobre la libre circulación de personas, relativo a la participación, como Partes Contratantes, de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, como consecuencia de su adhesión a la Unión Europea

CONCLUSIÓN

1. La primera experiencia de la Unión Europea donde uno de sus miembros más destacados, el Reino Unido, decide salir de la Unión es un hecho absolutamente inesperado, sorprendió a la mayoría de los analistas del proceso de integración y a los propios referentes del mismo. Es una coyuntura inédita y el análisis de tal situación no es simple.

2. La situación exige de la Unión Europea un mensaje claro de que esta escisión no importará el resquebrajamiento del proceso de integración, ni su flexibilización, deberá adoptar medidas necesarias que fortalezcan el proceso para que no disminuya su fortaleza internacional.

3. Las negociaciones, que no serán fáciles, deberían ubicar al Reino Unido en un estatus especial a través de un Tratado. Resulta aconsejable por su particular condición, teniendo en cuenta intereses comunes, derechos adquiridos y la necesidad de mantener ciertas políticas regionales comunes, así lo exigen y es evidente que buscará el mayor acceso posible al mercado único.

4. Las negociaciones a la luz del artículo 50 del Tratado de Lisboa otorgan al Consejo Europeo amplias facultades. Esta negociación, debería iniciarse cuanto antes, a fin de terminar con las especulaciones y sondear las posibilidades de un acuerdo que permita una beneficiosa convivencia política y económica.

5. Es previsible que se haga uso del mecanismo de prórroga o extensión del plazo, sea parcial o total, que posibilita el artículo 50 numeral 3 del Tratado de Lisboa, a fin de culminar de forma adecuada y satisfactoria la negociación de salida o de nueva relación entre el Reino Unido y la Unión Europea.

6. Durante las negociaciones, hasta arribar a un acuerdo o durante el período de dos años, el Reino Unido sigue siendo un miembro con todas las obligaciones y derechos que implica la condición de miembro y de ciudadanos de la Unión. Luego de ese período sobrevendrán, cuestiones vinculadas a los derechos adquiridos o consolidados de los ciudadanos de la Unión Europea y del Reino Unido, que deberán ser resueltos en la medida en que sean planteados en favor de su reconocimiento, para evitar que decisiones políticas incidan sobre situaciones preexistentes de naturaleza personal y comercial.

7. La negociación será una experiencia inédita, las partes deberán analizar y sopesar sus planteamientos. Obviamente el Reino Unido buscará mantener en gran medida el acceso al mercado interior, sin las responsabilidades que implica, en tanto que la Unión Europea condicionara el acceso a la contribución que considere necesaria, a fin de evitar un socio “privilegiado” que obtenga todos los beneficios sin contribuir al presupuesto.

8. Es previsible que las negociaciones respecto al acceso al

mercado por el Reino Unido, se garantizará que no resulten en una discriminación respecto a los Estados miembros de la Unión Europea. Es probable, en el futuro, que las obligaciones acordadas o extendidas sobre el mercado único deberán ser respetadas por el Reino Unido sin intervenir en la elaboración, modificación de la legislación comunitaria.

9. Los escenarios previsibles para una relación futura entre el Reino Unido y la Unión Europea puede seguir diversos modelos, como el de incorporación al Espacio Económico Europeo vía Asociación Europea de Libre Comercio o “AELC”, lo que implica para el Reino Unido formar parte del mercado único europeo sin restringir la posibilidad de negociar con terceros países, sin voto en las decisiones y la obligación de contribuir a la UE.

La otra alternativa es adoptar un acuerdo similar al de Suiza, implica libre circulación de personas y bienes, sin toma de decisiones y la escisión total por lo que los acuerdos serán regidos bajo las reglas de la Organización Mundial de Comercio.

Por su parte, independientemente a esta negociación, la Unión Europea debería profundizar la idea de una integración de varias velocidades, a fin de evitar que situaciones de disconformidad o el deseo de no avanzar con nuevas concesiones o cesión de poderes a las instituciones, trabe el proceso o produzca situaciones similares a las del Reino Unido.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

“¿Qué ocurrirá ahora en Reino Unido y Europa tras el sí al Brexit?” [en línea]. *Eldiario.es*. 24 jun 2016. Disponible en: <http://www.eldiario.es/theguardian/Reino-Unido-Union-Europea-ahora_0_530197283.html>

“El Espacio Económico Europeo (EEE) y la ampliación de la Unión Europea” [en línea]. *Europa Parliament*. 17 nov 1998. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/enlargement/briefings/32a2_es.htm>

“Espacio Económico Europeo” [en línea]. *La Historia.com*. 1 nov 2007. Disponible en: <<http://www.lahistoriaconmapas.com/historia/historia2/biografia-de-espacio-economico-europeo-eee/>>

“La UE activaría el estatus especial para el Reino Unido si no hay Brexit” [en línea]. *Público*. 22 jun 2013. Disponible en: <<http://www.publico.es/internacional/ue-activaria-estatus-especial-reino.html>>

“Reino Unido y la UE logran un acuerdo final dirigido a impedir el ‘Brexit’” [en línea]. *Agencia EFE*. 19 feb 2016. Disponible en: <<http://www.efe.com/efe/espana/portada/reino-unido-y-la-ue-logran-un-acuerdo-final-dirigido-a-impedir-el-brexit/10010-2844328>>

“Reino Unido y la UE logran un acuerdo final dirigido a impedir el ‘Brexit’” [en línea]. *Agencia EFE*. 19 feb 2016. Disponible en: <<http://www.efe.com/efe/espana/portada/reino-unido-y-la-ue-logran-un-acuerdo-final-dirigido-a-impedir-el-brexit/10010-2844328>>

www.efe.com/efe/espana/portada/reino-unido-y-la-ue-logran-un-acuerdo-final-dirigido-a-impedir-el-brex/10010-2844328

“Tras el Brexit, la EFTA es una opción para el Reino Unido, pero Noruega se opone a su entrada” [en línea]. *El Economista.es*. 1 jul 2016. Disponible en: <<http://www.economista.es/economia/noticias/7677327/07/16/Tras-el-Brexit-la-EFTA-es-una-opcion-para-el-Reino-Unido-pero-Noruega-se-opone.html>>

“Tras la victoria del ‘BREXIT’ Irlanda del Norte y Escocia exigen sendos referéndums para salir de Gran Bretaña” [en línea]. *El Periódico Internacional*. 24 jun 2016. Disponible en: <<http://www.elperiodico.com/es/noticias/internacional/escocia-irlanda-del-norte-votan-favor-seguir-union-europea-5226085>>

ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. 4ª ed. Navarra: Thomson – Civitas, 2014.

ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Tratado de Amsterdam Versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea*. Navarra: Civitas – Thomson Reuters, 2012.

ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Tratado de Lisboa, Tratado. Versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea*. 3ª ed. s.n: Civitas – Thomson Reuters, s.f.

ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Tratado de Niza. Versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea*. s.n: Edición Civitas – Thomson Reuters, s.f.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. 3ª ed. Editorial Trivium, Madrid 1997.

ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Tratados y Legislación Institucional de la Unión Europea*. 6ª ed. s.n: Edit. Civitas – Thomson Reuters, 2012.

MANGAS, Martín; LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Mc. Graw Hill, 1996.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Evolución histórica y jurídica de los Procesos de Integración en la Unión Europea y en el MERCOSUR. Liber Amicorum Miguel Angel Ciuro Caldani*. Buenos Aires: Editorial Eudeba, 2011.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. 3ª ed. Madrid: Trivium, 1997.

UNIÓN EUROPEA. *Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo - Acta Final - Declaraciones conjuntas - Declaraciones de los Gobiernos de los Estados miembros de las CE y de los Estados de la AELC - Acuerdos - Acta aprobada - Declaraciones de una o varias partes contratantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo* [en línea]. Disponible en: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A21994A0103\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A21994A0103(01))>

UNIÓN EUROPEA. *Convenio de Schengen (1985) DO L 239, 22.9.2000* [en línea]. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties-other.html?locale=es>>

UNIÓN EUROPEA. *Decisión 2006/245/CE del Consejo, de 27 de febrero de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea y de sus Estados miembros.*

UNIÓN EUROPEA. *Tratado sobre la Unión Europea - Tratado de Maastricht* [en línea]. Disponible en: <http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_es.htm>

UNIÓN EUROPEA. *Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas. Tratados por los que se revisan dichos Tratados. Acta Única Europea.* Oficina de Publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas. CECA-CEE-CEEE. Bruselas-Luxemburgo, 1987.

ASPECTOS JURÍDICOS Y PERSPECTIVAS POLÍTICAS DE UNA POSIBLE RETIRADA DE LA UNIÓN EUROPEA POR PARTE DEL REINO UNIDO*

PERSPECTIVAS LEGAIS E POLÍTICAS DE UMA POSSÍVEL SAÍDA DA UNIÃO EUROPEIA PELO REINO UNIDO

*Werner Miguel Kühn Baca***

Resumen: *El artículo ofrece un análisis de la situación actual de las relaciones entre el Reino Unido y la Unión Europea. El enfoque se encuentra en los aspectos jurídicos y las perspectivas políticas de una posible retirada por parte de este Estado miembro del proceso de integración europeo. Se evalúan los posibles escenarios y consecuencias, tomando en cuenta tanto el marco jurídico como el entorno político actual. En base a dicho análisis, se proponen soluciones que podrían satisfacer los intereses del Reino Unido y la Unión Europea.*

Resumo: *O artigo oferece uma análise da situação atual das relações entre o Reino Unido e a União Europeia. O tratamento encontra-se nos aspectos jurídicos e as perspectivas políticas de uma possível saída por parte deste Estado membro do processo de integração europeu. Avaliam-se os possíveis cenários e consequências, tomando em conta tanto o marco jurídico como o entorno político atual. Em base a dito análises, propõe-se a conhecer soluções que poderiam satisfazer os interesses do Reino Unido e a União Europeia.*

Palabras clave: Proceso de integración, Derecho de integración económica regional, Relaciones internacionales, Mercado interior, Libre circulación de personas, Tratados comerciales, Rescisión de un tratado internacional, Incertidumbre jurídica, Reino Unido, Unión Europea, Asociación Europea de

* El trabajo original ha sido adaptado y modificado a los eventos políticos ocurridos y actuales discusiones jurídicas fue publicado en la revista *Política Internacional*, 2015, n° 115, p. 65-92

** Doctorado en Derecho por la Universidad de Kiel (Alemania). Especialización en Derecho de la Comunidad Andina, del Mercosur, de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo. Ejerció de 2004 a 2012 la función de letrado en gabinetes de Abogados Generales en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo. Trabaja desde 2013 como funcionario jurídico en el Directorado Mercado Interior de la Autoridad de Vigilancia de la Asociación Europea de Libre Comercio (“EFTA Surveillance Authority”) en Bruselas. Correo electrónico: E-mail: iuseuropaeum@yahoo.de

Libre Comercio, Brexit

Palavras-chave: Processo de integração, Direito de integração econômica regional, Relações internacionais, Mercado interno, Livre circulação de pessoas, Tratados comerciais, Rescisão de um tratado internacional, Insegurança jurídica, Reino Unido, União Europeia, Associação Europeia de Livre Comércio, Brexit

1. INTRODUCCIÓN

En un inicio, la posibilidad de que el Reino Unido abandonara la Unión Europea (“UE”) –el escenario comúnmente denominado “Brexit”–, parecía inverosímil a mucha gente. Sin embargo, este escenario se volvió menos improbable desde que el entonces Primer Ministro británico, David Cameron, anunciara su plan de someter la pertenencia del Reino Unido a este sistema de integración a un referéndum que se llevaría a cabo en 2017, en caso de que su partido permaneciese en el poder tras las elecciones generales del 7 de mayo de 2015. El 28 de mayo de 2015, es decir, a sólo pocas semanas después de que el partido conservador británico saliese victorioso de las urnas, el gobierno publicó su proyecto de ley destinado a poner en marcha el referéndum¹. Finalmente, el 23 de junio de 2016, se llevó a cabo dicho referéndum, el cual se destacó por un voto ligeramente mayoritario a favor de una retirada². Subsecuentemente, la nueva Primera Ministra, Theresa May, anunció su intención de respetar el voto popular³. Ante esta perspectiva, conviene estar consciente de los desafíos y riesgos que una posible retirada por parte del Reino Unido podría significar. El presente trabajo tiene precisamente como objetivo exponer los aspectos jurídicos a tenerse en cuenta, así como las opciones que el Reino Unido tendría. El análisis tendrá en consideración las dificultades jurídicas, económicas y prácticas a hacerse frente.

2. LA SITUACIÓN ACTUAL

Paradójicamente, el Reino Unido abandonaría la UE en un

1 El texto del proyecto de ley sobre el referéndum británico está disponible en la página web del Parlamento británico: <<http://services.parliament.uk/bills/2015-16/europeanunionreferendum.html>> [consultado 19.7.2016]

2 Datos oficiales: A favor de una retirada (“leave”): 17,410,742 votos (51.89%) / A favor de una permanencia (“remain”) 16,141,241 48.11%

3 Extracto del discurso de la Primera Ministra británica, Theresa May, del 11 de julio 2016: “No podría ser más clara. ‘Brexit’ significa ‘Brexit’. Y vamos a hacer un éxito de ello. No habrá intentos para permanecer dentro de la UE, no habrá intentos para volver a acceder por la puerta trasera, y no habrá ningún segundo referéndum. El país votó a favor de abandonar la UE, y como Primera Ministra me aseguraré de que dejemos la UE.” (disponible bajo el siguiente enlace: <http://www.theresa2016.co.uk/we_can_make_britain_a_country_that_works_for_everyone>)

momento en que habría alcanzado la mayoría de los objetivos trazados en su política europea:

- Ampliar la UE en su extensión territorial sin profundizar la integración, ni modificar sus instituciones, al mismo tiempo que obtendría una rebaja en su aportación a las finanzas de la UE;
- Mantener todos los beneficios que da el mercado interior de la UE, al mismo tiempo de conseguir numerosos “opt-outs” en varias políticas (la moneda común; el espacio Schengen; el espacio de libertad, seguridad y justicia) y de fomentar una política liberal de mercado;
- Preservar el control sobre la política exterior y de defensa británica, al mismo tiempo de guardar un derecho de veto respecto a cualquier decisión en el ámbito de la política exterior y de defensa europea, de frenar toda tentativa de avanzar en dicho ámbito y de impulsar la política comercial común de la UE;
- Obtener un mejor control de la subsidiariedad y, finalmente, neutralizar todo intento de introducir símbolos federalistas en el interior de la UE.

A pesar de esta situación poco beneficiosa para la integración europea, es interesante constatar que la mayoría, por no decir la totalidad, de los Estados miembros de la UE preferiría que el Reino Unido permaneciera como miembro. Sus gobiernos han señalado la intención de ayudar a este Estado miembro a encontrar maneras y medios para lograrlo⁴. Sin embargo, han indicado también que no están dispuestos a conseguirlo a cualquier precio.

3. EL MARCO JURÍDICO APLICABLE

A fin de reconocer las posibles opciones del Reino Unido, resulta conveniente determinar el marco jurídico aplicable. Si decidiese retirarse de la UE, en base a qué fundamento jurídico y conforme a qué procedimiento podría hacerlo? La *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales*⁵, la cual, si bien aún no ha entrado en vigor, codifica en

⁴ Véase el comentario conciliador de la Canciller alemana Angela Merkel respecto a la propuesta del entonces Primer Ministro británico David Cameron de “repatriar ciertas competencias” previamente atribuidas a la UE: <<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/germany/10243695/Angela-Merkel-Brussels-should-return-powers.html>> [consultado 23.8.2015].

⁵ *Convención sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales*, suscrita en Viena, el 21 de marzo de 1986 (Doc. A/CONF.129/15). Se considera prudente recurrir a este instrumento jurídico y no a la *Convención sobre el Derecho de los Tratados*, suscrita en Viena, el 23 de mayo de 1969 (Doc. A/CONF.39/27), debido a que la UE no constituye un Estado en su forma actual, sino una organización

parte Derecho internacional consuetudinario⁶, establece en su artículo 54 que “la terminación de un tratado o la retirada de una parte podrán tener lugar a) conforme a las disposiciones del tratado; o b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes”. En el caso de la UE, se cumple la primera opción. El artículo 50 del Tratado sobre la UE (“TUE”), una disposición incorporada en los tratados constitutivos de la UE por el Tratado de Lisboa⁷, es pertinente al respecto. Dicha disposición establece lo siguiente:

“1. Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión.

2. El Estado miembro que decida retirarse notificará su intención al Consejo Europeo. A la luz de las orientaciones del Consejo Europeo, la Unión negociará y celebrará con ese Estado un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión. Este acuerdo se negociará con arreglo al apartado 3 del artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Consejo lo celebrará en nombre de la Unión por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo.

3. Los Tratados dejarán de aplicarse al Estado de que se trate a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto, a los dos años de la notificación a que se refiere el apartado 2, salvo si el Consejo Europeo, de acuerdo con dicho Estado, decide por unanimidad prorrogar dicho plazo.

4. A efectos de los apartados 2 y 3, el miembro del Consejo Europeo y del Consejo que represente al Estado miembro que se retire no participará ni en las deliberaciones ni en las decisiones del Consejo Europeo o del Consejo que le afecten.

La mayoría cualificada se definirá de conformidad con la letra b) del apartado 3 del artículo 238 del Tratado de Funcionamiento de la Unión

internacional. La convención de 1986 contiene disposiciones específicamente creadas para tomar en cuenta las características propias de las organizaciones internacionales. Por lo tanto, debe considerarse *lex specialis* frente a la convención de 1969, aplicable únicamente a Estados, si bien es cierto que esta última ha servido como fuente de inspiración en su elaboración.

6 Conforme al artículo 38(1)(b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”, constituye una de las fuentes del Derecho internacional público. Actualmente, la convención de 1986 ha sido ratificada por 43 Estados (noviembre de 2015; ver recopilación de tratados en la página web de la ONU), sin contar las alrededor de 12 organizaciones internacionales que también lo han hecho. Esto indica un alto grado de reconocimiento por parte de la comunidad internacional. Además, cabe destacar que dicho instrumento recoge varias disposiciones ya contenidas en la convención de 1969, la cual constituye indudablemente derecho consuetudinario, aplicándolas *mutatis mutandi* a las relaciones entre Estados y organizaciones internacionales.

7 El Tratado de Lisboa entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. Anteriormente, la posibilidad de denunciar los Tratados constitutivos de la UE fue un tema muy controvertido en la práctica y doctrina jurídica.

Europea.

5. Si el Estado miembro que se ha retirado de la Unión solicita de nuevo la adhesión, su solicitud se someterá al procedimiento establecido en el artículo 49”.

Resulta claro de la lectura del primer párrafo del artículo 50 TUE que, en el Derecho de la UE, la decisión de retirarse de dicho sistema de integración es de carácter unilateral. Le corresponde exclusivamente al Estado respectivo, sin necesidad de acuerdo con los demás Estados miembros. Ni siquiera habría necesidad de presentar explicaciones o justificación alguna. Únicamente debe ser tomada por el respectivo Estado miembro “de conformidad con sus normas constitucionales”. El respeto de este requisito sólo puede ser verificado por las autoridades de aquel Estado⁸. Obviamente, esto debería efectuarse antes que se notifique la decisión de retirada a la UE.

El segundo párrafo del artículo 50 TUE prevé un procedimiento opcional que, en principio, debería ser seguido. Este procedimiento permite negociar un acuerdo de retirada entre el respectivo Estado miembro y el resto de la UE. Si las negociaciones entre el Reino Unido y la UE tuviesen éxito, la fecha de la retirada sería la fecha de entrada en vigor de dicho acuerdo. De lo contrario, si tal acuerdo no fuese concluido, la retirada tendría efecto automáticamente al cabo de dos años tras su notificación al Consejo Europeo por parte del Reino Unido.

En caso de que un acuerdo de retirada no fuese concluido, el Reino Unido ciertamente trataría de negociar y concluir otro tipo de acuerdo con la UE. Esto sería sumamente conveniente a fin de definir la nueva relación comercial entre ellos. Para la economía británica sería ideal que dicho acuerdo garantizara el mayor acceso posible al mercado interior de la UE. En todo caso, cualquiera sea la opción que se escoja, sería apropiado adoptar ciertas medidas transitorias. Esto se debe a que las economías del Reino Unido y del resto de la UE, después de más de 40 años de integración⁹, están cada vez más entrelazadas y son, por lo tanto, interdependientes (comercio en bienes y servicios, inversiones, movilidad de personas, sea en su calidad de trabajadores o

⁸ Si bien es cierto que no existe ningún impedimento legal, no es menos cierto que la decisión de abandonar la UE no debería ser tomada precipitadamente. Cabe recordar que existe una cierta “tensión” entre la disposición del artículo 50 TUE que reglamenta tal retirada y las disposiciones de los artículos 53 TUE y 356 TFUE, las cuales prevén que los tratados constitutivos de la UE han sido concluidos “por un período de tiempo ilimitado”. De ello se desprende el carácter especial del sistema de integración europeo que lo diferencia claramente de otros acuerdos multilaterales entre los Estados europeos. Se podría incluso plantear la cuestión de si los tratados constitutivos de la UE no asientan la base para la creación de una “comunidad de destino” (“*Schicksalsgemeinschaft*” en alemán), según el concepto de la teoría general del Estado. Por lo tanto, una retirada de la UE por parte de un Estado miembro sólo debería ser efectuado como *ultima ratio* en el caso de un grave conflicto entre la UE y un Estado miembro.

⁹ La adhesión del Reino Unido a la UE tuvo efecto el 1 de enero de 1973.

de pensionistas). Millones de ciudadanos británicos se benefician de su calidad de ciudadanos de la UE, viviendo en otros Estados miembros, al mismo tiempo que millones de otros ciudadanos de la UE viven en el Reino Unido¹⁰. Muchas industrias y empresas están establecidas tanto en el Reino Unido como en el continente. Los intercambios de mercancías y servicios son intensos.

Durante el periodo necesario para negociar, suscribir y ratificar un acuerdo de retirada de la UE, el Reino Unido permanecería como Estado miembro de pleno derecho de la UE desde un punto de vista jurídico. Sus ciudadanos podrían, en principio, seguir ejerciendo sus plenos derechos en todas las instituciones de la UE. La única excepción legal prevista en el artículo 50(4) TUE, indica que su representante en el Consejo Europeo (primer ministro) y en el Consejo (ministros), así como en sus órganos preparatorios (embajador en el Consejo de Representantes Permanentes, diplomáticos y funcionarios en otras instituciones), no estarán autorizados a participar en la negociación del futuro acuerdo de retirada en representación de la UE. Desde un punto de vista político y práctico es probable que la actual capacidad del Reino Unido para ejercer influencia en el funcionamiento de la UE y en decisiones adoptadas por las instituciones europeas sería seriamente afectada, incluyendo materias no relacionadas al proceso de retirada.

Es interesante resaltar el hecho de que, contrario a lo que se prevé en el caso del acceso de un nuevo Estado miembro a la UE (regulado en el artículo 49 TUE), y en el caso de una modificación de los tratados constitutivos de la UE (regulado en el artículo 48 TUE), el artículo 50 TUE no requiere ni un acuerdo común en el Consejo, ni tampoco una ratificación por parte de otros Estados miembros, para que un acuerdo de retirada pueda ser concluido. Y esto a pesar de que el acuerdo de retirada necesariamente deberá estar acompañado de algunas modificaciones a los tratados constitutivos de la UE, por ejemplo, del artículo 52 TUE, el cual enumera a los Estados miembros¹¹. Esto demuestra que los autores de los tratados, conscientes de las dificultades, pero también de la necesidad política de que la UE no sea vista como una organización que retrasa la retirada de unos de sus miembros, trataron de facilitar el procedimiento.

De todas formas, debido a la complejidad de la materia, es probable, por no decir seguro, que el plazo de dos años previsto en el artículo 50 TUE no será suficiente para reglamentar todos los detalles de manera exhaustiva. En tal caso, el artículo 50(3) TUE, prevé que

10 Conforme a las cifras del gobierno británico, 2.7 millones de ciudadanos de otros Estados miembros de la UE viven en el Reino Unido, mientras que 1.3 millones de ciudadanos británicos viven en el resto del territorio de la UE. Véase las cifras recopiladas bajo el siguiente enlace: <<http://www.theguardian.com/uk-news/2015/jan/19/sp-thousands-britons-claim-benefits-eu>> [consultado 23.8.2015].

11 Además de ciertas modificaciones de índole institucional, cómo el número de votos en el Consejo y de eurodiputados en el Parlamento Europeo.

este plazo puede ser ampliado. Un plazo más largo podría también ser necesario para que el Reino Unido prepare la legislación nacional necesaria para sustituir los actos jurídicos de la UE. De considerarse apropiado, algunas disposiciones del acuerdo de retirada podrían ser aplicadas provisionalmente a partir del momento de la firma del acuerdo, mientras que se aguarda su conclusión por ambas partes.

Además del acuerdo de retirada, un tratado modificadorio debería ser adoptado paralelamente, basado en el artículo 48 TUE, ya que el artículo 50 TUE no prevé que el acuerdo de retirada podrá contener modificaciones a los tratados constitutivos de la UE. El acuerdo de retirada no constituiría Derecho primario y, por lo tanto, estaría sujeto a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la UE.

4. EVITAR UN “BREXIT” OBTENIENDO UN ESTATUS ESPECIAL COMO SEMI-ESTADO MIEMBRO

Antes de discutir lo que podría ocurrir en el caso de una retirada del Reino Unido, conviene examinar brevemente otro escenario que parece ser el más favorecido por cierta gente en Londres. De acuerdo a este escenario, el Reino Unido podría permanecer legalmente un Estado miembro de la UE al mismo tiempo que obtendría un estatus especial en los tratados constitutivos. Este estatus especial podría, conforme a ciertas opiniones, permitirle seguir participando tanto en el mercado interior como en el respectivo proceso decisorio de la UE, al mismo tiempo que obtendría el derecho de abstenerse de participar en otras políticas.

Resulta obvio que los tratados de la UE actualmente no prevén tal posibilidad. Por lo tanto, deberían ser modificados. Conforme al artículo 48 TUE, esto requeriría un común acuerdo y una ratificación de las modificaciones por todos los estados miembros “*conforme a sus respectivos requisitos constitucionales*”, lo cual podría exigir un referéndum en algunos Estados miembros, como es el caso de la República de Irlanda.

La sincronización del procedimiento a seguir en tal caso podría ser de gran dificultad: quien debería primeramente ratificar las modificaciones necesarias a los tratados de la UE? Debería ser el Reino Unido, organizando un referéndum inmediatamente después de la conclusión exitosa de las negociaciones con la UE? En tal caso, sería difícil para el gobierno británico convencer al pueblo británico de votar en favor de un texto que cualquier otro de los demás 27 Estados miembros podría rechazar después. Por tal razón, las autoridades británicas podrían exigir de sus demás colegas en la UE aceptar ser los primeros en ratificar la revisión de los tratados, a fin de que el pueblo británico esté seguro respecto a lo que estaría llamado a aprobar en el referéndum.

Sin embargo, resulta difícil imaginar cómo podría ser posible

convencer a los demás 27 Estados miembros de organizar un procedimiento altamente sensible desde un punto de vista político como el de tratar de ratificar un nuevo tratado modificadorio para la UE. Esto resulta particularmente difícil en la situación política actual y sin ni siquiera saber si el pueblo británico aceptaría posteriormente los resultados a los que se ha llegado en las negociaciones. Conviene agregar que obtener dichas modificaciones tomaría mucho tiempo. El procedimiento causaría, por lo tanto, serias dificultades políticas. Dificultades similares serían provocadas por cualquier escenario en el que se previera modificación alguna de los actuales tratados constitutivos de la UE.

Además, el escenario mencionado anteriormente también suscitaría serios interrogantes de carácter sustancial. De hecho, las instituciones de la UE y los demás Estados miembros tendrían razones imperativas para no aceptar un estatus especial para el Reino Unido del tipo descrito, ya que:

- Esto afectaría la autonomía decisoria de la UE¹² en materias que constituyen su razón de ser misma y, por lo tanto, cuestionaría su existencia;
- Dicho estatus sería sumamente atractivo para algunos Estados no miembros de la UE, ya que podría abrir la puerta a solicitudes de dichos Estados, tales como Suiza, Noruega, Islandia, Liechtenstein y los tres microestados de la periferia (Andorra, Mónaco y San Marino)¹³. Por otra parte, podría convertirse en un problema doméstico en ciertos Estados miembros, tales como Suecia, Dinamarca y otros, donde partidos euroescépticos podrían plantearse esa idea, creando un nuevo problema existencial para la UE;
- La esperanza de que dicha propuesta pudiera ser exitosa se basa en una evaluación demasiado optimista el poder negociador

12 El principio de la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE implica la necesidad de preservar su estructura y sus objetivos frente a injerencias por parte de los Estados miembros, de Estados terceros u organismos internacionales. La salvaguardia de dicha autonomía es considerada esencial para asegurar el funcionamiento de la UE y ha sido defendida por el TJUE en su jurisprudencia (véase el dictamen del TJUE en el asunto 1/91, *Creación del EEE*, Rec. 1991, p. I-6079, par. 30, 35, 47; dictamen en el asunto 2/13, *Adhesión de la UE a la Convención Europea de Derechos Humanos*, ECLI:EU:C:2014:2454, par. 170, 174, 176).

13 El 16 de diciembre de 2014, el Consejo de la UE autorizó a la Comisión Europea a iniciar negociaciones con Andorra, Mónaco y San Marino, con miras a suscribir uno o más acuerdos de asociación, a fin de tomar en cuenta su creciente participación en el mercado interior de la UE, así como en las políticas horizontales y accesorias (ver documento No 16583/14 del Consejo de la UE, titulado *Council conclusions on an homogeneous extended single market and EU relations with Non-EU Western European countries*, con fecha de 16 de diciembre de 2014). Asimismo, el Consejo reiteró su intención de tomar en cuenta la situación especial de estos Estados durante las negociaciones, conforme a la declaración relativa al artículo 8 TUE. Dicha declaración fue hecha en el marco de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, anexa al Acta Final y dice “La Unión tendrá en cuenta la situación particular de los países de pequeña dimensión territorial que mantienen con ella relaciones específicas de proximidad”.

del Reino Unido: mientras que 50% de sus exportaciones va al resto de la UE, el resto de la UE exporta únicamente 10% de sus productos al Reino Unido¹⁴. Debido a ello, su poder negociador no podría ser tan fuerte como algunos piensan. Además, la mitad del surplus comercial del Reino Unido proviene de sólo dos estados miembros - los Países Bajos y Alemania -, mientras que una revisión de los tratados de la UE requeriría también el voto positivo de los demás 25 Estados miembros, entre otros aquellos que sufren de un déficit comercial con el Reino Unido.

Tomando estos elementos en cuenta, resulta plausible que la UE acepte otorgar al Reino Unido un estatus especial de semi-miembro? Es poco probable que esto ocurra. Es más realista pensar que la UE mantendrá su política habitual. Esto significa que un posible acuerdo debería prever que el Reino Unido tendrá la obligación de respetar el acervo comunitario y su evolución dinámica, tal como lo prescribe la UE, sin tener derecho a participar en su evolución. Sería poco razonable esperar que la UE haga una excepción a esas reglas y abandone el principio fundamental de salvaguardar la autonomía de su procedimiento decisorio. Conviene recordar en este contexto que dicha política siempre fue apoyada en el pasado por las autoridades británicas, tanto en el parlamento nacional como en el gobierno mismo. El principio según el cual, en el mercado interior, todos los operadores económicos deben respetar las mismas reglas, que la interpretación de dichas reglas debe ser igual para todos, y que su implementación debe ser garantizada legalmente, no puede conocer excepciones.

Esto significa igualmente que preservar las principales características específicas del derecho de la UE (y del EEE) sería esencial. Cabe recordar que, comparado al derecho internacional público, dichas especificidades son la primacía, el efecto directo, la uniformidad de la interpretación, la ausencia de reciprocidad, un control de implementación por una Comisión independiente y sanciones (de ser necesarias) impuestas por un tribunal de justicia independiente. Estas características hacen que el mercado interior sea fiable para operadores económicos, cuya confianza es esencial. Esta es la razón por la cual la preservación de las características del derecho europeo sería uno de los principios básicos que determinarían la posición negociadora de la UE.

Se debe esperar que las condiciones impuestas por la UE incluirían en todo caso la no-participación en el proceso legislativo en el Parlamento Europeo y en el Consejo. Estas implicaría la aceptación del rol de la Comisión Europea y del TJUE, sin que un ciudadano británico pueda ser miembro de estas instituciones. A todo esto se añadiría la obligación de

¹⁴ Véase el reporte final de la *CER Commission on the UK and the EU single market*, titulado *The economic consequences of leaving the EU* de junio de 2014.

pagar una contribución financiera, inferior pero de magnitud comparable a la actual contribución británica per cápita a las finanzas de la UE. Un esquema comparable se puede encontrar en el objetivo trazado por la UE en el mandato negociador otorgado en mayo del 2014 a la Comisión Europea con miras a concluir un acuerdo con Suiza.

Una solución distinta, en la que excepcionalmente se atribuiría un estatus especial al Reino Unido, dándole ventajas que se han denegado continuamente a Noruega, Suiza y demás Estados, no sería aceptable ni para los Estados miembros, ni para las instituciones de la UE.

Para concluir, aún suponiendo que este primer escenario pudiera no afectar las disposiciones sobre la libre circulación de personas, garantizada en los tratados constitutivos de la UE, sus perspectivas de éxito serían muy improbables.

5. LAS SIETE OPCIONES LEGALES UNA VEZ LLEVADO A CABO EL “BREXIT”

A diferencia de lo explicado anteriormente, un escenario en el cual el Reino Unido abandonaría la UE no dependería de ninguna decisión por parte de las instituciones europeas o de los demás Estados miembros. Sería más bien una decisión unilateral que el Reino Unido tomaría libremente¹⁵, sin que los demás Estados miembros pudieran oponerse. Ellos no podrían obligar al Reino Unido a permanecer en la UE. El problema al que se enfrentaría el Reino Unido consistiría en establecer una nueva relación con el resto de la UE, lo que parece inevitable debido a la geografía, la historia, los vínculos comerciales e interpersonales entre las naciones europeas¹⁶. Esto, sin embargo, una

15 Tal como se ha señalado anteriormente, el artículo 50(2) TUE exige únicamente una “notificación” al Consejo Europeo, la cual da formalmente inicio al procedimiento de retirada. De esto hay que distinguir el procedimiento previo a seguirse a nivel nacional. El artículo 50(1) TUE establece que “todo Estado miembro podrá decidir, *de conformidad con sus normas constitucionales*, retirarse de la Unión.” Actualmente, los requisitos constitucionales son objeto de discusión en el Reino Unido. Además, grupos de interés han llevado el asunto a los tribunales. Más concretamente, se trata de establecer quien tiene el poder de iniciar el procedimiento de retirada previsto en el artículo 50(2) TUE, el gobierno o el parlamento británico. Existe consenso en que el referéndum por sí sólo no puede producir tal efecto. Se constatan, en principio, cuatro opiniones distintas: 1) El gobierno británico tendría el poder de invocar el artículo 50(2) TUE en base a su prerrogativa en el ámbito de las relaciones internacionales, 2) el gobierno requeriría de una autorización del parlamento, quién crearía la base legal para una retirada de la UE, 3) el gobierno podría invocar el artículo 50(2) TUE conforme a una base legal que se encontraría en la ley de adhesión a la proceso de integración europeo [artículo 2(2) del *European Communities Act 1972*] y 4) supuestamente existiría una regla constitucional que exigiría la participación del parlamento británico antes de invocar el artículo 50(2) TUE (véase GEORGOPOULOUS, A., “*Brexit*”, *Article 50 TEU and the Constitutional Significance of the UK Referendum*”, disponible bajo el siguiente enlace: <<http://www.ejiltalk.org/brexit-article-50-teu-and-the-constitutional-significance-of-the-uk-referendum/>>

16 Desde la perspectiva de la EU, conviene no olvidar el artículo 8(1) TUE, el cual toma en cuenta la relación especial entre las naciones europeas y, por lo tanto, establece que “la Unión desarrollará con los países vecinos relaciones preferentes, con el objetivo de establecer un

vez efectuada la retirada, no sería ni fácil ni rápido¹⁷.

Se podrían imaginar siete opciones para un nuevo tipo de relación institucional que se podría establecer entre en la UE y el Reino Unido después de un Brexit. Como se demostrará más adelante, ninguna de dichas opciones parece ser satisfactoria para el Reino Unido.

5.1. Conforme a una primera opción, el acuerdo de retirada mismo podría crear una nueva relación institucional entre la UE y el Reino Unido

Las negociaciones de un acuerdo de retirada serían extremadamente difíciles. Los negociadores británicos podrían tratar de seleccionar entre las políticas de la UE y, por lo tanto, seguir una estrategia “sectorial” en lugar de una estrategia “global”. Más concretamente, eso significaría que el gobierno británico trataría de preservar los beneficios obtenidos de las políticas de la UE y especialmente del mercado interior europeo. Solicitaría preservar dichos beneficios para la mayoría de los sectores de la economía británica, respondiendo así a los intereses nacionales del Reino Unido.

Al mismo tiempo trataría de evitar, o más bien de minimizar los costes financieros, económicos, legales y políticos de la retirada. De hecho, el gobierno británico intentaría demostrar a su población que ha “recuperado su plena soberanía”. Intentaría hacerlo al mismo tiempo que evitaría perder demasiados beneficios, tratando de no poner en peligro la economía del país, el estilo de vida de sus ciudadanos y el papel del Reino Unido en la escena internacional.

Sin embargo, como ya se mencionado, el poder negociador del Reino Unido no podría ser tan considerable como algunos lo piensan. Es importante enfatizar que las directrices de un posible acuerdo requeriría el consenso del Consejo Europeo, es decir de los jefes de Estado o jefes de gobierno de todos los demás 27 Estados miembros, entre los cuales figuran algunos con déficit comerciales con el Reino Unido.

espacio de prosperidad y de buena vecindad basado en los valores de la Unión y caracterizado por unas relaciones estrechas y pacíficas fundadas en la cooperación.” Conforme al artículo 8(2) TUE, los acuerdos específicos celebrados con dichos países podrán incluir derechos y obligaciones recíprocos, así como la posibilidad de realizar acciones en común.

17 Basta simplemente consultar el artículo 50(5) TUE, el cual establece que “si el Estado miembro que se ha retirado de la Unión solicita de nuevo la adhesión, su solicitud se someterá al procedimiento establecido en el artículo 49”. Dado el hecho de que el artículo 49 TUE no contiene disposición alguna relativa a antiguos miembros, se puede suponer que una negociación de la nueva relación, una vez llevado a cabo la retirada de la UE, no estaría acompañada de ningún tipo de privilegio. Dicho Estado sería tratado como cualquier otro Estado tercero de Europa, lo que se puede deducir de la referencia en el artículo 50(2) TFUE al artículo 218(3) TFUE, el cual se encuentra en el Título IV (“acuerdos internacionales” con Estados terceros) del TFUE. Tampoco implicaría la existencia de un derecho automático a volver a adherirse a la UE. Estos principios se pueden aplicar, de manera análoga, al proceso de negociación discutido en el presente estudio.

Por parte de la UE, de las instituciones y en particular de la Comisión Europea que sería la parte negociadora¹⁸, tratarían de preservar la autonomía decisoria. Igualmente exigirían verse atribuida la capacidad de controlar el respeto de las futuras obligaciones asumidas por el Reino Unido. Éste sería uno de los principios esenciales en los cuales se basaría la posición negociadora de la UE. Además, trataría de resistir una estrategia sectorial de los negociadores británicos, aunque tal estrategia sería difícil de evitar, ya que el Reino Unido desearía no estar más vinculado a ciertas políticas de la UE. Esto podría del caso de la política agrícola común, de la política de pesca, de la política de cohesión económica social y territorial o de los pocos tratados en materia de política social. Es probable que la UE debería aceptar en parte la estrategia británica de “*cherry picking*” (elección al antojo).

En áreas relacionadas al mercado interior europeo, las cuales estarían cubiertas por el acuerdo entre la UE y el Reino Unido, éste último estaría en todo caso obligado, a fin de preservar las mismas condiciones de competencia para todos los operadores económicos del mercado interior, a respetar la legislación pertinente sin, no obstante, tener el derecho a influir en su contenido. Además, debería aceptar tener que pagar una importante contribución financiera, tal como lo demuestra el ejemplo de las actuales contribuciones financieras de Noruega y Suiza¹⁹.

Durante las negociaciones, cada miembro del Consejo Europeo obviamente actuaría conforme a los intereses del Estado que representa. La decisión de concluir un acuerdo de retirada debería ser adoptada por esa instancia con una mayoría cualificada de votos, con la aprobación del Parlamento Europeo, el cual tendría derecho de veto²⁰. Excepto si el acuerdo se extendiera a áreas cubiertas por los poderes de los Estados miembros, lo que normalmente no debería ser el caso, no se requeriría una ratificación por parte de ellos. Aparte de esto, un acuerdo debería negociarse y suscribirse posteriormente con los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (“EFTA”, por sus siglas en inglés) pertenecientes al Espacio Económico Europeo (y ratificado por la UE,

18 Conforme al artículo 17(1) TUE, “la Comisión Europea asume la representación exterior de la UE”. Asimismo se desprende del artículo 218(3) TFUE que “la Comisión presentará recomendaciones al Consejo, que adoptará una decisión por la que se autorice la apertura de negociaciones y se designe, en función de la materia del acuerdo previsto, al negociador o al jefe del equipo de negociación de la Unión”. El artículo 218(4) TFUE dispone además que “el Consejo podrá dictar directrices al negociador y designar un comité especial, al que deberá consultarse durante las negociaciones”. En su sentencia de 16 de julio de 2015, dictada en el asunto C-425/13, *Comisión/Consejo*, ECLI:EU:C:2015:483, el TJUE se pronunció acerca de las respectivas competencias de la Comisión y del Consejo, así como del comité especial designado por él, en el marco de negociaciones internacionales.

19 Al igual que los demás Estados de EFTA, Suiza tiene que pagar una contribución financiera a la UE por su participación en el mercado interior europeo. Actualmente, la contribución de Suiza es equivalente al 55% de la actual contribución neta del Reino Unido.

20 Ver artículo 50(2) TUE. La mayoría cualificada en el Consejo sería calculada de acuerdo al artículo 238(3)(b) TFUE.

el Reino Unido, por los 27 restantes Estados miembros de la UE y por los 3 Estados de EFTA)²¹.

Finalmente, cabe recordar que una vez acabada la negociación, conforme al artículo 218(11) del Tratado sobre el funcionamiento de la UE (“TFUE”), “un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto”. De acuerdo a esta disposición, “en caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados”. La aplicación de este procedimiento podría convertirse en un motivo de retraso.

5.2. La segunda opción para el Reino Unido podría ser la de intentar convertirse en un miembro del Espacio Económico Europeo (EEE), al igual que Islandia, Liechtenstein y Noruega, así como los demás 27 Estados miembros de la UE

Resulta difícil imaginar cuál podría ser el incentivo de la UE para obligar al Reino Unido a adherirse al EEE que (lo que implicaría jurídicamente que también debería adherirse a EFTA)²². Es dudoso que aceptase esta opción²³.

Esta opción tendría ciertamente la ventaja de la simplicidad. El acuerdo EEE permite a tres de los cuatro Estados EFTA (Islandia, Liechtenstein y Noruega, sin Suiza) participar en gran parte del

21 El Espacio Económico Europeo (EEE) fue creado por medio de varios acuerdos suscritos en 1992. Se compone actualmente de 28 Estados miembros de la UE y tres de los cuatros Estados de EFTA. Su objetivo es establecer una asociación entre ambos bloques, formando un mercado interior homogéneo en el que rigen las cuatro libertades fundamentales (libre circulación de mercancías, de personas, de prestación de servicios y de capitales). Para mayor información léase KÜHN, W. M. “Reflexiones sobre una posible convergencia regional con la participación de la Comunidad Andina y el MERCOSUR – Lecciones de la experiencia integracionista europea”. *Política Internacional*. 2013, n° 109. p. 153.

22 Partes contratantes del acuerdo del EEE son, por una parte, los Estados que conforman EFTA y, por otra, la Unión Europea y sus Estados miembros. Véase artículo 2(b) y (c) EEE que define el término de “partes contratantes”.

23 Véase el documento “*Research Paper of the House of Commons 13/42*”, p. 17, en el cual el Comité de Asuntos Exteriores del House of Commons comparte la opinión del gobierno británico en que la posición de Noruega como miembro del EEE no sería adecuada para el Reino Unido en caso de que éste decidiera abandonar la UE, ya que estaría obligado a adoptar parte o la totalidad de las normas que reglamentan el Derecho de la UE en materia de mercado interior sin ningún poder efectivo para modificarlo. El Comité indica que, de querer el Reino Unido permanecer en el mercado interior, este Estado debería seguir siendo miembro de la UE o iniciar un esfuerzo para lograr una modificación institucional radical, a fin de que todos los Estados que participan en el mercado interior obtengan derechos decisorios.

Independientemente de esto, es interesante constatar que el gobierno noruego mismo ha tratado de convencer al Reino Unido de no optar por una salida de la UE, cómo se desprende del discurso pronunciado por el ministro de asuntos europeos el 24 de febrero de 2014 en Londres, publicado bajo el título “*Why a country outside the EU thinks an EU member state should not leave*” disponible en la página web del gobierno noruego: <www.regjeringen.no/no/aktuell/membership_eu/id2397358> [consultado 23.8.2015].

mercado interior de la UE y de beneficiarse de las cuatro libertades fundamentales, sin asumir obligaciones derivadas de otras políticas de la Unión, tal como la agricultura, la pesca, asuntos judiciales, política exterior, etc. Dichos Estados están obligados a seguir la evolución de la legislación de la UE relativa al mercado interior, sin tener derecho a influenciar mucho de su contenido.

Sin embargo, el EEE no está funcionando de manera óptima. En un documento con fecha del 7 de diciembre de 2012, el Servicio Europeo de Acción Exterior y la Comisión Europea se quejaron de los retrasos por parte de los tres Estados EFTA en aceptar nuevos actos jurídicos de la UE²⁴. Alrededor de 580 actos jurídicos no han sido incorporados al acuerdo EEE, algunos de ellos importantes, por ejemplo las decisiones que establecen las agencias de la UE en materia de supervisión financiera²⁵. Sin embargo, para que el mercado interior europeo funcione de manera homogénea y se garantice la necesaria seguridad jurídica en todo el EEE, es necesario que los actos jurídicos que lo regulan entren en vigor y sean aplicables casi de manera simultánea tanto en el pilar UE como en el pilar EFTA²⁶. En las conclusiones adoptadas por el Consejo de Unión Europea el 16 de diciembre de 2014, el Consejo adoptó un tono más conciliador:

“The Council expresses its satisfaction at the agreement between the EU and the EEA EFTA side, as noted by the EU and the EEA EFTA Ministers of Finance and Economy in their informal meeting of 14 October 2014, on the principles for the incorporation into the EEA Agreement of the EU Regulations establishing the European Supervisory Authorities in the area of financial services. The Council hopes that the technical work preparing the incorporation of these Regulations will be finalised as soon as possible”.

Por otra parte, esta vez de manera menos optimista, el Consejo agregó:

“The Council nonetheless notes with concern the recurrent backlog and delays incurred during the entire process of incorporation of EU legislation into the EEA Agreement, as well as in the implementation and enforcement of relevant legislation in the EEA EFTA states. In this context, the Council strongly emphasizes the need for renewed efforts

24 Véase el documento producido por la Comisión Europea “*Commission Staff Working Document – A review of the functioning of the European Economic Area*” de 7 de diciembre de 2012, SWD (2012) 425 final, p. 5.

25 La incorporación de los reglamentos relativos a EBA (“European Banking Authority”), EIOPA (“European Insurance and Occupational Pensions Authority”) y ESMA (“European Securities and Markets Authority”) son actualmente objeto de negociaciones por parte de la UE y EFTA.

26 Véase el artículo 102(1) EEE.

in order to ensure homogeneity and legal certainty in the European Economic Area.”

Es cierto que las ventajas de evitar una negociación compleja podrían llevar a la UE a considerar tal opción. Tomando en cuenta las actuales discusiones entre la UE y Suiza, no es imposible imaginar que un día, la UE exija que el EEE modifique su estructura institucional, sobre todo si las disfunciones constatadas por el Consejo de la UE persistieran. Constituye igualmente un hecho que los mismos Estados EFTA se quejan de que la UE no toma suficientemente en cuenta sus intereses o sus problemas constitucionales²⁷.

En todo caso, el mayor obstáculo probablemente provendría del Reino Unido mismo. Mientras que el objetivo de su retirada de la UE consistiría en volverse menos dependiente del poder legislativo de la UE, sería políticamente difícil aceptar:

- La obligación de incorporar en la legislación británica todos los actos jurídicos nuevos de la UE, de relevancia para el mercado interior, sin tener el derecho de influir en su contenido²⁸;
- Someterse a la regla según la cual los Estados EFTA tienen que hablar con una sola voz en el Comité Común (“*Joint Committee*”)²⁹;
- Las competencias de la Autoridad de Vigilancia de EFTA (“*EFTA Surveillance Authority*”) y del Tribunal EFTA (“*EFTA Court*”)³⁰;
- La obligación de pagar a la UE una contribución financiera de una magnitud comparable a la pagada por un Estado miembro al presupuesto propuestas de la UE³¹.

Finalmente, admitir a un nuevo Estado al EEE requeriría la suscripción de un tratado de adhesión a dicha organización, el cual

27 Véase “*Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend 20 Jahre Mitgliedschaft des Fürstentums Liechtenstein im Europäischen Wirtschaftsraum*” (No 18/2015); Jacques Pelkmans & Philipp Böhler “*The EEA Review and Liechtenstein’s Integration Strategy*”, Center for European Policy Studies (2013); „*The EEA Agreement and Norway’s other agreements with the EU (2012-2013)*”, Norwegian Ministry of Foreign Affairs - Report to the Storting.

28 Véase el artículo 102 EEE, el cual habla de “modificar un anexo al acuerdo del EEE” (lo que en la práctica implica una “adaptación” de actos jurídicos de la UE, sin que esto implique un verdadero poder de influenciar en el contenido normativo”.

29 Véase artículo 93(2) EEE. Esto significa que sólo un Estado de EFTA puede bloquear la incorporación de un acto jurídico al acuerdo del EEE aún si los demás Estados urgentemente lo requieren por motivos económicos.

30 Véase el artículo 108 EEE.

31 Véase el artículo 115 EEE y siguientes. Conforme al reporte final de la CER Commission on the UK and the EU single market titulado “*The economic consequences of leaving the EU*” de junio de 2014, p. 83, la contribución financiera de Noruega a la UE es solo 9% inferior a la del Reino Unido. Por lo tanto, el ahorro económico para el Reino Unido en caso de abandonar la UE no sería considerable.

debería ser no solamente concluido por la UE y el Reino Unido, como en el caso del acuerdo de retirada, sino también por cada uno de las 30 partes contratantes del acuerdo EEE (es decir 27 de la UE y tres de EFTA).

5. 3. La tercera opción sería que Reino Unido intente convertirse en un miembro de EFTA

Esta opción no sería una respuesta adecuada para las necesidades del Reino Unido. Esto significaría que el Reino Unido tendría que convertirse en un miembro de EFTA, tal como Suiza, no obstante sin incorporarse al EEE. Sin embargo, debido al desarrollo del EEE y de las relaciones bilaterales de Suiza con la UE, el acuerdo de Libre Comercio entre la UE y los Estados EFTA se ha convertido prácticamente en una cáscara con poco contenido. Sólo está cubierto el comercio en pescado y en ciertos productos agrícolas (sin incorporar mercancías o servicios). Este acuerdo no tiene vínculos ni con el EEE ni con el acuerdo comercial de 1972 entre Suiza y la UE.

Para finalizar, conviene mencionar que la calidad de miembro de EFTA no le daría el Reino Unido un derecho automático a formar parte de los acuerdos comerciales concluidos entre los Estados EFTA (no por EFTA misma) y Estados terceros.

5. 4. La cuarta opción para el Reino Unido sería la de seguir la estrategia de Suiza

Esta opción no podría ser muy atractiva para el Reino Unido. Probablemente también sería inaceptable para la UE. Ello significaría que la UE y el Reino Unido procederían a concluir una serie de acuerdos bilaterales sectoriales (en el caso de Suiza se trata de 120 a 130, de los cuales sólo unos cuantos son verdaderamente importantes).

Algunos observadores opinan que dicha opción no sería aceptable para el Reino Unido, debido al hecho de que Suiza no dispone de ningún acuerdo con la UE en materia de servicios y de servicios financieros, mientras que el 2/5 del comercio con el Reino Unido es de servicios. Cabe señalar que esto constituiría definitivamente un serio impedimento.

Los mismos observadores señalan que dicha opción tendría la ventaja de que los acuerdos concluidos entre Suiza y la UE se basan en Derecho internacional público clásico. Por lo tanto, Suiza no está obligada a cumplir con las sentencias de ninguna corte internacional, tal como el TJUE en relación a sus Estados miembros, o como el tribunal EFTA en relación a los Estados EFTA. Por otra parte, eso no refleja completamente la realidad, pues Suiza muchas veces se encuentra en la misma situación que los Estados EFTA, en el sentido que tiene que respetar los reglamentos y directivas de la UE (incluyendo su interpretación por el TJUE) sin poder

participar en el procedimiento legislativo³².

Además, es posible que la relación de Suiza con la UE cambie en un futuro. La razón es que la UE no se encuentra satisfecha con el estado actual de sus relaciones con Suiza. En sus conclusiones adoptadas el 14 de diciembre de 2010³³, el Consejo de la UE describió estas relaciones como “*altamente complejas*”, “no asegurando la homogeneidad necesaria”, “causando inseguridad jurídica”. Incluso agregó que “este sistema se ha vuelto complejo y difícil de administrar, por lo que claramente ha llegado a sus límites”.

En sus conclusiones adoptadas en diciembre de 2012³⁴, el Consejo de la UE reafirmó que “el mecanismo adoptado por Suiza que consiste en participar en las políticas y los programas de la UE a través de acuerdos sectoriales en cada vez más áreas, sin que exista un marco institucional horizontal, ha llegado a sus límites y debe ser reconsiderado”. Señaló además que “medidas adicionales son necesarias a fin de garantizar la interpretación y la aplicación homogénea de las reglas del mercado interior. En particular, el Consejo estima necesario establecer un marco jurídico adecuado para todos los actuales y futuros acuerdos. Este marco jurídico debería, entre otras cosas, prever un mecanismo jurídicamente vinculante en lo que respecta la adaptación de los acuerdos al acervo de la UE. Además, debería incluir mecanismos internacionales de vigilancia y control judicial”³⁵.

Es por ello que la UE decidió el 6 de mayo de 2014 reiniciar importantes negociaciones con Suiza sobre un acuerdo internacional cuyo objetivo es crear un marco institucional que rijan las relaciones bilaterales con la Confederación Suiza³⁶. Este mandato es muy ambicioso, pues exige incluir en el futuro acuerdo disposiciones que le den un papel de vigilancia a la Comisión Europea misma, así como un posible control judicial al TJUE. El acuerdo debería igualmente imponer a Suiza un tiempo límite máximo para la transposición en Derecho suizo de las modificaciones al acervo comunitario adoptadas unilateralmente por la UE. Cabe señalar que no se puede excluir la posibilidad de que dichas disposiciones pudieran ir más allá de lo acordado en el EEE, en el sentido de que serían más estrictas para Suiza que para el resto de los Estados EFTA.

32 Véase COTTIER, T., “*Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union*”, Bern 2014.

33 Véase el comunicado de prensa del Consejo de la UE de 14 de diciembre de 2010, *Council conclusions on EU relations with EFTA countries (3060th general affairs Council meeting)*, punto 6.

34 Véase el comunicado de prensa del Consejo de la UE de 20 de diciembre de 2012, *Council conclusions on EU relations with EFTA countries (2113th transport, telecommunications and energy Council meeting)*, punto 31.

35 Traducción libre.

36 Véase el comunicado de prensa del Consejo de la UE de 6 de mayo de 2014 (No 9525/14).

5.5. La quinta opción para el Reino Unido sería la de negociar un acuerdo de libre comercio o de asociación con la UE, así como la lo ha concluido con la mayoría de los países del mundo

Esta opción probablemente no lograría satisfacer ni los intereses británicos, ni las exigencias de la UE. No existe acuerdo de libre comercio suscrito por la UE alguno que tuviera un alcance tan amplio como el que el Reino Unido deseara y necesitara, y que además dispusiera de un mecanismo de vigilancia e instrumentos jurídicos que ella insiste en tener en caso de una negociación de acceso al mercado interior europeo. En todo caso, la UE exigiría en dicho acuerdo que una parte del acervo comunitario fuese adoptado por el Reino Unido, es decir, las normas del mercado laboral, de sanidad y seguridad, de política de competencia, de estándares de productos, de protección al consumidor, especificaciones técnicas, etc. Sin dichas condiciones, no parecería posible que el Consejo de la UE aceptase firmar un acuerdo.

De ser factible tal escenario, el Reino Unido tendría también que negociar acuerdos comerciales con Estados no miembros de la UE y organizaciones internacionales, ya que no mantendría los derechos y las obligaciones previstos en los acuerdos concluidos por la UE con Estados terceros³⁷. Sería difícil para el país negociar con Estados terceros acuerdos de libre comercio que sean igualmente beneficiosos para su economía nacional como los actuales suscritos por la UE. Obviamente, el Reino Unido tendría un poder negociador muy inferior al de la UE, ya que únicamente ocupa respectivamente 3% y 4% de la exportación global en bienes y servicios en el mundo, comparado con alrededor de respectivamente 15% a 25% de la UE³⁸.

5.6. La sexta opción para el Reino Unido sería la de intentar negociar una unión aduanera con la UE, parecida a la existente en la asociación con Turquía

Esta opción tampoco parece ser una buena solución. Las relaciones entre Turquía y la UE prevén un modelo de acuerdo de asociación y la creación de una unión aduanera. Si el Reino Unido aceptase un acuerdo similar, no tendría la libertad de adoptar su propia tarifa aduanera, ya que debería cumplir con las decisiones adoptada por la UE en el marco de política comercial común. También tendría que aceptar los acuerdos preferenciales concluidos por la UE con Estados terceros, así como

37 La UE ha concluido más de 200 acuerdos de libre comercio con Estados terceros y organizaciones, cubriendo 35% del comercio mundial. Además, muchos acuerdos concluidos por la UE cubren áreas como la contratación pública, la propiedad intelectual, la reglamentación, la protección al medioambiente, servicios e invenciones.

38 Véase las estadísticas recopiladas por la OMC bajo el siguiente enlace: <https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2011_e/its11_charts_e.htm> [consultado 23.8.2015].

respetar una parte del acervo comunitario. A ésto ha de agregarse que dicha opción no le daría acceso al mercado interior europeo, ni tampoco cubriría el área de servicios.

Se puede concluir, por lo tanto, que esta opción no lograría satisfacer las necesidades del Reino Unido.

5.7. Finalmente, la séptima opción sería, en caso de que no se lograra concluir un acuerdo que corresponda a las seis opciones mencionadas anteriormente, la de convertirse en un Estado tercero en relación a la UE, a partir de su salida, de manera similar a Estados Unidos, China u otros Estados

¿Que ocurriría en la práctica si el Reino Unido se convirtiera en un Estado tercero en relación a la UE? Desde un punto de vista doméstico, estaría libre de su obligación legal de implementar el Derecho europeo a partir del momento de su retirada de la UE. Esto afectaría a los reglamentos, las directivas, las decisiones, los acuerdos internacionales de la UE, así como a otras normas que regulan el mercado interior y las cuatro libertades fundamentales (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capital). También afectaría al Derecho europeo existente en otras políticas de la UE, tales como agricultura y pesca, seguridad y justicia, transporte, competencia, fiscalidad, aspectos sociales, protección del consumidor, redes transeuropeas, cohesión económica y territorial, investigación, medio ambiente, energía, protección civil, política comercial común, cooperación al desarrollo con Estados terceros, ayuda humanitaria, etc. De la misma manera, los demás 27 Estados miembros de la UE naturalmente no estarían obligados a respetar el Derecho de la UE en relación al Reino Unido.

En la mayoría de las áreas en las cuales el Reino Unido dejaría de aplicar el Derecho de la UE como resultado de su retirada, el Parlamento británico debería adoptar nuevas leyes nacionales. Por ejemplo, éste sería probablemente el caso de la legislación en materia de competencia, de la protección del consumidor y del medio ambiente, en materia de agricultura y pesca, etc. Esto plantearía difíciles cuestiones de índole doméstica y tomaría mucho tiempo. Los reglamentos³⁹ de la UE serían suprimidos inmediatamente. Sin embargo, una revisión detallada de todas las leyes nacionales adoptadas en implementación de las directivas⁴⁰ de la UE debería llevarse a cabo a fin de decidir si se les debe suprimir, preservar o modificar.

39 El artículo 288(2) TFUE dispone que el reglamento como acto jurídico de la UE tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

40 El artículo 288(3) TFUE dispone que la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

Hay que tomar en cuenta que, a fin de poder seguir exportando a la UE, los productos y servicios originarios en el Reino Unido deberían aún cumplir con los estándares de la UE. Por lo tanto, el Reino Unido debería adoptar un número considerable de leyes y reglamentos nacionales a fin de colmar el vacío jurídico que quedaría una vez que deje de aplicarse la normativa europea. Esto implicaría que se crearían nuevas fronteras con los Estados miembros de la UE (especialmente con la República de Irlanda, en caso de no concluirse ningún acuerdo específico).

En lo que respecta al comercio, la UE y sus Estados miembros se convertirían en Estados terceros para el Reino Unido y viceversa. Encontraría, por lo tanto, aplicación el Derecho de la Organización Mundial de Comercio (“OMC”), el cual regula los intercambios comerciales entre sus miembros⁴¹.

Como ya se ha mencionado anteriormente, el Reino Unido perdería todos los beneficios de los alrededor de 200 acuerdos concluidos por la UE con Estados terceros y organizaciones internacionales regionales.

Por una parte, es cierto que el Reino Unido, tal como los demás Estados miembros de la UE, es parte contratante de muchos de estos acuerdos, los cuales son acuerdos mixtos⁴². Un ejemplo es el *Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros*, por un lado, y *Perú y Colombia*, por otro lado⁴³, el cual entró en aplicación provisional con Perú el 1 de marzo de 2013 hasta que se complete el proceso interno de aprobación por los 28 Estados miembros de la UE⁴⁴. Por lo tanto, se plantearía necesariamente la cuestión de si el Reino Unido estaría aún obligado a cumplir con las obligaciones procedentes de dichos acuerdos, por lo menos en el marco de sus competencias. Desde un punto de vista formal, se debe dar una respuesta afirmativa a esta pregunta en lo que respecta los acuerdos mixtos, ya que el Reino Unido figura como parte contratante. Por otra parte, desde un punto de vista jurídico,

41 La UE (hasta el 30 de noviembre de 2009 conocida oficialmente en la OMC por razones jurídicas como las Comunidades Europeas) es miembro de la OMC desde el 1 de enero de 1995. Los 28 Estados miembros de la UE también son miembros de la OMC por derecho propio. La UE es una unión aduanera única con una política comercial y un arancel únicos. La Comisión Europea representa a todos los Estados miembros de la UE en prácticamente todas las reuniones de la OMC.

42 Los denominados “acuerdos mixtos” son tratados internacionales concluidos tanto por la UE como por sus Estados miembros, debido al hecho de que su contenido está cubierto en parte por las competencias de los Estados miembros y en parte por las competencias de la UE (véase sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2006, *Comisión/Irlanda*, ECLI:EU:C:2006:345, par. 83). Los artículos 2-6 TFUE establecen cuáles son las competencias exclusivas, compartidas, de coordinación y de apoyo de la UE. La necesidad para la UE y sus Estados miembros de cooperar a fin de concluir un acuerdo mixto surge cuando la UE no dispone de competencia exclusiva o compartida.

43 Texto del acuerdo disponible en la página web de la Comisión Europea: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=694&serie=409&langId=es>> [consultado 23.8.2015].

44 Decisión 012/735/UE del Consejo, de 31 de mayo de 2012, relativa a la firma, en nombre de la Unión, y a la aplicación provisional del Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra (OJ L 354, 21.12.2012, p. 1–2607).

las obligaciones en materia de comercio que se desprenden de dichos acuerdos deberán ser consideradas como habiendo sido asumidas solamente por la UE, puesto que fue la UE la que los suscribió y concluyó sobre la base de su competencia exclusiva en política comercial⁴⁵.

Sin embargo, sin importar su carácter jurídico –mixtos o basados en una competencia exclusiva de la UE–, dependiendo siempre de la voluntad de los Estados terceros afectados, dichos acuerdos probablemente deberían ser renegociados. Al final de cuentas, la retirada del Reino Unido tendría como consecuencia que los Estados terceros afectados deberían cumplir con sus obligaciones frente al Reino Unido. Dichos Estados terceros podrían alegar legítimamente no estar más interesados en tener que cumplir con un acuerdo internacional en relación al Reino Unido, debido a que el carácter originario de dicho acuerdo era bilateral, es decir, sólo estaba destinado a regir en relación con la UE. Probablemente, el Reino Unido tampoco tendría más interés en cumplir con las obligaciones asumidas por la UE⁴⁶. Al haberse perdido parcialmente dicho carácter tras la retirada del Reino Unido, los Estados terceros socios de la UE podrían exigir una adaptación del acuerdo internacional a la nueva realidad. La UE difícilmente podría oponerse a dicha solicitud. Más bien, una renegociación parecería inevitable a fin de garantizar la seguridad jurídica.

En otros ámbitos, sin embargo, tales como el comercio de servicios⁴⁷, incluyendo los servicios financieros o de transporte, los acuerdos concluidos por la UE con Estados terceros u organizaciones internacionales ya no serían más aplicables al Reino Unido. Para concluir, es necesario recordar en este contexto que la OMC no es particularmente eficiente en lo que concierne la liberalización del comercio de servicios, el cual es precisamente el sector más importante en las exportaciones del Reino Unido.

45 Véase el artículo 3(1)(e) TUE.

46 El artículo 216(2) TFUE dispone que “los acuerdos celebrados por la UE vincularán a las instituciones de la UE y a los Estados miembros”. Esta obligación a asegurar el cumplimiento interno de las obligaciones asumidas por la UE se extiende a los acuerdos mixtos (véase sentencia del TJUE de 19 marzo 2002 en el asunto C-13/00, *Comisión/Irlanda*, ECLI:EU:C:2002:184, par. 85). Al no ser más Estado miembro de la UE, el Reino Unido se convertiría en un Estado tercero. No obstante, probablemente estaría aún obligado por el acuerdo internacional a adoptar medidas para que la UE pueda cumplir con sus obligaciones contractuales. De los artículos 34 y 35 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales se desprende que un acuerdo internacional no puede crear obligaciones para un tercer Estado salvo si lo acepta expresamente por escrito. Al suponerse que asumir una obligación tal –probablemente debido a la distribución interna de competencias entre la UE y el Reino Unido– no interesaría al Reino Unido, debe concluirse que los acuerdos internacionales deberían ser renegociados.

47 La política comercial común de la UE comprende el comercio en servicios. Véase el artículo 207(1) TFUE, el cual, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, hace del comercio en servicios un área de competencia exclusiva de la UE.

6. LAS OPCIONES DEL REINO UNIDO A FIN DE EVITAR UNA RETIRADA DE LA UE

Parece razonable afirmar que una retirada de la UE por parte del Reino Unido debería ser idealmente acompañado por el establecimiento de una relación institucionalizada con la UE a través de la conclusión de un acuerdo bilateral. La ausencia de un acuerdo tal tendría efectos muy negativos sobre todo para la economía británica y, en menor grado, para el resto de la UE.

De no existir dicho acuerdo bilateral, las autoridades públicas, los operadores económicos y los individuos deberían adaptarse a la situación jurídica. A diferencia de lo que algunos observadores opinan, es difícil imaginar que sea factible desde un punto de vista jurídico suponer la existencia de “derechos adquiridos” que serían válidos para millones de individuos (incluyendo sus hijos y nietos), quienes tras perder su ciudadanía de la UE, no obstante mantendrían sus beneficios. Dichos derechos conciernen por ejemplo a la libre circulación de personas dentro de los Estados miembros de la UE, así como el derecho a votar en las elecciones al Parlamento Europeo. Esta teoría no tiene apoyo en los tratados constitutivos de la UE y podría incluso llevar a absurdas consecuencias.

Por lo tanto, resulta inevitable que las autoridades públicas, los operadores comerciales, las personas naturales y jurídicas del Reino Unido, así como de los Estados miembros de la UE, debieran adaptarse a la nueva situación jurídica a partir de la fecha de retirada del Reino Unido. En lo que concierne a los operadores económicos e individuos provenientes de los Estados miembros de la UE, establecidos o en calidad de residentes permanentes en el Reino Unido (y viceversa): ellos no se beneficiarían más del estatus de ciudadano europeo en un Estado miembro⁴⁸. Su situación estaría reglamentada por el nuevo contexto jurídico. Aquellos con un derecho de residencia permanente, podrían mantenerlo en forma de un derecho derivado de la *Convención Europea de Derechos Humanos*⁴⁹. Ellos podrían continuar ejerciendo sus derechos basados en acuerdos específicos, en conformidad con el Derecho nacional aplicable. Aquellos que no tuvieran un derecho de estadia permanente, sí podrían, en teoría, ser obligados a abandonar el

48 Véase el comentario de Steve Peers en su blog de mayo de 2014, “*What happens to British expatriates if the UK leaves the EU?*”, en <<http://eulawanalysis.blogspot.be/2014/05/what-happens-to-british-expatriates-if.html>> [consultado 23.8.2015].

49 El Protocolo No 4 de la *Convención reconociendo ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en la Convención y en el Protocolo Adicional*, suscrito en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963, contiene disposiciones que los ciudadanos de otros Estados Miembros de la UE podrían invocar ante el Reino Unido. Por ejemplo, su artículo 2(1) establece que “toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia.” Asimismo, su artículo 4 prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros. Por lo tanto, el Reino Unido no podría proceder a expulsar inmediatamente a la totalidad de ciudadanos de los Estados Miembros tras su retirada de la UE, sino que debería examinar individualmente la situación de cada persona con residencia regular en ese país.

país conforme a la legislación nacional en materia de inmigración. Esto podría llevar a difíciles situaciones humanas (por ejemplo: separación de familiares) y a litigios ante los tribunales. Sin embargo, es también posible que se llegara a encontrar soluciones, por lo menos provisorias. Todo tipo de arreglo se basará en el Derecho internacional público clásico y en particular en el principio de reciprocidad. Esto significa que todos los derechos obtenidos a favor de ciudadanos británicos en los Estados miembros de la UE (los cuales no tendrán la competencia – reservada a la UE– de negociar individualmente con el Reino Unido, sino que tendrán más bien que someterse al régimen negociado por la UE) tendrían que ser concedidos igualmente a los ciudadanos de los demás 28 Estados miembros de la UE.

A falta de un acuerdo *ad hoc* de dicha índole, incluso de naturaleza provisional, la situación de ciertos individuos podría volverse difícil. Sin ningún tipo de acuerdo de corto a mediano plazo, esta situación podría empeorar. Todo esto, por supuesto, se podría remediar mediante un acuerdo apropiado que pudiera prever medidas transitorias aplicables hasta un cierto plazo y en situaciones determinadas.

Teniendo en cuenta lo dicho, se puede concluir que ninguna de las siete opciones disponibles parece ser satisfactoria para el Reino Unido. No parece haber otra opción que, desde un punto de vista británico, pudiera reconciliar la viabilidad económica de un acuerdo y su aceptación política. Cualquiera de estas opciones llevaría al Reino Unido a una de dos direcciones: la primera llevaría al Reino Unido a convertirse en una especie de satélite de la UE, aceptando la obligación de transponer en su ordenamiento jurídico nacional todos los reglamentos y directivas relativos al mercado interior europeo. La segunda lo conduciría a iniciar negociaciones comerciales a la vez con la UE y con todos los países del mundo, sin que disponga de demasiado poder negociador.

Actualmente, tanto en las instituciones de la UE como en los gobiernos de los Estados miembros existe un interés en encontrar una solución que permita al Reino Unido permanecer dentro de la UE.⁵⁰ Este objetivo no es inalcanzable si se actúa con la diplomacia y la cautela necesaria. Se lograría adoptándose ciertas de las reformas sugeridas por el gobierno británico, las cuales convencerían a la ciudadanía en el caso de que se lleve a cabo un referéndum respecto a las futuras relaciones jurídicas de ambas partes. De hecho, un gran número de líderes europeos se muestra dispuesto a adoptar ciertas de estas reformas, ya que también las consideran apropiadas. Es precisamente por ello que

50 De hecho, se entiende que la Comisión había solicitado que el Reino Unido presente sus propuestas de reformas a más tardar hasta noviembre de 2015. El gobierno británico respondió a esta solicitud mediante una carta dirigida al Presidente del Consejo Europeo, Donald Tusk, con fecha de 10 noviembre de 2015. Véase el texto integral de dicha carta en: <<http://g8fip1kplyr33r3krz5b97d1.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2015/11/letter.pdf>>

en sus conclusiones de 18 y 19 de febrero de 2016, el Consejo Europeo aceptó adoptar un “nuevo régimen” para el Reino Unido en la UE, el cual contiene varias de las concesiones propuestas⁵¹. Si bien es cierto que la UE retiró dichas concesiones políticas como reacción al referéndum negativo del 23 de junio de 2016⁵², esto no excluye la posibilidad de que algunas de las concesiones más moderadas sean discutidas nuevamente en el marco de negociaciones.

No se puede afirmar lo mismo de ciertas propuestas hechas por algunos políticos británicos. Tal es el caso de propuestas que afectarían importantes ámbitos, por ejemplo la libre circulación de personas. Esto no sería aceptable para ninguno de los demás 27 Estados miembros de la UE. A esto se suman propuestas que permitiría una discriminación de aquellos ciudadanos de la UE que trabajan en el Reino Unido, dependiendo de su respectiva nacionalidad (generalmente ciudadanos del este de Europa). Conviene recordar en este contexto que, debido al actual clima político, cualquier tipo de reforma dirigida a una modificación de los tratados de la UE parece imposible, por lo menos en los próximos años.

La principal opción propuesta por el gobierno británico fue la del año 2013 que consistía en una “repatriación de competencias” de la UE a los Estados miembros⁵³. A fin de preparar cuidadosamente dicha opción, el gobierno británico exigió a todos sus ministerios, así como a órganos independientes y a personas, estudiar cuidadosamente la actual situación jurídica en lo que concierne a la distribución de competencias entre la UE y sus Estados miembros. La hipótesis de trabajo consistía en que demasiadas competencias habían sido transferidas a la UE en el curso de las diversas modificaciones de los tratados constitutivos. El estudio llevado a cabo por el gobierno británico se realizó en una época en que estaba convencido de que en la zona euro⁵⁴ se iba a efectuar

51 “*Un nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea*”, Extracto de las Conclusiones del Consejo Europeo de 18 y 19 de febrero de 2016 (2016/C 69 I/01), DO C 691 de 23.2.2016, p. 1.

52 “*Declaración conjunta de Martin Schulz, presidente del Parlamento Europeo, Donald Tusk, presidente del Consejo Europeo, Mark Rutte, de la presidencia rotatoria del Consejo de la UE, y Jean-Claude Juncker, presidente de la Comisión Europea*” de 24 de junio 2016 (STATEMENT/16/2329).

53 Ya en su declaración del año 2010, el Partido Conservador británico había indicado lo siguiente: “We will work to bring back key powers over legal rights, criminal justice and social and employment legislation to the UK”. En su discurso del 23 de enero de 2013, el Primer Ministro británico señaló que su gobierno había procedido a una revisión del balance de competencias entre la UE y el Reino Unido a fin de obtener un análisis completo y objetivo que permita apreciar donde la UE ayuda y donde obstaculiza (“In Britain we have already launched our balance of competences review - to give us an informed and objective analysis of where the EU helps and where it hampers.”). El discurso está disponible en la página web del gobierno británico: <<https://www.gov.uk/government/speeches/eu-speech-at-bloomberg>> [consultado 23.8.2015].

54 Bajo el término de “zona euro” se entiende la totalidad de Estados miembros de la UE que conforman la Unión Monetaria, es decir, que han adoptado el euro como moneda (19 hasta el momento).

inevitablemente una reforma de los tratados constitutivos, con el fin de reforzar su gobierno tras la crisis. Supuso que en este caso el Reino Unido podría aceptar dicha reforma a cambio de una modificación fundamental de los tratados constitutivos, sea por medio de una repatriación de competencias o mediante la adquisición de un estatus especial de “semi-miembro” de la UE. Sin embargo, la zona euro no ha seguido el camino de una reforma de los tratados constitutivos de la UE, sino que más bien decidió actuar mediante la conclusión de acuerdos intergubernamentales y decisiones del Banco Central Europeo (BCE).

De lo dicho anteriormente se puede deducir que emprender reformas razonables –sin que esto implique una reforma de los tratados constitutivos de la UE– parece ser la única solución realista tanto desde un punto vista político como jurídico para los problemas identificados por el gobierno británico. Mucho se puede lograr sin modificar los tratados constitutivos, siempre y cuando exista una fuerte voluntad política.

Esto podría incluir medidas políticas materiales, como por ejemplo una agenda con miras a completar el mercado interior, sobre todo el de servicios. También se podrían iniciar nuevas políticas opcionales de cooperación, por ejemplo en el ámbito energético o en el de la adquisición de equipos de defensa. También se podría prever medidas destinadas a mejorar el funcionamiento de las instituciones de la UE, como por ejemplo la nueva organización de la Comisión Europea en torno a equipos presididos por fuertes vicepresidentes, tal como lo ha hecho el nuevo Presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker. También se podría exhortar a todas las instituciones, incluyendo al Parlamento Europeo, a permanecer dentro de los límites de sus respectivas competencias legislativas y a establecer prioridades temáticas⁵⁵.

El Consejo Europeo ya ha demostrado voluntad de tomar en cuenta las inquietudes del gobierno británico al declarar en junio de 2014 que el concepto político de “una Unión cada vez más estrecha” no debería interpretarse como una disposición jurídica estricta y que permitiría diferentes caminos (a diferencia de distintas velocidades) hacia la integración⁵⁶. Conviene recordar en este contexto que los tratados constitutivos de la UE la obligan a respetar la historia, la cultura y tradiciones de los pueblos de Europa (preámbulo y artículo 3(3) TFUE), así como las identidades nacionales de sus Estados miembros, sus

55 Diversas disposiciones recuerdan el principio de atribución. Por ejemplo, el artículo 13(2) TUE indica que “cada institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados, con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos”.

56 Véase las conclusiones del Consejo Europeo de 26/27 de junio de 2014 (EUCO 79/14), punto 27: “En este contexto, el Consejo Europeo constató que el concepto de ‘una unión cada vez más estrecha’ (‘ever closer union’) permite diferentes vías de integración para los Estados, haciendo posible que aquellos que quieren profundizar la integración, avancen en ello, al mismo tiempo que se respeta la voluntad de aquellos Estados que no aspiran a una mayor integración profunda” (traducción libre).

estructuras fundamentales, políticas y constitucionales, al igual que sus esenciales funciones estatales (artículo 4(2) TFUE). Sería conveniente recordar esto al pueblo británico, quizás a través de un tipo declaración, sea por parte del gobierno británico o de las instituciones europeas.

Se podrían igualmente considerar otras opciones como las siguientes:

6.1. Estudiar maneras de mejorar la legislación y respetar más el principio de subsidiaridad

El mandato otorgado por el actual Presidente de la Comisión Europea a su Primer Vicepresidente, Frans Timmermans, va precisamente en esa dirección⁵⁷. Se trata de mejorar la manera de legislar (“*better regulation*”). No obstante, procede recordar que, por definición, la legislación de la UE reemplaza a 28 legislaciones nacionales, permitiendo así el funcionamiento de un mercado interior. No existe una manera única para soslayar legislación innecesaria. Esto tampoco puede ser evitado por un tratado. Evitar que la legislación de la UE produzca obstáculos en la vida económica es una tarea diaria que debe ser tomada en serio tanto por los Estados miembros como por las instituciones europeas.

Es necesario que las autoridades nacionales revisen las proposiciones de la Comisión. Incluso sería imaginable introducir mecanismos no-jurídicos a fin de verificar el impacto de la legislación. Estos mecanismos podrían ser integrados en las instituciones europeas, las cuales podrían establecer indicadores de rendimiento (“*benchmarks*”), así como la obligación de verificar la eficacia de la legislación europea luego de determinados años de implementación. Esto ya ocurre actualmente respecto a determinados actos legislativos de la UE, los cuales, por ejemplo, imponen una obligación a la Comisión Europea de presentar cada cierto tiempo reportes de rendimiento al Parlamento Europeo y al Consejo.

Además de ello, conviene recordar ciertas realidades, como por ejemplo el hecho de que la legislación europea tiene un impacto mucho menor al señalado en muchos discursos políticos, sin que se haga referencia a fuentes precisas.

6.2. Una mayor participación de los parlamentos nacionales en los procesos legislativos de la UE

El artículo 12 TUE y los protocolos 2 y 3, textos que han sido

⁵⁷ Ver “President Juncker’s Mission Letter to Frans Timmermans” con fecha del 1 de noviembre de 2014, en el que se define el mandato del Primer Vice-Presidente de la Comisión Europea, disponible en su página web: <https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/timmermans_en> [consultado 23.8.2015].

incorporados a los tratados constitutivos de la UE por el Tratado de Lisboa, confieren importantes competencias a los parlamentos nacionales. Dependiendo de la materia pertinente, un tercio, un cuarto (ambos umbrales se aplican al procedimiento de “tarjeta amarilla”) o la mayoría (umbral aplicable al procedimiento de “tarjeta naranja”) de los parlamentos nacionales pueden obligar a la Comisión Europea a revisar su propuesta legislativa, invocando su competencia en el control de la subsidiariedad.

Esta competencia ha sido raramente usada⁵⁸, ya que se prevén plazos muy cortos para la actividad de los parlamentos nacionales, su cooperación no está organizada de una manera óptima y sus opiniones no son vinculantes. Todo esto se podría mejorar en la práctica, sin que se necesite modificar los tratados, ofreciendo facilidades prácticas a los parlamentos nacionales, aplicando plazos con flexibilidad y mediante un compromiso político por parte de la Comisión de tomar en cuenta sus conclusiones.

6.3. Una mayor protección de los Estados miembros no pertenecientes a la zona del Euro

Cada vez más observadores piensan que, a medio plazo, la zona euro continuará su integración⁵⁹, sea a través de una modificación de los tratados constitutivos de la UE o través de un tratado propio relativo a la zona euro, es decir un acuerdo intergubernamental entre

⁵⁸ Por el momento, el procedimiento de „tarjeta amarilla“ solo se ha activado en dos ocasiones: En 2012, se inició un procedimiento de „tarjeta amarilla“ en relación con la propuesta de *Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios*, conocida como „propuesta Monti II“ [COM(2012) 130 final]. Doce cámaras parlamentarias nacionales formularon dictámenes motivados (equivalentes a 19 votos, por encima del umbral fijado por el Protocolo n° 2 en 18 votos). Tras un minucioso análisis de los dictámenes recibidos, la Comisión no llegó a la conclusión de que se hubiera vulnerado el principio de subsidiariedad. Sin embargo, ante las opiniones manifestadas y la situación del debate entre las partes interesadas, decidió retirar la propuesta el 26 de septiembre de 2012. Las cámaras que habían formulado los dictámenes recibieron cumplida respuesta. La retirada se publicó en el Diario Oficial de 16 de abril de 2013. En 2013, la propuesta de *Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea* [COM(2013) 534 final] dio pie a un procedimiento de tarjeta amarilla. Como se trataba de una propuesta relativa al espacio de libertad, seguridad y justicia, para activar el procedimiento eran necesarios 14 votos (la cuarta parte del total de 56). Al finalizar el plazo establecido, la Comisión había recibido dictámenes motivados de 14 cámaras, equivalentes a 18 votos. Tras un minucioso análisis de los dictámenes recibidos, el 27 de noviembre de 2013 la Comisión adoptó una Comunicación [COM(2013) 851 final] en la que concluía que su propuesta era conforme con el principio de subsidiariedad, motivo por el cual decidió mantenerla. Posteriormente, la Comisión dio respuesta a cada una de las cámaras que habían formulado los dictámenes. Hasta la fecha, no se ha activado ningún procedimiento de tarjeta naranja.

⁵⁹ El Presidente del BCE, Mario Draghi, manifestó, en un artículo publicado en Italia a inicios del año 2015, su visión de un Eurogrupo dotado de una estructura institucional más sofisticada y de los mecanismos necesarios a fin de gobernar la Unión Monetaria europea. Algunos observadores opinan que la zona euro podría transformarse en un núcleo duro de la integración europea.

los miembros del Eurogrupo⁶⁰, fuera de los tratados de la UE pero aún vinculado a ellos⁶¹. Es en ese contexto que ciertos Estados miembros de la UE, tal como el Reino Unido, temen que la zona euro podría adoptar decisiones con efectos negativos para ellos, en especial lo que concierne el mercado interior. A fin de disipar sus temores, la zona euro, o mejor dicho los miembros de la zona euro junto algunos de los demás Estados miembros de la UE, podrían confirmar sus obligaciones legales en un nuevo acuerdo y someterse al control por parte del TJUE con miras a:

- Garantizar los derechos de los Estados no miembros de la zona del Euro, incluyendo la integridad del mercado interior;
- Respetar el acervo comunitario y el ejercicio de los poderes exclusivos de la UE bajo los tratados;
- Otorgar el derecho a participar en las reuniones de los Estados de la zona del Euro a aquellos Estados aspirantes a unirse dentro de un plazo fijo.

La implementación de estas ideas constituye una labor importante. Convendría concentrar los esfuerzos en ello, en lugar de pretender que la emigración de trabajadores de otros Estados miembros al Reino Unido

60 El Eurogrupo constituye prácticamente el “gobierno” de la zona euro. Según el Protocolo No 14 al Tratado de Lisboa, el Eurogrupo se conforma de los ministros (generalmente de economía y/o finanzas) de los Estados miembros, los cuales mantendrán reuniones de carácter informal. Dichas reuniones se celebrarán, siempre que sea necesario, para examinar cuestiones vinculadas a las responsabilidades específicas que comparten en lo relativo a la moneda única. La Comisión participará en las reuniones. Se invitará al BCE a participar en dichas reuniones, de cuya preparación se encargarán los representantes de los ministros de finanzas de los Estados miembros cuya moneda es el euro y de la Comisión. El Eurogrupo dispone de un presidente, elegido para un período de dos años y medio, por mayoría de dichos Estados miembros.

61 Un ejemplo de ello es el acuerdo por el cual se creó el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEE) con sede en Luxemburgo. Debido a las limitaciones previstas en los tratados constitutivos de la UE a otorgar ayuda financiera a Estados miembros en situación financiera crítica (véase artículos 122(2) TFUE y 125(1) TFUE), los Estados miembros procedieron a modificarlos a través de un procedimiento de revisión simplificado, introducido por el Tratado de Lisboa (artículo 48(6) TFUE). La modificación implicó agregar un apartado 3 al artículo 136 TFUE, el cual prevé la creación del MEE por parte de aquellos Estados miembros que forman parte de la unión monetaria. Conforme a dicha disposición, el MEE “se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del Euro en su conjunto”. El MEE en sí fue creado por un acuerdo internacional y, por lo tanto, al margen de los tratados constitutivos de la UE, lo que suscitó dudas respecto a su conformidad con el Derecho de la UE, ya que las disposiciones relativas al procedimiento de revisión simplificado prohíben ampliar las competencias de la UE. En su sentencia de 27 de noviembre de 2012 en el asunto C-370/12, *Pringle*, ECLI:EU:C:2012:756, el TJUE confirmó la compatibilidad del proceso que llevó a la creación del MEE con el Derecho de la UE. Otro ejemplo de una acción fuera de los tratados pero aún vinculada a la política financiera es el “Pacto Fiscal”, denominado formalmente “*Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria*”, el cual es un acuerdo de Derecho internacional suscrito el 2 marzo de 2012 por la mayor parte de Estados miembros de la UE (con excepción del Reino Unido y de la República Checa).

es el mayor problema en las actuales relaciones entre este país y la UE⁶². Respecto a ello, es suficiente recordar que la actual legislación europea autoriza a los Estados miembros a adoptar medidas para evitar abusos de los sistemas nacionales de bienestar social. Esto lo recordó el TJUE en una sentencia reciente⁶³. La legislación pertinente podría incluso precisarse de ser necesario⁶⁴. Las opciones discutidas actualmente por el gobierno británico, las cuales podrían constituir la base de futuras negociaciones, implicarían una revisión de los tratados de la UE, afectando el principio básico de la libre circulación de personas. Resulta dudoso que tal posición negociadora pudiera llevar a un resultado beneficioso para todas las partes.

CONCLUSIONES

El presente análisis ha expuesto los escenarios diversos que podrían presentarse en el caso de que el Reino Unido decidiera retirarse del proceso de integración y renegociar sus relaciones con la UE. Las perspectivas no son óptimas, teniendo en cuenta tanto el marco jurídico, así como los intereses divergentes de ambas partes, incluyendo el de Estados terceros con los cuales existen acuerdos comerciales y de cooperación. En el peor de los casos, el Reino Unido podría verse completamente aislado, pues perdería su acceso al mercado interior europeo y su poder negociador (“*bargaining power*”) con el resto del mundo. Una posible retirada debería ser cuidadosamente planeada por el gobierno británico a fin de evitar estas consecuencias. Por otra parte, es muy posible que no se llegue a tal extremo, pues no se puede excluir la posibilidad de que el gobierno británico esté simplemente amenazando a la UE con una retirada, con el objetivo de renegociar los términos de su estatus como Estado miembro y obtener concesiones. No se debe olvidar en este contexto que el Reino Unido – a pesar de la retórica empleada por el gobierno bajo la nueva Primera Ministra Theresa May, indicando una clara voluntad de respetar el resultado del referéndum – aún no ha cumplido con los requisitos constitucionales que le permitan invocar el artículo 50 TUE e iniciar el procedimiento formal de retirada⁶⁵. Además,

62 El gobierno británico bajo el entonces Primer Ministro, David Cameron, ha hecho la restricción del derecho de emigrantes de otros Estados miembros de la UE a recibir beneficios sociales (en caso de desempleo) en el Reino Unido parte de su programa europeo. Mientras tanto, el actual gobierno de Theresa May ha retomado el tema de la migración, negándose a garantizar de antemano el derecho de estadía a los ciudadanos de la UE residentes en el Reino Unido.

63 Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2014 en el asunto C-333/13, *Dano*, ECLI:EU:C:2014:2358. Se podría incluso afirmar que existe una cierta tendencia por parte del TJUE a interpretar de manera estricta las normas de la UE relativas a la coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social tras la reciente sentencia de 14 de junio de 2016 en el asunto C-308/14, *Comisión/Reino Unido*, ECLI:EU:C:2016:436.

64 Mediante una simple modificación del Derecho secundario de la UE conforme a los procedimientos legislativos previstos para dicho fin.

65 Aún no se ha resuelto el problema constitucional relacionado a la posible competencia del

cabe señalar que existen obstáculos legales importantes que impiden una modificación inmediata de su relación con la UE⁶⁶. En cualquiera de los casos, de requerirse una renegociación de la relación jurídica entre ambas partes, se puede excluir que la UE acepte excepciones en ámbitos clave de la integración, como es el caso de la libre circulación de personas, tan estrechamente ligada al concepto de ciudadanía europea. Por lo tanto, se sugiere poner en marcha un plan más realista que prevea un debate dentro de la UE en torno a la manera más efectiva de mejorar la eficiencia del sistema de integración. El presente análisis ha indicado un número de aspectos que podrían ser objeto de dicho debate.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GEORGOPOULOUS, A. “Brexit, Article 50 TEU and the Constitutional Significance of the UK Referendum”. Disponible en: <<http://www.ejiltalk.org/brexit-article-50-teu-and-the-constitutional-significance-of-the-uk-referendum/>>

KÜHN, W. M. “Reflexiones sobre una posible convergencia regional con la participación de la Comunidad Andina y el Mercosur – Lecciones de la experiencia integracionista europea”. *Política Internacional*. 2013, n° 109, p. 153.

gobierno o del parlamento británico a invocar el artículo 50 TUE (véase nota de pie de página 15). Este asunto se encuentra pendiente ante los tribunales nacionales. El gobierno británico ha evitado pronunciarse públicamente al respecto. En todo caso, aún si el gobierno tuviese la competencia constitucional necesaria para actuar por sí solo, existen argumentos a favor de un debate y un voto parlamentario, entre otros, 1) la importancia de una posible retirada de la UE para la economía británica, 2) el escaso margen de diferencia obtenido en el referéndum de junio de 2016, 3) el carácter únicamente “consultivo” de dicho referéndum, 4) la reticencia del gobierno regional de Escocia a aceptar que el Reino Unido pierda el estatus de Estado miembro de la UE.

66 Mientras que no se concluya el procedimiento previsto en el artículo 50 TUE al cabo de dos años (o más, conforme a lo que acuerden el Consejo Europeo y el Reino Unido), el Reino Unido seguirá siendo un Estado miembro con todos los derechos y obligaciones que ese estatus implica. Por lo tanto, se continuará aplicando el Derecho de la UE en su totalidad con relación a él, tal como lo enfatizó la UE en su declaración de 24 de junio de 2016, en reacción al resultado del referéndum. Desde un punto de vista jurídico, esto significa que el Reino Unido no podrá concluir acuerdos comerciales individuales con otros Estados miembros durante todo ese periodo. Esto sería imposible incluso después, ya que el comercio de bienes y servicios – en el cual el nuevo gobierno británico parece estar interesado – constituye una competencia exclusiva de la UE, conforme a los artículos 3(1)(e) y 207(1) TFUE (“política comercial común”). Por lo tanto, en principio, el Reino Unido solo podría negociar un estatus “post-Brexit” 1) con los 27 demás miembros del Consejo Europeo (durante el proceso de secesión) o 2) con la Comisión Europea a base de un mandato otorgado por el Consejo (una vez concluido el proceso de secesión, tras convertirse el Reino Unido en un Estado tercero).

EL DERECHO COMUNITARIO: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA PERSPECTIVA KELSENIANA

O DIREITO COMUNITÁRIO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA KELSENIANA

*Brenda Luciana Maffei**

Resumen: *El presente trabajo tiene como objetivo desarrollar algunas nociones al respecto del Derecho Internacional elaboradas por Hans Kelsen y su posible aplicación para comprender el surgimiento del Derecho Comunitario. Así, se intentará responder si el surgimiento de esta denominada nueva rama del Derecho puede ser considerado una evolución del Derecho Internacional en los términos y nociones estudiadas por el autor. El objetivo del estudio es específico y, preminentemente teórico y está dividido en cuatro puntos centrales: (i) analiza la naturaleza jurídica del Derecho Internacional, el principio del Bellum Justum y la guerra como sanción, (ii) trata sobre la concepción monista del sistema jurídico y la limitación de la soberanía por el Derecho Internacional, (iii) analiza los elementos que conforman la Confederación de Estados, siendo éste el mayor grado de centralización del Derecho Internacional presentado por Kelsen, (iv) explica la conexión existente entre la teoría monista internacionalista kelseniana, la centralización del Derecho Internacional y el Derecho Comunitario.*

Resumo: *O presente trabalho tem como objetivo desenvolver algumas noções ao respeito do Direito Internacional elaboradas por Hans Kelsen e a sua possível aplicação para compreender o surgimento de Direito Comunitário. Assim, tentar-se-á responder se o surgimento deste denominado novo ramo do Direito pode ser considerado uma evolução do Direito Internacional nos termos e noções estudadas pelo autor. O objetivo do estudo é, então, específico e, preminentemente teórico e está dividido em quatro pontos centras: (i) analisa a natureza jurídica do Direito Internacional, o princípio do Bellum Justum e a guerra como sanção, (ii) trata sobre a concepção monista do sistema jurídico e a limitação da soberania pelo Direito Internacional, (iii) analisa os elementos que conforma a Confederação de Estados, sendo este o maior grau de centralização do Direito Internacional e o Direito Comunitário.*

* Programa de Pósgraduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
E-mail: brenda_maffei@yahoo.com.ar

Palabras clave: Derecho Internacional, Derecho Comunitario, Hans Kelsen
Palavras-chave: Direito Internacional, Direito Comunitário, Hans Kelsen

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo considera algunas nociones teóricas elaboradas por Hans Kelsen para aplicarlas al estudio del Derecho Comunitario. Así, puede decirse que el objetivo de este trabajo es de carácter teórico y limitado. Las principales obras analizadas son aquellas que el autor dedica al estudio del Derecho Internacional como son: “*Derecho y paz en las relaciones internacionales*”, “*La paz por medio del Derecho*” e “*Principios del Derecho Internacional*” y algunas nociones sobre el Derecho Internacional elaboradas en obras como: “*Teoría pura del Derecho*” y “*Teoría general del Derecho y del Estado*”.

Las cuestiones centrales que intentará responder el presente trabajo son las siguientes: ¿Puede entenderse que el surgimiento del Derecho Comunitario es una evolución del Derecho Internacional a partir del análisis de la teoría kelseniana? O en otros términos, ¿Es posible aplicar la teoría monista internacionalista kelseniana para explicar el fenómeno del Derecho Comunitario o, por el contrario, se trata de una clase de Derecho autónomo que se diferencia del concepto de Derecho Internacional clásico?

Es preciso, para responder las preguntas planteadas, analizar algunas cuestiones básicas referidas a la teoría internacionalista de Kelsen y, de esta forma, adentrarnos en su sistema teórico. De esta manera, y por la lógica misma del sistema kelseniano, todos los puntos de este trabajo, que van desde la exposición de la teoría que explica el Derecho Internacional en kelsen hasta llegar a responder nuestras preguntas, se encuentran vinculados entre sí. Este factor hace con que sea imposible llegar a responder las preguntas planteadas sin antes comenzar por la pregunta de base sobre la naturaleza jurídica del Derecho Internacional Público. Por su vez, tampoco es posible responder nuestras cuestiones, sin antes responder qué entendía Kelsen por unidad del sistema legal y cómo justificaba la limitación de la soberanía nacional absoluta. Al analizar todas estas cuestiones estamos realizando una aproximación de su teoría con las preguntas planteadas en el primer párrafo y de ahí deviene la importancia de exponerlas.

De esta forma, el trabajo se encontrará dividido en cuatro puntos. El primer punto analizará la naturaleza jurídica del Derecho Internacional, el principio del *Bellum Justum* y la guerra como sanción. El segundo punto tratará sobre la concepción monista del sistema jurídico y la limitación de la soberanía por el Derecho Internacional. El tercer punto analizará los elementos que conforman la Confederación de Estados,

siendo éste el mayor grado de centralización del Derecho Internacional presentado por Kelsen. Finalmente, el cuarto punto explicará la conexión existente entre la teoría monista internacionalista kelseniana, la centralización del Derecho Internacional y el Derecho Comunitario. Se responderá, así, si el Derecho comunitario puede entenderse como la mayor evolución del Derecho Internacional operada hasta el momento en el sentido kelseniano.

2. LA NATURALEZA DEL DERECHO INTERNACIONAL: LA IDEA DEL *BELLUM JUSTUM* Y LA GUERRA COMO SANCIÓN QUE PERMITE CARACTERIZAR LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO INTERNACIONAL

La primera pregunta que puede surgir en el lector al leer el título de este primer punto es: ¿Cual es la relevancia de revelar la naturaleza del llamado Derecho Internacional para responder la cuestión de si el Derecho Comunitario es una evolución de él o es una rama autónoma del Derecho que se diferencia tanto del Derecho nacional como del Derecho internacional a partir de la perspectiva kelseniana? La respuesta parece obvia. Sucede que si se pretende responder esa cuestión es indispensable saber si Kelsen entendía al Derecho Internacional como siendo Derecho y, en caso de dar una respuesta afirmativa, saber de qué clase de Derecho se trata, para luego saber si es posible que se lleve a cabo una evolución del mismo.

En líneas generales, para Kelsen, el llamado Derecho Internacional podrá considerarse alguna clase de Derecho en la medida que sea un orden coercitivo de la conducta humana presupuesta como soberana. En otras palabras se trata de saber si el Derecho Internacional estatuye actos coercitivos como sanciones y, en ese caso, saber si el Derecho Internacional puede ser considerado Derecho, así como lo es el nacional. Para responder esta cuestión Kelsen recurre a la idea de *bellum justum*.

2.1. Represalia y Guerra como sanción

Para desentrañar la idea de *bellum justum*, Kelsen indica que, habiendo examinado todo el material conocido bajo el nombre de Derecho Internacional, aparecen dos tipos distintos de intervención por la fuerza en la esfera de intereses del Estado. El primer tipo es limitado, esto quiere decir que la intervención está destinada a ciertos intereses del Estado y no es esencial que vaya acompañada del empleo de la fuerza. Este tipo de intervención es aceptado por el Derecho Internacional positivo y admitido como una reacción a un daño causado por el Estado intervenido. En este sentido, estamos haciendo referencia al concepto de represalia, que para Kelsen, puede caracterizarse como una sanción del Derecho Internacional. El otro tipo de intervención por la fuerza, que

puede presentar algunas objeciones en cuanto a su caracterización como sanción, es el ilimitado. Este tipo es entendido como una intervención a los intereses de un Estado en forma ilimitada y ejercida por actos de las Fuerzas Armadas, el Ejército, la Marina o la Fuerza Aérea. Esta forma ilimitada hace referencia al concepto de guerra. La pregunta que sigue entonces es saber si la guerra puede ser considerada como sanción así como lo es la represalia¹.

Kelsen identifica dos interpretaciones al respecto de la guerra. La primera entiende que la guerra no es ni un delito ni una sanción. Esa interpretación es sostenida por el hecho de que el Derecho Internacional general no prohibiría la guerra ni la permitiría como sanción. De esa forma, todo Estado podría, según el Derecho Internacional general, por cualquier razón, recurrir a la guerra sin que, con eso, viole el Derecho Internacional. La otra interpretación establece que la guerra es permitida como reacción contra una violación del mismo Derecho Internacional, quiere decir, contra la ofensa de los intereses de un Estado, cuando ese Estado sea autorizado por el Derecho Internacional general a reaccionar a aquella ofensa con las represalias o con la guerra. De esa forma quedaría configurado el principio del *bellum justum*. Para Kelsen ninguna de estas dos interpretaciones está errada, pero para quienes sostienen la última cabe la demostración y la prueba de que tal afirmación es correcta. Para demostrarlo Kelsen recurre a la enumeración de las diferentes críticas que fueron hechas al principio del *bellum justum* e intenta rebatirlas en la medida de lo posible.

2.2. Las críticas al *bellum justum*

Kelsen identifica ciertas críticas a la teoría del *bellum justum* que se encarga de responder. Esas críticas fueron ordenadas por Kelsen según su grado de seriedad. Como se podrá observar, mediante la respuesta a esas críticas, Kelsen deja aún más evidentes sus ideas sobre la naturaleza del Derecho Internacional².

La primera de ellas corresponde a la idea de que sería contradictorio a la soberanía de un Estado limitar su derecho a recurrir a la guerra. Él considera esta crítica como siendo la mas débil, ya que, indica que ella, al contrario de ir dirigida contra el concepto de guerra justa, va dirigida contra la idea de existencia del Derecho Internacional, al negar la existencia de un orden superior limitador de la soberanía de los Estados. Entonces, esta crítica no podría ser tomada en consideración porque toda caracterización jurídica de guerra supone la existencia de un orden jurídico que otorgue derecho e imponga obligaciones a los Estados.

¹ KELSEN, Hans. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. Trad. Florencio Acosta. México: Fondo de Cultura Económica, 1943. p. 55

² KELSEN, Hans. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. p. 63-79.

De esa forma, los críticos que utilizan ese argumento como forma de no reconocer el principio del *bellum justum*, en realidad, lo que hacen es negar la propia existencia del Derecho Internacional. Razón por la cual, la discusión estaría destinada a discutir la naturaleza misma del Derecho Internacional y no el principio *bellum justum*.

La Segunda crítica, con argumentos mas serios, indica que la guerra justa solo prueba que la guerra es moralmente prohibida. Kelsen responde a este argumento diciendo que, si los Estados basan su conducta reciproca bajo el principio de que toda guerra que se emprenda sin ser una reacción contra un delito no es justificable, entonces se está admitiendo la guerra como sanción. Al admitirse la guerra como sanción se está realizando un juicio de carácter jurídico.

La tercer crítica que le sigue en grado de importancia es aquella indica que la guerra nunca puede considerarse como sanción porque por razones técnicas la guerra nunca garantiza que el mal que implica la sanción sea sufrido tan solo por quien provocó el daño. Otro punto importante de crítica es que en la guerra no gana necesariamente quien tiene el derecho sino quien es el mas fuerte. En ese sentido, quedaría descartado el concepto de guerra como reacción, cuando la víctima es más débil.

La cuarta y última crítica identificada por Kelsen y, por ende, la de mayor importancia es aquella que establece que la guerra no puede ser interpretada ni como sanción ni como delito porque no existe un Tribunal que decida si ha existido, efectivamente, un delito. En ese sentido, si no se puede determinar la existencia de un delito, tampoco será posible caracterizar una guerra como justa, como reacción a un delito que no pudo ser definido como tal.

Kelsen no esclarece de forma clara como pueden ser superadas esas críticas. En un intento por explicar la razón de la no superación de ellas, introduce la idea del Derecho Internacional como orden jurídico primitivo. Es así, que esas dos últimas críticas lo llevan a caracterizar al Derecho Internacional como eminentemente descentralizado y primitivo, sin que ello provoque la no categorización del llamado Derecho Internacional como Derecho.

2.3. El Derecho Internacional como orden primitivo

La caracterización del Derecho Internacional como orden primitivo y descentralizado son dos conceptos que se encuentran estrechamente vinculados. Kelsen hace un paralelismo entre el Derecho Internacional, y aquellas sociedades primitivas en donde vigoraba la venganza de sangre o vendetta. De esta forma, él indica que:

“... La venganza de sangre es la forma más característica de esta técnica jurídica primitiva. Ni la determinación de la existencia de un delito, ni la ejecución

de la sanción son encargadas a una autoridad distinta a las partes interesadas. Cabe decir que en estos dos aspectos el orden jurídico está enteramente descentralizado. No hay ni un tribunal, ni un poder ejecutivo centralizado. Los parientes de la víctima, los dolientes, tienen que decidir por sí mismos si se debe proceder a la venganza, y, en tal caso, contra quién se debe proceder...³.

Así, un orden social con estas características, a pesar de encontrarse en un estadio poco evolucionado de la técnica jurídica ya puede ser considerado, según Kelsen, como un ordenamiento jurídico, siempre que esa “*vendetta*” pueda ser categorizada como sanción. Al tiempo que al hombre primitivo le es permitida la venganza de sangre como sanción, de la misma forma puede caracterizarse a la guerra como un delito o se la puede determinar como una reacción a ese delito y, por lo tanto, como una sanción⁴.

De esta forma, el principio del *bellum justum* se encuentra ligado a la categorización del Derecho Internacional como una clase de Derecho, aunque primitivo por no poder ser superadas las críticas que manifiestan la imposibilidad de que un órgano diferente de las partes involucradas determine la existencia de delito. En este sentido, la categorización del Derecho Internacional como verdadero Derecho depende de si es posible reconocer la teoría de la guerra justa. O en otras palabras depende de entender la guerra como sanción impuesta por el Derecho Internacional general, aunque sea una sanción interpuesta de forma descentralizada. Cabe advertir que Kelsen culmina su exposición admitiendo que la aceptación de la teoría de la guerra justa depende de una decisión y de una preferencia política y no de un juicio científico. Admite, por su vez, preferir la interpretación de la teoría de la guerra justa porque: (i) por un lado se termina reconociendo la naturaleza jurídica del Derecho internacional; (ii) se reconoce que el Derecho Internacional se encuentra en un estado descentralizado y primitivo y, por ese motivo: (iii) existe la posibilidad, así como sucedió con las sociedades primitivas, que este Derecho Internacional primitivo evolucione hacia la centralización necesaria para garantizar la paz⁵.

3. UNIDAD DEL SISTEMA LEGAL O MONISMO INTERNACIONALISTA: EL LÍMITE A LA SOBERANÍA ABSOLUTA DE LOS ESTADOS

Hasta aquí pudimos responder afirmativamente a la cuestión sobre la naturaleza jurídica del Derecho Internacional en Kelsen. Esa naturaleza

3 KELSEN, Hans. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. p. 49-79.

4 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução, Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 472-488.

5 Sobre el punto relativo a la descentralización y a la centralización del derecho volveremos en el punto 3 de este trabajo.

jurídica, sin embargo, presenta las características de un orden jurídico primitivo pero destinado a evolucionar. Una vez admitida la naturaleza jurídica del Derecho Internacional y sabiendo que para Kelsen existe un ordenamiento escalonado del Derecho, donde una norma inferior deriva de una superior, la pregunta obvia que sigue es: ¿Cual es el lugar que ocupa ese Derecho dentro del ordenamiento jurídico?

3.1. La unidad en el Derecho o el monismo internacionalista.

Según Kelsen existe una unidad cognoscitiva de todo el Derecho. Esto significa que podemos concebir el conjunto formado por el Derecho Internacional y los órdenes jurídicos nacionales como sistemas unitarios de normas. Si es considerada la unidad del sistema jurídico y si se considera que una norma inferior deriva su validez de una norma superior, la inferencia lógica que sigue de estos dos conceptos determina que: (i) o el Derecho Internacional es jerárquicamente superior al Derecho nacional o (ii) el Derecho nacional es jerárquicamente superior al Derecho internacional. Para Kelsen, será el Derecho Internacional quien determine la esfera de validez territorial, personal y temporal de las órdenes jurídicas nacionales y, por ese motivo es jerárquicamente superior. Esto es lo que torna posible la existencia de numerosos Estados. En este sentido Kelsen hace un paralelismo entre el Estado y el individuo. Así como los individuos se encuentran en un plano de igualdad entre ellos y todos se encuentran sujetos al orden jurídico, de la misma manera, todos los Estados se encuentran en un plano de igualdad y sujetos a un orden, el internacional. De este modo, para Kelsen es insostenible la teoría dualista por motivos lógicos. Esto es, porque el Derecho Internacional y el Derecho nacional no pueden ser sistemas de normas diferentes y mutuamente independientes, si las normas de ambos son consideradas válidas para el mismo tiempo y espacio. Dos normas que, por su significado, se contradigan mutuamente y, por lo tanto, se excluyan mutuamente no pueden ser admitidas como simultáneamente válidas⁶.

3.2. El fundamento del Derecho Internacional.

Admitida la teoría monista y descartada la teoría dualista por cuestiones lógicas, resta todavía saber, siguiendo el razonamiento kelseniano, cual será la fuente o el fundamento del Derecho Internacional de donde se derivan las otras normas inferiores. Para esto él da dos soluciones: (i) si se considera el orden nacional sin referencia al orden internacional entonces, el fundamento último de validez será

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 365.

la norma hipotética que califica “los padres de la Constitución”. En cambio, si se considera la existencia del Derecho Internacional la norma hipotética deriva del principio de eficacia. De esa norma hipotética “los padres de la Constitución” derivarían su poder de funcionar como los primeros legisladores. Así la primera Constitución es válida porque el orden coercitivo erigido con base en él es eficaz como un todo. De esa conclusión sigue que las normas fundamentales de los órdenes jurídicos nacionales son fundamentales solo en un sentido relativo⁷.

De ese modo, como el Derecho Nacional tiene el fundamento de su validez y, por consiguiente, su fuente en el Derecho Internacional, la fuente del primero debe ser la misma que la del segundo. Así, la visión dualista no puede ser defendida por la suposición de que el Derecho nacional y el Derecho internacional tienen fuentes diversas y mutuamente independientes.

Siguiendo este orden de ideas, resta saber entonces cual es la fuente o fundamento del Derecho Internacional. Para responder a esta cuestión Kelsen parte de la norma inferior dentro del ordenamiento jurídico, que será la decisión de un Tribunal internacional. Así ese Tribunal deriva su validez de un Tratado Internacional por el cual fue constituido. Si nos preguntamos por la validez de ese Tratado, Kelsen responde que ese Tratado será válido por derivar de una norma general que obliga a los Estados a conducirse de acuerdo con los Tratados por ellos firmados (*pacta sunt servanda*), que es creado por la costumbre de los Estados.

3.3. El monismo internacionalista y la consecuencia lógica de la limitación de la soberanía del Estado.

Si se considera la teoría monista internacionalista, que determina que existe un Derecho superior a los Estados, la consecuencia lógica de este precepto es: los Estados no son soberanos⁸. Esto quiere decir que si el Derecho Internacional existe o si se presupone su existencia, entonces, un orden jurídico superior a los Estados es válido.

Sin embargo, así como él admitió que existen fuertes argumentos para justificar la no existencia del principio del *bellum justum*, así también, existen fuertes argumentos para sostener que, en realidad no existe una jerarquía del Derecho internacional. En definitiva lo que Kelsen está queriendo decir es que, la teoría que sostiene que, por ser el Derecho Internacional reconocido por el Derecho nacional este último debe primar, es igualmente válida que la teoría sustentada por él, que determina que en realidad el Derecho Internacional es jerárquicamente

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. p. 521-523

⁸ Kelsen indica que la soberanía de un Estado significa concebir el ordenamiento jurídico de ese Estado como el grado supremo, la más alta autoridad. Vea: KELSEN, Hans. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. p. 104.

superior. Ambas posturas, según su teoría, son igualmente válidas aunque parten de diferentes concepciones del mundo. La teoría que sostiene una preeminencia del Derecho nacional partiría de una visión subjetivista (y según su entender, errada) del mundo. Esta visión parte del propio YO para concebir el mundo exterior como una representación, idea o voluntad del propio YO. De esta forma, ellos solo pueden entender al Derecho externo como Derecho interno y como parte constitutiva del propio Estado. Siguiendo ese razonamiento, kelsen enuncia que si se parte del propio Estado y de su primacía en el ordenamiento jurídico se excluye, entonces, las soberanías de los otros estados. En cambio, su postura del primado del orden jurídico internacional sobre el nacional parte de una visión objetivista del mundo para concebir el YO y, así, el ser YO soberano es el centro del mundo, pero solo como parte integrante del mismo mundo. Así los Estados valdrían como autoridades soberanas, pero apenas como órdenes jurídicos parciales incorporados al Derecho Internacional⁹.

Sin embargo como fue dicho precedentemente, la decisión por una u otra postura, así como sucede con la aceptación de la teoría del *bellum justum* y por consiguiente con la categorización del Derecho internacional como Derecho, es una decisión que termina siendo política. Lo único que la ciencia del Derecho puede hacer es otorgar los argumentos necesarios para sostener una u otra postura. En este sentido, Kelsen da los suyos para sostener que: (i) el Derecho Internacional es Derecho; (ii) el Derecho Internacional es primitivo y descentralizado, (iii) es inevitable que, si se considera la naturaleza primitiva del Derecho Internacional, existe la posibilidad de que se produzca su evolución; (iv) si se considera la existencia del Derecho Internacional como Derecho él forma parte, junto con el derecho nacional, de un único sistema jurídico; (v) que si ambos Derechos forman un único sistema jurídico, el Derecho Internacional debe considerarse jerárquicamente superior al nacional y, finalmente, (vi) si se considera un orden superior al nacional, entonces los Estados no son soberanos.

En conclusión, las dos consecuencias principales que derivan de la teoría de kelsen son: por un lado, que el Derecho Internacional, por ser una especie de Derecho primitivo, puede y debe evolucionar y, por el otro, que los Estados nos son soberanos por tener un orden superior por encima de ellos.

4. CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: LA CONFEDERACIÓN DE ESTADOS

Como se pudo observar los dos puntos anteriores finalizaron con la idea kelseniana de la evolución del Derecho Internacional. Este

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. p. 383-386

derecho tiene la característica de encontrarse en un nivel primitivo y descentralizado. Si existe alguna diferencia entre el Derecho nacional y el Derecho Internacional es precisamente esa, o sea, que el Derecho nacional se encuentra más centralizado que el Derecho internacional¹⁰. Pero, ¿A que se refiere Kelsen cuando indica que el Derecho Internacional se encuentra descentralizado? Algunas ideas sobre el tema ya fueron tratadas en el punto uno, cuando se discutió la naturaleza del Derecho Internacional. En esta parte nos ocuparemos, más detalladamente, de esta problemática.

4.1. La centralización y la descentralización

Kelsen identifica dos sentidos de centralización y descentralización, el estático y el dinámico. El primero se refiere a la esfera territorial de validez de las normas. De esta forma decir que un orden es centralizado en sentido estático, para Kelsen significa que todas las normas sean válidas en todo el territorio donde se extiende el orden. Por otro lado, decir que un orden es descentralizado en sentido estático indica que existen normas que tienen distintas esferas territoriales de validez, por lo que ciertas normas solo son válidas en determinadas partes del territorio. El aspecto dinámico de la centralización y de la descentralización hacen referencia a los métodos de producción de normas, o sea, a los órganos que las crean y que las ejecutan. Existirá centralización dinámica cuando las normas centrales y locales son creadas y ejecutadas mediante el mismo órgano. Por el contrario, existirá descentralización dinámica, cuando son varios los órganos que crean y ejecutan normas centrales y locales. Así, determina el autor:

El concepto de centralización ordinariamente se halla relacionado con la idea de normas válidas para todo el territorio y creadas por un solo órgano que, por decirlo así, forma el centro de la comunidad y que, por lo general, se halla ubicado en el centro geográfico. Por otra parte, el concepto de descentralización, por lo regular, se relaciona con la idea de una pluralidad de órganos, los cuales no están situados en el centro, sino esparcidos por todo el territorio, y que son competentes para crear normas válidas únicamente en las divisiones del territorio. Tal es la idea de un orden primitivo descentralizado no solo en sentido estático, sino también en sentido dinámico.

4.2. La descentralización del Derecho Internacional

Habiendo expuesto, brevemente, los conceptos de centralización

¹⁰ Cabe advertir, todavía, que para Kelsen la función del Derecho Internacional y del nacional es la misma, esto es, hacer posible la convivencia pacífica de los sujetos cuya conducta regula el orden jurídico.

y descentralización del Derecho, en este subítem serán expuestos los motivos por lo cuales Kelsen entendía que el Derecho Internacional se encontraba principalmente descentralizado. De esta forma Kelsen entendía que, en sentido estático, el Derecho Internacional se encuentra descentralizado porque: (i) sólo una parte relativamente pequeña de las normas del Derecho Internacional positivo son válidas en toda la esfera territorial de validez, o sea, en todo el territorio de los Estados y (ii) El número de las normas de Derecho Internacional particular (creadas por Tratados) es mucho mayor que el de las del Derecho Internacional general (producto de la costumbre). Por otro lado, en un sentido dinámico la descentralización del Derecho Internacional queda en evidencia porque: (i) con relación a la creación del Derecho, el Derecho internacional es creado por la costumbre (en este sentido toda la comunidad crea el derecho y no es designado un órganos especial para su creación) y por los Tratados (que, al igual que la costumbre, emana de los sujetos cuya conducta se regula por la norma, y no de un órgano distinto de ellos). Con relación a la aplicación del Derecho, en el Derecho Internacional no existe un tribunal que indique, en el caso concreto, si se han dado los supuestos y condiciones establecidos en la norma general y tampoco existe un órgano que se encargue de su ejecución¹¹.

Sin embargo y a pesar de haber descripto al Derecho Internacional como un orden jurídico primitivo y descentralizado, Kelsen reconocía la posibilidad de creación mediante Tratados, de comunidades cuya centralización exceda la de la comunidad constituida por el Derecho internacional general. Así pueden ser establecidos tribunales, órganos administrativos y órganos legislativos, originando comunidades internacionales. Claro que, según esta lógica, la creación de tal comunidad no podría superar el grado de centralización que lo transformaría en Derecho nacional. Esto quiere decir, que para que una comunidad pueda seguir siendo considerada internacional, es necesario que no pase un cierto límite de centralización que la transforme en un Estado y en Derecho nacional. En este sentido es importante remarcar que Kelsen no establece ningún límite exacto de centralización en donde podríamos comenzar a llamar a esa comunidad internacional de Estado nacional. Algunas conclusiones con relación al grado de centralización que determina la transformación de una comunidad internacional en un Estado, pueden ser extraídas de las diferencias que él encuentra entre las características principales de los Estados federales y de las Confederaciones de Estados.

11 Para Kelsen la verificación de la existencia de las condiciones de la norma general por el tribunal y la entrega de la disputa a una autoridad centra, imparcial, de aquéllas interesadas es de la mayor importancia y es el factor decisivo que determina si no encontramos de un orden jurídico evolucionado o de un orden jurídico primitivo.

4.3. Diferencias y semejanzas entre el Estado Federal y la Confederación de Estados

Las semejanzas entre un Estado Federal y una Confederación de Estados internacional pueden ser numeradas como las siguientes: 1) la Constitución de una Confederación de Estados, como también sucede con un Estado Federal en relación a sus particiones, es un orden jurídico válido para el territorio de todos los Estados de esa comunidad internacional, y en el caso del Estado para todas las particiones de él; 2) la confederación tiene el carácter de un orden central y constituye una comunidad parcial, “La Confederación”. En el caso del Estado Federal, esa comunidad parcial sería precisamente el Estado; 3) los Estados separados, o sea, los “Estados miembros” de una confederación, son, como sucede con los Estados componentes del Estado federal, comunidades parciales, constituidos por ordenes jurídicos locales; 4) la confederación junto con los Estados-miembros forman la comunidad total. Lo mismo sucede con las particiones y el Estado, que juntos conforman la comunidad total; 5) la constitución de la comunidad central puede establecer un órgano central competente para decretar normas válidas para todos los Estados de la comunidad¹².

Sin embargo, las diferencias que hacen que una Confederación de Estados sea de carácter internacional y no se transforme en Derecho nacional y por lo tanto en un Estado, según Kelsen, son las siguientes: 1) la Confederación de Estados no posee policía, ejército, marina o fuerza aérea propios y ordinariamente esta limitada a solucionar las disputas entre los Estados miembros. Este hecho hace que la competencia de en el campo de política exterior y asuntos militares pertenezca a los Estados miembros y no a la Confederación como tal, 2) en la Confederación Internacional no existe cualquier ciudadanía de la confederación. Los individuos son ciudadanos a penas de los Estados-miembros perteneciendo jurídicamente a la comunidad internacional a penas de modo indirecto, a través de sus Estados; 3) las normas centrales del orden jurídico que constituye la confederación obligan y autorizan directamente sólo a los Estados, los individuos son afectados sólo indirectamente por la mediación de los ordenes jurídicos de los Estados a los cuales pertenecen. Kelsen mismo se encarga de decir que el hecho de que normas centrales establezcan obligaciones y autoricen directamente a los individuos es prueba de que ese orden es nacional y no internacional.

Así, Kelsen entendía que el Derecho Internacional tenía todas las características de un Derecho susceptible de evolucionar. La mayor evolución hasta el momento, se presentaba en la forma de Confederaciones de Estados, por encontrarse en un grado mayor de centralización. Reconocía, a su vez, las dificultades que implica el reunir un número de

12 KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. p. 455

Estados cuyos nacionales difieren en idioma, cultura e historia, pero era optimista en el sentido de pensar en la evolución hacia un Estado mundial. Tal conformación haría desaparecer cualquier división entre Derecho Internacional y Derecho nacional, provocando la aniquilación de aquel. Desde luego, que para llegar a esa conformación, admitía Kelsen, un largo periodo de tiempo sería necesario y, haciendo un paralelismo con la naturaleza, indicaba que la evolución del Derecho, así como aquella, es un proceso de lento desarrollo. Como paso para la mayor evolución del Derecho Internacional sostenía la posibilidad de creación de un grado intermedio. Esto quiere decir, la conformación de una comunidad internacional que abarque muchos Estados importantes, pero no todos.

Finalizando este punto diremos que, si bien Kelsen entendía en la confederación de Estados, la mayor evolución del Derecho Internacional, al encontrarse en un grado mayor de centralización, si esta sobrepasara el límite que hace distinguir, precisamente, una Confederación de Estados de un Estado nacional, entonces estaremos en presencia de un orden jurídico nacional y no de un orden jurídico internacional. En este sentido cabe preguntarnos si la Unión Europea presenta las características de un Estado o, por el contrario, puede entenderse una evolución del Derecho Internacional, en el sentido kelseniano, por ser una Confederación de Estados mas evolucionada. Con esta cuestión nos adentramos en el estudio del último punto del trabajo.

5. EL DERECHO COMUNITARIO: ¿LA MAYOR EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE ACUERDO A LA TEORÍA KELSENIANA?

En primer lugar, cabe advertir que la denominación Derecho Comunitario surge a partir de las Comunidades Europeas, erigidas en la década de los cincuenta (Comunidad Económica Europea, Comunidad Europea de la Energía Atómica y Comunidad Europea del Carbón y del Acero) quedando comprendidas estas tres comunidades dentro de la Unión Europea gracias al tratado realizado en el año 1992, el Tratado de la Unión Europea, también llamado Tratado de Maastricht¹³. Allí también son creados los 3 pilares de la Unión, el primer pilar que corresponde

¹³ Hacer un histórico del proceso de integración europeo, a pesar de ser útil, no es el objetivo de este trabajo. No obstante, puede decirse que, luego de la última reforma del Tratado de la Unión Europea, realizada por el Tratado de Lisboa, se reemplaza la palabra “comunitario” por de “la Unión Europea”, para pasar a ser Derecho de la Unión Europea. El Tratado de Lisboa no extinguió los tratados europeos existentes (Tratado de la Comunidad Europea y Tratado de la Unión Europea). Apenas introdujo modificaciones y renombró el Tratado de la Comunidad Europea para Tratado sobre el funcionamiento de la Unión (TFUE), sin alterar la nomenclatura del TUE. Vea: DE SOUZA, Florisbal Del’Olmo; KAKU, William Smith; SUSKI, Liana Maria Feix. “O Tratado de Lisboa: Aspectos gerais, atualidade e perspectivas”. Em: *Cidadania e Direitos Humanos. Tutela e efetividade internacional e nacional*. Rio de Janeiro. GZ, 2011. p. 209-224. p. 210.

a la dimensión comunitaria según las disposiciones sobre ciudadanía de la unión, políticas comunitarias, unión económica y monetaria, etc. Incluidas en los Tratados de la Comunidad Europea, en la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA) y en la Comunidad Europea de Energía Atómica (EURATOM). El segundo pilar correspondía a la política exterior y de seguridad común (PESC) y el tercer pilar a la Cooperación policial y judicial en materia penal.

Las principales consecuencias de la firma de ese Tratado y que interesan al análisis de este trabajo, pueden ser numeradas como las siguientes: 1) se crea una ciudadanía común, que establece una creciente ligación entre el individuo y la Unión; 2) se instituye una política monetaria común; 3) se establece una política exterior y de seguridad común¹⁴. En este sentido, estas tres características ya marcan diferencias sustanciales con lo que fue considerado por Kelsen una Confederación de Estados. Este factor se encuentra sumado al hecho de que en la Unión Europea son dictadas normas que se aplican directamente a los ciudadanos de los Estados Miembros (sería el caso de los reglamentos). ¿Será, entonces que al entrar en vigor el Tratado de Maastricht fue superado el grado de centralización que lo transforma en una Confederación de Estados y que, por lo tanto, puede entenderse al Derecho Comunitario representado en la Unión Europea como una evolución del Derecho Internacional en el sentido Kelseniano?

5.1. Unión Europea: ¿Confederación de Estados o Estado Federal?

Es necesario resaltar que la Unión Europea presenta características que pueden ser entendidas como siendo de un Estado Federal pero, por otro lado, también presenta características de la Confederación de Estados, según lo analizado anteriormente. Con relación a lo primero, como se mencionó, los ciudadanos de los países miembros de la Unión Europea, a partir de Maastricht, comparten una ciudadanía común, esto sin perder la ciudadanía propia del país de donde son nacionales. En segundo lugar son elaboradas, como también fue mencionado, normas que poseen un efecto directo en los Estados miembros que obligan directamente a los ciudadanos de la unión¹⁵. Por otro lado, sin embargo,

¹⁴ En este sentido, entre los objetivos de Maastricht se encuentran: lograr el refuerzo y la convergencia de sus economías y a crear una unión económica y monetaria que incluya, de conformidad con lo dispuesto en el presente Tratado, una moneda estable única, desarrollar una política exterior y de seguridad común que incluya la definición progresiva de una política de defensa común que podría conducir a una defensa común, reforzando así la identidad y la independencia europeas con el fin de fomentar la paz, la seguridad y el progreso en Europa y en el mundo.

¹⁵ Eso ya venía siendo ejercido con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht. Gran relevancia para entender estas nociones derivan del estudio de las sentencias elaboradas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de Carbón y Acero (CECA) (Transformado por el Tratado de la Comunidad Europea en el Tribunal de Justicia

la Unión no cuenta con ejército, policía o fuerza armada propios¹⁶ y tampoco fue establecida, todavía, una Constitución Europea que transforme la Unión en un verdadero Estado Europeo Federal¹⁷. Aparte de eso, la existencia jurídica de una ciudadanía común, que puede ser considerado un factor unificador, todavía no proporcionó el elemento integrador esperado que simbolice la voluntad general de los ciudadanos de los Estados-miembros de pertenencia a un mismo y único territorio.

Sobre cuestiones relativas a la Unión Europea y la necesidad de creación de un sentimiento de ciudadanía común y la posibilidad de establecer una Constitución, Jürgen Habermas, por ejemplo, sostiene que

Apenas a consciência nacional que se cristaliza em torno da percepção de uma ascendência, língua e história em comum, apenas a consciência de pertencer a “um mesmo” povo torna os súbditos cidadãos de uma unidade política partilhada – torna-os, portanto, membros que se podem sentir responsáveis uns pelos outros.

de la Comunidad Europea (TJCE), hoy denominado Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). El primero de los casos es Van Gend & Loos de 5 de febrero de 1963. El Tribunal sustentó que la Comunidad Económica Europea constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional, a favor del cual los Estados-miembros limitaron su soberanía en ámbitos restringidos. Consagra a autonomía de ese derecho, con relación a la legislación de los Estados-miembros y determina el efecto directo de las obligaciones y derechos que derivan de él. El segundo de los casos es el Costa/ENEL, de 15 de julio de 1964.

En él se sostuvo que al instituir una comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica y de representación internacional, y de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la comunidad, ellos tiene su soberanía limitada a partir de un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos. A partir de esa idea, los Estados no pueden hacer prevalecer una disposición de su propio ordenamiento jurídico contra una disposición del ordenamiento de la comunidad. En la secuencia se tiene el último caso. Se trata del caso Simmenthal, de 9 de marzo de 1978. Esa sentencia autorizó al juez nacional a no aplicar la ley nacional sin importar su jerarquía, si ella contraría al Derecho Comunitario. Así, cualquier tribunal nacional, en el ámbito de su competencia, tiene la obligación de aplicar integralmente el derecho comunitario y de proteger los derechos que éste le otorgue a los particulares, no aplicando cualquier disposición eventualmente contraria de la ley nacional, sea posterior o anterior a la norma comunitaria.

16 Desde el fracaso del Tratado que creaba la Comunidad Europea de Defensa en 1954, ésta cuestión se presenta como una de las dimensiones más singulares y complejas de la Unión Europea. Actualmente, el Tratado de Lisboa modifica a denominación Política Europea de Seguridad y Defensa (que correspondía al antiguo segundo pilar de la Unión Europea) substituyendo el adjetivo “europea” por “común”. LORENTZ, Adriane Cláudia Melo. *O Tratado de Lisboa: e as reformas nos tratados da União Europeia*. Ijuí: UNIJUÍ, 2008. p. 215.

17 El Tratado que establecía una Constitución para Europa fue firmado el 29 de octubre de 2004 y llevado a la aprobación interna de los Estados-miembros. Casi todos los países optaron por la aprobación por vía parlamentaria, pero Francia y Holanda utilizaron la vía del referéndum. Es así que, el 29 de mayo de 2005 ganó el NO y, seguidamente, lo hizo en Holanda. En el Consejo Europeo en junio de 2007 los dirigentes decidieron abandonar el proyecto de Constitución y convocar una Conferencia Intergubernamental (CIG) encargada de adoptar un “Tratado de Reforma”. Así fue que el Tratado de Lisboa fue firmado en diciembre del mismo año. SILVA, Karine de Souza. “De Paris a Lisboa: sessenta anos de integração europeia”. Em: SILVA, Karine de Souza (ed.). *MERCOSUL e União Europeia. O estado da arte dos processos de integração regional*. Florianópolis: Modelo, 2010. p.55-57.

Do ponto de vista normativo, não poderá haver um Estado federativo europeu, se não se afigurar, no horizonte de uma cultura política, uma opinião pública integrada em âmbito europeu, uma sociedade civil com associações representativas de interesses, organizações não-estatais, movimentos de cidadania etc., um sistema político-partidário, em suma: um contexto comunicacional que avance para além das fronteiras de opiniões públicas de inserção meramente nacional¹⁸.

5.2. La mayor evolución del Derecho Internacional

Así, el Derecho Comunitario, que es representado en la práctica internacional, por la creación de la Unión Europea operada a partir del Tratado de Maastricht y caracterizado como una nueva rama del Derecho, presenta tanto características de un Estado Federal, como también, características de una Confederación de Estados, según los conceptos analizados en los puntos anteriores. Puede decirse que se encuentra en un nivel intermedio entre esas dos formas o niveles de centralización del Derecho.

Hans Kelsen, al menos en las obras analizadas, no hace mención específica a la creación de una nueva rama del Derecho denominada Derecho Comunitario. Así, el hecho de que este, aparentemente, nuevo Derecho se presente de forma diferente a la concepción de Confederación de Estado y sin llegar a ser un Estado propiamente dicho, no lo transforma en un Derecho nuevo o en una nueva rama del Derecho, según lo que puede interpretarse a través de la teoría de Kelsen. El Derecho Comunitario puede estudiarse, todavía, utilizando las nociones que el autor elaboró al respecto del Derecho Internacional. En este sentido, podría considerarse Derecho Internacional en su forma mas evolucionada presentada hasta el momento, por presentar el mayor grado de centralización.

Por otro lado, tampoco sería posible justificarlo como una nueva rama del Derecho, por el hecho de que se produzca, con su surgimiento, un reordenamiento de las soberanías nacionales y, de este modo, una limitación de ellas. Esto porque la existencia del Derecho Internacional, *per se*, según Kelsen, ya determina que la soberanía no es absoluta, sino limitada por un orden superior, el internacional. En todo caso, podrá optarse por un punto de vista interno y decir que el surgimiento del Derecho Comunitario provoca un límite mayor a la soberanía del Estado o, por el contrario, podrá optarse por un punto de vista externo y decir que, en realidad el Derecho Comunitario presenta la mayor evolución del Derecho Internacional, por encontrarse de una forma mas centralizada. Ambas afirmaciones están correctas. En otras

18 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Tradução, George Sperber. São Paulo : Edições Loyola, 2002. p.183-184.

palabras, un orden comunitario, es el orden legal mas centralizado del Derecho Internacional existente en la actualidad, inclusive mas centralizado y evolucionado que la centralización proporcionada por las confederaciones de Estados descriptas por Kelsen, como siendo el ejemplo de mayor centralización internacional. Sería, en ese sentido, menos que un orden estatal, pero más que cualquier otra organización internacional¹⁹.

En definitiva, Respondiendo a la cuestión hecha en la introducción de este trabajo, puede decirse que el surgimiento del Derecho Comunitario es una evolución del Derecho Internacional en el sentido en que fue entendido por Kelsen. La descripción del Derecho Internacional como un orden primitivo y descentralizado no impedía que él considerase la tendencia de la verdadera evolución jurídica en la formación de un Estado mundial, pero admitía que ese sería un proceso lento. Por ese motivo, Kelsen sostenía que, la creación de grados intermedios (y como grado intermedio puede estar incluida, a nuestro entender, la Unión Europea), puede ser una herramienta necesaria en esa dirección. En este sentido, por más que él no tenga considerado, en su teoría, una institución de la naturaleza de la Unión Europea, nada impide que ella sea considerada como una evolución del Derecho Internacional según sus concepciones.

CONCLUSIÓN

Desde su concepción del Derecho internacional como una clase de Derecho, no obstante primitivo, las posiciones teóricas adoptadas por Kelsen para caracterizar ese Derecho fueron transgresoras y precursoras para su época. La idea de una unidad del sistema jurídico y la concepción del Derecho Internacional como límite a la soberanía nacional, modificaron la concepción teórica dominante que hasta ese momento era dualista, con preeminencia de la soberanía nacional. Así, a partir de su construcción teórica, se encuentra el primer límite a la soberanía nacional debido a la existencia del Derecho Internacional que determina la esfera de validez personal, temporal y territorial de cada Estado.

El surgimiento del Derecho Comunitario, como presentado por el Tratado de Maastricht, por su lado, se mostró así, como una nueva forma de limitación de la soberanía nacional y como una demostración de la centralización y de la evolución del Derecho Internacional, según los elementos analizados al respecto de la teoría desarrollada por Hans Kelsen. Así las cosas, la confederación de Estados, en el sentido kelseniano, es la institución que presenta las mayores semejanzas con

19 "... less than a state order but more than of any other international organization..." LEBEN, Charles. "Hans Kelsen and the Advancement of International Law". *European Journal of International Law*. 1998, n° 9. p. 363).

esta estructura *sui generis*. Por su vez, Kelsen reconoce la posibilidad de que los Estados sean extinguidos provocando el nacimiento de un Estado mundial o universal y, en ese sentido, el Derecho Comunitario puede ser entendido como la mayor evolución dirigida en esa dirección.

A través de la evolución del Derecho Internacional, sostenía Kelsen, él dejaría de ser considerado un Derecho primitivo (o dejaría de estar en un estado de naturaleza) para que, a través del traspaso del uso de la fuerza y del poder a un órgano supranacional, sea alcanzada la paz. Ese era el objetivo principal de la propuesta kelseniana sobre el Derecho Internacional y su teoría del *justum bellum*, a pesar de las críticas que le puedan ser hechas²⁰.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto y ZOLO, Danilo. Hans Kelsen. "The Theory of Law and the International Legal System: A talk". *European Journal of International Law*. 1998, n° 9, p. 355-367.

BUCHANAN, Allen y GOLOVE, David. "Philosophy of International Law". In: COLEMANN, Jules y Scott Shapiro *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of Law*. Editado por. Oxford University Press, 2002, 868-934.

CARTY, Anthony. "The Continuing Influence of Kelsen on the General Perception of the Discipline of International Law". *European Journal of International Law*. 1998, n° 9, p. 344-354.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Tradução George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. Trad. Florencio Acosta. México: Fondo de Cultura Económica, 1943.

KELSEN, Hans. *La paz por medio del Derecho*. Trad. Luis Echavarrri. Revisión. Genaro Rubén Carrió. Buenos Aires: Losada, 1946.

KELSEN, Hans. *Princípios do Direito Internacional*. Trad. Gilmar Antonio Bedin e Ulrich Dressel. Ijuí: Unijuí, 2010.

LEBEN, C. "Hans Kelsen and the advancement of International Law".

²⁰ Se recomienda, en este sentido, la lectura de una interesante entrevista realizada por Danilo Zolo a Norberto Bobbio, donde él responde sobre la influencia que tuvo Kelsen en su concepción sobre el pacifismo institucional. Entrevista completa en: BOBBIO, N. y ZOLO, D. "Hans Kelsen, the Theory of Law and the International Legal System: A talk". *European Journal of International Law*. 1998, n° 9, p. 363.

European Journal of International Law. 1998, n°, p. 287-305

LEBEN, Charles. “Hans Kelsen and the Advancement of International Law”. *European Journal of International Law*. 1998, n° 9.

LORENTZ, Adriane Cláudia Melo. *O Tratado de Lisboa: e as reformas nos tratados da União Européia*. Ijuí : UNIJUI, 2008.

LORENTZ, Adriane Cláudia Melo. O Tratado de Lisboa: “Aspectos gerais, atualidade e perspectivas”. In: DE SOUZA, Florisbal Del’Olmo; KAKU, William Smith; SUSKI, Liana Maria Feix. *Cidadania e Direitos Humanos. Tutela e efetividade internacional e nacional*. Rio de Janeiro. GZ, 2011. p. 209-224.

SILVA, Karine de Souza. “De Paris a Lisboa: sessenta anos de integração europeia”. In: SILVA, Karine de Souza (ed.). *MERCOSUL e União Europeia. O estado da arte dos processos de integração regional*. Florianópolis: Modelo, 2010. p. 23-87.

ZOLO, Danilo. *Hans Klesen: International Peace through International Law*. In *European Journal of International Law*. 1998, n°9, p. 306-324.

O MERCOSUL E AS LINHAS GERAIS DE SEU SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS*

EL MERCOSUR Y LAS LÍNEAS GENERALES DE SU SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

*Raphael Carvalho de Vasconcelos***

Resumo: *Sistemas de solução de controvérsias são fundamentais à manutenção da coerência do direito de organizações internacionais. O MERCOSUL contou com mecanismos institucionalizados para dirimir litígios desde sua gênese. No período de vigência do Protocolo de Brasília, por exemplo, todos os laudos arbitrais prolatados foram cumpridos. A existência de uma instância arbitral permanente e o acesso de indivíduos à competência consultiva são os pontos mais marcantes do atual regime do Protocolo de Olivos. Este trabalho possui características marcadamente descritivas e dogmáticas. Decidiu-se por não adotar a sistemática científica tradicional fundada em problema e hipótese de partida. Buscou-se consolidar em poucas páginas as questões práticas mais relevantes do atual sistema. Como mensagem conclusiva, observa-se a grande expectativa criada em torno de entrada em vigor do Protocolo de Olivos II e do fortalecimento institucional do órgão máximo do sistema solução de controvérsias regional.*

Resumen: *Sistemas de solución de controversias son fundamentales para el mantenimiento de la coherencia del derecho de organizaciones internacionales. El MERCOSUR tiene mecanismos institucionales para la solución de litigios desde el principio. En el periodo de vigencia del Protocolo de Brasilia, por ejemplo, todos los laudos arbitrales fueron cumplidos. La existencia de una instancia arbitral permanente y el acceso de individuos a la competencia consultiva son los puntos más remarcables en el actual régimen del Protocolo de Olivos. Este trabajo*

* O presente trabalho propõe uma releitura do artigo VASCONCELOS, Raphael Carvalho. "O Sistema de Solução de Controvérsias do MERCOSUL". *Ética e Filosofia Política*. 2009, p. 1-30. A perspectiva original de 2009 não se manteve intacta após o mandato exercido pelo autor por quatro anos à frente da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL.

** Mestre e Doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre e Doutor pela Universidade de São Paulo. Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Editor-chefe do Panorama of Brazilian Law. Advogado e Consultor. E-mail: rvasconcelos@raphaelvasconcelos.com

tiene características descriptivas y dogmáticas. Se decidió no adoptar el sistema científico tradicional basado en un problema y en una hipótesis de partida. Se buscó consolidar en pocas páginas las cuestiones prácticas más importantes del actual sistema. En mensaje de conclusión, se observa la gran expectativa creada por la inminente vigencia del Protocolo de Olivos II y por el fortalecimiento del órgano máximo del sistema de solución de controversias regional.

Palavras-chave: MERCOSUL, Solução de controvérsias, Protocolo de Olivos
Palabras clave: MERCOSUR, Solución de controvérsias, Protocolo de Olivos

1. INTRODUÇÃO

Sistemas de solução de controvérsias são inerentes a organizações internacionais. Sustentou-se em trabalhos anteriores, inclusive, a impossibilidade de se reconhecer como organização internacional uma estrutura institucional desprovida de mecanismos de solução de litígios. O anexo III do Tratado de Assunção já previa para o MERCOSUL um esquema rudimentar para dirimir controvérsias.

A precariedade original foi logo substituída pelo Protocolo de Brasília e, posteriormente, pelo Protocolo de Olivos. No sistema atual, a legitimidade ativa está concentrada nos estados – ainda que artificialmente também esteja previsto o acesso de particulares – e o direito do MERCOSUL como um todo encontra-se inserido em seu objeto. O Tribunal Permanente de Revisão e as opiniões consultivas podem ser apontados como os aspectos mais inovadores e importantes do atual sistema.

O estudo aqui consolidado tem características extremamente descritivas e dogmáticas. Busca-se fixar um panorama simples do funcionamento do sistema de solução de litígios do MERCOSUL temperado com considerações sobre perspectivas teóricas atuais sobre o assunto. Não se trabalhou com o esquema científico fundado em problema e hipótese de partida. Não era essa a finalidade do artigo.

Na primeira parte do trabalho, a eficácia das normas internacionais se apresenta como tema para reflexão e o papel dos tribunais internacionais ganha relevo. Um panorama histórico do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL é apresentado em seguida para introduzir os aspectos mais dogmáticos de seu funcionamento atual. Os contornos dos laudos arbitrais são objeto da parte seguinte que antecede análise, igualmente dogmática, das chamadas medidas compensatórias permitidas pelo mecanismo.

2. A EFICÁCIA DAS NORMAS INTERNACIONAIS

A eficácia de uma norma na ordem jurídica interna é garantida pela existência de um controle jurisdicional capaz de resguardar seu cumprimento. O sistema se sustenta, na verdade, quando garante a aplicação das regras instituídas por meio de sanções capazes de coibir seu descumprimento.

Na ordem jurídica internacional, a eficácia da norma raramente é garantida pela possibilidade de aplicação de sanções e decorre normalmente do próprio interesse dos sujeitos de direito internacional¹. No contexto específico das organizações de integração, o controle da legalidade se faz necessário à delimitação da interpretação das normas e ao repúdio a violações aos instrumentos comuns².

Em organizações regionais de cunho eminentemente comercial, esse controle seria especialmente fundamental ao restabelecimento do equilíbrio entre as partes contratantes³. A sanção imposta não deve ser o fim, mas o meio para garantir o controle da aplicação das normas, requisito à própria existência de uma organização⁴.

No MERCOSUL referido controle é feito atualmente de duas formas distintas e independentes. De um lado, a exegese da normativa regional é feita pelos tribunais nacionais, que atuam de forma autônoma, e, de outro lado, pelo mecanismo comum de solução de controvérsias instituído pelo Protocolo de Olivos.

3. HISTÓRICO DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL

A prerrogativa dada aos estados de não serem obrigados à submissão a outra jurisdição que não a sua própria, quando considerados os clássicos conceitos de soberania, favorece os meios internacionais para a solução de controvérsias, sejam eles diplomáticos, políticos ou jurisdicionais⁵.

1 Nesse sentido, ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 1972 p. 129 e BAPTISTA, Luiz Olavo. “As soluções de divergências no MERCOSUL”. In: Basso, Maristela. *MERCOSUL seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 91. Para dirimir quaisquer dúvidas ortográficas, ressalta-se a opção pelo uso da inicial minúscula no termo “estado” em linha com pensamento internacionalista que, sem negar a importância desse ator da ordem internacional, relativiza sua centralidade. Nesse sentido, CASELLA, Paulo Borba. *BRIC: Uma perspectiva de cooperação internacional*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1-02.

2 CASELLA, Paulo Borba. *MERCOSUL exigências e perspectivas*. São Paulo: Ltr, 1996, p. 168.

3 PEREIRA, Ana Cristina Paulo. *Direito institucional e material do MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 86.

4 RUÍZ DIAZ LABRANO, Roberto. *Hacia un tribunal de caracter supranacional en el MERCOSUR. Desafíos del MERCOSUR*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, p.159-175, 1997. p. 160.

5 Sobre a relação existente entre a soberania e os meios de solução de controvérsias entre estados, BAPTISTA, Luiz Olavo. “Sistemas para solução de divergências nas instituições de integração e o MERCOSUL”. In: MAGALHÃES, José Carlos & MERCADANTE, Araminta de Azevedo (ed.). *Solução e prevenção de litígios internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

Dentre os meios jurisdicionais de solução de conflitos internacionais encontram-se os judiciais e os arbitrais. Cumpre ressaltar que as decisões emanadas de órgãos jurisdicionais apenas são obrigatórias aos estados a que se dirigem quando a competência jurisdicional houver sido expressamente reconhecida⁶.

No caso do MERCOSUL, o Protocolo de Brasília já estipulava em seu artigo 8 que os estados reconheçam a jurisdição dos Tribunais Arbitrais Ad Hoc como obrigatória. O atual sistema de solução de controvérsias regional possui dispositivo semelhante contido no artigo 33 do Protocolo de Olivos, o qual além da obrigatoriedade de jurisdição dos Tribunais Ad Hoc, reconhece também aquela do Tribunal Permanente de Revisão.

Pode-se dizer que houve, ao longo do tempo, um amadurecimento dos procedimentos de solução de litígios no MERCOSUL, tendo em vista que os meios diplomáticos e políticos, ainda que válidos, em uso e de extrema importância⁷, assistem, principalmente após a entrada em vigor do Protocolo de Olivos, ao desenvolvimento de um sistema mais claramente jurisdicional.

Quanto à velocidade da evolução do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL, ainda que contundentes as críticas relacionadas à morosidade de seu aperfeiçoamento, sua construção apresenta constância e não esconde o caráter programático do projeto⁸.

3.1. O Tratado de Assunção

A necessidade de criação de um sistema regional para solução de controvérsias fez parte das negociações relacionadas à elaboração do direito originário do MERCOSUL. O tema foi, dessa forma, incorporado ao Tratado de Assunção⁹ que previu, em seu anexo III, o primeiro procedimento de solução de controvérsias da organização de integração regional, o qual se sustentava de forma eminentemente política e continha trâmite extremamente simples.

1999, p. 338 e 441; FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 48.

6 A exemplo do estabelecido na “Cláusula Raul Fernandes” do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

7 BAPTISTA, Luiz Olavo. *O MERCOSUL, suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 147.

8 COSTA, Elizabeth Accioly Rodrigues da. “O sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL consoante a previsão do artigo 44 do protocolo de Ouro Preto: análise comparativa de sistema de solução de controvérsias em blocos econômicos e propostas para o sistema permanente do MERCOSUL”. [Tese de Doutorado]. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003, p. 255.

9 Firmado em 26 de março de 1991 na cidade de Assunção, capital do Paraguai, aprovado pelo congresso nacional por meio do decreto legislativo nº. 197 de 25 de setembro de 1991, texto publicado anexo ao decreto executivo nº. 350 de 21 de novembro de 1991 e internacionalmente em vigor, conforme disposições de seu artigo 19, em 29 de novembro de 1991.

Segundo o mencionado procedimento, haveria inicialmente a tentativa de se encontrar uma solução para os litígios por meio de negociações diretas entre os estados. No caso da impossibilidade de uma solução pela via direta, o Grupo do Mercado Comum - GMC - deveria, por consenso, emitir uma recomendação.

Em caso de falta de consenso ou descumprimento da recomendação do GMC, o Conselho do Mercado Comum deveria, também por consenso, pronunciar-se a respeito por meio da adoção das recomendações que julgasse pertinentes.

O procedimento previsto no anexo III do Tratado de Assunção, o qual nunca foi utilizado, foi extinto em 1993 com a entrada em vigor do Protocolo de Brasília para Solução de Controvérsias.

3.2. O Protocolo de Brasília

O procedimento do Protocolo de Brasília¹⁰ foi concebido para, dando sequência ao desenho feito pelo Tratado de Assunção¹¹, viger até a estruturação institucional definitiva do MERCOSUL, mas continuou em vigor, entretanto, após a assinatura do Protocolo de Ouro Preto em 1994¹².

O próprio preâmbulo do Protocolo de Brasília indicava claramente tratar-se de um sistema provisório para a solução de litígios e referia-se ao período de transição citando, inclusive, o artigo 3 do anexo III do Tratado de Assunção, de onde pode-se extrair que deveria ter terminado em 31 de dezembro de 1994.

O mecanismo previa a solução de disputas por meio da realização de três fases. A primeira delas, instituída no capítulo II do protocolo, consistia em uma fase política obrigatória, baseada em negociações diretas entre os estados. No caso de impossibilidade de composição havia, conforme disposto no capítulo III, a interferência do Grupo Mercado Comum, o qual exercia papel conciliador e formulava recomendações. Fracassadas as tentativas de solução diplomática e política, constituía-se um Tribunal Arbitral Ad Hoc, o qual deveria proferir um laudo definitivo.

Pode-se afirmar que a solução de litígios no MERCOSUL iniciou - no mecanismo flexível, célere, obrigatório e não permanente¹³ previsto no Protocolo de Brasília - sua evolução em direção a um sistema

10 Firmado em Brasília em 17 de dezembro de 1991, aprovado pelo congresso nacional por meio do decreto legislativo nº. 88 de 01 de dezembro de 1992, texto publicado anexo ao decreto executivo nº. 922 de 10 de setembro de 1993 e internacionalmente em vigor, conforme disposições de seu artigo 33, em 24 de abril de 1993.

11 BAPTISTA, Luiz Olavo. Op. cit., p. 152.

12 Firmado em Ouro Preto em 17 de dezembro de 1994, aprovado pelo congresso nacional por meio do decreto legislativo nº. 188 de 15 de dezembro de 1995, texto publicado anexo ao decreto executivo nº. 1901 de 09 de maio de 1996 e em vigor para o Brasil em 16 de fevereiro de 1996, data do depósito da carta de ratificação correspondente.

13 ETCHEVERRY, Raul Aníbal. *MERCOSUR negocios y empresas*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 127.

jurisdicional em detrimento daquele marcadamente político do direito internacional público geral.

Os procedimentos contidos no Protocolo de Brasília apresentavam-se ao mesmo tempo, entretanto, como um avanço na solução de litígios no âmbito regional e incompatíveis com um processo de integração econômica¹⁴.

Os laudos em Brasília eram, conforme disposição do artigo 21, inapeláveis e poderiam ser objeto apenas de pedido, dirigido ao Tribunal Ad Hoc que proferiu a decisão, de esclarecimento ou de interpretação da forma como deveria ocorrer o cumprimento¹⁵. Dez casos foram processados na forma do Protocolo de Brasília até a entrada em vigor do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias em 2004.

3.3. O Protocolo de Ouro Preto

O Protocolo de Ouro Preto não alterou o mecanismo regido pelo Protocolo de Brasília mesmo tendo criado em seu artigo 21 um procedimento alternativo para a solução de litígios relacionados a matérias de política comercial¹⁶. Pode-se dizer que o Protocolo de Ouro Preto garantiu a perpetuação do procedimento de Brasília, substituído pelo Protocolo de Olivos em 2004¹⁷, após mais de uma década de reconhecidos serviços prestados ao processo de integração regional¹⁸.

Observa-se, ainda, que a única inovação consistente trazida pelo Protocolo de Ouro Preto reside em seu artigo 21 que estabelece a alternativa dada aos estados e aos particulares de levarem suas reclamações à Comissão de Comércio do MERCOSUL, que deve, por sua vez, apresentar uma solução para o caso de forma consensual e eventualmente com auxílio de um comitê técnico¹⁹.

No caso de impossibilidade de obtenção de uma decisão por consenso, a matéria deve ser levada ao Grupo do Mercado Comum que deve, também mediante consenso, solucionar o litígio.

Uma solução consensual para a reclamação, proferida tanto pela Comissão quanto pelo Grupo, vincula o estado reclamado, o qual poderá ser acionado na forma prevista pelo mecanismo de solução de controvérsias em caso de descumprimento. Gize-se que a falta de

14 CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional: vertente jurídica da globalização*. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 61.

15 RANGEL, Vicente Marotta. "Solução de controvérsias após Ouro Preto". In: Casella, Paulo Borba (ed.). *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL após o término do período de transição*. São Paulo: Ltr, 1996.p. 701.

16 *Ibíd.*, p. 694.

17 Firmado na Argentina em 18 de fevereiro de 2002, aprovado pelo congresso nacional por meio do decreto legislativo nº. 712 de 14 de outubro de 2003, texto publicado anexo ao decreto executivo nº. 4982 de 09 de fevereiro de 2004 e internacionalmente em vigor em 01 de janeiro de 2004.

18 RANGEL, Vicente Marotta. *Op. cit.*, p. 700.

19 O mecanismo instituído no artigo 21 obedece ao "Procedimento Geral para Reclamações Perante a Comissão de Comércio do MERCOSUL", anexo ao protocolo de Ouro Preto posteriormente regulamentado pela Decisão nº. 18/02 do Conselho do Mercado Comum.

decisão consensual também pode ensejar a provocação do mecanismo.

O procedimento previsto no artigo 21 do Protocolo de Ouro Preto está em vigor e continua podendo ser invocado nos casos de controvérsias relacionadas a questões de política comercial.

3.4. O Protocolo de Olivos

O mecanismo de solução de controvérsias disciplinado no Protocolo de Olivos, atual sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL, é alvo de uma série de críticas, inclusive quanto à discutível necessidade de se criar um novo sistema provisório de solução de conflitos em substituição a um modelo considerado eficaz, caso daquele do Protocolo de Brasília.

De certo, nenhum dos signatários do Tratado de Assunção questionava a eficácia do mecanismo anterior. Todos os laudos arbitrais proferidos até a entrada em vigor da nova sistemática foram devidamente cumpridos. Os estados tampouco demonstravam interesse em aperfeiçoar o modelo intergovernamental, o que poderia justificar urgência em alterá-lo.

Em termos políticos, a crítica que se faz ao Protocolo de Olivos tem justamente a ver com seu caráter provisório, pois o novo mecanismo não estabeleceu o sistema permanente de solução de controvérsias do MERCOSUL.

O artigo 53 do protocolo faz, assim como fazia o preâmbulo do Protocolo de Brasília, expressa referência ao inciso 3 do anexo III do Tratado de Assunção e determina a revisão do mecanismo para que se estabeleça o Sistema Permanente de Solução de Controvérsias do MERCOSUL antes de “culminar o processo de convergência da tarifa externa comum”, ou seja, da definitiva constituição do mercado comum.

As severas críticas doutrinárias residem, entretanto, nas inovações jurídicas estabelecidas pelo novo procedimento. As polêmicas se concentram principalmente naqueles dispositivos diretamente relacionadas à arbitragem e especificamente à criação do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, órgão jurisdicional com sede na cidade de Assunção, no Paraguai, e dotado de competências e características únicas no direito internacional.

Ainda que parte da doutrina insista em questionar, por exemplo, a possibilidade de revisão de laudo arbitral pelo Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, a criação de uma corte arbitral permanente tem ampla acolhida doutrinária²⁰.

Conforme mencionado, o órgão jurisdicional criado em Olivos possui competência recursal para as decisões prolatadas por tribunais arbitrais ad hoc no sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL, mas não possui prerrogativas e características de um tribunal de

²⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. Op. cit., p. 111.

justiça. Nesse contexto, é de se observar que o caráter estritamente intergovernamental do MERCOSUL se encontra refletido em seu sistema de solução de controvérsias que transfere grande parte do peso da aplicação do direito regional ao judiciário dos estados²¹.

O sistema de olivos é arbitral. Esse dado precisa ser reafirmado à exaustão em resposta àqueles que questionam a moderação de seus membros ao decidir. Exigir postura de tribunal de justiça de um órgão arbitral denota falta de compreensão da estrutura do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL. No mesmo equívoco incorrem aqueles que criticam a possibilidade de revisão de laudo emitido por tribunais ad hoc. Esses últimos insistem em enquadrar soberanias nos parâmetros da arbitragem privada. Nos dois casos, as críticas decorrem de falhas nas premissas adotadas pelos pesquisadores²².

4. O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL

4.1. Competência

O sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL foi desde sua criação organizado de forma a delimitar sua competência pelo objeto e pelas partes envolvidas no litígio.

A competência objetiva do mecanismo, conforme disposto no artigo 1 do Protocolo de Olivos, abrange todos os litígios relacionados às obrigações previstas em qualquer uma das fontes jurídicas do MERCOSUL, sejam elas originárias ou derivadas²³. No tocante à competência subjetiva, possuem legitimidade ativa os estados, de forma plena e garantida no mesmo artigo 1, e os particulares, indiretamente e conforme disposto no capítulo XI do Protocolo.

Importante ressaltar que a legitimidade ativa do estado não está condicionada à demonstração de prejuízo, bastando a convicção de ter havido violação de norma regional por outro membro da organização, valendo, nesse caso, a própria não incorporação como violação.

Já no caso dos particulares, a legitimidade ativa tem como requisitos essenciais a prova de prejuízo e de nexo de causalidade entre o prejuízo e a violação incorrida, conforme dispõe o artigo 40

21 MERCADO COMUM DO SUL, MERCOSUL. *Primeiro relatório sobre a aplicação do direito do MERCOSUL pelos tribunais nacionais*. Montevideo: Secretária do MERCOSUL, 2005, p. 125.

22 A versão original deste artigo, datada de 2009, é exemplo nítido de falha metodológica nas premissas de análise estabelecidas e é refutada, nesta parte específica, em sua integralidade.

23 O inciso 1 do artigo 1 do Protocolo de Olivos dispõe, "in verbis": "As controvérsias que surjam entre os Estados-partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do MERCOSUL serão submetidas aos procedimentos estabelecidos no presente Protocolo".

do Protocolo de Olivos. A simples existência de violação não enseja legitimidade dos particulares para acionar o mecanismo²⁴. No que se refere especificamente à legitimidade ativa de particulares, importante se faz ressaltar a necessidade de estado assumir como própria a reclamação do particular para que o litígio prospere no sistema. Não existe, em síntese, acesso direto de particular. Tem-se aqui, na verdade, exemplo claro de proteção diplomática necessária.

A legitimidade passiva do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL abrange apenas os estados, os quais seriam, portanto, os únicos passíveis de responsabilização na esfera internacional. Nem os particulares, nem os órgãos da organização de integração encontram-se entre os legitimados passivos do sistema do Protocolo de Olivos.

4.2. Forum Shopping

O Protocolo de Olivos criou no sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL a possibilidade de os litígios abrangidos pelo sistema regional serem levados a outros mecanismos de solução de disputas. Tal hipótese surge, por exemplo, exatamente naqueles casos em que há competência concorrente entre o sistema do MERCOSUL e outro, como no da Organização Mundial do Comércio - OMC -, que é expressamente mencionada no inciso 2 do artigo 1 do Protocolo de Olivos.

A possibilidade criada visa claramente evitar a duplicidade de procedimentos e garantir o respeito à coisa julgada²⁵, mas é objeto de severas críticas relacionadas à opção por não consagrar no sistema de solução de controvérsias a primazia do foro regional. Se por um lado o direito regional teve sua primazia reconhecida pelos tribunais ad hoc²⁶, a primazia do foro regional não foi instituída pelo sistema de solução de controvérsias criado no Protocolo de Olivos, o que a nosso ver representa certa contradição.

O órgão jurisdicional deveria ser, a exemplo do ocorrido na gênese do processo de integração europeia, a base de todo o sistema, mas essa não foi a opção do MERCOSUL, já que a própria possibilidade de eleição de foro mostra-se totalmente incompatível com uma organização de integração.

Por outro lado, a referida solução constitui exemplo importante dos esforços necessários à manutenção da coerência e da unidade do direito internacional, pois claramente evita contradições e, portanto,

24 CARO, Ernesto J. Rey. *La solución de controversias en los procesos de integración en América. El MERCOSUR*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1998, p. 81.

25 A controvérsia que foi objeto do quarto laudo arbitral do sistema de solução de controvérsias do Protocolo de Brasília (Exportação de frangos inteiros) foi posteriormente levada pelo Brasil ao mecanismo da Organização Mundial do Comércio.

26 Tanto o 3º como o 4º laudos arbitrais proferidos pelos Tribunais Ad Hoc na vigência do Protocolo de Brasília reconheceram a primazia do direito regional do MERCOSUL sobre o direito internacional comercial geral.

percepções fragmentadas de um sistema uno.

Quanto aos aspectos procedimentais, cabe à parte reclamante escolher o foro que melhor lhe convier, mas não existe impedimento à escolha convencional e, de qualquer forma, o escolhido se torna imediatamente preventivo. No procedimento de Olivos, o início das negociações diretas previstas nos artigos 4 e 41 do protocolo já configura escolha pelo mecanismo regional²⁷, ao passo que a escolha do sistema da OMC se dá apenas quando houver requerimento de instauração de painel.

4.3. O Procedimento de Olivos

Os procedimentos estabelecidos pelo Protocolo de Olivos e por seu regulamento²⁸ apresentam às partes litigantes, além da via jurisdicional, opções diplomáticas e políticas para a solução das controvérsias na esfera regional. As vias não jurisdicionais são, inclusive, privilegiadas pelo mecanismo por constituírem meio mais harmônico para a solução de litígios e, portanto, mais compatíveis com movimentos de integração regional.

4.3.1. Procedimento Iniciado por Estado

Os estados devem, primeiramente, conforme disposto no artigo 4 do protocolo, recorrer às negociações diretas, via de regra por meio dos coordenadores regionais do GMC ou representantes designados, durante os quinze dias contados da data de início do procedimento²⁹. As negociações diretas caracterizam a opção diplomática apresentada pelo protocolo para a solução de controvérsias entre os estados.

As partes litigantes podem, de comum acordo e caso a fase obrigatória de negociações diretas não prospere, submeter a questão à conciliação conduzida pelo Grupo Mercado Comum - GMC - que deve adotar recomendações³⁰ por consenso para que o estado faltante se enquadre à normativa regional, caso as investigações concluam pela procedência do petitório do requerente. A possibilidade do órgão executivo do MERCOSUL atuar na solução de litígios configura meio político de solução de litígios no âmbito do Protocolo de Olivos.

No caso de impossibilidade de solucionar o litígio por meio diplomático, nas negociações diretas, ou político, pela intervenção do GMC, restam ainda os meios jurisdicionais de solução de controvérsias

²⁷ Inciso 3, artigo 1 da Decisão nº. 37/03 do Conselho do Mercado Comum dispõe, “in verbis”: “Entende-se que um Estado-parte optou pelo sistema de solução de controvérsias do Protocolo de Olivos ao solicitar o início dos procedimentos previstos nos artigos 4 e 41”.

²⁸ Decisão nº. 37/03 do Conselho do Mercado Comum.

²⁹ A redação do inciso 1 do artigo 5 do Protocolo de Olivos corrigiu a dificuldade que havia em se constatar o início da contagem do prazo e estabeleceu contagem a partir da data em que uma das partes comunicou à outra, formalmente, sua decisão de iniciar a controvérsia.

³⁰ Inciso 1, artigo 7 Olivos

previstos no Protocolo de Olivos.

A principal característica desta fase em relação às anteriores é seu caráter eminentemente jurídico, mas nada impede que os estados encontrem uma solução diplomática para a controvérsia, mesmo após o início do procedimento arbitral. A submissão à via jurisdicional já representa, entretanto, exemplo de primazia do direito regional sobre os interesses políticos dos litigantes.

Dois caminhos são apresentados pelo Protocolo de Olivos para a apreciação jurisdicional de um litígio regional. A reclamação pode tanto ser submetida a um Tribunal Arbitral Ad Hoc, como, no caso de decisão conjunta das partes da controvérsia, ser diretamente submetida ao Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, que atuará com as mesmas competências de um Tribunal Ad Hoc.

A submissão à jurisdição dos Tribunais Ad Hoc e Permanente de Revisão é obrigatória e decorre do artigo 33 do Protocolo de Olivos. Ressalte-se, conforme já mencionado anteriormente, que o novo mecanismo introduziu a possibilidade de recurso das decisões prolatadas pelos Tribunais Ad Hoc ao conferir competência recursal ao Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL.

4.3.2. Procedimento Iniciado por Particular

O Protocolo de Olivos não apresentou mudanças significativas ao acesso de particulares ao sistema de solução de litígios regional. Tem-se um modelo especial de proteção diplomática – que pode vir a ser exercida pelo estado de domicílio - e não há, portanto, acesso direto de particular ao sistema. O particular interessado deve, primeiramente, submeter à Seção Nacional do Grupo Mercado Comum de sua residência³¹ reclamação formal com a descrição dos fatos e fundamentos jurídicos³².

Quanto aos aspectos formais da reclamação, o Regulamento do Protocolo de Olivos estabeleceu em seu artigo 46, letras “c” e “d”, os requisitos do petitório, que deve ser sempre impreterivelmente instruído com a prova do prejuízo sofrido e demonstrar o nexo de causalidade entre o mesmo e a violação incorrida.

Uma vez acolhida a pretensão pela Seção Nacional, começa o procedimento de consulta à Seção Nacional do GMC do estado reclamado para que se encontre, no prazo de quinze dias, uma solução

31 O inciso 1 do artigo 40 do Protocolo de Olivos dispõe quanto “residência habitual” e “sede de seus negócios” esclarecendo dúvidas relacionadas ao termo “particular” e abrangendo tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas.

32 Esse procedimento é exatamente igual àquele previsto no Protocolo de Brasília, o qual foi descrito por MAGALHÃES, José Carlos de. “Os laudos arbitrais proferidos com base no protocolo de Brasília para a solução de controvérsias”. In: MARTINS, Pedro A. Batista & GARCEZ, José Maria Rosani (ed.). *Reflexões sobre Arbitragem: in memoriam do desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002, p. 513.

diplomática para o litígio, conforme estabelecido no artigo 41. Na impossibilidade de se encontrar uma solução diplomática, dá-se início à fase política do procedimento com envio da reclamação para o Grupo Mercado Comum.

O início da fase política marca também o fim da participação direta do particular no procedimento, que, a partir desse momento, poderá apenas desistir da reclamação. O prosseguimento da reclamação dependerá, portanto, da vontade política da parte e os procedimentos seguem aqueles previstos para reclamações feitas pelos estados, inclusive no que diz respeito aos procedimentos jurisdicionais.

Algumas questões importantes surgem no que se refere às reclamações iniciadas por particulares. A primeira delas diz respeito à possibilidade de o particular provocar o mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL contra ato do próprio estado de sua residência habitual.

A doutrina não é coesa no que se refere a esse aspecto, tendo em vista que a questão envolve a caracterização ou não do acolhimento da reclamação do particular pela Seção Nacional do GMC como proteção diplomática.

Os que reconhecem a proteção diplomática no acolhimento da reclamação sustentam seus argumentos na indiscutível opção feita no MERCOSUL pela intergovernabilidade, a qual se sustenta no direito internacional público geral, e afastam definitivamente a possibilidade de o particular provocar o sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL contra seu próprio estado.

É de se ressaltar, ainda, que a caracterização da atuação da Seção Nacional como proteção diplomática e não como atividade vinculada à administração dá ao estado discricionariedade para acolher ou não a reclamação. Já no caso de ser considerada atividade vinculada, não caberia a Seção Nacional fazer qualquer juízo de valor, devendo, portanto, simplesmente acolher e dar prosseguimento à reclamação que houver sido devidamente instruída.

Outra questão importante diz respeito ao ato em si, tendo em vista a necessidade da normativa regional supostamente violada estar plenamente em vigor e conferir, portanto, direitos subjetivos ao particular. Não havendo dúvidas nesse sentido, restaria ao particular a possibilidade de levar sua reclamação ao sistema de solução regional ou de submeter a questão ao poder judiciário de sua residência habitual.

A existência de mais de uma via para a solução do litígio traz à tona, ainda, a questão da prevenção do primeiro que for acionado, que faz com que a reclamação só seja recebida pelo sistema regional se esgotados os procedimentos internos para impedir o trâmite paralelo de ações idênticas. Conforme esse entendimento, o particular só pode reclamar contra estado no sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL se não houver ajuizado ação pela via judiciária regular ou,

caso o tenha feito, após o trânsito em julgado da mesma.

4.4. Os Tribunais Ad Hoc

O Protocolo de Olivos manteve as linhas gerais do procedimento arbitral ad hoc contido no Protocolo de Brasília e estabeleceu seu início por meio da notificação à Secretaria do MERCOSUL³³ da decisão de recorrer à arbitragem “quando não tiver sido possível solucionar a controvérsia mediante a aplicação dos procedimentos referidos nos capítulos IV e V”³⁴ do protocolo, os quais regem os meios diplomático e político de solução de litígios.

O Tribunal Ad Hoc é composto por três árbitros e constitui-se com a indicação de cinco, sendo que dois deles tornam-se suplentes. Dois são indicados por cada uma das partes litigantes e o quinto por consenso. Caso a indicação não ocorra no prazo de quinze dias, o protocolo estabelece a realização de um sorteio entre os nomes constantes na lista registrada na Secretaria do MERCOSUL.

O Tribunal Ad Hoc pode realizar reuniões em qualquer um dos estados e é constituído para julgar controvérsias específicas, dissolvendo-se tão logo a questão em litígio seja solucionada. Os honorários dos árbitros correm por conta de quem os designou.

No que tange ao objeto das controvérsias, a regra do artigo 14 do protocolo determina que sua fixação se dê nas alegações iniciais apresentadas pelo reclamante e na resposta do reclamado, não podendo ser alterado posteriormente.

Ainda sobre a competência dos Tribunais Ad Hoc, o Protocolo de Olivos instituiu a possibilidade de adoção de medidas preventivas nos casos em que houver perigo de danos graves e irreparáveis a uma das partes na controvérsia. Esse procedimento está previsto no artigo 15 do protocolo.

4.5. O Tribunal Permanente de Revisão

O Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL e sua competência recursal, a qual pode ser extraída de seu próprio nome, são ao mesmo tempo protagonistas da maior inovação do Protocolo de Olivos e alvos das críticas mais contundentes.

O órgão jurisdicional tem sede na cidade de Assunção, capital da República do Paraguai, e foi criado para atuar principalmente como instância revisora das decisões proferidas pelos Tribunais Arbitrais Ad Hoc, mas pode atuar também como tribunal de primeira instância.

³³ Em vista da progressiva transformação da Secretaria Administrativa do MERCOSUL em uma Secretaria Técnica, o órgão será referido neste trabalho como “Secretaria do MERCOSUL” consoante autorização contida no artigo 6 da Decisão 30/02 do Conselho do Mercado Comum.

³⁴ Inciso I, artigo 9 do Protocolo de Olivos.

O Tribunal é composto por cinco árbitros e respectivos suplentes sendo que cada estado indica um árbitro e o quinto é escolhido por consenso. Observa-se que o Protocolo de Olivos II permitirá a designação de árbitros por novos estados que ingressem na organização regional – questão hoje urgente dada a conclusão do ingresso da Venezuela ao MERCOSUL. Os honorários dos árbitros correm por conta de todos em partes iguais e por meio da constituição de um fundo comum, conforme regulamentado pela Decisão 17/04 do Conselho do Mercado Comum.

Referido fundo, por anos administrado ainda pela Secretaria do MERCOSUL já sob o Protocolo de Olivos, foi finalmente transferido por decisão do Conselho do Mercado Comum ao Tribunal Permanente de Revisão em dezembro de 2015³⁵. A gestão do fundo em Montevideo dificultava o funcionamento do sistema de solução de controvérsias por razões de comunicação e logística. Era conveniente como um rinoceronte de Java na Sibéria.

Não existe rigidez procedimental e os árbitros devem apenas observar o modelo instituído pela Decisão do Conselho do Mercado Comum 30/04, mas podem adotar suas próprias regras, desde que não atentem contra o estabelecido no Protocolo de Olivos.

4.5.1. Competências do Tribunal Permanente de Revisão

4.5.1.1. Competência Concorrente

Finda a fase política, realizada no âmbito do Grupo Mercado Comum, sem que a controvérsia tenha sido solucionada, a reclamação poderá ser levada à fase jurisdicional prevista no Protocolo de Olivos, que, conforme anteriormente mencionado, dá duas alternativas às partes litigantes.

A reclamação poderá ser submetida a um Tribunal Arbitral Ad Hoc, o qual deverá ser constituído especialmente para analisar o litígio, mas as partes podem, entretanto, decidir pela submissão da controvérsia diretamente ao Tribunal Permanente de Revisão, que nesses casos funciona como instância única e assimila, dessa forma, as competências de um Tribunal Arbitral Ad Hoc, como expressamente estabelecido no artigo 23, I, que trata do “acesso direto”.

Para que o Tribunal Revisor funcione como primeira instância há de se ressaltar, ainda, a necessidade de consenso entre as partes litigantes e requerimento exposto nesse sentido, o que consagra, a nosso ver, a instituição de Tribunais Arbitrais Ad Hoc como procedimento padrão do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL³⁶.

35 MERCOSUL/CMC/DEC 51/15.

36 No Laudo 01/2012 houve negativa de acesso direto ao TPR justamente com base na falta de acordo exposto nesse sentido.

4.5.1.2. Competência de Revisão

A configuração dos Tribunais Arbitrais Ad Hoc como padrão para a solução de litígios no sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL mostra-se fundamental para o funcionamento do Tribunal Permanente de Revisão como instância recursal, principal diferença entre o procedimento previsto no Protocolo de Olivos e aquele consagrado anteriormente no Protocolo de Brasília.

O mecanismo anterior não previa a possibilidade de revisão e o laudo prolatado fazia coisa julgada, podendo apenas ser objeto de um pedido de interpretação ou esclarecimento e de anulação, em caso específico de irregularidades quanto aos árbitros, ambos procedimentos ainda válidos na vigência do Protocolo de Olivos.

Com a entrada em vigor do Protocolo de Olivos e em observância ao disposto em seu capítulo VII, quando prolatado laudo arbitral por Tribunal Arbitral Ad Hoc as partes litigantes podem, individualmente, submetê-lo ao Tribunal Permanente de Revisão, que atuará de forma semelhante a de um órgão de apelação.

Como instância revisora o Tribunal Permanente de Revisão deve atuar em cada caso específico com três árbitros, sendo dois de nacionalidade das partes litigantes e o terceiro indicado por sorteio entre os árbitros restantes de nacionalidades distintas daquelas das partes envolvidas. O terceiro árbitro será sempre o presidente.

Não cabem alegações de fato ou apresentação de novas provas no procedimento de revisão. As partes poderão recorrer do laudo no que se refere às questões de direito, inclusive hermenêutica. O procedimento consagra o contraditório e há, portanto, possibilidade de contestação das alegações apresentadas.

O Tribunal deve decidir no prazo de trinta dias, prorrogáveis por mais quinze, e por maioria absoluta pela confirmação, modificação ou revogação dos fundamentos jurídicos e das decisões do Tribunal Ad Hoc. Não há possibilidade de recurso da decisão e o único recurso posterior que resta é o de esclarecimento³⁷.

O recurso de revisão do capítulo VII do protocolo se limita à análise das questões de direito tratadas na controvérsia e às interpretações jurídicas desenvolvidas no laudo. Completamente excluídas do procedimento de revisão estão as decisões proferidas pelos Tribunais Ad Hoc com base na equidade e os laudos prolatados pelo Tribunal Permanente de Revisão no âmbito do procedimento de acesso direto do artigo 23 de Olivos.

Esgotada essa fase, definitivamente recursal, o laudo faz coisa julgada e deve ser cumprido pelas partes na forma determinada pelos árbitros e eventualmente modificadas pelo Tribunal Permanente de

³⁷ Artigo 23 do Protocolo de Olivos.

Revisão. Divergências quanto ao não cumprimento podem, entretanto, ser objeto de um novo procedimento arbitral.

Até o momento, duas controvérsias foram resolvidas na vigência do Protocolo de Olivos. Ambas foram inicialmente levadas à apreciação de Tribunais Ad Hoc e objeto do procedimento de revisão pelo Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL. Mais uma vez ressalta-se a incompatibilidade existente entre a possibilidade de recurso e a celeridade característica dos procedimentos arbitrais³⁸.

4.5.1.3. Competência Consultiva

O Protocolo de Olivos outorgou ao Conselho do Mercado Comum, em seu artigo 3, a faculdade de criar “mecanismos relativos à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão”. Ainda conforme o disposto no protocolo, a definição do alcance do resultado das consultas e dos próprios procedimentos consultivos seriam instituídos por meio de direito derivado, o que tomou forma na decisão 37/03 do Conselho que, em seu capítulo II, tratou das opiniões consultivas.

Embora a referida decisão também tenha legitimado os membros do MERCOSUL e seus tribunais superiores, apenas os órgãos da organização de integração com capacidade decisória possuem legitimidade plena para provocar a consulta ao Tribunal Permanente.

No caso dos estados, esses não se encontram legitimados para isoladamente requerer opiniões consultivas. Sua legitimidade ativa se dá apenas quando atuarem de forma conjunta, ou seja, por meio de consenso quanto ao objeto e ao conteúdo da consulta, que deve ser apresentada ao Tribunal Permanente de Revisão pela Presidência Pró Tempore.

Já os tribunais superiores nacionais têm legitimidade ativa apenas no que se refere às questões relacionadas com causas que estejam em tramitação em suas esferas jurisdicionais internas. A legitimidade é, de fato, das cortes, mas a regulamentação interna que cada judiciário fez do acesso ao procedimento acabou tendo um resultado inesperado: o acesso de indivíduos ao sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL.

Atualmente, portanto, nos quatro estados, nos quais o encaminhamento de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão foi regulamentado, qualquer pessoa – física ou jurídica – que for parte de demanda em curso internamente que trate do direito do MERCOSUL pode solicitar – nos termos de cada uma das normativas internas – consulta ao órgão jurisdicional regional máximo. Mais que qualquer outro órgão do MERCOSUL, seja a secretaria do MERCOSUL, o Instituto Social do MERCOSUL ou qualquer outra institucionalidade

³⁸ No caso do atual mecanismo de solução de litígios do MERCOSUL existe a possibilidade de, incluídos os recursos de esclarecimento do artigo 28 do Protocolo de Olivos, serem prolatados quatro pronunciamentos arbitrais sobre a mesma controvérsia.

existente hoje, o Tribunal Permanente de Revisão é a única instituição regional que possui, por meio das opiniões consultivas, acesso direto, pleno e regulamentado de indivíduos à organização regional.

No que se refere à forma, o Tribunal Permanente de Revisão deve fundamentar sua opinião na normativa mencionada no artigo 34 do Protocolo de Olivos, que abrange todas as fontes originárias e derivadas do MERCOSUL e “os princípios e disposições de Direito Internacional”.

Outro ponto importante a ser ressaltado diz respeito aos efeitos, ou melhor, à falta de efeitos vinculantes ou obrigatórios relacionados ao conteúdo das opiniões emitidas pelo Tribunal Permanente. As opiniões emitidas devem servir apenas para orientar a aplicação do direito regional.

É de se observar que a opção política pela não vinculação do judiciário dos estados à interpretação feita pelo Tribunal Permanente reflete a latente resistência dos signatários do Tratado de Assunção a qualquer inovação com características supranacionais. O MERCOSUL perdeu a oportunidade de transformar o procedimento de consulta criado em Olivos e regulamentado pela decisão 37/03 do Conselho do Mercado Comum em um instrumento de afirmação da primazia do direito regional sobre o local.

A participação mais afirmativa do judiciário dos estados no processo regional, mais que um anseio, constitui verdadeira necessidade³⁹.

4.5.1.4. Medidas Provisionais e Procedimento Excepcional de Urgência

O Protocolo de Olivos instituiu, em seu artigo 24 a possibilidade de o Tribunal Permanente de Revisão decidir pela adoção de medidas provisionais em atendimento a requerimento feito por estado em casos excepcionais.

A medida de urgência adotada deve ser necessariamente proporcional ao dano demonstrado e imediatamente cumprida pela parte indicada pelo tribunal. As medidas podem ser adotadas no curso de um procedimento arbitral ordinário ou como demanda própria – pelo procedimento excepcional de urgência regulamentado pela Decisão CMC 23/04.

O procedimento autônomo excepcional deve cumprir os requisitos estabelecidos pela referida normativa e o estado requerente deverá demonstrar, por exemplo e conforme disposto no artigo 2º, a relevante urgência, o descumprimento de normativa do MERCOSUL, a iminência do dano e que o mérito envolvido não é objeto de controvérsia em curso.

Da decisão do tribunal cabe pedido de reconsideração, mas não existe recurso cabível no caso de denegação da medida de urgência, sendo que, nesse caso, nada impede que o estado requerente inicie o procedimento regular de solução de controvérsias com o mesmo objeto

³⁹ MERCOSUL. Op. cit., p. 210.

do pedido de medida de urgência⁴⁰.

Como liminar, a adoção de medida deve ser requisitada após iniciado o procedimento regular de solução de controvérsias mediante demonstração de necessidade. Nesse caso, a medida terá caráter provisório consoante disposto no artigo 15 do Protocolo de Olivos, o qual também se aplica aos Tribunais Ad Hoc.

Não há previsão no Protocolo ou no regulamento de medida a ser tomada no caso de o estado beneficiado pela medida provisional ter, posteriormente, decisão contrária no momento de análise do mérito.

5. LAUDOS

Todos os laudos prolatados no mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL devem obedecer às regras estabelecidas no Protocolo de Olivos e na Decisão 37/03 do Conselho do Mercado Comum, seu regulamento de aplicação.

Dentre os aspectos importantes relacionados às características dos laudos encontra-se a necessidade de fundamentação no direito aplicável, ou seja, nas fontes jurídicas do MERCOSUL - o Tratado de Assunção e seus Protocolos posteriores, a normas no âmbito dos órgãos da organização de integração e os princípios gerais de direito internacional.

O caráter eminentemente intergovernamental do MERCOSUL repercute diretamente no sistema de solução de controvérsias, já que a falta de coercibilidade se contrapõe ao ilícito internacional configurado pelo não cumprimento do laudo proferido. Ressalte-se, portanto, que o cumprimento da decisão constante no laudo é obrigatória para a parte requerida, não havendo, dessa forma, possibilidade de o estado optar pelo descumprimento.

Ainda que exista a possibilidade de utilização dos princípios gerais do direito para fundamentar a decisão, o que pode auxiliar a supressão de possíveis lacunas no ordenamento regional, os árbitros deverão limitar suas decisões às questões de direito, não competindo aos mesmos, por exemplo, indicar a forma de aplicação da decisão ou declarar revogadas as medidas contestadas.

Por fim, cumpre ressaltar que os laudos não criam jurisprudência, mas podem servir de referência aos árbitros que decidirem em laudos posteriores, e não vinculam necessariamente o poder judiciário nacional, sendo que subsiste a possibilidade de haver reconhecimento dessa vinculação pelo juízo interno dos estados.

⁴⁰ O procedimento excepcional de urgência foi utilizado pela República do Paraguai em 2012 para questionar sua suspensão da participação nos órgãos decisórios do MERCOSUL e o ingresso da República Bolivariana da Venezuela na organização. O requerimento foi rejeitado por não cumprir os requisitos estabelecidos na decisão 23/04.

5.1. O Controle do Cumprimento

O mecanismo previsto no Protocolo de Olivos introduz, em seu artigo 30, a possibilidade de realização de um procedimento de análise do cumprimento do laudo que houver feito coisa julgada.

Conforme o disposto no mencionado artigo do protocolo, a parte que houver tido sua reclamação reconhecida pelo laudo arbitral poderá requerer ao tribunal que prolatou o laudo, no caso o Tribunal Ad Hoc constituído ou o Tribunal Permanente de Revisão quando houver funcionado como instância única, que se pronuncie quanto ao efetivo cumprimento do laudo.

A composição do tribunal repete, via de regra, aquela que houver proferido o laudo e o pronunciamento deve ocorrer no prazo de trinta dias. Caso o tribunal competente reconheça em seu pronunciamento o cumprimento dos ditames do laudo proferido, o estado requerente não poderá adotar medidas compensatórias contra o estado que julgava faltante.

Se o tribunal competente, entretanto, decidir que o estado requerido não cumpriu as determinações do laudo proferido, as quais se encontrava obrigado, o mesmo deverá cumprir imediatamente os termos do laudo de forma a evitar que o estado requerente aplique medidas compensatórias para coibir o cumprimento.

6. MEDIDAS COMPENSATÓRIAS

Como mencionado anteriormente, o estado requerente poderá adotar medidas compensatórias para induzir o estado faltante a acatar as determinações do laudo prolatado. O Protocolo de Olivos por um lado corrigiu uma falha do mecanismo do Protocolo de Brasília ao regulamentar a aplicação de medidas compensatórias no mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL, mas criou, por outro lado, possibilidade perigosa no âmbito de um acordo de integração regional.

A controversa hipótese encontra-se disposta do artigo 31 do Protocolo de Olivos⁴¹ que permite à parte beneficiada pelo laudo arbitral a adoção de medidas compensatórias independentemente de provocação do procedimento de verificação do cumprimento da decisão e mesmo paralelamente a sua instauração.

O dispositivo mencionado estabelece a possibilidade de adoção de tais medidas pelo prazo de um ano contado a partir do dia seguinte do prazo estabelecido no laudo para o cumprimento de suas determinações.

Cumprido ressaltar, entretanto, que no caso de instauração de procedimento de verificação do cumprimento do laudo e de posterior decisão que reconheça seu efetivo cumprimento, o estado que tiver

⁴¹ Regulamentada nos artigos 43 e 44 da Decisão 37/03 do Conselho do Mercado Comum.

adotado medidas compensatórias deverá retirá-las imediatamente.

As medidas compensatórias consistem basicamente na suspensão de obrigações assumidas no âmbito do acordo regional que sejam do interesse do estado supostamente faltante e devem necessariamente incidir sobre o mesmo setor envolvido no litígio, não havendo, portanto, a possibilidade de aplicação de medidas compensatórias cruzadas, ou seja, em setores não envolvidos na controvérsia objeto do laudo.

O estado obrigado a cumprir o laudo deverá ser informado com antecedência de quinze dias do início da aplicação da medida que deverá ter caráter temporário. A temporalidade decorre da natureza das medidas compensatórias no sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL, as quais possuem finalidade única de compelir o estado supostamente faltante a cumprir o laudo arbitral. As medidas compensatórias regulamentadas no Protocolo de Olivos não possuem caráter sancionatório, reflexo das próprias características do acordo regional.

As medidas compensatórias devem, além disso, ser proporcionais ao dano provocado pelo não cumprimento da decisão do laudo e, além de devidamente justificadas, seguir necessariamente os critérios dispostos no artigo 32 do Protocolo de Olivos.

A adoção de medidas desproporcionais e em desacordo com os critérios do protocolo poderá dar ensejo à solicitação, pelo estado interessado, de manifestação do tribunal que tenha prolatado o laudo quanto à proporcionalidade das medidas, não havendo, entretanto, previsão de suspensão de aplicação das mesmas.

De qualquer forma, faz-se necessário ressaltar que a aplicação de medidas compensatórias vai de encontro às características essenciais de uma organização de integração, como, por exemplo, a não-discriminação contida na livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos elencada entre os propósitos e princípios do artigo 1 do Tratado de Assunção que criou o MERCOSUL.

CONCLUSÃO

A importância de se instituir um sistema de solução de controvérsias como forma de se consolidar a integração regional foi reconhecida pelos membros na gênese do MERCOSUL por meio da adoção do anexo III do Tratado de Assunção, que instituiu o primeiro sistema de solução de controvérsias da organização.

A precariedade do mecanismo original, o qual nunca foi utilizado, foi logo substituída pelas regras do Protocolo de Brasília que, baseado na arbitragem ad hoc, cumpriu de forma exemplar sua função no contexto regional. Os procedimentos adotados em Brasília foram mantidos inclusive após a entrada em vigor do Protocolo de Ouro Preto, o qual estabeleceu a configuração institucional definitiva do MERCOSUL.

O Protocolo de Brasília foi revogado pela entrada em vigor do Protocolo de Olivos em 2002, regulamentado pela decisão 37/03 do Conselho do Mercado Comum. Dentre as inovações trazidas por Olivos, destacam-se a possibilidade de eleição de foro e a criação do Tribunal Permanente de Revisão.

O Protocolo de Olivos outorga legitimidade ativa aos estados, de forma direta e sem a necessidade de demonstração de prejuízo. Como hipótese meramente teórica, também dá legitimidade aos particulares que apenas indiretamente – representados por estado - e mediante prova do prejuízo e nexo de causalidade entre o mesmo e a violação apontada podem provocar a competência litigiosa do sistema. No que se refere ao objeto, o protocolo abrange todos os litígios relacionados a obrigações previstas em qualquer uma das fontes jurídicas do MERCOSUL, sejam elas originárias ou derivadas.

O atual sistema conserva os Tribunais Ad Hoc como a forma padrão para a solução de litígios no âmbito regional e prevê a possibilidade de revisão do laudo pelo Tribunal Permanente de Revisão, que, por sua vez, só pode funcionar com a competência das cortes ad hoc - acesso direto - se houver consenso entre as partes litigantes. Além das mencionadas competências concorrente e de revisão, o Tribunal Permanente de Revisão possui legitimidade para, mediante consulta, adotar opiniões, sem efeitos obrigatórios, relacionadas à interpretação do direito regional e podem ainda, em caráter excepcional, adotar medidas provisionais mediante demonstração de iminência de dano. Quanto às opiniões consultivas, importante se faz ressaltar, também, o amplo acesso de particulares por meio dos tribunais superiores dos estados.

Na primeira parte do trabalho, a eficácia das normas internacionais foi apresentada como tema para reflexão e o papel dos tribunais internacionais ganhou importante relevo. Um panorama histórico do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL foi apresentado em seguida para introduzir os aspectos mais dogmáticos de seu funcionamento atual. Os contornos dos laudos arbitrais foram objeto da parte seguinte que antecedeu análise, igualmente dogmática, das chamadas medidas compensatórias permitidas pelo mecanismo.

Apesar das críticas ao Protocolo de Olivos, a solução de controvérsias no MERCOSUL operou até o momento com sucesso surpreendente a eficácia incontestável. Na vigência do Protocolo de Brasília, por exemplo, todos os dez laudos arbitrais prolatados foram devidamente cumpridos pelos estados reclamados. Na vigência de Olivos, a existência de uma instância arbitral permanente e o acesso de indivíduos à competência consultiva do sistema são os pontos mais marcantes. Na iminente vigência de Olivos II e no fortalecimento institucional do órgão máximo do sistema solução de controvérsias regional encontram-se depositadas as expectativas atuais de coesão e

coerência do direito do MERCOSUL.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 1972.

BAPTISTA, Luiz Olavo. “As soluções de divergências no MERCOSUL”. In: Basso, Maristela. *MERCOSUL seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *O MERCOSUL, suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: Ltr, 1998.

BAPTISTA, Luiz Olavo. “Sistemas para solução de divergências nas instituições de integração e o MERCOSUL”. In: MAGALHÃES, José Carlos & MERCADANTE, Araminta de Azevedo (ed.). *Solução e prevenção de litígios internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CARO, Ernesto J. Rey. *La solución de controversias en los procesos de integración en América. El MERCOSUR*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1998.

CASELLA, Paulo Borba. *MERCOSUL exigências e perspectivas*. São Paulo: Ltr, 1996.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional: vertente jurídica da globalização*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

CASELLA, Paulo Borba. *BRIC: Uma perspectiva de cooperação internacional*. São Paulo: Atlas, 2011.

COSTA, Elizabeth Accioly Rodrigues da. “O sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL consoante a previsão do artigo 44 do protocolo de Ouro Preto: análise comparativa de sistema de solução de controvérsias em blocos econômicos e propostas para o sistema permanente do MERCOSUL”. [Tese de Doutorado]. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

ETCHEVERRY, Raul Aníbal. *MERCOSUR negocios y empresas*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MAGALHÃES, José Carlos de. “Os laudos arbitrais proferidos com base no protocolo de Brasília para a solução de controvérsias”. In: MARTINS, Pedro A. Batista & GARCEZ, José Maria Rosani (ed.). *Reflexões sobre Arbitragem: in memoriam do desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002, p. 513.

MERCADO COMUM DO SUL, MERCOSUL. *Primeiro relatório*

sobre a aplicação do direito do MERCOSUL pelos tribunais nacionais. Montevideo: Secretaria do MERCOSUL, 2005.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo. *Direito institucional e material do MERCOSUL.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Vicente Marotta. “Solução de controvérsias após Ouro Preto”. In: Casella, Paulo Borba (ed.). *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL após o término do período de transição.* São Paulo: Ltr, 1996.

RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto. *Hacia un tribunal de caracter supranacional en el MERCOSUR. Desafíos del MERCOSUR.* Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

A NECESSIDADE DE INCLUSÃO DE UMA AGENDA PLURAL PARA PROMOVER A PARCERIA ESTADO-SOCIEDADE NA INTEGRAÇÃO ECONÔMICA NO MERCOSUL

LA NECESIDAD DE INCLUSIÓN DE UNA AGENDA PLURAL PARA PROMOVER LA COOPERACIÓN ESTADO-SOCIEDAD EN LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA EN EL MERCOSUR

Mayra Thais Andrade*
Antônio Carlos Ribeiro**

Resumo: *O presente artigo analisa a necessidade de haver o diálogo entre os Estados Membros e a sociedade na integração econômica regional do MERCOSUL, bloco criado no âmbito da América latina cujos Estados Membros em processo de redemocratização empenharam-se na cooperação para expandir suas economias e reduzir desigualdades internas. A pesquisa baseou-se no método dedutivo em que se realizou um trabalho documental e bibliográfico sobre o tema além de um levantamento das atividades, dinâmicas e normas emitidas pelos órgãos do bloco para a discussão dos impactos causados pelo seu caráter intergovernamental. Nas considerações finais verifica-se que o MERCOSUL deve continuar a expandir a sua agenda doméstica e externa a fim de abordar os aspectos econômicos, as questões sociais, culturais e outras plurais para solidificar sua integração e adquirir maior visibilidade no cenário global e proporcionar melhorias na condição de vida de sua sociedade.*

Resumen: *Este artículo analiza la necesidad de un dialogo entre los Estados y de la sociedad en la integración económica regional del MERCOSUR, bloque creado dentro de la América Latina cuyos Estados miembros en el proceso de democratización han involucrado en la cooperación para expandir sus economías y reducir las desigualdades sociales. La investigación se basó en el método deductivo en el que ella se realizó un trabajo documental y bibliográfica sobre el tema, así como un estudio de*

* Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: mayrathais@gmail.com

** Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: antonilos@gmail.com

las actividades, dinámicas y normas emitidas por los órganos del bloque para discutir los impactos causados por su carácter intergubernamental. En las consideraciones finales, parece que el MERCOSUR debería seguir ampliando su agenda doméstica y extranjera para abordar los aspectos económicos, sociales, culturales y otros para consolidar su integración y hacerse más visible en el escenario global y proporcionar mejoras en condiciones de vida de su sociedad.

Palavras-chave: Integração Econômica e Social, Nova Agenda, MERCOSUL

Palabras clave: Integración Económica y Social, Nueva Agenda, MERCOSUR

1. INTRODUÇÃO

Após a Nova Ordem que se instaurou no âmbito das relações internacionais pós Guerra Fria em 1989, a globalização tornou-se mais expressiva o que possibilitou a formação de redes de diálogos políticos, econômicos, comerciais, sociais e culturais entre Estados, instituições e indivíduos, e, por conseguinte, a integração econômica entre regiões internacionais. Assim, surge o Direito Econômico Internacional sendo um ramo da ciência jurídica é bastante influenciado pelas relações integracionistas de Estados, Organizações Internacionais e os indivíduos, que interferem em sociedades singulares para fins de comércio, para regulação das economias internas em consonância com as relações internacionais que os governos estabelecem.

No mesmo sentido, pelo estreitamento das relações internacionais, tem-se como uma de suas consequências a criação dos blocos econômicos de integração regional e, geralmente por questões geográficas, há a formação de blocos regionais que se dispõem a seguir o Direito Econômico Internacional e estabelecer as suas regras regionais para promover a circulação, proteção e manutenção das riquezas e investimentos políticos entre os membros do bloco para potencializar as suas economias e o comércio em função de maior visibilidade no âmbito do sistema internacional.

Para regular e harmonizar as relações entre os Estados em cooperação institui-se o Direito de Integração Econômica Regional, contendo normas e princípios específicos, para estruturar a nova ordem econômica internacional formada por Estados e blocos de integração regional, tendo como momento e formalidade máxima a união jurídico-política entre os membros através da consolidação do Direito Comunitário.

Insta salientar que a referida integração econômica é constituída por etapas, tendo início pela liberação comercial através da redução (com

posterior eliminação) das tarifas protecionistas (Preferências Tarifárias e Livre Comércio) e evolui, paulatinamente, para o desenvolvimento de políticas macroeconômicas pela união comercial, econômica, jurídica e política (União aduaneira e Mercado Comum), sendo constituídos órgãos cujos Estados membros do bloco delegam competências supranacionais para que esses atuem de maneira específica junto aos interesses do bloco de maneira a criar direitos e obrigações aos seus tutelados (União econômica e monetária).

Junto a essa formação de redes econômicas e comerciais estabeleceu-se a *Lex Mercatoria*, a regulação das relações comerciais entre os Estados no processo de expansão comercial na corrida marítima da região europeia. Assim, tem-se que a *Lex Mercatoria* advém dos costumes dos indivíduos integrados na atividade de transação de mercado, e, a partir da consolidação dessa prática houve sua regulação normativa, visando conferir segurança a essa relação comercial. O referido instrumento jurídico pode ser definido como um conjunto de regras costumeiras baseadas na liberdade contratual aplicadas para resolver conflitos mercantilistas de maneira rápida e informal, não seguindo a lei nacional de nenhum Estado, sendo, portanto, transnacionais¹, relacionadas ao comércio internacional.

A Relevância acerca dessa regulação trazida pela *Lex Mercatoria* refere-se à liberdade de autorregulação da atividade do comércio internacional por aqueles que atuam nesse mercado tornando-o mais dinâmico e adequado aos interesses dos envolvidos. Diante dos conflitos surgidos entre comerciantes a *Lex Mercatoria* possui extrema relevância em razão de sua orientação para dirimi-los em respeito aos contratos internacionais estabelecidos. Percebe-se, assim, o respeito à liberdade de instituição dos contratos comerciais internacionais e a aplicação das práticas internacionais do comércio segundo a vontade das partes negociantes.

Assim, no âmbito das regras do Direito Econômico Internacional os países estreitam suas relações evoluindo de meras cooperações para formarem institutos efetivos de integração visando não apenas o fortalecimento comercial, mas também reduzir as desigualdades sociais que assolam as populações.

Dentre os esforços da integração econômica entre países destaca-se a institucionalização da União Europeia e o MERCOSUL, este no âmbito da América do Sul. Este último foi criado em 26 de março de 1991 quando Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai tornaram-se signatários do Tratado de Assunção, para estreitar os laços políticos buscando o desenvolvimento econômico. Conforme o sistema de integração regional desse bloco estabeleceu-se um prazo de até o fim de 1994 para a efetivação do Mercado Comum entre os Estados Membros.

¹ AZEVEDO, Pedro Pontes. “A *Lex Mercatoria* e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro”. Revista *Prima Facie*. 2006, ano 5, nº 9, p. 93-105.

O presente artigo terá como foco a integração econômica regional no âmbito do MERCOSUL, que possui uma dinâmica de desenvolvimento peculiar, pois, conforme Silva², o bloco encontra-se numa União Aduaneira imperfeita já que não há liberação completa do comércio pela falta de livre locomoção dos fatores de produção, como os serviços e os trabalhadores e não se implementou políticas econômicas comuns. Deste modo, propõe-se uma investigação sobre os pontos em que a União Aduaneira imperfeita, no caso do MERCOSUL, conseguiu avançar nos últimos anos de modo a favorecer seus membros sul-americanos.

2. FORMAÇÃO DOS PRINCIPAIS BLOCOS ECONÔMICOS REGIONAIS NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS - O CASO EUROPEU E O SUL-AMERICANO

Após a Segunda Guerra Mundial com as catástrofes das bombas nucleares e o cenário de terror que se instaurou pelo mundo houve o Início da jornada global de proteção da dignidade da pessoa, meio ambiente e o desenvolvimento econômico para além dos territórios nacionais. A partir de então as relações internacionais se tornaram mais dinâmicas, favorecendo o debate e a integração, rede de Estados, proporcionando a criação de instrumentos normativos e valores comuns entre os acordantes para dirimir as diferenças de desenvolvimento e melhorar as condições econômicas dos Estados e sociais de suas populações.

Para regular tais relações tem-se os fundamentos gerais do Direito Internacional como o *pacta sunt servanda*, no qual os acordos, Tratados, devem ser respeitados pelas partes que se obrigaram a cumpri-los; princípio da boa-fé, que se refere ao respeito, à confiança entre as partes envolvidas em um contrato; e legalidade, pelo qual as acordos devem corresponder à validade das leis e o respeito ao seu texto.

Sobre o início da integração econômica regional, tendo como principal expoente a formação da União europeia, percebe-se o sentimento de união das sociedades em prol da reconstrução do continente que estava alastrado em virtude das consequências catastróficas que se seguiram no período das duas Grandes Guerras Mundiais. Após os acontecimentos desumanos que desestruturaram os Estados europeus, tanto nos aspectos políticos, econômicos e culturais, em meio aos esforços para o auxílio as desenvolvimento europeu. Neste momento pós-guerra, os Estados se uniram no intuito de reconstruir a Europa, primeiramente, em seus aspectos econômicos, propondo, desta forma, uma integração comercial. Houve a criação do BENELUX³ em 1944, formado pelos Estados da Bélgica, Holanda e Luxemburgo, cujos

² SILVA, Roberto Luiz. *Direito Internacional Público*. 4ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2010.

³ Sigla formada pelas letras iniciais dos Estados integrantes do bloco, formado por Bélgica, Holanda e Luxemburgo.

objetivos incluem união aduaneira entre os acordantes, principalmente sobre os insumos de ferro, carvão e aço. Os Países que antes eram inimigos de guerra uniram-se com o ideal de desenvolver suas economias inicialmente baseadas no Ferro, Carvão e Aço.

Momentos posteriores houve uma proposta de reconstrução do continente, feita por Winston Churchill em 1946, na universidade de Zurique. Nesta ocasião Churchill propôs a formação de um Conselho da Europa. Tal ideia fomentada por Churchill foi o lócus da criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), com inspiração do governo francês.

Junto aos esforços dos Estados Europeus os Estados Unidos da América (EUA) através de seu secretário de Estado George Marshall, estabeleceu-se formalmente em 15 de Julho de 1947 o programa para a recuperação da Europa, o Plano Marshall, patrocinado pelos EUA de forte inspiração liberal⁴, cujas negociações impulsionaram a posterior criação de diversos organismos internacionais, tais como: Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) em 1944, com objetivo inicial de auxiliar na reconstrução da Europa e posteriormente reduzir a pobreza com assistência financeira aos países necessitados; Fundo Monetário Internacional (FMI) em 1944, para equilibrar a taxa de câmbio e balanço de pagamentos do sistema financeiro internacional; Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, para criar o espaço de diálogo com órgãos decisórios, normativos, jurídicos e deter os conflitos que ameacem a paz e segurança coletiva; Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) em 1947, para favorecer o livre comércio entre os países com normas internacionais (substituído pela OMC em 1995) e; Formar a Comunidade Europeia.

Percebe-se que foram lançadas as bases da integração econômica internacional bem como da solidariedade internacional para reconstruir cidades e Estados visando o desenvolvimento de suas potencialidades para que tivessem condições mínimas de participação na concorrência global a partir da dinâmica de liberalização comercial.

Em 1951 foi criada a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) composta por Alemanha, Itália, França, além de Bélgica, Holanda e Luxemburgo (do bloco também de cooperação econômica BENELUX), cujos objetivos eram de alcançar a paz e reconciliação entre Estados europeus inimigos de guerra, surgindo, desta forma, os fundamentos para criação de um Direito Comunitário na região europeia. A natureza jurídica da comunidade europeia foi definida no artigo 6º da CECA, sendo classificada como pessoa jurídica de Direito Internacional.

Nos anos de 1958 os Tratados de Roma deram resultado à Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia

⁴ CARNEIRO, Cynthia Soares. *Para Entender o Direito da integração regional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

da Energia Atômica (Euratom) para criar uma área de união aduaneira com livre comércio, sem tarifas aduaneiras, além de estabelecerem taxas comuns para importação/exportação no bloco.

Ressalta-se que o termo União Europeia foi utilizado a princípio pelos chefes de Estados e de Governo dos Estados-membros das organizações europeias na Conferência de Paris de 1972, cujo objetivo era transformar as finalidades dos tratados já aderidos numa efetiva união europeia. A unificação institucional europeia consolidou-se por meio do Ato Único Europeu, instituído em 1986, que reforçou a dinâmica da integração econômica no bloco junto aos princípios de Direito Comunitário, à medida que melhorou o processo decisório dos órgãos do bloco por definiu a sua organização e unificação institucional baseada no princípio da subsidiariedade, pois se delegou competências específicas sobre a integração comunitária da UE aos seus órgãos e conforme o princípio da proporcionalidade os órgãos deverão atuar na medida de suas competências para que o Direito emitido por eles seja respeitado e aplicado pelos os Estados e demais sujeitos de direitos⁵.

Com a vigência do Tratado de Maastricht em 1992 instituiu formalmente o Direito Comunitário que estava em prática na União Europeia abrangendo temas não somente econômicos, mas também Direitos Humanos, Direito Eleitoral, Direitos Trabalhistas, Direitos do Consumidor, Direito Ambiental entre outros. O Direito Comunitário é autônomo por não depender das Constituições nacionais de cada país, possui aplicação imediata e superior aos países, pois tal Direito é criado pelos órgãos da própria União Europeia que elaboram as leis, executam e julgam sobre os temas específicos à integração regional que existe no bloco europeu e suas relações internacionais.

Os principais órgãos da União Europeia que atuam de maneira a aproximar os sujeitos de direito da integração regional europeia em benefício de sua economia, política, sociedade e cultura do bloco são: o Conselho Europeu que profere as orientações políticas e define as prioridades da UE; o Parlamento Europeu que representa os povos da comunidade europeia e seus parlamentares nacionais atuando conforme o Estado Democrático de Direito em respeito à cidadania no bloco; a Comissão Europeia responsável pelas relações políticas, comerciais internacionais e por apresentar propostas de legislação, além de fiscalizar os tratados comunitários; o Conselho da União Europeia formado por representantes dos governos pelos Ministros que se reúnem para tratar das diretrizes da UE através de temas como economia, finanças e negócios estrangeiros; o Tribunal de Primeira Instância, que possui competência para julgar recursos e ações propostas por pessoas físicas e jurídicas contra

⁵ CAMPOS, João Mota de e CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de Direito Comunitário – O Sistema Institucional. A Ordem Jurídica. O Ordenamento Económico da União Europeia*. Coimbra: Coimbra, 2007.

as decisões das instituições comunitárias; o Tribunal da Função Pública, constituído para a solução de conflitos trabalhistas; o Tribunal de Justiça da União Europeia responsável por julgar situações de conflito sobre a aplicação das normas do Direito Comunitário especificamente.

Salienta-se que os conceitos de supranacionalidade e de organismo intergovernamental, também são peculiares ao Direito comunitário formado em razão do estreitamento da integração econômica europeia. O primeiro conceito é parte dos seus mecanismos de integração, tendo como base o reconhecimento pelos Estados dessa supranacionalidade que consiste na existência de valores ou interesses comuns, estrutura institucional posta a serviço dos objetivos comuns e autonomia. No que se refere ao conceito de organismo intergovernamental, os Estados-partes conservam sua autonomia plenamente, de forma que os Tratados e convenções por eles celebrados não podem impor aos mesmos qualquer forma de submissão a outro órgão⁶.

Em 1998 estabeleceu-se a Zona Euro, com a elaboração de políticas monetárias unificadas, sendo o Euro a principal moeda a ser utilizada no âmbito das transações comerciais (nacionais e internacionais) da UE. Um dos resultados institucionais dessa política unificada foi a criação do Banco Central Europeu que atua para garantir a estabilidade dos preços dentro da Zona Euro auxiliando os 19 países⁷ que adotaram o Euro a terem sua economia e sistema financeiro equilibrado. Atualmente para que um país participe do bloco deve adotar o Euro como moeda exclusiva.

Por fim à sequência de Tratados comunitários europeus, tem-se o Tratado de Lisboa assinado pelos Estados em 2007, através do qual se modificou os Tratados anteriores, conferindo personalidade jurídica a União Europeia e atuação supranacional junto à organização dos Estados. Pelo Tratado de Lisboa as Comunidades Europeias foram superadas pela sucessão da instituição da União Europeia. Pelo Tratado de Lisboa tornou-se mais clara as competências da União Europeia e traz reforço ao Parlamento Europeu, por uma União Europeia mais democrática que represente seus cidadãos dos 27 países do bloco.

Outros blocos de integração econômica regional foram criados em diferentes regiões do mundo por objetivos comuns aos Estados Membros, a fim de proporcionar o desenvolvimento interno de cada país e favorecer a expansão do bloco. Fora do contexto territorial europeu, mas no mesmo sentimento de integração dos povos em circunstâncias de conflitos governamentais, tem-se a figura de Simón Bolívar, líder do movimento separatista das colônias espanholas de sua metrópole

6 FARIA, Adriana Spagnol de. "Soberania popular e a supranacionalidade no MERCOSUL". [Dissertação de mestrado]. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2004.

7 Países que adotaram o Euro: Alemanha, Áustria, Bélgica, Chipre, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Portugal. Países que não adotaram o euro: Bulgária, Croácia, Dinamarca, Hungria, Polónia, República Checa, Reino Unido, Romênia e Suécia.

Europeia. Em 1815 Simón Bolívar escreveu a “Carta da Jamaica” em que estavam presentes seus desejos de liberdade latino-americana frente ao domínio sofrido no sistema colonial, “(...) e o ‘libertador’ manifestou os referidos anseios no Congresso Anfictiônico do Panamá, instalado em 22 de junho de 1826”⁸.

Apesar de não ter prosperado o ideal de Bolívar em promover a completa integração Latino-Americana, o progresso integracionista se desenvolveu na medida em que os Estados sul-americanos buscavam a cooperação para expandir seus domínios políticos, econômicos e melhorar as condições sociais das culturas envolvidas nesses processos regionais.

Na década de 60 do século XX foi criada a Associação Latino-americana de Livre Comércio (ALALC) por meio do Tratado de Montevideu (TM-60), para que fosse instituída uma zona de livre comércio entre Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. Contudo, a ALALC não foi bem sucedida devido aos conflitos políticos internos que sofriam alguns Estados naquele período. Outro bloco criado em âmbito sul-americano foi a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), em 1980, cujos objetivos eram pautados em benefícios políticos e econômicos, como preferências tarifárias e descontos comerciais.

Em 1988 foi assinado o Tratado de Integração Cooperação e Desenvolvimento, entre os Estados Brasil e Argentina para estabelecerem um mercado comum pela eliminação das tarifas alfandegárias. Em meio à evolução das relações oriundas dos acordos bilaterais entre Brasil e Argentina, que estavam em estágio político de redemocratização de seus governos após passarem pelo período de ditaduras militares, os Estados do Paraguai e Uruguai requereram a inclusão nesta integração, por perceberem a oportunidade de estreitar os laços políticos buscando o desenvolvimento econômico ao se unirem em um bloco.

Deste modo, em 26 de março de 1991 foi instituído o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) pela assinatura do Tratado de Assunção (TA). Conforme o sistema de integração regional desse bloco estabeleceu-se um prazo de até o fim de 1994 para a efetivação do mercado comum entre as partes, sendo este um dos projetos mais auspiciosos de cooperação regional.

O sistema do bloco foi fundamentado para promover a integração econômica mercantil, a União Aduaneira, *status* que possui algumas características, para posteriormente progredir para um Mercado Comum, objetivo ainda a ser realizado. A União Aduaneira entre Estados Membros de um bloco de integração é caracterizada pelas preferências tarifárias (tarifas reduzidas nos produtos dos Estados

⁸ SOARES, Mário. “Teoria geral da cidadania em suas expressões clássicas - Paradigma Greco-romano e medieval”. [Dissertação de mestrado]. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1995.

Membros que circulam no bloco), o livre comércio (ausência de barreiras alfandegárias) e a adoção de uma Tarifa Externa Comum (TEC) através da qual o produto que entrar no território do MERCOSUL terá o mesmo valor de importação/exportação para todos os integrantes do bloco⁹.

Atualmente são Estados Associados Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Peru e Suriname, assim objetivam a participação na zona de livre comércio, porquanto ainda não possuem *status* de membro do bloco. A Venezuela aderiu ao bloco como membro associado em 2006 e desde então aguardava apenas a aprovação do Paraguai, mas tornou-se membro oficial em agosto 2012, após suspensão do Paraguai do MERCOSUL pelas declarações dos demais Estados Membros de que houve um golpe político para depor o Presidente do Paraguai o que viola os princípios democráticos já consagrados no Protocolo de Ushuaia do bloco em 1998. No próximo tópico se discutirá a atuação e dinâmica do MERCOSUL no seu processo de integração econômica regional.

3. A ATUAÇÃO INTERGOVERNAMENTAL DO MERCOSUL NO CENÁRIO DA INTEGRAÇÃO

O sistema do bloco MERCOSUL foi fundamentado para promover a integração econômica mercantil, a união aduaneira. Novos órgãos de integração regional do bloco foram instituídos pelo Protocolo de Ouro Preto (POP) de 1994 e a principal estrutura institucional do bloco apresenta-se da seguinte forma: Conselho do Mercado Comum (CMC), órgão político e principal normativo, exerce a titularidade jurídica do MERCOSUL; Grupo Mercado Comum (GMC) participa da produção do direito de integração, elaborando projetos normativos que serão submetidos ao Conselho; Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM), com atribuições normativas específicas para o comércio; Foro Consultivo Econômico-Social (FCES); Secretaria Administrativa do MERCOSUL (SAM); e o atual Parlamento do MERCOSUL (Parlasul), que substituiu a Comissão Parlamentar Conjunta (CPC), criado em 06 de dezembro de 2006, em Brasília, representa os interesses da sociedade civil dos países membros do bloco.

Completando a estrutura institucional do MERCOSUL há ainda organizações de integração responsáveis por interpretar e aplicar suas normas, tendo como diretrizes os princípios do processo de integração regional do bloco. Essa função é realizada pelos tribunais do MERCOSUL, sendo os Tribunais *Ad Hoc*, constituídos árbitros escolhidos pelos Estados litigantes para dirimir os conflitos entre si e o Tribunal Permanente de Revisão (TPR), constituído pelo Protocolo de Olivos em 18 de fevereiro de 2002, competente para julgar recursos de revisão advindos de um tribunal *Ad Hoc*. O TPR demonstra o que

⁹ JO, Hee. *Introdução ao Direito Internacional*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2004.

grande parte dos pesquisadores afirmam quanto à necessidade de construção jurisprudencial, pois representa um avanço na consecução de uma estrutura jurídico-institucional firme no bloco¹⁰.

Ressalta-se que os órgãos decisórios são de caráter intergovernamental o que cria dependência funcional daqueles, pois devem atuar em conformidade ao que determinam os Estados membros dependendo do crivo desses para que o direito produzido pelos órgãos seja incorporado aos ordenamentos internos, contrário ao que ocorre na União Europeia, pois o Direito da União Europeia possui aplicação direta e incorporação imediata aos países membros.

A estrutura intergovernamental foi escolhida pelo MERCOSUL para reduzir as assimetrias e tornar compatível a cooperação mútua junto à expansão internacional do bloco com vistas à consolidação de um mercado comum do Cone Sul, englobando a integração social e cultural, junto à econômica-política. Ressalta-se que o contexto no qual o MERCOSUL foi criado era distinto da UE, pois os governos sulinos basearam-se no desenvolvimentismo interno e da sua região, como alternativa de autodeterminação em face dos ditames da economia neoliberal que beneficiara as estruturas econômicas dos países que possuíam maiores reservas financeiras, ou seja, as grandes potências mundiais.

A maior parte dos Estados Membros do MERCOSUL expressou em suas Constituições a importância da integração regional sul-americana e outros, como Argentina e Paraguai, ainda reconhece a possibilidade de criação de órgãos supranacionais. Sobre este aspecto discorre¹¹:

É importante que haja o reconhecimento e aprovação da integração pelo ordenamento jurídico interno dos Estados integrantes do MERCOSUL, de outra maneira tal união seria infrutífera e ineficaz para a evolução das negociações extra-bloco e dos direitos e garantias conferidos aos seus destinatários.

Conforme as disposições sobre os órgãos do bloco, trazidas no art. 2º do Protocolo de Ouro Preto (POP) assinado em 1994, os órgãos do MERCOSUL possuem natureza intergovernamental. Assim, àqueles não foi concedida competência superior ou a soberania partilhada com os Estados¹²,

10 MÜLLER, Vivian Cristina. "Direito comunitário: a função judicial no MERCOSUL" [online]. *Jus Navigandi*. 2004, ano 9, nº 232 [acesso em 08 nov. 2014]. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4873>>

11 ANDRADE, Isabela Piacentini de. "MERCOSUL e desenvolvimento? Integração regional e desenvolvimento". In BARRAL, Welber e BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (ed.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 8.

12 Sobre este aspecto Baracho afirma que o princípio que fundamenta a estrutura dos órgãos de integração regional é o da subsidiariedade, segundo o qual os Estados Membros delegam competências aos organismos comunitários com vistas a realizarem os objetivos definidos no plano de consolidação da integração de maneira mais eficaz, quando a ação dos próprios Estados isoladamente for insuficiente. Conferir mais em: BARACHO, José Alfredo de Oliveira.

mas sim atuam em conjunto aos Poderes Nacionais como o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, para promoverem a aproximação entre o direito de integração existente no MERCOSUL e o interno dos Estados.

Há discussão doutrinária sobre a eficácia da atuação dos órgãos mercosulinos. Autores afirmam que as decisões políticas estão eivadas de interesses nacionais que obstam a expansão do interesse regional o que faz com que os órgãos do bloco não atuem de forma coesa. Seguem tal argumento Everts, Almeida, Guerra e Ferreira¹³:

Conforme Ventura¹⁴ deveria haver um órgão jurisdicional supranacional mercosulino para garantir a eficácia de suas decisões, seguem esse entendimento autores como Silva¹⁵.

Outros afirmam que para haver maior segurança jurídica e credibilidade na atuação dos órgãos mercosulinos é preciso que esses ajam em benefício do direito de integração regional criado pelo bloco e os interesses em se desenvolver a região. Assim, descartam a necessidade de dotar os órgãos do MERCOSUL com competências supranacionais, vez que até mesmo tal estrutura regional não garante a consolidação da integração e nem seu aprofundamento, mas contribui para dar maior responsabilidade de decisões aos órgãos, senão vejamos:

Não há uma relação direta *a priori* entre instituições supranacionais e efetividade. Por si só, a introdução, no arcabouço jurídico institucional de um processo de integração, de elementos tradicionalmente associados ao conceito de supranacionalidade não assegura a consecução dos objetivos atribuídos à organização ou o adequado cumprimento das decisões adotadas nesse âmbito. Por outro lado, nada impede que, na ausência desses elementos, as instituições possam criar uma efetiva integração entre seus membros e gerar, naturalmente uma demanda por maior integração, graças à capacidade de defesa e promoção dos interesses de seus integrantes¹⁶.

O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

13 EVERTS, Philip. "Democracy and foreign policy". In: CASTERMAS-HOLLEMANN, Monique; HOOFF, Fried Van; SMITH, Jaqueline. *The role of the nation-state in the 21st century: human rights, international organizations and foreign policy.* The Hague: Cambridge, 1998; ALMEIDA, Paulo Roberto. *Dilemas da soberania do MERCOSUL: a soberania.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999; GUERRA, Sidney Cesar Silva. "Os desafios à integração regional no âmbito do MERCOSUL". *Revista de Direito da UNIGRANRIO.* 2009, vol 3, p. 1-26; FERREIRA, Thiago José Milet Cavalcanti. "Efeito direto das normas comunitárias: Um ensaio sobre o futuro da experiência brasileira" [online]. *Jus Navigandi.* 2009, ano 13, nº 2139 [acesso em 02 dez. 2014]. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12807/efeito-direto-das-normas-comunitarias>>

14 VENTURA, Deisy F. L. "Os dilemas da institucionalização: um turning point para o MERCOSUL". *São Paulo em Perspectiva.* 1995, vol 9, nº 1, p. 75-79.

15 SILVA, Renata Cristina de Oliveira Alencar; SILVA, Osvaldo Alencar. "Supranacionalidade e integração: o caso MERCOSUL" [online]. *Jus Navigandi.* 2003, ano 7, nº 64 [acesso em 08 nov. 2014]. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3985/supranacionalidade-e-integracao/1>>

16 CARVALHO, José Antônio Marcondes de; BENJAMIN, Daniela. "Supranacionalidade ou efetividade: a dimensão jurídico-institucional do MERCOSUL". In: *Seminário MERCOSUL 15 anos: Avaliação e perspectivas* (março de 2006). São Paulo: s.n., 2006, p. 20.

(...) o que importa é o fato de termos, ou não, instituições comunitárias que garantam a concretização desses princípios gerais [do Direito Comunitário]. Ou seja, é preciso auferir se as instituições mercosulinas tem sido capazes de exercer controle eficaz sobre a aplicação do direito gerado no bloco regional¹⁷.

Anselmo, Silva e Silva, e Costa e Silva¹⁸, dispõem que para haver uma atuação dinâmica e eficaz dos órgãos do MERCOSUL é necessário o consenso entre o poder nacional e as competências atribuídas àqueles para que se possa então transferir prerrogativas inerentes às jurisdições nacionais para os órgãos de integração econômica regional.

Os Estados Membros do MERCOSUL possuem significativa influência e força por sua integração, observadas e ressalvadas as dificuldades econômicas e a desigualdade social percebida, pois aqueles se enquadram nos aspectos caracterizadores de Estados em desenvolvimento (antes nomeados de 3º Mundo). Conforme Silva¹⁹ afirma: “O Tratado de Assunção está imbuído de uma visão neoliberal de integração, onde a criação de comércio e a especialização são metas principais para o processo (da retomada do crescimento e desenvolvimento econômico da região)”.

Através da criação do MERCOSUL os governos viram a possibilidade de solução das suas necessidades econômicas e políticas, bem como a ampliação dos mercados nacionais pelo aproveitamento pleno dos seus recursos disponíveis, preservação ambiental, melhora das relações entre os Estados e coordenação de políticas macroeconômicas, ou seja, realizar transações de investimentos globais para o bloco.

Os objetivos registrados no Tratado de Assunção são: a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos pela eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra equivalente; o estabelecimento de uma tarifa externa comum; adotar políticas comerciais junto a terceiros Estados; a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais (agrícola industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, comunicação, entre outras acordadas) entre os Estados-membros junto ao comércio exterior para assegurar condições adequadas de concorrência entre os

17 CARNEIRO, Cynthia Soares. Para Entender o Direito da integração regional. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 128.

18 ANSELMO, José Roberto. “O MERCOSUL sob a ótica do direito comunitário”. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. 2000, nº 29, p. 149-160; SILVA, Renata Cristina de Oliveira Alencar; SILVA, Osvaldo Alencar. “Supranacionalidade e integração: o caso MERCOSUL” [online]. *Jus Navigandi*. 2003, ano 7, nº 64 [acesso em 08 nov. 2014]. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3985/supranacionalidade-e-integracao/1>>; COSTA E SILVA, Danielle Cristine. “Soberania e MERCOSUL. [Dissertação de mestrado]. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2003.

19 SILVA, Roberto Luiz. *Direito Econômico Internacional e Direito Comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 235.

membros do MERCOSUL, além de harmonização legislativa nas áreas pertinentes com vistas a fortalecer o desenvolvimento da integração regional; e reciprocidade de direitos e obrigações entre os membros e compromisso em manter os tratados já concluídos pela ALADI.

No que se refere aos aspectos econômicos e tributários do Tratado de Assunção, tem-se a redução das tarifas alfandegárias e suas implicações nas relações entre os Estados-membros. Através do MERCOSUL as partes gozam de uma de uma Preferência Tarifaria ou Margem em Preferência na Zona Comum, onde as importações terão livre tráfego. Essa margem de preferência, em que as tarifas são reduzidas para os membros do bloco lhes é atraente e auxilia a concretização da integração. Sobre a criação de uma Tarifa Externa Comum (TEC), criada em 1994, conforme o autor supracitado significa que os Estados Membros deverão ter a mesma alíquota tarifária sobre os produtos adquiridos nos Estados que não são partes do bloco nas relações de importação e exportação.

Explica Leal²⁰ explica sobre a relevância da coordenação das políticas macroeconômicas comuns, vez que essas transações caso sejam feitas individualmente por cada Estado, não beneficiará aos demais membros do bloco, o que desvia, dessa forma, dos objetivos integracionistas comuns. São elementos dessas relações macroeconômicas: a política cambial, que envolve a variação das taxas de câmbio da moeda nacional em relação à outra moeda padrão; a política monetária concernente às taxas de juros e quantidade de moeda a ser emitida; e a política fiscal, como a gestão e fiscalização dos recursos a serem arrecadados e gastos pelo Estado.

A integração econômica é o primeiro aspecto que estreitamento das relações entre países que deve ser formalizado e estruturado junto a criação de órgãos imbuídos de atuar de modo a dialogar com os governos e harmonizar as relações entre eles para que os fins de integração concretizem, fins estes que são bem observados por José Eduardo Faria, vejamos:

[A Integração Regional é] estratégia especialmente concebida para viabilizar a obtenção de melhores condições de participação no intercâmbio mundial, maximizar o aumento das economias de escala, minimizar os custos sociais e econômicos da globalização e propiciar uma defesa minimamente eficaz contra a especulação financeira e os fluxos de capitais não-produtivos²¹.

O MERCOSUL avançou em termos de integração econômica nos últimos anos em que pese não ser se concretizado totalmente a liberalização de produtos, serviços e trânsito de pessoas, visto que

20 LEAL, Rosemiro Pereira; et. al. *Curso de direito econômico-comunitário*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

21 FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 293.

há listas de exceções de produtos e serviços que os Estados Membros adotam medidas protecionistas. Assim, serão verificados no próximo item os esforços mercosulinos em integrar seus membros para além da dinâmica econômica e comercial.

4. NOVOS DESAFIOS PARA A INCLUSÃO DOS ASPECTOS PLURAIS DE PARTICIPAÇÃO CIDADÃ NO MERCOSUL

Mesmo com embargos existentes em razão de posicionamentos protecionistas e a existência de muitos acordos bilaterais em face à feitura de acordos que tenham vigência para os cinco membros do bloco, tem-se que a situação atual do MERCOSUL não é estática em termos dos vários acordos e relações internacionais desenvolvidos intra e extra-bloco, pois aquele poderá expandir para o alto grau de integração, tornando-se uma comunidade de Estados com um mercado comum, caso haja a união política, social, econômica e cultural resguardados por um Direito da sua integração regional.

Sobre a formação difusa do Direito mercosulino, ou seja, realizada em meio às discussões existentes nos fóruns de debates e reuniões oficiais pelos órgãos do bloco, insta analisar a expansão da agenda temática do bloco, pois pode ser averiguada nas ações dos Estados junto aos órgãos de integração a formação de um arcabouço normativo comum a favor do desenvolvimento não somente econômico-comercial no bloco.

Partilha destas considerações Andrade²²:

(...) felizmente pode-se constar que o MERCOSUL está no bom caminho para o desenvolvimento. Ao acrescentar ao aspecto econômico o aspecto humano, o bloco mostra-se mais sábio que a OMC, pois possui a percepção de que o desenvolvimento pleno só pode ser atingido quando se leva em consideração a sorte das populações de seus Estados Partes (...) como quer o Tratado de Assunção.

O desenvolvimento social foi formalizado como compromisso do MERCOSUL na Carta de Buenos Aires, documento firmado em julho de 2000, entre MERCOSUL, Bolívia e Chile. Constam como metas da referida Carta, já em seu preâmbulo: o desenvolvimento econômico e a plena integração regional pelo viés da justiça social; e a busca pelo desenvolvimento em diversas áreas, não só econômica, pois esta, por si, não é suficiente para alcançar a melhoria na qualidade de vida, erradicar a pobreza e eliminar a discriminação e a exclusão social. Tais considerações possuem fundamento no princípio da coesão econômica

22 ANDRADE, Isabela Piacentini de. "MERCOSUL e desenvolvimento? Integração regional e desenvolvimento". In BARRAL, Welber e BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (ed.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 248.

e social no Direito Comunitário, que consiste no auxílio aos Estados que estiverem em situação de dificuldades no desenvolvimento de suas potencialidades, e, portanto, a sua participação no bloco será feita de maneira flexível para adequá-lo a expansão regional²³.

Tem-se essa iniciativa na criação dos Fundos de Convergência Estrutural do MERCOSUL (FOCEM) destinado a fazer tal flexibilização, visto que tais recursos financeiros do FOCEM serão repassados aos Estados mais limitados econômica e socialmente para que sejam investidos em programas de infraestrutura, pobreza, educação, saúde, competitividade empresarial e emprego²⁴. Percebe-se aí o exaurimento dos princípios da solidariedade e cooperação leal do Direito Comunitário.

Sobre os objetivos democráticos no MERCOSUL, foi assinado em julho de 1998 o Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no MERCOSUL, Bolívia e Chile, para a promoção e defesa da democracia no âmbito do bloco. Neste passo há, também, a ação conjunta entre o Parlasul e o Fórum Consultivo Econômico Social (FCES) que consiste na discussão de demandas econômicas e sociais em audiências públicas e debates semestrais junto a especialistas, assim, as assimetrias poderão se reduzir pela aproximação do diálogo entre os Membros tornando o processo de integração mais dinâmico e próximo da sociedade envolvida.

Para reforçar o conhecimento da atuação do Parlasul junto à sociedade mercosulina foi criado o Dia do MERCOSUL Cidadão, como proposta do Parlasul, como o marco das eleições parlamentares simultâneas do referido órgãos nos Estados Membros para aproximar as relações entre todos os envolvidos no processo de integração do bloco²⁵.

Verifica-se que, para legitimar a atuação deste sistema político no bloco necessário se faz o fortalecimento na crença da sociedade mercosulina de que o Parlasul promoverá a aproximação entre as vontades expressas nas decisões dos governos envolvidos e os interesses da sociedade, assim tal reconhecimento a nível nacional e intergovernamental poderá favorecer a formação de uma identidade transnacional, visto que novos atores como grupos sociais e entes subnacionais poderão participar do processo de integração regional através de sua representação²⁶.

Assim, tem-se que em 1995 instituiu-se a Rede Mercocidades que representam o novo “desenho” de governança na América do Sul, contando atualmente por mais de 270 cidades de Argentina, Brasil,

23 CAMPOS, João Mota de e CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de Direito Comunitário – O Sistema Institucional. A Ordem Jurídica. O Ordenamento Econômico da União Europeia*. Coimbra: Coimbra, 2007.

24 YUSTE, Juan Carlos. “MERCOSUL social, matéria pendente”. *Boletim Eletrônico do Programa MERCOSUL social e solidário*. 2006, nº 17.

25 MEDEIROS, Marcelo de Almeida; LEITÃO, Natália; et al. “A questão da representação no MERCOSUL: os casos do Parlasul e do FCCR”. *Revista de Sociologia e Política*. 2010, vol 18, nº 37, p. 31-57.

26 *Ibid.*

Paraguai, Uruguai, Venezuela, Chile, Bolívia, Colômbia e Peru. Tal rede de interações atua como um instrumento de cooperação horizontal entre os governos subnacionais (estados e municípios) para que as demandas locais das sociedades alcancem os patamares dos benefícios e acesso à democratização nas decisões dos órgãos do MERCOSUL no desenvolvimento da sua integração regional.

A expansão das condições de emprego também é tema da agenda do bloco, são destacados os seguintes documentos e normas, como a Declaração dos Presidentes sobre a Erradicação do Trabalho Infantil nos Estados do MERCOSUL, assinada em 2002; a Estratégia MERCOSUL de crescimento do emprego, assinada em 2006; e a Resolução do GMC nº 36 de 2006, que estabeleceu o Plano Regional para a prevenção e erradicação do trabalho infantil no MERCOSUL.

No mesmo sentido, a defesa dos Direitos Humanos é um dos objetivos traçados pelos Estados do MERCOSUL para que a integração regional se expanda em outros aspectos tão ou mais importantes quanto o econômico. Sobre tais normas do bloco tem-se: a criação da Reunião de Altas Autoridades sobre Direitos Humanos do MERCOSUL, pela Decisão nº 40 de 2004 do CMC; no Protocolo de Assunção sobre compromisso com a promoção e proteção dos direitos humanos do MERCOSUL, pela Decisão nº 17 de 2005 do CMC; e para a erradicação da pobreza foi criada a Iniciativa de Assunção sobre a luta contra a pobreza extrema, assinada em julho de 2005.

A proteção ambiental internacional é firmada como compromisso dos Estados-membros pela Resolução nº 10 de 1994 do GMC que traça as diretrizes básicas em matéria de política ambiental, além do Acordo-Quadro sobre o Meio Ambiente do MERCOSUL, assinado em 21 de julho de 2001.

Em meio às diversas discussões e tentativas em se criar um novo código aduaneiro para tal região sul-americana, foi criado o novo Código Aduaneiro do MERCOSUL em Agosto de 2010, durante a Cúpula do MERCOSUL na cidade de San Juan, na Argentina, pela Decisão nº 27/10 do CMC. Além da harmonização legislativa sobre as questões aduaneiras do bloco, o código foi criado para a extinção da dupla cobrança da TEC e criou-se um mecanismo que permite a distribuição de renda aduaneira entre os Estados integrantes do MERCOSUL e a interconexão eletrônica pela transmissão de dados entre as alfândegas.

Os diversos aspectos de atuação do MERCOSUL para promover seu desenvolvimento regional não se esgotam nos documentos e normas mencionados anteriormente, pois as atividades dos órgãos mercosulinos e de seus Estados Membros se dinamizaram ao longo desses vinte anos de bloco. Como explica Brum²⁷, para a expansão dos

27 BRUM, Argemiro Jacob. *O desenvolvimento econômico brasileiro*. 21ª ed. Petrópolis: Vozes/UNIJUI, 2000, p. 109.

Estados fortalecedores do bloco é necessário visar o crescimento não somente comercial e econômico, veja-se:

(...) desenvolvimento, não é sinônimo de crescimento, nem se mede apenas pela renda média per capita. É a combinação de uma taxa elevada de investimento; de aumento da produção; de uma distribuição ampliada dos resultados do crescimento; da compreensão de que a economia entendida como gestão racional dos meios de produção está a serviço da integração social, da justiça coletiva e do bem estar individual; e de uma consciência cívica da responsabilidade coletiva em relação ao presente e futuro comum.

No mesmo sentido, tendo-se pela análise dos princípios do Direito Comunitário, observa-se a afirmação de Carneiro que, assim, vê a possibilidade de maior integração, conforme explica:

Entendemos que o efeito direto e a primazia da norma comunitária é o que conferem-lhe natureza supranacional, portanto, apesar os órgãos comunitários adotarem o mecanismo da intergovernabilidade, ou ainda, o fato de não haver transferência expressa de competências estatais para os órgãos de integração, não significa que não há instituições supranacionais no sistema do MERCOSUL, pois o que importa é que exista uma estrutura uma estrutura institucional metanacional e uma efetiva coordenação entre essas instituições e as instituições estatais para que se configure a supranacionalidade de um organismo comunitário²⁸.

Tais questões estão em constante (re)formulação, não somente pelos tutelados do direito produzido no MERCOSUL, bem como os diversos atores do cenário político mundial, pois os reflexos da atuação do bloco sul-americano inserem-se na dinâmica das relações econômica globais bem como de sua sociedade local.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de integração econômica regional é formado por blocos integracionistas que estreitam suas relações para liberalização de comércio, serviços, pessoas e constituição de um direito comum ao bloco através da cooperação que se dá por etapas, que não são obrigatórias, pois cabe aos Estados estabelecerem quais os objetivos de integração econômica regional pretendem traçar para expandir suas potencialidades internas a nível regional e internacional.

Verificou-se no presente artigo que a União Europeia é uma das experiências avançadas de integração econômica regional, vez

²⁸ CARNEIRO, Op. cit., P. 129.

que se expandiu de mera cooperação para a unificação das relações econômicas, políticas, sociais e culturais, tendo como formalidade máxima de integração a institucionalização do direito comum. Este ramo do Direito, o Comunitário, é autônomo com princípios e normas próprias, pertencentes a um ordenamento comum, sendo regulamentado e coordenado por suas instituições, que são autônomas, a maioria de caráter supranacional, sendo capazes de constituir direitos e obrigações aos seus destinatários do bloco de integração econômica regional.

No continente Sul-americano foi instituído o bloco MERCOSUL pela necessidade dos países expandirem suas economias e melhorar as condições de vida de sua sociedade, sendo tal bloco formado num contexto de redemocratização dos países membros e necessidade de ter visibilidade e aumento da capacidade de negociação nas relações internacionais. Existe no MERCOSUL aplicação de princípios formadores do Direito Econômico Internacional que impulsiona a integração nos aspectos comerciais e financeiros, sendo os maiores desafios do bloco a uniformização da liberação dos produtos e serviços, pois há alguns embargos políticos impedem maior fluidez para as próximas fases da integração, motivo pelo qual o MERCOSUL se encontra na fase de União Aduaneira. Porém isso não impossibilita a instituição do direito regional comum a todos os países membros caso haja o estreitamento das cooperações nas demais áreas que foram incluídas na nova agenda do bloco, como cultura, tecnologia, meio ambiente, saúde, educação entre outras.

Os novos desafios do bloco relacionam-se com a manutenção das atividades de cunho social e democrático, pois se percebeu que o desenvolvimento institucional do MERCOSUL tem incorporado um conjunto de instituições participativas como grupos e subgrupos, reuniões especializadas, conferências que permitem a inclusão de novos atores nas discussões sobre questões sociais, culturais, políticas e econômicas da integração regional do bloco. Assim, tem-se que não só os agentes dos governos nacionais dos países membros tem “voz” dentro do bloco e, neste sentido, a participação é ampliada para os movimentos sociais, sindicatos, ONGs, partidos políticos, entes culturais e outros grupos da sociedade civil.

Sendo a democracia o regime de governo que possibilita a formação de espaços de diálogo e participação dos cidadãos nas decisões dos seus governantes. O pluralismo presente no referido regime se dá pela abertura aos diversos grupos da sociedade discutir as questões políticas que devem ir além do ato de voto eleitoral. A necessidade de pensar uma integração que seja minimamente democrática leva-se em consideração que as sociedades tuteladas pelas regras emanadas pelo bloco sejam representadas.

A pressão pela incorporação de demandas que valorizem maior grau de participação no MERCOSUL resultou na incorporação de novas

instituições para aproximar governantes e governados para que possam se tornar políticas públicas a serem implementadas tanto em âmbito interno quanto regional. Para tanto, necessário se faz a mobilização social e trabalho de conscientização para que o MERCOSUL tenha visibilidade por parte de sua sociedade, tão importante quanto à que possui dos países do sistema internacional.

Através deste artigo não se pretendeu esgotar a pesquisa que se estende sobre o tema, tão atual e instigante, por outro lado, tal estudo pretende corresponder a uma colaboração para literatura que discute o Direito da Integração Regional e a promoção do diálogo entre Estados e os cidadãos do MERCOSUL.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Paulo Roberto. *Dilemas da soberania do MERCOSUL: a soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ANDRADE, Isabela Piacentini de. “MERCOSUL e desenvolvimento? Integração regional e desenvolvimento”. In BARRAL, Welber e BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (ed.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

ANDRADE, Mayra Thaís. S. “O caráter supranacional do Conselho Mercado Comum – uma perspectiva de integração pelo Direito Comunitário”. In *III Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais (ABRI), 2011*. São Paulo: Governança Global e Novos Atores, 2011.

ANSELMO, José Roberto. “O MERCOSUL sob a ótica do direito comunitário”. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. 2000, nº 29, p. 149-160.

AZEVEDO, Pedro Pontes. “A Lex Mercatoria e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro”. *Revista Prima Facie*. 2006, ano 5, nº 9, p. 93-105.

BRUM, Argemiro Jacob. *O desenvolvimento econômico brasileiro*. 21ª ed. Petrópolis: Vozes/UNIJUI, 2000.

CAMPOS, João Mota de e CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de Direito Comunitário – O Sistema Institucional. A Ordem Jurídica. O Ordenamento Económico da União Europeia*. Coimbra: Coimbra, 2007.

CARNEIRO, Cynthia Soares. *Para Entender o Direito da integração regional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, José Antônio Marcondes de; BENJAMIN, Daniela.

“Supranacionalidade ou efetividade: a dimensão jurídico-institucional do MERCOSUL”. In: *Seminário MERCOSUL 15 anos: Avaliação e perspectivas* (março de 2006). São Paulo: s.n., 2006.

COSTA E SILVA, Danielle Cristine. “Soberania e MERCOSUL. [Dissertação de mestrado]. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2003.

EVERTS, Philip. “Democracy and foreign policy”. In: CASTERMAS-HOLLEMANP, Monique; HOOFF, Fried Van; SMITH, Jaqueline. *The role of the nation-state in the 21st century: human rights, international organizations and foreign policy*. The Hague: Cambridge, 1998.

FARIA, Adriana Spagnol de. “Soberania popular e a supranacionalidade no MERCOSUL”. [Dissertação de mestrado]. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2004.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERREIRA, Thiago José Milet Cavalcanti. “Efeito direto das normas comunitárias: Um ensaio sobre o futuro da experiência brasileira” [online]. *Jus Navigandi*. 2009, ano 13, nº 2139 [acesso em 02 dez. 2014]. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12807/efeito-direto-das-normas-comunitarias>>

GUERRA, Sidney Cesar Silva. “Os desafios à integração regional no âmbito do MERCOSUL”. *Revista de Direito da UNIGRANRIO*. 2009, vol 3, p. 1-26.

JO, Hee. *Introdução ao Direito Internacional*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira; et. al. *Curso de direito econômico-comunitário*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Coletânea de Direito Internacional. Legislação do MERCOSUL*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEDEIROS, Marcelo de Almeida; LEITÃO, Natália; et al. “A questão da representação no MERCOSUL: os casos do Parlasul e do FCCR”. *Revista de Sociologia e Política*. 2010, vol 18, nº 37, p. 31-57.

MERCOSUL. *Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre estrutura institucional do MERCOSUL – Protocolo de Ouro Preto*. 17 de dezembro de 1994 [acesso em 28 nov. 2014]. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrp/ourop/ourop_p.asp#Capítulo_XII_>

MERCOSUL. *Protocolo de Ushuaia sobre o Compromisso Democrático no MERCOSUL*, Bolívia e Chile [acesso em 28 nov. 2014]. Disponível em: <<http://>

www.mercosur.int/msweb/Normas/Tratado%20e%20Protocolos/1998_PROTOCOLO%20DE%20USHUAIA-Compromiso%20democr%C3%A1tico_port.pdf

MÜLLER, Vivian Cristina. “Direito comunitário: a função judicial no MERCOSUL” [online]. *Jus Navigandi*. 2004, ano 9, n° 232 [acesso em 08 nov. 2014]. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4873>>

SILVA, Renata Cristina de Oliveira Alencar; SILVA, Osvaldo Alencar. “Supranacionalidade e integração: o caso MERCOSUL” [online]. *Jus Navigandi*. 2003, ano 7, n° 64 [acesso em 08 nov. 2014]. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3985/supranacionalidade-e-integracao/1>>

SILVA, Roberto Luiz. *Direito Econômico Internacional e Direito Comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SILVA, Roberto Luiz. *Direito Internacional Público*. 4ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2010.

SOARES, Mário. “Teoria geral da cidadania em suas expressões clássicas - Paradigma Greco-romano e medieval”. [Dissertação de mestrado]. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1995.

VENTURA, Deisy F. L. “Os dilemas da institucionalização: um turning point para o MERCOSUL”. *São Paulo em Perspectiva*. 1995, vol 9, n° 1, p. 75-79.

YUSTE, Juan Carlos. “MERCOSUL social, matéria pendente”. *Boletim Eletrônico do Programa MERCOSUL social e solidário*. 2006, n° 17.

A INCORPORAÇÃO DOS LAUDOS ARBITRAIS DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL E O DIREITO BRASILEIRO

LA INCORPORACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR Y EL DERECHO BRASILEÑO

*Aline Rosado Targino da Nóbrega**
*Marcelo Mauricio da Silva***

Resumo: O MERCOSUL, com o intuito de majorar a sua integração, criou o Tribunal Permanente de Revisão, para poder solucionar controvérsias pacificamente. Assim, este artigo científico tem o objetivo de trazer a discussão acerca do modo de incorporação a que os laudos arbitrais, oriundos do TPR, devem adotar no Direito brasileiro. A metodologia adotada foi a pesquisa qualitativa (Direito Internacional e Direito Constitucional). As fontes de pesquisa foram: bibliografia especializada, a Constituição da República Federativa do Brasil; a análise de tratados e protocolos internacionais e jurisprudências, referentes ao tema – sempre, por meio do método dedutivo. Ficou verificado que esses laudos não devem seguir o caminho dos tratados internacionais, devido à distinção de suas naturezas jurídicas, como também não devem seguir o caminho das sentenças estrangeiras, pois essas vêm do Direito estrangeiro. Portanto, seguindo o princípio *pacta sunt servanda*, os laudos arbitrais, resultantes de uma corte ou de um tribunal arbitral internacional, como o TPR, devem ter um caminho próprio para incorporação que dê executividade e eficácia a eles, o que deve ser, a posteriori, discutido pelas autoridades competentes, pelas comunidades jurídica e acadêmica.

Resumen: El MERCOSUR, con la finalidad de desarrollar su integración, creó el Tribunal Permanente de Revisión, con el fin de resolver los conflictos pacíficamente. Así, la presente investigación tiene como objetivo llevar el debate sobre la incorporación de manera que los laudos arbitrales derivados

* Acadêmica do Curso de Direito, do Centro Universitário do RN. E-mail: alinertnobrega@gmail.com

** Advogado. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário do RN. E-mail: marcelomauricio@unirn.edu.br

del TPR, deben adoptar en la legislación brasileña. La metodología fue cualitativa (Derecho Internacional y Derecho Constitucional). Fuentes de la investigación han sido: la literatura profesional, la Constitución de la República Federativa del Brasil; el análisis de los tratados y protocolos internacionales y la jurisprudencia, en relación con el tema - a través del método deductivo. Ha sido encontrado que estos dictámenes no deben seguir el camino de los tratados internacionales, debido a la particularidad de su naturaleza jurídica, sino que además no deben seguir el camino de las sentencias extranjeras porque éstos provienen de la ley extranjera. Por lo tanto, siguiendo el principio pacta sunt servanda, los laudos arbitrales, como resultado de una corte o un tribunal internacional como TPR, deben tener su propia manera de incorporar eso da aplicabilidad y eficacia a ellos, que debe ser a posteriori discutido por las autoridades competentes, las comunidades legales y académicas.

Palavras-chave: MERCOSUL, Tribunal Permanente de Revisão, Laudos arbitrais, Incorporação

Palabras clave: MERCOSUR, Tribunal Permanente de Revisión, Laudos arbitrales, Incorporación

1. INTRODUÇÃO

O instituto da arbitragem internacional ganhou visibilidade no cenário mundial contemporâneo a partir da década de 1990, graças à globalização e à necessidade de se terem resolvido controvérsias, em especial, no âmbito comercial, de forma célere e pacífica. Com isso, surgiram também várias cortes e tribunais internacionais, na tentativa de se criarem normas mais uniformes e um corpo jurisprudencial.

Como resultado da decisão de uma arbitragem, tem-se o laudo arbitral¹. Nele, contém o entendimento dos árbitros (escolhidos especificamente para o caso), após uma dilação probatória. O modo que o procedimento arbitral vai seguir tem que ser acordado, primeiramente entre as partes, de acordo com o princípio da autonomia de vontade das partes, sempre seguindo para ser menos oneroso do que se fosse realizado pelo Poder Judiciário comum.

O MERCOSUL, como bloco econômico, pela necessidade vista pelos Estados-membros, para se ter uma maior integralização na região, instituiu, em 2002, o Tribunal Permanente de Revisão (TPR), através do

¹ Adotou-se a nomenclatura laudo arbitral, em vez de sentença arbitral, como sendo aquele o resultado de uma arbitragem. Isso, mesmo reconhecendo que muitos doutrinadores utilizam os dois termos como sinônimos. Assim, apenas por uma questão organizacional e para facilitar o entendimento, utiliza-se a nomenclatura trazida pelo Protocolo de Olivos (PO). Entende-se, também, que o termo sentença já vem acompanhado da força executiva, como acontece nos casos de arbitragem nacional.

Protocolo de Olivos (PO). Previa que, assim, pudessem ser analisadas as controvérsias envolvendo seus países, não somente pela forma ad hoc, mas também com a possibilidade de que o laudo arbitral fosse revisto.

O presente artigo tem por finalidade examinar o procedimento de incorporação dos laudos arbitrais emanados do Tribunal Permanente de Revisão no Direito brasileiro. Sabe-se que não são claros os métodos de internalização do laudo arbitral oriundo de uma corte ou tribunal arbitral internacional ao qual o Brasil é signatário. Assim sendo, faz parte do objeto de estudo mostrar que a natureza jurídica desses tipos de laudos é nova para a legislação e jurisprudência brasileira. Devido a isso, é necessário, por parte das autoridades competentes, das comunidades jurídica e acadêmica, que elas determinem qual seria o caminho de internalização desses laudos arbitrais, para que eles possuam a força executiva necessária para lhes dar efetividade.

Além disso, pode-se ratificar que a contribuição deste trabalho acadêmico para a comunidade jurídica, por meio da pesquisa, é de grande relevância. Salienta-se que não existe nenhuma jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto aos laudos arbitrais oriundos do TPR, órgão do mais importante bloco da América do Sul. Mostra-se que é preciso haver uma discussão das autoridades competentes, para que, então, elas possam determinar qual seria o melhor caminho para a internalização dos laudos no Direito brasileiro, assim como possibilitar que ele possua a força executiva de que necessita.

Vale salientar que todos, ou pelo menos a maioria dos conceitos, aplicam-se à arbitragem nacional e/ou internacional. Contudo, esse trabalho é direcionado aos casos submetidos ao Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL e, por isso, trará dados oriundos, especificamente, desta corte internacional.

Por essa razão, tem-se como pergunta-problema deste artigo científico: A incorporação dos laudos arbitrais emitidos pelo TPR ao ordenamento jurídico brasileiro devem seguir o caminho dos tratados internacionais, o caminho de uma sentença estrangeira ou tê-lo um próprio caminho a ser determinado pelas autoridades competentes?

Como metodologia, optou-se pela pesquisa qualitativa, contendo dois campos temáticos: o Direito Internacional e o Direito Constitucional. As fontes de pesquisa escolhidas foram: no âmbito constitucional - bibliografia especializada, a análise legislativa da Constituição Federal, a lei de arbitragem, e, no âmbito internacional - tratados e protocolos internacionais relativos ao MERCOSUL, laudos arbitrais emitidos pelo TPR, consulta a jurisprudência do STJ. Tudo isso foi analisado por meio do método dedutivo.

2. O MERCOSUL E OS LAUDOS ORIUNDOS DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

A presente seção está dividida em duas partes: a primeira visa apresentar o bloco econômico da região mais ao sul da América Latina - o MERCOSUL - no cenário mundial em que foi criado e suas particularidades, sempre trazendo para assuntos relacionados ao TPR. Enquanto isso, a segunda parte trata sobre o instituto da arbitragem, o próprio TPR e, principalmente, fala sobre os laudos arbitrais, objeto de estudo deste artigo.

2.1. MERCOSUL

O Mercado Comum do Sul foi constituído em 1991 pelo Tratado de Assunção, e até hoje é a maior expressão de integração dos povos da América Latina, apesar de estar presente apenas uma minoria dos países da região. Todavia, o bloco econômico vem se mostrando estável, visando, assim, ao estabelecimento e à ampliação de políticas regionais de liberação e integração entre os Estados-membros - Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai e Venezuela. Os Estados associados, países que não possuem poder de voto, podem participar como convidados das reuniões dos órgãos da instituição - Chile, Colômbia, Equador, Peru e Bolívia.

Entre essas políticas regionais, estão: a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, além do estabelecimento de uma tarifa externa comum, da adoção de uma política comercial comum, da coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais e, por fim, da harmonização de legislações nas áreas pertinentes.

É válido mencionar que o MERCOSUL, na forma em que se encontra hoje, teve seu marco institucional no Protocolo de Ouro Preto, 1994 (POP). Este reconhece que o bloco possui personalidade jurídica de Direito Internacional. Assim, atribui-lhe, competência para negociar -em nome próprio- acordos com outros países, grupos de países e/ou organismos internacionais.

Ademais, esse bloco não possui a característica de supranacionalidade como a União Europeia, modelo de integração que, por ir muito além da questão econômica e ser base para o direito comunitário, não pode ser comparado ao MERCOSUL.

Este, na verdade tem natureza intergovernamental, isto é, baseia-se no consenso entre as partes, na tomada de decisões. Além disso, não há a interferência nas soberanias estatais, como também, preza pelo regionalismo aberto. Ou seja, seu objetivo não é só o aumento do comércio intrazonal, mas também estimular negócios com outros parceiros comerciais. Acompanha a tendência do cenário mundial da globalização e da internacionalização dos negócios, como também a da

era da contratualização.

A partir da década de 1990, além de um grande aumento na quantidade de cortes e tribunais internacionais, incluindo o TPR, houve a mudança de um paradigma consensual pra um eminentemente compulsório.

Pode-se dar essa qualificação de tribunal internacional ao TPR, visto que preenche os requisitos trazidos pelo “Project on International Courts and Tribunals” (PICT). É permanente, é composto por árbitros imparciais na sua atuação, decide controvérsias de duas ou mais partes, sendo pelo menos uma delas Estado ou Organização Internacional, além de trabalhar de acordo com regras e procedimentos preestabelecidos e ter decisões vinculantes.

Assim, a arbitragem internacional que também está elencada no art. 33, da Carta da Organização das Nações Unidas, como um dos meios de solução pacífica de controvérsias, é uma das formas adotadas pelo MERCOSUL para se terem harmonizados possíveis conflitos que envolvam seus interesses comerciais e, por conseguinte, de seus Estados-membros.

2.2. Origem dos Laudos Arbitrais

O objetivo primordial de uma arbitragem comercial internacional, envolvendo um ou mais Estados-membros do MERCOSUL, é alcançar um laudo arbitral final, que tenha solucionado, por definitivo, o conflito submetido aos árbitros. Devido à complexidade dos atos existentes no comércio internacional, houve a necessidade de progresso em relação ao Protocolo de Brasília, que visava apenas à solução de controvérsias, por meio de tribunais arbitrais ad hoc (TAH). E, por isso, foi instituído, em 18 de fevereiro 2002, pelo Protocolo de Olivos (PO), o Tribunal Permanente de Revisão.

Foi criado para garantir a correta interpretação, a aplicação e o cumprimento dos instrumentos jurídicos fundamentais do processo de integração - do Tratado de Assunção; do Protocolo de Ouro Preto; dos protocolos e acordos celebrados no marco 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), como também para desenvolver um novo corpus jurisprudencial. No tocante ao direito aplicável, tem-se todos os documentos supracitados, além dos princípios e disposições de Direito Internacional referentes à matéria.

O TPR pode se reunir como primeira e única instância ou como tribunal recursal de pronunciamento proferido por um TAH (arts. 19, 23 e 17 PO). Essa possibilidade de se proferir recurso na esfera arbitral é atípica e foi até chamada de “Frankenstein” por Guido Soares².

² SOARES, Guido. “Arbitragem entre Estados”. In: *Confederação Nacional do Comércio* (Rio

Finalmente, somou-se a essa estrutura a possibilidade de se recorrer ao TPR para que se solicitem Opiniões Consultivas (art. 3º PO) e para casos em que os Estados-partes provoquem o procedimento estabelecido para as Medidas Excepcionais de Urgência (CMC/DEC N° 23/04). É certo que o TPR veio para garantir o duplo grau de jurisdição no sistema de solução pacífica de controvérsias, adotado pelo MERCOSUL.

Por isso, os árbitros são escolhidos dentre todos os Estados-membros, totalizando 5 árbitros, cada qual com seu suplente. O mandato tem duração de dois anos, podendo ser renovado. Apenas o quinto árbitro é designado, de forma unânime, por três anos, sem poder renová-lo, salvo acordo em contrário.

A escolha dos árbitros, somada ao interesse das partes (fundamento imediato) em solucionar o conflito pelo TPR completa a estrutura tripartite para formação da lide. Além disso, existe o interesse da comunidade internacional, que, por meio do Direito Internacional, quer ver garantida a estabilidade e a segurança nas Relações Internacionais, contribuindo, assim, para a manutenção da paz.

Vale ressaltar que as partes, ou seja, os sujeitos que podem ser habilitados perante o TPR são os Estados-membros do MERCOSUL ou algum outro Estado soberano, que queira resolver algum conflito envolvendo um dos Estados-membros já mencionados aqui. Caso um particular tenha algum problema comercial de alçada mercosurenha, ele terá que ser representado pelo seu país de origem, pois se trata de uma arbitragem estatal.

Como já mencionava Jorge Fontoura, seguindo o Protocolo de Brasília, o Protocolo de Olivos mantinha o caráter enunciativo de soft law à possibilidade de particulares ingressarem com pedido no TPR³. Ou seja, isso mostra que a intenção do Mercado Comum é ver solucionados os seus conflitos (mesmo que entre particulares de diferentes Nações), por meio das representações diplomáticas de cada país.

Também, de acordo como PO, que, buscando uma maior segurança jurídica, trouxe a obrigatoriedade de eleição prévia do foro onde deverá ser apreciada a demanda. Isto é, a escolha do foro deve ser feita antes do início da demanda pelo Estado reclamante - levando em consideração as normas reputadas e violadas, assim como os aspectos concernentes à implementação da demanda após uma decisão, visto que o objetivo da demanda é a melhor solução para a controvérsia - e será vinculativa para os Estados litigantes.

Como também, a partir do princípio da autonomia da vontade das partes, é possível que os Estados possam escolher a que órgãos irão submeter suas demandas, para que sejam atendidas, da melhor

de Janeiro, 2004). *Anais*. Rio de Janeiro: 2005. p. 1-128.

3 FOUNTOURA, Jorge. *A evolução do Sistema de Solução de Controvérsias: de Brasília a Olivos. Solução de Controvérsias no MERCOSUL*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003, p. 271-ss.

forma, as suas necessidades. Essa possibilidade de escolha também é chamada de “fórum shopping”. Assim, após o procedimento de solução de controvérsias no âmbito do MERCOSUL ser iniciado, as partes não poderão recorrer a outros foros existentes para tratar do mesmo objeto em questão.

Para se ter formado o TAH ou o TPR como instância revisional, segue-se a ordem básica de uma arbitragem. Primeiro, tem-se a fase diplomática, a qual é remetida mais à Relação Internacional, visto que é algo mais negocial entre os Estados. Essa fase é de extrema importância, pois a principal função de um procedimento arbitral é a busca por uma solução consensual, ou seja, voluntária, que é chamada de resultados preventivos.

Após essa fase, inicia-se a fase jurisprudencial, que consiste na adjudicação. Isto é, as partes, por sua autonomia privada de vontade, investem de poderes os árbitros ora escolhidos, para que cheguem, em conjunto, a uma solução satisfatória do conflito, e que essa tenha reconhecimento e identidade jurisdicional. Esse é o motivo pelo qual existe o TPR. Ou seja, esse instituto veio para trazer uma maior harmonia, de uma forma menos onerosa, aos Estados que compõem o MERCOSUL, ou mesmo que façam acordos comerciais com os próprios.

Assim sendo, para que seja possível todo o procedimento arbitral, é preciso que, antes de tudo, as partes convençionem a arbitragem como meio de solução de conflitos. Essa convenção de arbitragem pode ser feita através do compromisso arbitral ou da cláusula arbitral.

Para finalizar o estudo sobre a origem dos laudos do TPR, é válido mencionar que eles devem conter: a indicação dos Estados-partes na controvérsia; o nome e a nacionalidade de cada um dos membros do TPR que atuaram no caso; os nomes dos representantes titular e suplente das partes; as questões de direito ou interpretações jurídicas submetidas ao TPR; um relato do desenvolvimento do procedimento arbitral nessa instância, incluindo um resumo dos atos praticados e das alegações das partes; o pronunciamento sobre as medidas provisórias, se tiverem sido emitidas; os fundamentos da decisão do TPR; a decisão final do TPR que deverá incluir as medidas a serem adotadas para dar cumprimento ao Laudo, quando corresponda ao prazo estabelecido para o cumprimento do laudo; a proporção dos custos do procedimento arbitral, que corresponderá a cada Estado-parte na controvérsia cobrir; a data e o lugar da sua emissão, e a assinatura de todos os membros do TPR; por último, fica registrado, no laudo arbitral, que este deve ser traduzido para o Português, dando uma maior acessibilidade aos brasileiros que não possuam o domínio da Língua Espanhola (art. 40.3 do PO). Todas essas informações deverão ser publicados no Boletim Oficial do MERCOSUL, conforme o estabelecido no artigo 39, do POP, e deverão ser incluídas no sítio deste.

3. ASPECTOS RELEVANTES DO DIREITO INTERNACIONAL

Esta seção está dividida em duas partes: a primeira traz de maneira simplificada a identificação da teoria adotada pelo Brasil, dualista ou monista, as quais tratam de formas distintas o Direito Internacional Público. Já a primeira subdivisão faz a diferenciação da natureza jurídica do laudo arbitral e do tratado internacional.

Com relação as perspectivas do Direito Internacional Público no direito interno, o Brasil, de acordo com a doutrina, segue o monismo moderado⁴ para os tratados-lei. Já nos tratados-contrato, aqueles que preveem obrigações recíprocas para as partes contratantes, as normas internacionais têm precedência sobre as internas. Contudo, em julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), tendo como relator o Ministro Celso de Mello, 1998, já referenciado, ficou decidido que o Brasil adota, em regra, o dualismo

3.1. Natureza Jurídica: Laudo Arbitral x Tratado Internacional

O laudo arbitral é o objetivo do procedimento arbitral, pois, para que ele cumpra sua função por completo precisa-se de que haja validade, reconhecimento e execução e ser fundamentado em norma jurídica. De acordo com o artigo 23, do Protocolo de Olivos, os laudos arbitrais fazem coisa julgada formal e material, trazendo uma maior segurança jurídica e credibilidade ao sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL.

O descumprimento do laudo arbitral configura ilícito internacional. Caso não tenha sido cumprido, e o Estado tenha se sentido prejudicado, este poderá invocar a responsabilidade internacional. Isso não importa se o ato praticado pelo Estado em descumprimento foi lícito ou ilícito, comissivo ou omissivo, e sim, se houve a imputabilidade e o dano.

Vale salientar que essa responsabilidade, ora tratada, é de natureza econômica e objetiva. Assim, se houver descumprimento do laudo arbitral proferido pelo TPR, cabe pedido para que aquele Estado-parte, que deixou de cumprir com suas obrigações já definidas em contrato e com respaldos dos tratados internacionais aos quais são destinatários. Assim, deve-se ser responsabilizado, para que haja uma maior eficácia e cooperação no âmbito internacional. Porém, ainda não ocorre a automática incorporação dos laudos arbitrais e, por conseguinte, a sua obrigatoriedade.

Além disso, tem-se que a terminologia adequada, em meio as diversas espécies de tratados, é o “compromisso”. Essa é a modalidade

⁴ Conhece-se a respeito das outras teorias que tratam do dualismo e do monismo - como o dualismo radical, o dualismo moderado, o monismo internacionalista, o monismo nacionalista, o monismo internacionalista radical e o monismo internacionalista moderado. Contudo, para que não haja fuga ao objeto de estudo, houve apenas menção às teorias gerais dessas duas vertentes.

de tratado que determina a submissão de um litígio a um foro arbitral. Todavia, é certo que o laudo arbitral difere do tratado internacional, pois este é uma qualificação, o resultado de um conflito inter partes. Enquanto esses são diplomas legais, que respeitam os princípios gerais do Direito, têm requisitos de validade de um ato jurídico, sujeitos capazes, objeto lícito e acordo livre de vontades. São escritos e elaborados por Estados e organizações internacionais, que possuem interesses em comum.

Além disso, existe o princípio da relatividade dos tratados, ou seja, só produzem efeitos jurídicos - criando, modificando ou extinguindo direitos e obrigações e ensejando a possibilidade de sanções por seu descumprimento, ou seja, a obrigatoriedade - entre os signatários e não a terceiros – *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*.

Os tratados internacionais, por sua natureza, trazem uma maior legitimidade, tornando o Direito das Gentes mais democrático, e se tornarão representativas as vontades internacionais. Cabe também ressaltar que, após o tratado entrar em vigor, ele não será válido somente no âmbito internacional, mas também no doméstico, no ordenamento jurídico interno de cada Estado ou organismo internacional signatário.

No Brasil, para que um tratado internacional seja internalizado, precisa ser assinado pelo Presidente da República (CF, art. 84, VIII); passar pela aprovação do Congresso Nacional (CF, art. 49, I); ser ratificado ou aderido, e ter a devida promulgação e publicação do seu texto, por meio de decreto. Vale ressaltar que a forma própria de revogação do tratado é a denúncia.

Por fim, tem-se que, tanto um laudo arbitral ou um tratado internacional, quando válidos, devam ser cumpridos de boa-fé, seguindo o princípio da *pacta sunt servanda*, evidenciado no art. 26, da Convenção de Viena.

4. LAUDO MAIS PRÓXIMO DE SENTENÇA

A presente seção tem o intuito de diferenciar o procedimento homologatório de sentenças estrangeiras no Brasil, de acordo com o que defende a doutrina. Discute-se a respeito da exigência de homologação dos laudos arbitrais oriundos de uma corte ou tribunal internacional, ao qual o país seja integrante, ou mesmo o reconheça, conforme o que vem mostrando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A homologação de sentença estrangeira é o ato que permite que a decisão, proferida fora do território nacional, gere efeitos no país, ou seja, a sua execução e cumprimento sejam feitas no Brasil, por exemplo.

Além disso, tem o objetivo de facilitar as relações internacionais e tornar menos onerosa para as partes litigantes o cumprimento da mesma. Ela faz com que a sentença estrangeira produza os mesmos efeitos de uma sentença nacional no território onde foi homologado,

tendo-a força executiva. Vale destacar que, para que seja uma sentença estrangeira, ela também deverá possuir força executiva no país de origem.

Essa homologação não é automática e nem obrigatória, e fica a cargo do Estado, em regra, a ratificação, ou não, da sentença estrangeira. Além disso, devem ser aplicadas, nesse procedimento, as leis ou tratados mais favoráveis à homologação.

No Brasil, a competência para homologar a sentença estrangeira é do STJ - art. 105, I, i, CF, enquanto a sua execução cabe aos juízes federais de primeira instância (art. 109, X, CF) – de acordo com o princípio do juiz natural.

Um ponto sobre o qual a doutrina brasileira diverge refere-se à necessidade, ou não, da homologação de sentenças ou laudos proferidos por tribunais internacionais. Essas diferem de uma sentença estrangeira, pois, nesta, os tribunais estrangeiros que a proferiram estão vinculados à soberania e ao direito de outro Estado nacional. Contudo, no caso das cortes internacionais, o Estado brasileiro as estabeleceu, por meio de tratados, para decidir assuntos de interesse em comum com outras nações, baseando-se em princípios jurídicos e no Direito público e privado internacional.

Além disso, essas sentenças não estão vinculadas a nenhuma soberania específica, e sim, possuem jurisdição nos países que as criaram, como é o caso do TPR, aqui estudado, criado pelos Estados-membros do MERCOSUL. Ele pode decidir, através da arbitragem, sobre questões de direito disponível, em especial assuntos comerciais internacionais, entre os Estados-membros. Representando interesses dos particulares de seus respectivos países e, conseqüentemente, interesses estatais, pois esses interesses mantêm a economia do país em movimento.

Por causa disso, parte da doutrina - aqui sustentada por Paulo Henrique Gonçalves Portela - não vê como procedimento adequado a homologação de laudos proferidos por cortes internacionais. Entende-se que a natureza jurídica desta é oriunda do Direito das Gentes, do Direito Internacional, enquanto as sentenças estrangeiras são oriundas do Direito estrangeiro⁵.

Corroborando com isso, tem-se o propósito da criação dos tribunais internacionais, que é garantir a correta aplicação do Direito das Gentes, visando à harmonia entre os Estados por meio da cooperação. Como também é certo que os Estados só estão submetidos a cumprir os tratados que livremente consentiram.

Assim, pode-se dizer que

O ambiente jurídico internacional é marcado, por um lado, pela relevância do princípio *pacta sunt servanda* e, por outro, por

5 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 5ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

dificuldades no tocante à regulamentação das relações internacionais e, em especial, quanto à efetivação do cumprimento das normas de Direito Internacional. Dessa forma, exigir a homologação de sentença de tribunais internacionais é impor novo gravame à eficácia do Direito das Gentes, condicionando-a a uma etapa adicional de confirmação do consentimento estatal e limitando ainda mais a capacidade de ação dos organismos internacionais⁶.

Entretanto, indo de forma contrária à doutrina, a jurisprudência do STJ se mantém sem nenhum posicionamento quanto aos laudos arbitrais estatais do Direito público, não havendo nenhum julgado, tanto do laudo arbitral estrangeiro quanto do das cortes ou tribunais internacionais. Ela apenas mostra o caminho para internalização dos laudos arbitrais que envolvam o Direito privado, ou seja, as partes não são os Estados, como no caso da arbitragem ao qual o TPR se propõe a solucionar. Também, é possível perceber que, nesses casos, os laudos arbitrais estão seguindo o mesmo caminho feito pelas sentenças estrangeiras (art.15, LINB), equiparando o laudo à sentença.

Sabe-se que, no momento de apreciação pelo STJ, este não analisará o mérito da questão, e sim, se o laudo arbitral segue todos os requisitos adotados pelo Brasil, a respeito da arbitragem, e se ele não fere preceitos constitucionais.

Assim, pode-se dizer que a homologação de sentença estrangeira é um meio para que a justiça seja efetivada em contrapartida das diversas jurisdições existentes. Isso é essencial, para que a cooperação jurisdicional internacional tenha viabilidade.

SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA CONTESTADA.
PRETENSÃO HOMOLOGATÓRIA A SER DEFERIDA EM PARTE.
REQUISITOS DA LEI ATENDIDOS. VÍCIOS DE NEGAÇÃO
INEXISTENTES. AMPLA COMPETÊNCIA PARA DIRIMIR
CONFLITOS ENTRE OS CONTRATANTES DE JOINT VENTURE.
(SEC 1/EX, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA,
CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 01/02/2012)

Por tudo isso, observa-se que ainda há muito o que ser debatido sobre o assunto, pois não existe um posicionamento que o Brasil adote e pelo crescente uso da arbitragem internacional, como também, pelo fato de o Brasil fazer parte do MERCOSUL, precisa-se dá uma atenção a esse instituto, tanto no âmbito privado como no público, uma vez que entre os Estados existem controvérsias que necessitam ser dirimidas.

⁶ *Ibíd.* pág. 745.

5. O BRASIL E OS LAUDOS ARBITRAIS INTERNACIONAIS

Esta última seção visa explicar e analisar como os laudos arbitrais, oriundos do TPR por meio de um tribunal ad hoc ou mesmo revisional, seriam incorporados pelo Brasil, respeitando sempre a soberania estatal e a Constituição Federal (CF). Aborda a sua obrigatoriedade, ou não, de cumprimento no país. Ressalta que, os laudos arbitrais ao ter eficácia, traz uma melhor cooperação entre os Estados-parte e, conseqüentemente, uma maior integração entre os Estados-membros do MERCOSUL.

5.1 Os laudos arbitrais e o direito brasileiro

O Brasil é uma República Federativa dotada de personalidade jurídica de Direito Internacional. Por causa disso, apresenta-se na ordem mundial como Estado soberano, que pratica uma relação de cooperação com os outros Estados soberanos que compõem o globo.

Por essa mesma razão e devido à autonomia de vontade, escolheu ser membro do MERCOSUL. Deve seguir, além de seus interesses, os interesses intrazona, para que a integração econômica seja eficaz.

Além disso, está, no art. 4º da CF, o compromisso do país com a paz, com a solução pacífica de controvérsias, como todos os outros princípios que regem as relações internacionais.

De acordo com Mello, (1998, CR 8279 AgR), “A recepção de acordos celebrados pelo Brasil, no âmbito do MERCOSUL, está sujeita à mesma disciplina constitucional que rege o processo de incorporação, à ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral”.

Corroborando com ele, e com o que ficou constatado na subseção que trata da diferença da natureza jurídica dos laudos arbitrais e dos tratados internacionais, é evidente que o seu pensamento está certo, e aos acordos feitos no âmbito do MERCOSUL cabem o caminho de internalização dos tratados, como já foi dito anteriormente.

Entretanto, devido à sua natureza jurídica, o laudo arbitral proferido pelo TPR deverá seguir um caminho distinto. Esse laudo é emanado de um tribunal, órgão do MERCOSUL, do qual o Brasil é co-fundador, e deve seguir um caminho de incorporação também distinto das sentenças estrangeiras, a exemplo do que ocorre com os laudos arbitrais oriundos de um tribunal, ou corte internacional que solucionou uma controvérsia do âmbito do Direito privado.

Pode-se observar analisando os laudos arbitrais emitidos pelo MERCOSUL, antes da institucionalização do TPR, os quais foram proferidos de acordo com o Protocolo de Brasília, que o Brasil, inicialmente, mostrou-se resistente às decisões dos tribunais ad hoc, isto, devido à falta de executividade dos laudos, ou seja, possuíam força de soft law.

Vale lembrar que a adoção do TPR, como forma de solução de controvérsias, vai de forma contrária ao cenário judicial atual, pois esse, devido à judicialização do cotidiano, tende a ser moroso, impossibilitando que o comércio, com a sua dinamicidade, seja favorável à economia dos Estados. Além disso, vale destacar que apenas os Estados têm capacidade de ingressar com uma demanda no TPR. Cabe aos particulares procurarem as autoridades competentes de seu país, aqui no Brasil seria o Itamaraty, para que representem seus interesses.

Isso ocorreu no caso visto no laudo arbitral número 6, do Tribunal Arbitral Ad Hoc do MERCOSUL, que foi constituído para decidir a respeito da controvérsia apresentada pela República Oriental do Uruguai à República Federativa do Brasil sobre proibição de importação de pneumáticos remodelados procedentes do Uruguai. A empresa uruguaia SERISUR S.A. se viu prejudicada por não conseguir mais exportar os pneumáticos remodelados para o Brasil, pois este os classificou como usados, e não mais permitiu a sua importação, afirmando que não possuem a mesma vida útil de um novo.

Nesse caso, o laudo arbitral traz que a parte negocial, feita antes de ser instituído o Tribunal, foi fracassada. Além disso, ele proferiu decisão favorável ao Uruguai, de forma unânime, e deu 60 dias de prazo para que fosse cumprido pelo Brasil, por considerar que o comércio entre os dois países, referente a esse tipo de produto, já ocorria há muito tempo, e não existe razão para cessá-lo agora. Isso não afasta a possibilidade de os particulares adotarem a cláusula arbitral em seus contratos, lembrando que não podem delimitar o TPR como foro para solucionar possíveis entraves entre as partes.

5.2. Qual a obrigatoriedade dos laudos no Brasil?

No Brasil, um exemplo da aproximação do sistema da common law com o da civil law (adotado pelo Brasil) é a Lei de Arbitragem, nº 9.307/1996. Somente em 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, ela foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e teve reconhecida a eficácia da sentença arbitral, independentemente da homologação pelo Poder Judiciário, quanto aos casos de arbitragem doméstica.

Complementando esse entendimento, tem-se o art. 4º, §1º, da Resolução nº 9, do STJ, in verbis: “Serão homologados os provimentos não judiciais que, pela lei brasileira, teriam natureza de sentença”. Entende-se aqui que apenas o laudo oriundo de arbitragem nacional não resolve acerca dos laudos vindos de arbitragens internacionais, em especial de tribunais internacionais, como o TPR, pois esses não se equiparam à sentença estrangeira.

No caso das arbitragens internacionais aqui tratadas, ainda há a discussão acerca de como tratar um laudo arbitral proferido pelo TPR.

Apesar disso, pode-se afirmar que a lei de arbitragem (lei nº 9.307/96) trouxe mudanças quanto à forma de arbitragem internacional para o Brasil. Hoje, fala-se apenas em uma homologação do laudo arbitral, entretanto, antes dessa lei havia a necessidade da dupla homologação dos laudos proferidos fora do território brasileiro. Bem como, agora é possível que a parte domiciliada no país possa ser citada por via postal, fato esse que não era possível anteriormente.

Existem, atualmente, no Direito internacional, concomitantemente, dois movimentos. Um traz aos Estados a necessidade de reafirmar suas soberanias; em contrapartida, devido à globalização e à internacionalização das relações empresariais; o segundo traz a necessidade de interdependência de um país para com o outro.

Além disso, o conceito de soberania foi relativizado em prol da cooperação internacional, sendo a tentativa de uniformização normativa o seu maior reflexo. É possível afirmar que o Direito internacional está cada vez mais híbrido, entre o voluntarismo contratual e a autoridade hierárquica de um terceiro (no caso, o colegiado de árbitros), feito por meio de um tribunal imparcial, sendo o mais propício a ser devidamente cumprido. Contudo, também entra a dificuldade em aceitar que um terceiro imparcial estabeleça uma obrigação normativa de natureza definitiva e obrigatória, sem que isso seja uma forma de afetação à sua soberania.

Esse cenário pode ser demonstrado graças ao caráter obrigatório e definitivo do laudo internacional. Assim, é por meio do princípio da autoridade da coisa julgada (lembrando que o laudo arbitral faz coisa julgada formal e material) que fica registrada a ambiguidade que os países estão enfrentando (necessidade de independência e interdependência).

Vale mencionar, também, que o conflito de leis é mais uma questão de terminologia interpretada diferentemente pelo sistema da common law e o da civil law. Alguns defendem que, para o sistema predominantemente legalista, como o brasileiro, as sentenças estrangeiras estão sendo vistas como oriundas do Direito internacional privado, em oposição ao Direito interno. Assim, não pode ser adotado no caso dos laudos arbitrais feitos pelo TPR, pois se trata de arbitragem interestatal, Direito público.

A efetividade dos laudos arbitrais proferidos pelo TPR dependem diretamente da ação e da vontade dos Estados-membros litigantes em fazer o processo funcionar. Ou seja, juntos, o direito e a política (em sentido *latu*, como forma de diálogo) geram decisões e determinam a sua efetividade.

Desse modo, atualmente, a avaliação, quanto à utilização do mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL, deve ser feita diretamente ao caso concreto, levando em consideração a legislação aplicável.

Assim traz o art. 26, do PO, a respeito da obrigatoriedade dos laudos:

1. Os laudos dos Tribunais Arbitrais Ad Hoc são obrigatórios para os

Estados-partes na controvérsia, a partir de sua notificação, e terão, em relação a eles, força de coisa julgada, se transcorrido o prazo previsto no artigo 17.1, para interpor recurso de revisão, este não tenha sido interposto.

2. Os laudos do Tribunal Permanente de Revisão são inapeláveis, obrigatórios para os Estados-partes na controvérsia, a partir de sua notificação, e terão, com relação a eles, força de coisa julgada.

A necessidade de exequibilidade dos laudos arbitrais é positivada no artigo I da Convenção de Nova York, de 1958; Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (ratificada pelo Brasil em 2002, dec. nº 4.311).

No caso de um laudo arbitral não ser cumprido pelas partes, as sanções serão apenas bilaterais, pois esse é o mecanismo de garantia das decisões de seus órgãos.

Uma dificuldade enfrentada pelo TPR, para que os laudos arbitrais sejam efetivados, refere-se ao fato de existirem muitas cortes e tribunais internacionais no mundo, dificultando a harmonização das normas utilizadas, não havendo um padrão dos termos a serem utilizados por todos. Além disso, há diferentes procedimentos internos e regimes jurídicos distintos no próprio MERCOSUL. Isso pode ter como consequência entraves políticos e normativos, tanto no desenvolvimento das demandas, quanto na implementação de suas decisões.

No caso do Brasil, o que se verifica, até o momento, é que não existe uma executividade quanto à exigência de cumprimento de um laudo arbitral. Isso se verifica no laudo de número 7, resultante do Tribunal Arbitral ad hoc (de acordo com o PB) do MERCOSUL, constituído para decidir a controvérsia entre a REPÚBLICA ARGENTINA e a REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL sobre “Obstáculos à entrada de produtos fitossanitários ao mercado brasileiro. Não há incorporação das Resoluções GMC Nº 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 e 71/98, o que impede sua entrada em vigência no Mercosul”.

Esse laudo arbitral afirma que ao Brasil faltou a razoabilidade, quando, por não haver prazo expresso para internalização das resoluções acima citadas, escolheu não fazer essa internalização no sistema jurídico interno.

O Brasil alegou, na sua defesa, que

O Governo brasileiro sempre reconheceu a obrigatoriedade e/ou necessidade de incorporar as Resoluções 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 e 71/98, as quais, nos termos do artigo 40 do Protocolo de Ouro Preto, são obrigatórias em todos os seus elementos e, nesse sentido, estão em curso de internalização no ordenamento jurídico brasileiro, por força do Decreto 4074, de 4 de janeiro de 2002, o qual, a despeito da necessidade de regulamentação adicional, consagra o princípio do

registro por equivalência previsto nas Resoluções MERCOSUL (Escrito de Respuesta, pág. 49).

Entretanto, nessa decisão, ficou estabelecido que o Brasil possuiu 120 dias, a contar da data do laudo arbitral, para realizar essa incorporação, independentemente do Dec. nº 4.074/2002, considerado pelo Brasil como similar às resoluções aqui discutidas, uma vez que foi o único país do bloco que não a fez. Apesar disso, foi identificado que a Sra. deputada federal Kátia Abreu pediu informações sobre o não cumprimento desse laudo pelo Brasil, que foi proferido em consonância com as diretrizes do MERCOSUL, como está constatado no site da própria Câmara dos Deputados, e já referenciado abaixo⁷. Todavia, sabe-se que esse requerimento de informações encontra-se atualmente arquivado.

O único procedimento arbitral do qual o Brasil foi parte, após a institucionalização do TPR com o advento do PO, foi o laudo nº 01/2012, que trata do “Procedimento Excepcional de Urgência, solicitado pela República do Paraguai em relação à sua participação nos Órgãos do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e à incorporação da Venezuela como Membro Pleno”.

Isso ocorreu após a queda do presidente Fernando Lugo Méndez, no Paraguai, e os demais Estados do MERCOSUL entenderam que houve a quebra da democracia e o suspenderam de todas as atividades no bloco. A democracia é um valor presente no Protocolo de Ushuaia, e a sua condição é *sine qua non* para o desenvolvimento da integração entre os Estados-membros.

O Paraguai, na tentativa de retirar essa suspensão, ingressou com o pedido, de forma direta e em única instância do TPR, sem, ao menos, tentar negociações diretas com os outros integrantes, como dispõe a norma, para se ter solucionado o conflito. Além disso, não houve a anuência dos outros Estados em solucionar essa controvérsia via TPR, e, por isso, a demanda foi julgada inadmissível, graças ao princípio da autonomia de vontade das partes que rege a arbitragem.

Essa discussão acerca da possibilidade de suspensão, ou não, do Paraguai pelos outros Estados-membros, mesmo ele sendo um dos fundadores do bloco, é estritamente política, não sendo adequada para o TPR, pois este tem o objetivo de dirimir controvérsias de âmbito comercial, fugindo, assim, da *ratione materiae*. Na própria decisão no laudo arbitral, o tribunal se declara incompetente para esse julgamento, não chegando no mérito da demanda.

⁷ ABREU, Kátia. REQUERIMENTO DE INFORMAÇÃO Nº de 2005: Solicita informações junto ao Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento sobre o porquê ainda não esta sendo cumprida a decisão contida no Laudo do Tribunal Arbitral “Ad Hoc” do MERCOSUL, de 19 de abril de 2002. [acesso em 06 nov. 2015]. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/311544.pdf>>

Da mesma forma, não foi aceita a questão trazida pelo Paraguai sobre a invalidade da incorporação da Venezuela como membro pleno do MERCOSUL, visto que, para isso acontecer, é necessário que seja uma votação unânime, de acordo com o art. 20, do PA. O Paraguai considerou que a sua ausência na votação, como membro pleno do MERCOSUL, tornava-a sem eficácia.

Todas as questões trazidas pelo Paraguai foram decisões da Reunião de Cúpula de Presidentes, realizada em Mendoza, Argentina, no dia 29 de junho de 2012, da qual participaram os presidentes do Brasil, da Argentina e do Uruguai.

CONCLUSÃO

Pode-se afirmar que o TPR veio para consolidar o mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL, pois este serve, primordialmente, para revisar e uniformizar a jurisprudência do bloco. Além disso, é importante para os Estados-membros, como forma de solução de controvérsias. Justifica-se, devido à sua celeridade procedimental, tanto na fase diplomática quanto na jurisprudencial, bem como a sua maior simplificação, ao tentar ter dirimido controvérsias comerciais internacionais, envolvendo algum Estado integrante do MERCOSUL e o baixo custo transnacional. Somam-se a isso a facilidade de comunicação entre os Estados, a coleta e a difusão de informações pertinentes a esse bloco regional.

Além do mais, o sucesso da arbitragem internacional está diretamente relacionado com o reconhecimento do seu laudo arbitral pelo Estado-parte, pois é preciso que ele possua a força executiva necessária, que será alcançada, através da limitação judicial interna para com a internalização do laudo arbitral.

É certo que a controvérsia ora existente entre os Estados-partes do procedimento arbitral pode vir, inicialmente, da insatisfação ou mesmo do pedido de esclarecimento sobre determinado tópico de empresas privadas, regidas pelo direito nacional e internacional privados. Porém, com o intuito de facilitar a harmonização, e até mesmo porque o comércio internacional faz parte dos interesses econômicos de cada Estado-membro do MERCOSUL, têm-se apenas os Estados como partes legítimas para ingressar no TPR.

A partir deste trabalho, ficou evidente que os laudos arbitrais, oriundos de uma corte ou tribunal arbitral internacional, não devem ser tratados como se fossem tratados internacionais ou uma sentença estrangeira, pois já existe um prévio consentimento do Estado. Além disso, constituem institutos com naturezas jurídicas distintas e, por isso, cada um tem o seu próprio procedimento.

No Brasil, com a emenda constitucional nº 45/2004, já se aboliu,

pelo menos, a necessidade de dupla homologação. Contudo, ficou verificado que a eficácia sobre a incorporação de um laudo arbitral oriundo do TPR, no direito brasileiro, fica a cargo dos interesses do próprio Estado, pois ele não possui força executiva própria.

Por tudo exposto, é possível concluir que ainda falta muito a ser feito para que haja sempre uma eficácia quanto aos laudos arbitrais. Além de todo o procedimento arbitral depender da autonomia de vontade das partes, o cumprimento do laudo arbitral também o está sendo. Não existe nenhum tipo de punição regulamentada para quem não põe em prática a decisão de um tribunal arbitral nas suas formas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Kátia. REQUERIMENTO DE INFORMAÇÃO N° de 2005: Solicita informações junto ao Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento sobre o porquê ainda não esta sendo cumprida a decisão contida no Laudo do Tribunal Arbitral “Ad Hoc” do MERCOSUL, de 19 de abril de 2002. [acesso em 06 nov. 2015]. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/311544.pdf>>

ALMEIDA, Caroline Sampaio de; HUCK. “Cláusula compromissória arbitral: uma perspectiva comparada do direito canadense e do Direito brasileiro”. [Tese Doutorado]. Orientador: Hermes Marcelo. Universidade de São Paulo: São Paulo, 2013.

ARAUJO, Leandro Rocha de. “O mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL: evolução e desafios”. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA, Roberto Luiz. *Manual de Direito Processual Internacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 333-356.

BRANT, Leonardo. “O aumento do número de órgãos judiciais internacionais e suas repercussões para à efetividade do direito na sociedade internacional”. In: *Curso de Direito e Relações Internacionais*. CEDIN e IAED, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

BRASIL. *Decreto nº 922, de 10 de setembro de 1993. Promulga o Protocolo para a Solução de Controvérsias, firmado em Brasília em 17 de dezembro de 1991, no âmbito do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL)*. [acesso em 14 nov. 2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0922.htm>

BRASIL. *Decreto nº 1901, de 09 de maio de 1996. Promulga o Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL (Protocolo de Ouro Preto), de 17 de dezembro de 1994*. [acesso em 14 nov. 2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1901.htm>

BRASIL. *Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção*

sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. *Convenção Sobre O Reconhecimento e A Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras Feita em Nova York, em 10 de Junho de 1958*. [acesso em 23 out. 2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>

BRASIL. *Decreto nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. [acesso em 04 nov. 2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>.

BRASIL. *Decreto nº 4.719, de 04 de junho de 2003. Promulga o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL. Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL*. [acesso em 22 out. 2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4719.htm>

BRASIL. *Decreto nº 7225, de 01 de julho de 2010. Promulga o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do MERCOSUL, assinado em Assunção, em 20 de junho de 2005. Protocolo de Assunção*. [acesso em 14 nov. 2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7225.htm>

BRASIL. *Decreto nº 4.982, de 09 de fevereiro de 2004. Promulga o Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no MERCOSUL. Protocolo de Olivos*. [acesso em 22 out. 2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d4982.htm>

BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Lei de Arbitragem*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>

BRASIL. *Decreto nº 19841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Carta das Nações Unidas. Brasília*. [acesso em 14 nov. 2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Sentença Arbitral Estrangeira Contestada nº 0156979-5. Sec 1 / Ex Sentença Estrangeira Contestada 2007/0156979-5. Brasília*. [acesso em 14 nov. 2015] Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285496/sentenca-estrangeira-contestada-sec-1-ex-2007-0156979-5-stj>>

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. MERCOSUL - Carta Rogatória nº 8279. Dj 10-08-2000 Pp-00006. Brasília*. [Acesso em 14 nov. 2015]. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(MERCOSUL+carta+rogatria\)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pljh77p](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MERCOSUL+carta+rogatria)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pljh77p)>

BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FOUNTOURA, Jorge. *A evolução do Sistema de Solução de Controvérsias: de Brasília a Olivos. Solução de Controvérsias no MERCOSUL*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 5ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

SOARES, Guido. “Arbitragem entre Estados”. In: *Confederação Nacional do Comércio* (Rio de Janeiro, 2004). Anais. Rio de Janeiro: 2005. p. 1-128.

SPADANO, Lucas Eduardo F. A. “Arbitragem Internacional”. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA, Roberto Luiz. *Manual de Direito Processual Internacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 187-210.

TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SÃO PAULO. *Curso de Mediação e Arbitragem - EAD TASP*. São Paulo: Tribunal Arbitral de São Paulo, 2014.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN. “História. Solução de controvérsias”. [acesso em 16 ago. 2015]. Disponível em: <http://www.tprmercosur.org/pt/hist_controv.htm>

MERCOSUL: ANÁLISE DOS CUSTOS E BENEFÍCIOS NO PRIMEIRO QUARTEL DE SÉCULO DA INTEGRAÇÃO

MERCOSUR: ANÁLISIS DE COSTOS Y BENEFICIOS EN EL PRIMER CUARTO DEL SIGLO DE LA INTEGRACIÓN

Geziela Iensue*

Resumo: Atualmente, a tônica das análises dos processos integrativos centra-se numa questão de resultados. Estas se pautam em indagações relacionadas aos custos e benefícios frente aos modelos de exercícios integrativos adotados, sendo a “empíria” o que se destaca, ou seja, em que medida determinada estratégia de integração pode ser eficiente, ou se são suportáveis os possíveis efeitos indesejados de sua aplicação. Entretanto, tais análises meramente de caráter operativo ou não operativo tendem a tangenciar os efeitos negativos ou disfuncionais sobre o social, bem como restringem a “ideia” social a um só componente, qual seja, o “mercado”. O presente artigo busca apresentar um panorama do processo integrativo do MERCOSUL, ao longo dos seus vinte e cinco anos de existência, com vistas a identificar e avaliar as possíveis principais questões de caráter econômico, jurídico, político e social a desafiar o avanço do processo de integração regional. Para tanto, apresenta uma breve explanação historiográfica das conjunturas e criação das principais instituições mercosulinas durante o período em comento. Ademais, desenvolve uma análise econômica dos níveis de integração regional, enfatizando o atual estágio integrativo do MERCOSUL, isto é, de união aduaneira imperfeita. Além disso, empreende uma análise quanto à (des)necessidade da institucionalidade no âmbito do presente exercício integrativo regional. Conclusivamente, sustenta que a condição fundamental para superar as barreiras à efetiva integração e promoção de avanços, reside na concepção de que integração deve ser encarada como um jogo de soma positiva, onde todos os participantes – Estados, agentes econômicos e cidadãos – vislumbrem maiores vantagens na participação ao invés da adoção de medidas isoladas. O processo integrativo regional deve ser um projeto de

* Professora voluntária da disciplina Direito da Integração Regional da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS.. E-mail: igeziela@gmail.com

garantia de paz e desenvolvimento aos Estados Partes.

Resumen: *Actualmente, el tono del análisis de los procesos de integración se centra en una pregunta de los resultados. Estos son guiadas en las cuestiones relacionadas con los costos y los beneficios en comparación con los modelos de ejercicios de integración adoptadas, y el “empírica” lo que más destaca, es decir, en qué medida determinada estrategia de integración pueden ser eficaces o son efectos no deseados posibles soportables de su aplicación. Sin embargo, este tipo de análisis meramente operativo o no operativo carácter tienden a tangente efectos negativos o disfuncionales en lo social y restringir la “idea” social a un solo componente, a saber, el “mercado”. Este artículo busca presentar una visión general del proceso de integración del MERCOSUR, más de veinte y cinco años de existencia, con el fin de identificar y evaluar las posibles cuestiones importantes de la vida económica, jurídica, política y social para desafiar el progreso del proceso de la integración regional. Se presenta una breve explicación de situaciones historiográficas y la creación de las principales instituciones mercosureñas durante el período en discusión. Además, se desarrolla un análisis económico de los niveles de integración regional, con énfasis en la etapa de integración actual del MERCOSUR, es decir, la unión aduanera imperfecta. Por otra parte, se lleva a cabo un análisis sobre la (des) necesidad del marco institucional en virtud de este ejercicio de integración regional. En conclusión, sostiene que la condición fundamental para superar las barreras a la integración y la promoción del progreso eficaz radica en la idea de que la integración debe ser visto como un juego de suma positiva, donde todos los participantes - Unidos, agentes económicos y los ciudadanos - prevén importantes ventajas la participación en lugar de adoptar medidas separadas. El proceso de integración regional debe ser una garantía del proyecto de paz y el desarrollo de los Estados Partes.*

Palavras-chave: MERCOSUL, 25 anos, Integração

Palabras clave: MERCOSUR, 25 años, Integración

1. INTRODUÇÃO

“Es una idea grandiosa pretender formar de todo el Mundo Nuevo una sola nación con un solo vínculo que ligue sus partes entre sí y con el todo” (Simón Bolívar, trecho da célebre Carta de Jamaica - 1815).

As comemorações, ao se saber apreendê-las, podem constituir conjunturas férteis para a reflexão histórica e para os exercícios prospectivos. Por muitos motivos, os 25 anos da assinatura do Tratado de Assunção que se cumpriram em 26 de março de 2016, podem

configurar uma ocasião propícia a essa perspectiva de aportes.

A partir de uma visão histórica do MERCOSUL nestes 25 anos, se buscará analisar o atual estágio da integração regional, notadamente, a evolução e perspectivas da união aduaneira parcial ou imperfeita, no marco de suas principais polêmicas, colocando em tensão alguns temas polêmicos, tais como, a evolução do quadro comercial e econômico do bloco, o tratamento das assimetrias, os itinerários da agenda externa comum, aprofundar a articulação produtiva na escala regional, a dimensão institucional e política do processo com maior participação dos cidadãos dos Estados Partes.

Neste contexto, evidenciar-se-á que a categoria “integração” que ainda hoje se faz presente no imaginário latino-americano, representa a tentativa de superação da “colonialidade” preservada ao longo dos séculos, sob a perspectiva eurocêntrica de dominação e exploração no continente instalada desde os tempos coloniais.

Em seguida, tratar-se-á do estágio de união aduaneira a partir das contribuições da análise econômica do fenômeno em questão. O instrumental teórico básico que será utilizado para tal análise baseia-se nos estudos desenvolvidos pela literatura econômica especializada quanto aos custos e benefícios do processo de integração regional. A partir desse conjunto de estudos referenciais, o presente artigo buscará apreciar alguns aspectos relevantes da experiência atual com integração do MERCOSUL, de uma união aduaneira imperfeita ou parcial.

Posteriormente, buscar-se-á apresentar a complexa inter-relação entre as conjunturas históricas regionais e a evolução institucional do MERCOSUL durante os seus primeiros cinco lustros, enfatizando a (des)necessidade da dimensão institucional e política do processo.

Longe de pretender esgotar o tema, sustentar-se-á a relevância do alinhamento das abordagens conceituais à prática dos processos políticos engendrados no bloco, assim como as relações internacionais de cooperação, a integração não pode ser compreendida como mera questão técnica ou adstrita aos desígnios macroeconômicos, posto que, se encontra vulnerável aos condicionantes do poder e à vontade política das gestões governamentais.

Destacar-se-á que, a despeito dos avanços econômicos obtidos pelo bloco regional MERCOSUL o fenômeno de exclusão social, ainda se faz evidente, em todos os seus Estados Partes o que denota a importância do delineamento de mecanismos capazes de promover o acesso e distribuição equitativos dos bens e oportunidades no âmbito regional.

Por fim, em item conclusivo, procurar-se-á sustentar que nenhuma das temáticas da nova agenda MERCOSUL encontra-se isenta de problemas e contradições. Certamente não se revela possível sustentar uma perfeita integração sem que haja transformações ainda que graduais, tampouco desprovidas de conflitos. Os obstáculos a serem

transpostos não se mostram pequenos, portanto, ao largo de visões voluntaristas ou ingênuas a conjuntura atual revela-se, mais uma vez, como uma oportunidade que não se deve desperdiçar rumo à solidez do futuro do bloco.

2. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DO MERCOSUL EM SEUS 25 ANOS

A temática da integração, em termos de América Latina, remonta a um passado distante situado no repertório das grandes utopias libertárias, desde Simon Bolívar¹, e posteriormente, na década de 1920 com Mariátegui La Chira². Tais concepções libertárias baseavam-se no combate aos efeitos perniciosos da dominação exercida pelo poder colonial, especialmente, a destruição da identidade coletiva nativa e o subjugar dos povos aborígenes por meio da unidade latino-americana³.

Tal movimento de afirmação dos países americanos frente às metrópoles europeias ocorreu não somente por meio de ações militares, mas mediante Declarações, Conferências e manifestações diplomáticas. Por conseguinte, resulta de um movimento regional político com desdobramentos culturais e jurídicos sobre as ideias e as ações dos Estados da região⁴.

Neste contexto, evidencia-se que a categoria “integração” que se faz presente ainda hoje no imaginário latino-americano, representa a tentativa de superação dessa “colonialidade” preservada ao longo dos séculos sob a perspectiva eurocêntrica moderna aqui instalada desde a época colonial⁵.

O eixo central para compreender a formação do bloco regional MERCOSUL está intrinsecamente vinculado à percepção do antagonismo, primeiro entre Espanha-Portugal, e posteriormente entre dois polos “hegemônicos”. Em termos históricos, ao longo dos séculos, é possível distinguir no território da Bacia do Rio da Prata, dois polos, um dos quais, composto pelos países “hegemônicos” Argentina e Brasil, e outro integrado por três países “satélites”, Uruguai, Paraguai e Bolívia.

Pode-se considerar que, a grande maioria dos conflitos ocorridos na

1 A utopia da unidade latino-americana encontra, sem dúvida, sua maior expressão no pensamento e na obra de Bolívar, seu maior intento era, por meio de uma confederação de nações livres, “formar na América a maior nação do mundo menos por sua extensão e riqueza que por sua liberdade e glória”. BOLÍVAR, Simón apud MARIÁTEGUI, José Carlos. *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho, 2007, p. 15. Francisco de Miranda na Venezuela, Joaquim José da Silva Xavier no Brasil; Rivadavia, José de San Martín, Mariano Moreno, Bernardo Monteagudo, e vários outros também foram líderes dos movimentos de emancipação.

2 MARIÁTEGUI, José Carlos, op. cit, p. 161-180; p. 243.

3 A partir de 1810 começam as guerras pela independência das colônias frente às metrópoles europeias.

4 ARBUET-VIGNALI, 2004, p. 199.

5 SÁNCHEZ, 2004, p. 21.

região tem haver com os significados desta dualidade, particularmente com a dialética gerada pelas aspirações dos Estados hegemônicos – precedidas por seus conquistadores coloniais, Espanha e Portugal – e pelas restritas ações adotadas pelos outros três Estados “menores”, que buscavam afirmar os seus interesses no âmbito das relações assimétricas regionais⁶.

Ao analisar alguns pontos de conflito na região percebe-se, em grande medida, a influência da inter-relação entre os dois polos referidos. Exemplificativamente, a livre navegação pelos rios interiores, confirmada pela sangrenta Guerra da Tríplice Aliança (1865-1870); a paulatina formação dos Estados nacionais no território da Bacia do Rio da Prata, com a delimitação turbulenta de seus limites territoriais; a resolução do predomínio do eixo transversal ou longitudinal⁷; as grandes disputas em torno do aproveitamento do potencial hidroelétrico da região; o delineamento dos denominados “corredores de exportação” e o orientação dos países até o Atlântico ou até o Pacífico⁸.

Mencionam-se ainda, as controvérsias mais recentes, sobre as estratégias voltadas a impulsionar o aproveitamento e conectividade energéticos por meio do gás natural e do petróleo, assim como o envolvimento, em especial, pelo Brasil em programas de geração de biocombustíveis ou de vias alternativas de energia, dentre outras que se podem citar.

Nota-se que, tal interação entre “hegemônicos” e “satélites”, ao longo dos séculos, ora assumiu a lógica bélica da conquista militar, como na Guerra da Tríplice Aliança contra o Paraguai, ora o caminho das iniciativas diplomáticas e negociações bilaterais, especialmente, no trato dos assuntos envolvendo o aproveitamento energético dos rios internacionais. Não obstante, recentemente o conflito entre os países “hegemônicos” se traduz na tensão entre bilateralidade versus multilateralidade⁹.

Por conseguinte, esta oposição que se inicia ainda no período colonial e se estende por todo século XIX e grande parte do século XX, adquire um perfil mais estruturado e consistente a partir da década de 1930, quando começa a denominada “era da geopolítica”. Desde então, sob a égide do “paradigma do conflito” dá-se a disputa pela liderança hegemônica entre Brasil e Argentina, no que tange a consolidação dos domínios territoriais, produtivos e comerciais da região do cone Sul¹⁰.

Uma nota distintiva do exercício integrativo MERCOSUL é que

6 ALMEIDA, 1998, p. 12.

7 Transversal (favorável ao Brasil) e longitudinal (favorável à Argentina). Os antagonismos geopolíticos fundamentais centram-se em torno da oposição Atlântico versus Pacífico e Amazonas versus Rio da Prata.

8 MONIZ BANDEIRA, 2004, p. 22-23.

9 O Brasil tendeu a adotar, quer por motivos históricos, geográficos ou políticos, o bilateralismo, ao passo que a Argentina, com menos êxito, buscou reivindicar em vários episódios os princípios multilaterais. MONIZ BANDEIRA, Antônio de Jesus. O eixo Argentina-Brasil. O processo de integração da América Latina. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, p. 81.

10 ZEA, 1999, p. 5.

este constitui essencialmente um processo de aproximação de economias geograficamente próximas, com um histórico de transações mercantis e econômicas limitadas. Tal processo de aproximação é resultante de uma decisão política que coincidiu com a redemocratização de seus países integrantes.

Há uma história do MERCOSUL que antecede ao Tratado fundacional em 1991. Elencam-se as etapas prévias do regionalismo latino-americano impulsionado desde os anos 1950¹¹ com os trabalhos da CEPAL e com a concretização das experiências com a Associação Latino-Americana do Livre Comércio (ALALC) em 1960¹² e sua posterior conversão na Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) na década de 1980¹³.

Digna de menção dentre os eventos que antecederam, especificamente, a criação do MERCOSUL, foi o estabelecimento da União Aduaneira Brasil-Argentina, já no ano de 1941. Para esse efeito, se constituiu uma Comissão Mista de Alto Nível presidida pelos Ministros das Relações Exteriores. Na mesma ocasião, se firmou a Declaração Conjunta sobre Política Nuclear, com o objetivo de cooperação bilateral nessa área com fins pacíficos.

O ambiente marcado pela crise econômica e a onda de redemocratização no continente propiciou uma nova fase no relacionamento entre esses dois países, levando à superação da histórica rivalidade que obstaculizava a integração econômica e política entre os mesmos¹⁴.

De certo modo, essa pré-histórica mercosulina está sintetizada na Declaração de Iguazu, firmada entre os presidentes então em exercício, do Brasil, José Sarney e da Argentina, Raúl Alfonsín. O documento formulado em 30 de novembro de 1985 prefigurava um processo de integração bilateral entre esses dois países por meio de um conjunto de ações e negociações que, mais tarde, se desdobraria na iniciativa quadrilateral do MERCOSUL.

A Ata para a Integração Brasil-Argentina, firmada em 26 de julho de 1986, em Buenos Aires, estabeleceu o Programa de Integração e Cooperação Econômica (PICE), que marcou o início de uma complementação em matérias de produtos de capital e alimentos por meio da adoção de doze protocolos setoriais. No mesmo ano, em encontro ocorrido em Brasília, em 10 de dezembro, foi ampliado o Programa com a adoção de mais cinco novos Protocolos, e a subscrição da Ata de Amizade Argentino-Brasileira, Democracia, Paz e Desenvolvimento¹⁵.

11 Em 1950 e 1953 se propôs o pacto ABC entre Argentina, Brasil e Chile.

12 A Associação Latino-Americana de Livre Comércio – ALALC foi criada pelo Tratado de Montevideu como uma organização institucional considerada primária e tradicional específica dos Tratados internacionais clássicos.

13 ARBUET-VIGNALI, 2004, p. 199.

14 CHIARELLI, 2004, p. 47-48.

15 Ainda em Buenos Aires, Argentina e Brasil, em julho de 1987 estenderam o Programa de Integração Bilateral, incorporando três novos Protocolos.

Em 07 de abril de 1988, foi subscrita pelos presidentes da Argentina, do Brasil e do Uruguai, a Ata de Alvorada, pela qual se formalizou a participação do Uruguai no processo de integração, no que tange ao setor de transporte terrestre. Em 29 de novembro do mesmo ano, Brasil e Argentina celebram o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, o qual tem por finalidade constituir um mercado comum bilateral no prazo de dez anos¹⁶.

No âmbito ainda da ALADI, esse processo evoluiu dinamicamente e culmina, em 06 de julho de 1990, na Ata de Buenos Aires, a qual reduzia os prazos anteriormente previstos, e cujo objetivo era acelerar o programa de constituição de um mercado comum, por meio da redução geral de tarifas, linear e automática, assim como a eliminação de barreiras não tarifárias.

É o início das negociações que conduzirão ao MERCOSUL, cria-se o Grupo Mercado Comum, em julho de 1990, em Buenos Aires, formado por funcionários governamentais argentinos e brasileiros, com a incumbência de proposição e elaboração de medidas tendentes à conformação do Mercado Comum por meio da harmonização das políticas de ambos os países na área comercial, fiscal, monetária, industrial, agrícola e de transporte marítimo e terrestre¹⁷.

Em agosto de 1990, o então presidente, do Uruguai, Luis Alberto Lacalle, e do Paraguai, André Rodriguez, solicitam a entrada dos seus respectivos países no Acordo que à época se encontrava na fase de elaboração. Finalmente, em 26 de março de 1994, em Assunção¹⁸, os presidentes da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai firmaram o Tratado de Assunção com vistas à formação do Mercado Comum em 31 de dezembro de 1994¹⁹.

O referido documento que, entrou em vigor em 29 de novembro

16 Entre os anos de 1984 e 1989, firmaram-se entre o Brasil e a Argentina, 24 Protocolos bilaterais, aprofundando a nova política exterior das duas maiores econômicas da América do Sul e regulamentando diversos assuntos em comum.

17 ALMEIDA, 1998, p. 43.

18 Segundo os entendimentos dos professores, Ekmekdjian, Gros Espiell e Margariños, quanto à natureza jurídica do Tratado de Assunção, este é, um dos Acordos Parciais de integração econômica regulados nos Capítulos II e IV do Tratado ALADI – Tratado de Montevideu de 1980. ESPIELL, Héctor Gross. In: *Temas de Integração com enfoques no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 1997, p. 240-267; PIZZOLO, Calogero. *Globalización y integración – ensayo de una teoría general*. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 64).

19 Conforme o Capítulo II do Tratado de Assunção, a estrutura orgânica do MERCOSUL ficou constituída, para o período de transição que iria até 31.12.94, pelos seguintes órgãos: Conselho do Mercado Comum (CMC) e Grupo Mercado Comum (GMC). O anexo V do referido Tratado determinou que o GMC constituísse subgrupos de trabalho destinados à coordenação das políticas macroeconômicas e setoriais, que são os seguintes: assuntos comerciais, assuntos aduaneiros, normas técnicas, política fiscal e monetária relacionada com o comércio, transporte terrestre, transporte marítimo, política industrial e tecnológica, política agrícola, política energética e coordenação do políticas macroeconômicas. Estes subgrupos de trabalho foram substituídos por onde novos subgrupos: comunicação, mineração, regulamentos técnicos, assuntos financeiros, transporte e infraestrutura, meio ambiente, indústria, agricultura, energia, assuntos trabalhistas, emprego e seguridade social e saúde.

de 1991 constitui a criação do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL, e se encontra nos registros da ALADI como Acordo de Complementação n. 18. Por conseguinte, o MERCOSUL originou-se como consequência das negociações entre a Argentina e o Brasil, e se transformou em um empreendimento coletivo a partir do ingresso do Paraguai e do Uruguai²⁰.

Tanto a nível nacional como internacional, os tempos eram de transformações e transcorriam com enorme velocidade, especialmente, após o fim da Guerra Fria e da queda do Muro de Berlim. Conforme afirma Eric Hobsbawn, “aproximava-se o fim do século curto”²¹. Posteriormente, a assinatura do Tratado de Assunção, forma firmados três protocolos adicionais: o Protocolo de Brasília, o Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL, denominado Protocolo de Ouro Preto, e o Protocolo de Olivos.

O Protocolo de Brasília, firmado em dezembro de 1991 e tendo entrado em vigor em 24 de abril de 1993, após a sua ratificação, estabelece a via arbitral para a Solução de Controvérsias no MERCOSUL. Dessa maneira, o Protocolo institui mecanismo ad hoc de solução arbitral dos conflitos comerciais entre os Estados-partes do bloco, lançando as bases para o funcionamento de um Tribunal Arbitral constituindo este a última instância, com decisões finais vinculantes.

Estabeleceu dois ritos de solução de controvérsias, numa primeira fase conciliatória, observa-se procedimento perante a Comissão de Comércio e do Grupo Comum²², por meio de negociações diretas, conforme a matéria em discussão. Caso essas negociações resultem frustradas ou a controvérsia seja solucionada apenas parcialmente, admite-se recurso ao juízo arbitral. Recorrendo ao procedimento arbitral, de caráter jurídico, é instaurado o Tribunal ad hoc composto por três árbitros que decidirão a controvérsia de acordo com o que dispõe o artigo 19 do Protocolo de Brasília²³.

Entretanto, depois da aprovação do Protocolo de Ouro Preto, aprovado em 1994, pela Cúpula de Presidentes de Ouro Preto, se decidiu modificar a vigência restrita ao período de transição do Protocolo de

20 BIOCCHA, 2001, p. 21-22.

21 HOBBSAWN, 1995, p. 10.

22 Caso a controvérsia seja submetida ao Grupo Mercado Comum, este atuará como mediador entre os Estados. Sua função é, ao final das negociações, apresentar propostas ou recomendações com o objetivo de finalizar o litígio.

23 Tal dispositivo dispõe que a decisão terá por base as disposições do Tratado de Assunção, os acordos celebrados no âmbito do mesmo, as Decisões do Conselho Mercado Comum, as Resoluções do Grupo Mercado Comum, bem como os princípios e disposições de direito internacional aplicáveis à matéria. A decisão n. 1/92 do Conselho do Mercado Comum estabelece um extenso programa de medidas, denominado “Cronograma de Las Leñas” com vistas ao cumprimento dos compromissos firmados no Tratado de Assunção. Durante reunião ocorrida em julho de 1992, foi firmado o Protocolo de Las Leñas de cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa (o documento dispõe a simplificação dos trâmites de cumprimento de cartas rogatórias, reconhecimento de sentenças e laudos arbitrais). PÉREZ OTERMIN apud PIZZOLO, Op. cit., 2002, p. 91.

Brasília, complementado pelo Protocolo de Ouro Preto, que terá vigência até que se adote um sistema definitivo. Tal instrumento estabeleceu a personalidade jurídica internacional do bloco regional, cuja titularidade é exercida pelo Conselho do Mercado Comum²⁴, assim como definiu a estrutura institucional do MERCOSUL, ademais determina o poder de decisão dos seus órgãos²⁵.

Reconhece também, a obrigatoriedade de acatar as decisões de suas instituições, como fontes derivadas do direito da integração do MERCOSUL²⁶, ao lado dos Tratados constitutivos como fontes originárias, além disso, estabelece o compromisso dos Estados-partes de adotar as medidas que sejam imprescindíveis à garantia do cumprimento das normas obrigatórias, o chamado princípio da observância.

Com a assinatura do Protocolo de Ouro Preto, o MERCOSUL passou a ser uma união aduaneira²⁷, sendo estipulada uma Taxa Externa Comum – TEC, em relação a terceiros países, bem assim uma política tarifária comum aos membros do bloco regional²⁸. Insta evidenciar que, o Tratado de Assunção e seus acordos complementares ainda não lograram êxito quanto à criação de um genuíno mercado comum, assim, por ora, o MERCOSUL constitui uma união aduaneira parcial ou imperfeita²⁹.

Nessa toada, evidenciam-se a criação em 1992 da Comissão Sindical do MERCOSUL, a instituição, em junho de 1997 do Fórum Consultivo Econômico e Social, a aprovação do Protocolo de Ushuaia, em 24 de julho de 1998 firmando o compromisso democrático dos países-membros do MERCOSUL, Bolívia e Chile. Ademais, em 1999, foi criada a Comissão Sociolaboral, de composição tripartite por meio da Resolução n. 15 do Grupo Mercado Comum, por incumbência deste em parceria com o Conselho do Mercado Comum, elaborasse um plano de ação estratégico com vistas a alcançar os objetivos do Tratado de Assunção, o denominado Mandato de Assunção.

O Protocolo de Olivos, firmado em 18 de fevereiro de 2002, em Buenos Aires, é o protocolo mais recente, cuja vigência se iniciou em 2004. Dispõe sobre a solução de controvérsias no contexto mercosulino,

24 Segundo preconiza o artigo 8º, inciso III, do Protocolo de Ouro Preto. Ver ainda, sobre a personalidade jurídica do MERCOSUL, os artigos 34 a 36 do Protocolo de Ouro Preto.

25 A estrutura orgânica do MERCOSUL disposta no artigo 1º do Protocolo de Ouro Preto é a seguinte: Conselho do Mercado Comum (CMC); Grupo Mercado Comum (GMC); Comissão de Comércio do Mercosul (CCM); Comissão Parlamentar Conjunta (CPC); Foro Consultivo Econômico Social (FCES) e a Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM). MERCOSUL. Protocolo de Ouro Preto, assinado em Ouro Preto, Brasil, em 17 de dezembro de 1994.

26 As decisões do MERCOSUL se dividem em: Decisões emitidas pelo Conselho Mercado Comum (CMC), Resoluções do Grupo Mercado Comum (GMC) e as Normativas da Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM).

27 Conforme estabelece o artigo XXIV, parágrafo 8º, inciso a, do GATT, união aduaneira significa a substituição de dois ou mais territórios aduaneiros por um só, o que acarreta uma diminuição de restrições aduaneiras nas trocas comerciais.

28 ALMEIDA, 1998, p. 47.

29 GINESTA, 1999, p. 91.

seja entre particulares, seja entre Estados-partes. Para esse fim, institui a formação de Tribunais Arbitrais Ad hoc e a fundação de um Tribunal Permanente de Revisão, representa um aprofundamento do processo integrativo e maior aprimoramento do mecanismo de resolução de controvérsias. O Parlamento do MERCOSUL foi instituído em 06 de dezembro de 2006, substituindo a Comissão Parlamentar Conjunta (CPC), sendo o órgão, por excelência, representativo dos interesses dos cidadãos dos Estados-partes do bloco mercosulino³⁰. Não tem competência legislativa, cabendo-lhe a atribuição de acompanhar a atuação dos demais órgãos do MERCOSUL³¹.

Em 2007, a Decisão n. 03/07 do CMC criou o Instituto Social do MERCOSUL (ISM) com a finalidade de aprofundar a dimensão social e fortalecer o processo de integração. O Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos (IPPDH) é constituído em 2009, pela Decisão n. 14/09, tendo por objetivos desenvolver atividades destinadas a capacitar funcionários públicos, promover estudos e apoiar tecnicamente as autoridades e instituições de direitos humanos dos Estados-partes e dos Associados do MERCOSUL, assim como as coordenar políticas regionais em direitos humanos. Por meio da decisão n. 63/10 do Conselho do Mercado Comum (CMC) cria-se a figura do Alto Representante Geral do MERCOSUL, como órgão do Conselho e a Unidade de Apoio à Participação Social (UPS).

Cabe mencionar, por fim, a adesão da Venezuela por meio do Protocolo de Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao MERCOSUL, firmado em 04 de julho de 2006 em Caracas. Durante a 48ª Cúpula do MERCOSUL, ocorrida em julho de 2015, em Brasília, a Bolívia em processo de adesão, uniu-se ao bloco por meio do Protocolo de Adesão do Estado Plurinacional da Bolívia ao MERCOSUL³².

30 O Parlamento do MERCOSUL é formado por parlamentares dos Estados-membros, escolhidos por critérios internos e atua em diferentes temáticas, segundo a competência de cada uma de suas dez Comissões Permanentes: Assuntos Jurídicos e Institucionais; Assuntos Econômicos, Financeiros, Fiscais e Monetários; Assuntos Internacionais, Inter-Regionais e de Planejamento Estratégico; Educação, Cultura, Ciência, Tecnologia e Esportes; Trabalho, Políticas de Emprego, Segurança Social e Economia Social; Desenvolvimento Regional Sustentável, Ordenamento Territorial, Habitação; Saúde, Meio Ambiente e Turismo; Cidadania e Direitos Humanos; Assuntos Interiores, Segurança e Defesa; Infra-Estrutura, Transportes, Recursos Energéticos, Agricultura, Pecuária e Pesca; Orçamento e Assuntos Internos. [acesso em: 15 de mar. de 2016]. Disponível em: < <http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/v/4300/2/parlasur/o-parlamento.html> >

31 Conforme a matéria delibera via pareceres, anteprojetos e projetos de normas, recomendações, relatórios e disposições, por maioria simples, absoluta, qualificada, conforme estabelece o seu Regimento Interno. O Regimento Interno do MERCOSUL encontra-se. [acesso em 15 de mar. de 2016]. Disponível em: < <http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/file/4296/1/regimento-interno---pt.pdf> >

32 Outros países integrantes da ALADI podem participar das reuniões do bloco, na qualidade de convidados, para tratar de assuntos de interesse comum, dispondo de direito de voz, mas não de voto. Integram o grupo de Estados-associados: Chile, Colômbia, Equador, Peru, Guiana e Suriname, sendo estes dois últimos os mais recentes.

No próximo item, serão apresentadas as características dos diversos níveis de integração regional. Em seguida, far-se-á uma análise básica dos ganhos e perdas com um processo de integração aduaneira imperfeita em nível de MERCOSUL.

3. ANÁLISE ECONÔMICA DO NÍVEL INTEGRATIVO UNIÃO ADUANEIRA IMPERFEITA MERCOSUL

Antes de avançar na análise econômica da atual fase integrativa do MERCOSUL, é importante esclarecer o objeto de análise. Todavia, é importante ressaltar, o que já foi afirmado pelo economista norte-americano, Paul Krugman³³ no que tange à teoria de integração, a “análise dos efeitos dos acordos de preferências comerciais é objeto de uma literatura enorme e intrincada” (KRUGMAN; VENABLES, p. 959).

De fato, como se verá, o presente objeto de análise é cambiante e dinâmico, assim variados modelos teóricos podem levar a recomendações muito diversas de políticas.

A iniciativa pioneira dos países centro-americanos, na segunda metade do século XX, em buscar no tratamento preferencial o fundamento para promover um processo de industrialização, influenciado pela iniciativa europeia – a Leste³⁴ e a Oeste (Tratado de Roma, 1957), foi seguida por diversos documentos e compromissos formais de integração pelos diversos conjuntos de países latino-americanos.

Os acordos preferenciais entre dois ou mais países podem assumir diversas formas. Em geral esses variados formatos são apresentados em níveis subsequentes de graus de integração regional, sendo que cada nível corresponde a todo o anterior, acrescido de alguns elementos.

O nível mais básico é o de um acordo de preferências comerciais. Dois ou mais países podem decidir incrementar o potencial de comércio entre eles e para tanto firmam acordo de tratamento preferencial. Assim, um produto proveniente de um país A, ao adentrar o país B, conduzirá o fiscal da aduana a adotar um procedimento diferenciado, específico.

O acordo preferencial, geralmente, apresenta três características. Primeira, ele compreende um número limitado de produtos e margens de preferência que nem sempre alcançam 100% da alíquota de imposto de importação. A segunda característica é que esse acordo não demanda proximidade geográfica entre os Estados signatários. A terceira é que ele não pressupõe políticas coordenadas entre os países, resume-se à concessão de menores alíquotas de imposto de importação no comércio entre os países participantes.

Quando dois ou mais países resolvem diminuir ou eliminar as

33 Laureado com o Premio Nobel em Economia no ano de 2008 pela sua análise dos padrões comerciais e áreas de atividade econômica.

34 COMECON, 1949.

barreiras comerciais entre si, está a se tratar de um estágio mais avançado de preferências comerciais, denominado Área de livre-comércio. Neste nível, o acesso aos produtos oriundos de um dos países participantes ao mercado dos demais é quase livre ou livre, sendo essencial identificar no fluxo de comércio, àquelas mercadorias que foram produzidas efetivamente no país associado, há necessidade, portanto, da adoção de “regra de origem” e de coordenação de políticas cambiais³⁵.

No que diz respeito ao nível de integração caracterizado como uma união aduaneira, o que o distingue do anterior é a adoção de uma política externa comum por parte dos Estados participantes, estes definem conjuntamente sua política em relação ao tratamento a ser concedido às mercadorias provenientes de fora da área. Os Estados definem em conjunto uma estrutura tarifária conjunta, a Tarifa Externa Comum (TEC). Por ser o MERCOSUL considerado atualmente uma união aduaneira (ainda que imperfeita ou parcial) uma análise mais detalhada de uma união aduaneira será objeto de consideração mais detalhada no presente item, após rápida apresentação das características dos demais níveis de integração.

O Mercado Comum é essencialmente um nível mais avançado em relação à união aduaneira, posto que, além da livre circulação de produtos, da adoção de uma tarifa externa comum, da coordenação de políticas fiscal, cambial e monetária, há plena mobilidade de fatores de produção entre os Estados-partes. Desse modo, demanda ajustes mais amplos na legislação correspondente em cada país integrante, assim como a criação de um aparato institucional comunitário³⁶.

O passo seguinte na escala de níveis integrativos refere-se à união monetária, ou seja, a criação de uma moeda comum que substitua as moedas nacionais dos diversos Estados-participantes. A condição básica para existir uma moeda comum é existir um órgão emissor regional, um Banco Central regional autônomo, independente e livre das influências políticas por parte dos Estados ou agentes econômicos. O exemplo mais significativo dos últimos anos é a implementação do euro, na União Europeia³⁷.

A união política e econômica constitui dentre as diversas etapas do processo de integração, um passo ambicioso, tendo em vista que, nesse nível desaparecem os Estados-nação³⁸ individuais, e ocorre a fusão dos diversos países em um mesmo ente federado. Constituem exemplos, os processos de formação da Alemanha e da Itália, durante a segunda metade do século XIX³⁹.

35 BAUMANN, 2013, p. 4-5.

36 *Ibid.*

37 Destaca-se que, o euro constitui exemplo de moeda emitida e corrente de aceitação ampla, mas sem uma base geográfica específica definida como origem.

38 No sentido empregado por Hobsbawn. HOBBSAWN, Eric. Nações e nacionalismo desde 1780. São Paulo: Paz e Terra, 1990.

39 PEREIRA DOS SANTOS, 1999, p. 25.

Vistos os variados tipos ou níveis do processo integrativo, faz-se necessária a contextualização quanto às premissas de algumas teorias econômicas, tidas como fundamentais pela literatura econômica, no que tange à análise de custos e benefícios derivados do nível ou estágio integrativo união aduaneira.

A proposição de Jacob Viner formulada na década de 1950 influenciou fortemente, desde então, as análises realizadas pelos economistas no tocante aos efeitos derivados de um processo de integração. Antes da feitura de sua análise os teóricos da economia relutavam em admitir que a união aduaneira, sendo um passo no sentido da liberalização comercial poderia induzir elevação do nível de bem-estar social dos países partes no acordo⁴⁰.

O modelo básico desenvolvido por Viner demonstrou que a união aduaneira combina elementos de comércio mais livre com elementos de maior proteção⁴¹. A criação de comércio representa um movimento na direção de uma situação de livre-comércio, já que implica uma transformação de fontes com elevados custos de abastecimento a outras de custos menos elevados, enquanto o desvio de comércio induz uma transformação nas compras do produtor de baixos custos para outro de custos mais elevados⁴².

Assim, predominarão os efeitos positivos da união, se os benefícios da criação do comércio superarem as perdas com os desvios do comércio. Consequentemente, uma redução discriminatória de barreiras comerciais – que beneficia alguns países parceiros – pode ser menor em termos de bem-estar social gerado, a uma diminuição não discriminatória ou abertura multilateral. Portanto, uma redução diferenciada de tarifas pode tanto melhorar a alocação de recursos e o nível de bem-estar social, dependendo das características de cada caso.

Estudos realizados por diversos autores demonstraram que existem vários outros elementos que afetam as previsões de benefícios ou custos, além dos conceitos desenvolvidos por Viner, de extensão do comércio produzido em contraposição ao comércio que é desviado. Meade (1951) argumentou que uma união aduaneira induzirá uma utilização eficiente de recursos se ela for composta por economias potencialmente similares⁴³ ou potencialmente distintas⁴⁴, posto que, entre economias potencialmente complementares há menos chances de ocorrer criação de comércio.

40 Cf. VINER, Jacob. *The custos union issue*. New York: Carnegie Endowment for Internation Peace, 1950.

41 A análise enfatiza os efeitos sobre a produção, derivados do comércio preferencial, medidos a partir dos conceitos, de criação e de desvio comercial.

42 VINER, 1950, p. 43.

43 As estruturas produtivas internas semelhantes.

44 Com vistas a existir divergências significativas nos custos comparativos entre os diversos produtores.

Gehrels em 1956 e Lipsey evidenciaram em seus estudos, a possibilidade de haver efeitos positivos, mesmo diante da ausência de criação de comércio. Isso ocorreria quando os ganhos em no que tange ao consumo superam os efeitos negativos do desvio de comércio⁴⁵. A formação de uma união aduaneira pode aumentar ao invés de diminuir o comércio com o país extrablocos, isso se dará caso as mercadorias produzidas neste forem complementares aos produtos cujo consumo aumentou com a união aduaneira⁴⁶.

Estas análises sinalizam a importância do nível de tarifa externa comum a vigorar entre os Estados-parceiros⁴⁷. Quanto mais próxima do nível de preços internacionais for essa tarifa comum, tanto mais positivo será o impacto na união aduaneira, pois quanto menor a barreira externa mais próxima os Estados envolvidos estarão de uma situação de livre-comércio⁴⁸.

Desse modo, uma TEC considerada “ótima” em termos de teoria da proteção, é a que mantém as importações provenientes dos demais países no mesmo nível de antes da composição da União. Os primeiros anos de formação do MERCOSUL constitui um exemplo desse raciocínio⁴⁹, em contraposição aos argumentos críticos ao exercício da integração⁵⁰.

A resposta dos consumidores à redução dos preços de importação derivados da remoção da tarifa também precisa ser considerada quanto aos efeitos de uma união aduaneira. Segundo demonstrou o modelo de Gehrels (1956), o que permite verificar se um Estado experimentou benefícios com a união, está vinculada a constatação, se os ganhos obtidos pelos consumidores compensaram as perdas ocorridas na produção. Ademais, os ganhos e perdas com integração dependem ainda da análise de diversos outros elementos⁵¹.

45 O preço menor no mercado do país que concede a preferência estimula o consumo do produto importado, o que eleva o excedente do consumidor, independentemente do país de origem do produto.

46 LIPSEY, 1957, p. 40-46.

47 Kemp e Wan sugeriram em suas análises, a possibilidade de existir uma definição de tarifa comum “ideal” ou “ótima”, do ponto de vista da união, capaz de proporcionar ganhos de bem-estar derivados de uma melhora na relação entre preços de exportação e importação. Kemp & Wan (1976).

48 Os efeitos positivos serão tanto mais elevados quanto maior o nível tarifário adotado antes da formação da união aduaneira. KEMP, M.; WANM H. An Elementary proposition concerning the formation of custos union. In: BHAGWATI, J. (Ed.) Selected readings in international trade. Massachussetts, C.A: The MIT Press, 1991.

49 Nesse período as importações totais dos países componentes do bloco cresceram a taxas sem precedentes, o que significa que o viés regional foi mais que compensado pela abertura multilateral dessas economias. As exportações intrarregionais cresceram em taxas expressivas, de 11% em 1990 para 23% em 1998. Em contraposição, o MERCOSUL sofreu retração pronunciada no comércio intrarregional no período entre 1998 e 2003. BAUMANN, Renato. Integração Regional: Teoria e Experiência Latino-Americana. 1. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

50 SINCLAIR; HEFFERNAN, 1990; DEVLIN, 1997 apud BAUMANN, 2013, p. 32-34.

51 Exemplificativamente, as alterações das relações de troca (BALASSA, 1964; KEMP, 1969; FFRENCH-DAVIS, 1979), o papel das contas públicas (MUNDELL, 1964), o número de produtos e países (TINBERGÉN, 1959; COLLIÉ, 1979; LIPSEY, 1960; BHAGWATI & SRINIVASAN; 1984, a existência e efetividade de mecanismos compensatórios entre os

O debate sobre as características e perspectivas positivas ou negativas derivadas da integração regional, tende ainda seguidamente, a negligenciar os efeitos monetários. A reflexão monetária da integração merece, portanto, consideração específica. Segundo a própria literatura de áreas monetárias ótimas (AMOs), um nível maior de comércio entre os países favorece a unificação de moedas, dado que os custos de transação menores derivados de uma moeda única expandem a base de negócios⁵².

Resumidamente, o conjunto dessas análises aqui apresentadas revelou que a concessão de preferências a outros países exerce efeitos internos sobre o processo produtivo e a estrutura de consumo. Os impactos são diferentes entre os distintos setores produtivos, dada à semelhança ou complementaridade da estrutura produtiva do país parceiro com a do país concedente da preferência.

No que tange aos consumidores, o impacto é diferenciado em função da composição do conjunto de produtos consumidos por cada parcela da população, e da participação, nesse conjunto, dos produtos ofertados pelo país parceiro. Além disso, demonstram a importância do nível de tarifa externa comum a vigorar entre os Estados-parceiros. A reflexão monetária da integração merece também, no contexto uma atenção específica.

Neste contexto, insta evidenciar que a teoria de uniões aduaneiras passou adotar nova taxonomia para os acordos regionais, a partir de meados da década de 1980. Os avanços na teoria de comércio internacional, ao incorporar as possibilidades de economias de escala, concorrência imperfeita e a adoção de um “regionalismo aberto”, culminaram na distinção entre os conceitos de “acordos de primeira geração”⁵³ e os “acordos de nova geração”⁵⁴.

A partir de alguns elementos indicados pelos estudos aqui analisados como fundamentais à compreensão dos efeitos derivados da integração regional, dentre os quais, os efeitos relacionados com o comércio e suas consequências sobre a estrutura produtiva e consumo, bem como os efeitos relacionados com a posição externa dos países, buscar-se-á analisar o estágio integrativo atual mercosulino, ou seja, de união aduaneira imperfeita.

Estados-parceiros, JOHNSON, 1965; COOPER & MASSEL, 1965, o tamanho e o tipo de países adequados à formação do bloco; KRUGMAN, 1991; VENABLES, 2003, a existência de economias de escala, CORDEN, 1972; DEVLIN & GIORDANO, 2004, estrutura de mercado e os efeitos monetários. Pereira dos Santos apresenta uma resenha contendo diversos exemplos de unificação monetária entre grupo de países. SANTOS, P.F. Pereira dos. *União monetária: aspectos teóricos, experiências históricas e as perspectivas de implementação de uma moeda única no MERCOSUL*. Brasília: UnB, 1999.

52 BAUMANN, 2013, p. 95.

53 Os acordos centrados somente em concessões comerciais e redução de barreiras.

54 Contemplam além da dimensão econômica outras dimensões políticas, tais como, meio ambiente, direitos trabalhistas e do consumidor, regulação da concorrência, dentre diversas outras. DEVLIN; GIORDANO, Paul. *The old and new regionalismo: benefits, costs and implications for the FTAA*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004, p. 143-186.

Quando da assinatura do Tratado de Assunção, em março de 1991, e a decisão pela adoção de uma tarifa externa comum, isso impôs às equipes negociadoras dos Estados- participantes o desafio de como delinear uma nova estrutura tarifária, comum aos quatro países⁵⁵.

Os principais instrumentos da primeira etapa de aproximação entre Brasil e Argentina, entre os anos de 1986 a 1990, foram os 24 Protocolos firmados com vistas a dispor dos mecanismos à redução tarifária e a eliminação de barreiras não tarifárias. Dentre os Protocolos mencionados, cabe destacar o Protocolo de Bens de Capital, sendo este desde o início, considerado o “motor” do Programa de Integração.

A meta de se instituir um Mercado Comum do Cone Sul esteve presente desde o início das negociações entre a Argentina e o Brasil. Entretanto, o desenvolvimento inicial do MERCOSUL pode ser dividido em duas fases: a “fase de transição” (1991-1994) e, a partir de 01.01.1995, a existência do MERCOSUL como União Aduaneira.

A primeira fase, por sua vez, pode ser dividida em três etapas: *i)* a primeira, até o Cronograma de Las Leñas (julho de 1992), com um elenco preciso de tarefas para a “fase de transição”; *ii)* a segunda, quando os Estados participantes expressaram de maneira formal que a meta seria desta fase era a constituição de uma União Aduaneira e não um Mercado Comum⁵⁶; *iii)* a terceira, até 31 de dezembro de 1994.

O processo de definição da Tarifa Externa Comum certamente representou um dos maiores desafios a serem enfrentados pelos países-membros com vistas à formação da união aduaneira. Entre outros obstáculos, havia diferenças expressivas na estrutura tarifária dos Estados envolvidos, além de problemas de desequilíbrio da balança comercial e de discrepâncias macroeconômicas⁵⁷.

Paulatinamente desenvolveu-se um conhecimento crescente sobre o processo de integração, bem como o conhecimento recíproco entre os agentes econômicos, que gradativamente passam a tomar iniciativas quanto à continuidade e expansão dos acordos.

Assim, de uma lógica negociadora que inicialmente incentivava processos de especialização setorial e formas de integração intra-atividades produtivas passa-se ao regime de desgravação geral, linear

55 Com a assinatura do Tratado, teve início o programa de liberalização comercial entre os países-participantes. Houve acordo quanto à redução semestral de 7% em todas as tarifas incidentes sobre produtos comercializados entre os quatro países, partindo de uma redução inicial de 47%. Se, um produto tinha uma tarifa inicial de 20% (em 26/3/91) essa tarifa passaria a 10,6% , em dezembro seria de 9,2%, em junho de 1992 de 7,8%, em dezembro do mesmo ano seria igual a 6,4%, e assim sucessivamente. FLORENCIO, S.A.L.; ARAÚJO, E. H. F. *MERCOSUL Hoje*. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1996, p. 18.

56 Diante disso, assuntos como circulação de mão de obra, serviços e capital, assim como a coordenação macroeconômica, deveriam ficar para uma etapa posterior.

57 Fortes resistências, sobretudo por parte do setor industrial argentino e de alguns segmentos industriais brasileiros explicáveis pela valorização da moeda argentina e pela conjuntura recessiva da economia brasileira. Nos anos de 1991 e 1992 foram registrados consideráveis superávits comerciais brasileiros no comércio com a Argentina.

e automático⁵⁸ para alcançar, em 31/12/1994, a tarifa zero. Manteve-se o cronograma de desgravação e avançou-se na aplicação do Regime de Adequação⁵⁹.

Após as Cúpulas de Buenos Aires e Ouro Preto, a partir de dezembro de 1994, completou-se o quadro normativo para o funcionamento do MERCOSUL, com as seguintes características: *a)* Tarifa Externa Comum; *b)* Regime de Origem; *c)* Regime de Zonas Francas; *d)* Regime de Adequação; *e)* Restrições não tarifárias progressivamente harmonizadas; *f)* Incentivos às Exportações; *g)* Defesa da Concorrência com base no Regulamento Comum sobre Práticas Desleais de Comércio, pelo Estatuto sobre Defesa da Concorrência e pelo Regulamento Comum de Salvaguardas.

Nesse diapasão, recorda-se que a análise de ganhos e perdas derivados de um processo de integração ao se concentrar nos efeitos de uma união aduaneira, busca identificar os resultados de uma redução ou supressão das barreiras comerciais entre os países parceiros – mantidas as barreiras aos produtos oriundos de terceiros países – para os países intrabloco e para os demais países⁶⁰.

Os indicadores para o bloco regional revelam um baixo grau de interação entre os processos produtivos, uma composição de comércio com forte componente de produtos de consumo final, e um grau elevado de dispersão no potencial econômico dos países partes, com desequilíbrios comerciais recorrentes⁶¹.

Em termos de MERCOSUL, o tema da fixação de paridades via moeda comum tem se feito presente desde os primeiros anos de vigência da Tarifa Externa Comum. Os partidários à proposta de unificação monetária indicam como argumentos favoráveis: *a)* o fortalecimento do bloco e o seu reconhecimento como uma potencia média, em que a soma das partes vale mais que o todo; *b)* maior estabilidade de preços, e por consequência maior estímulo aos investimentos, por meio de taxas

58 No final de cada ano, os países-participantes tinham que reduzir as tarifas dos produtos da sua lista, sem possibilidade de renegociação.

59 Todos os produtos ficariam isentos de tarifas de importação no comércio intrabloco, exceto: 1) produtos sujeitos a regime de origem e 2) produtos listados no regime de adequação, aos quais se aplicaria tarifa decrescente, chegando à tarifa zero em quatro anos, no caso da Argentina e do Brasil ou em cinco anos, no caso do Paraguai e do Uruguai. BAUMANN, Renato. Op. cit.

60 Os primeiros estudos quanto aos benefícios de se explorar de forma sistemática o mercado de países vizinhos foram feitas por Adam Smith, em 1776, na sua obra clássica *Riqueza das Nações*. Smith reconhece que o país beneficiado com acesso a mercado externo tende a ganhar, e tanto mais, quanto mais prósperos forem os países vizinhos. “A nation that would enrich itself by foreign trade, is certainly most likely to do so when its neighbors are all rich, industrious, and commercial nations”. SMITH, A. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas* (1776), Livro IV, Capítulo III. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1990, p. 520 – Coleção Os Economistas. No contexto, cabe mencionar ainda, as análises feitas no início do século XX quanto às uniões aduaneiras e seus efeitos, por Cournot (1927), Wicksell (1934), Maurice Byé e Herbert Giersch e, sobretudo, as contribuições de Jacob Viner, 1950.

61 BAUMANN, 2013, 177.

de juros menores; c) eliminação do risco cambial; d) eliminação dos custos de transação entre os países intrabloco⁶².

No mesmo diapasão, alguns estudos demonstraram a diminuição expressiva dos custos de transação e os prováveis ganhos para os países integrantes do MERCOSUL, especialmente para as economias menores do bloco, caso ocorresse à integração monetária. A partir da análise de informações detalhadas acerca dos custos de transação nas operações comerciais brasileiras com os países parceiros no MERCOSUL, verificou-se para o Brasil, um ganho da ordem de 0,9% do PIB⁶³.

Por outro lado, autores mais críticos ou ceticistas à ideia de integração monetária enfatizam que, no MERCOSUL grande parte do trânsito de capitais tem lugar em operações com agentes externos à região, bem como a desregulamentação financeira no que se refere ao movimento internacional de capitais quanto à regulamentação interna dos mercados financeiros, ocorre em ritmos desiguais entre os parceiros. Ademais, existe acentuada assimetria no tratamento fiscal dos investidores estrangeiros entre os países intrabloco⁶⁴.

Com vistas a verificar se os países do MERCOSUL atendem as condições requeridas à unificação monetária, Bichara, Cunha e Lélis, realizaram alguns testes empíricos a partir de dados coletados durante o período de 1990 a 2004, concluíram os autores que, a região não satisfaz as condições básicas para a formação de área monetária comum, vez que não atende suficientemente às condições de transações comerciais regionais e de mão de obra significativas⁶⁵.

Destarte, Kronberger a partir da realização de uma análise empírica detalhada quanto à factibilidade de uma integração monetária no MERCOSUL, pode concluir que a adoção dos critérios de Maastricht pelo bloco do Cone Sul revela-se no momento prematuro. Existem problemas vinculados à inflexibilidade salarial, inexistência de mecanismos opcionais de ajustes, como transferência fiscal ou mobilidade de mão de obra, portanto, abandonar o câmbio flexível seria demasiadamente custoso para os países do MERCOSUL⁶⁶.

Análises mais recentes indicaram que, uma aproximação mais gradual e cautelosa entre os países do MERCOSUL seria o mais recomendável em termos de integração monetária⁶⁷.

Atualmente, tem havido estímulos à realização de contratos

62 GIAMBIAGI, 1999, p.63-88.

63 CHAGAS; BAUMANN, 2007.

64 Tais argumentos são confrontados, segundo Giambiagi, com os avanços que se registraram no que se refere à elevação das transações entre os países do bloco, assim como à convergência nos parâmetros de endividamento público, sobretudo, da Argentina e do Brasil. GIAMBIAGI, P. Op. cit, p. 87; ABREU, 1997.

65 BÍCHARA; CUNHA; LELIS, 2008, p. 84-112.

66 KRONBERGER, 2002, 51.

67 Bresser e Holland a partir de seus estudos propõem uma aproximação gradual para as paridades de Brasil e Argentina. BRESSER; HOLLAND, 2009 apud BAUMANN, R. Op. cit. p. 98.

comerciais em moedas nacionais dos países participantes, tal facilidade existe entre o Brasil e Argentina desde 2007, e a partir do ano de 2010 foi incluído o Uruguai, não obstante, os resultados por ora ainda estão aquém do esperado⁶⁸. As considerações apresentadas no tocante à viabilidade de uma integração monetária, apesar de indicarem uma redução nos custos de transação, ao se permitir operações em moedas nacionais, são consideradas avanços, contudo, há necessidade de adequação.

A adoção de moeda comum pelos países intrabloco é ainda algo distante. Como demonstraram os estudos aqui analisados, faz-se necessária a redução da distância operacional entre os seus sistemas financeiros, o aumento da capacidade de resposta conjunta frente aos choques externos, bem como viabilizar a expansão dos recursos disponíveis para a provisão de liquidez e o financiamento de projetos.

Nessa análise há que se considerar ainda, o processo de desaceleração econômica, iniciado em 2011 e que se tem acentuado ao longo dos últimos anos. Em 2015, o Produto Interno Bruto (PIB) dos países da América Latina registrou contração de 0,4% resultando numa redução de 1,5% do PIB por habitante na região⁶⁹.

A contração da atividade econômica regional foi consequência do menor dinamismo exibido pelas economias sul-americanas que a despeito de registrar uma expansão em 2014 de 0,6%, registrou queda de 1,6% em 2015. As economias brasileira e venezuelana têm contribuído para o crescimento econômico negativo da região⁷⁰.

Em 2016 é provável que o cenário instável da economia mundial – dificuldades observadas na zona do euro, as crescentes incertezas sobre o futuro desempenho econômico da China, e em geral, das economias emergentes – afete o desenvolvimento da atividade econômica da região⁷¹.

As incertezas sobre o crescimento da economia mundial, se deve somar ao baixo crescimento do comércio, que em 2015 foi de 1,5%, a taxa mais baixa depois da crise ocorrida entre 2007 e 2008. Neste contexto, há previsões não muito otimistas para 2016 em termos de intercâmbios para o conjunto dos países da América Latina e Caribe⁷².

No período 2014- 2015 a demanda interna desses, em especial, o consumo registrou desaceleração, igualmente houve retração dos setores industriais e de manufaturados no âmbito das economias regionais. Embora, se espere um leve crescimento positivo da economia regional na ordem de 0,2% superando a contração de 0,4% registrada em 2015.

68 Envolvendo não mais de 2% do comércio entre países. Essa facilidade ainda não é muito utilizada pelos agentes econômicos, o que sugere a necessidade de sua adequação.

69 CEPAL, 2015, p. 12.

70 CEPAL, 2015, p. 13.

71 Comisión Económica para América Latina y el Caribe. CEPAL. Panorama Económico y Social de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños, 2015. [acesso em 25 de mar. de 2016]. Disponível em: <<http://cepal.org/es/publicaciones>> pdf. .

72 CEPAL, 2015, p. 16.

Quanto à diminuição do comércio intra-regional o primeiro semestre de 2015 registrou queda de 23% dos intercâmbios intrabloco MERCOSUL. O comércio entre a Argentina e o Brasil indicou retração de 17% para o mesmo período, e as compras recíprocas de produtos industriais, especialmente, bens de capital e bens duráveis apontaram redução de 25%⁷³.

Há que se considerar a partir dessa conclusão que o mercado regional tem peso distinto para cada um dos países participantes. As economias de menor dimensão apresentam dependência maior do comércio com seus pares, que absorve, no mais das vezes, mais de 50% do valor total exportado pelos parceiros menores⁷⁴.

Desse modo, diante da ausência de homogeneidade de potencial econômico e de fundos compensatórios, o sucesso desse exercício integrativo fica na dependência de que as economias com maior potencial competitivo, ou seja, Argentina e Brasil contribuam para redução dos déficits comerciais externos dos seus parceiros. O MERCOSUL é um dos poucos exercícios integrativos cujo sócio maior é superavitário nas transações com as economias menores⁷⁵.

Há necessidade ainda de elevar o nível de participação das exportações intrarregionais, tendo em vista que esta constitui apenas a quinta parte (por volta de 19,2%) das exportações que tem como destino outros países de fora da região latino-americana.⁷⁶ Ademais, as exportações centralizadas em produtos primários sempre representou um fator problemático na balança comercial. Todas as análises vinculadas aos exercícios integrativos existentes na América Latina e Caribe indicam como um objetivo prioritário, a integração produtiva regional⁷⁷.

Tal cenário de instabilidade econômica certamente resultará em efeitos negativos sobre o MERCOSUL, acentuando ainda mais a diferença sub-regional dada à orientação produtiva e comercial das economias que compõem o bloco.

Desse modo, no que tange ao MERCOSUL pode-se concluir que, a despeito do viés recessivo que caracteriza o atual contexto da economia mundial, o processo de aproximação formal das economias

73 CEPAL, 2015, p. 15; p. 30.

74 BAUMANN, 2013, p. 181.

75 A situação do MERCOSUL revela o seguinte cenário, não apenas os parceiros maiores não proporcionam aos menores dinamismo por meio de fundos compensatórios, como ao longo do tempo somente aumenta a distancia de potencial econômico entre os países, BAUMANN, Op. cit. Ao se considerar os períodos entre 1990-2000 e 2001-2008 constata-se que as economias menores sequer puderam acompanhar o ritmo de produção ainda que nos setores básicos de suas economias, v.g., a produção de produtos agrícolas.

76 A liberalização do comércio intrarregional não tem estimulado suficientemente a diversificação produtiva e exportadora da região, que segue sinalizando uma grande dependência das exportações de produtos primários.

77 CEPAL, 2015, p. 28-30.

contribuiu e tem contribuído para elevação considerável do volume regional transacionado desde sua criação no ano de 1991. Como visto, há efeitos positivo ou ganhos relativos em termos de aumento do grau de interação econômica, em alguns períodos mais e em outros menos. Ademais, houve avanços em relação à relevância relativa do mercado regional, notadamente, de 1991 a 1998, de 2004 a 2007 e entre os anos de 2011 a 2014.

Por fim, cabe aduzir que parte considerável dessa literatura dedicada à análise econômica da união aduaneira imperfeita ou parcial MERCOSUL, apontam unanimemente à necessidade de uma maior cooperação política associada a maior institucionalização como modo de fortalecer a credibilidade macroeconômica e avançar rumo ao nível de integração monetária. Diante dessa constatação, passar-se-á no item seguinte, à problematização da institucionalidade no processo de integração regional.

4. A QUESTÃO DA (DES)NECESSIDADE DA INSTITUCIONALIDADE NO MERCOSUL

A temática acerca da presença ou não de instituições capazes de estabelecer e fazer cumprir normas e políticas, a serem observadas pelos países participantes, mostra-se recorrente nas discussões sobre integração regional. Nos diversos exercícios regionais de integração, embora existam variados modelos de institucionalidade, pode-se afirmar que há dois modelos extremos, um modelo supranacional e outro modelo intergovernamental.

A análise comparativa entre estes modelos mostra-se essencial ao entendimento do modo de se proceder em processos de integração regional, assim como permite derivar lições variadas.

A União Europeia é o modelo de referência para os exercícios que optaram pela institucionalidade supranacional. A experiência europeia sempre foi marcada pela presença de instituições supranacionais para viabilizar a integração. Algumas instituições e mecanismos, tais como, o Conselho de Ministros, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a tributo cobrado pela Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (1950) antecedem a própria assinatura do Tratado de Roma (1957) que originou a Comunidade Europeia.

A experiência do MERCOSUL pode ser considerada como exemplo do modelo intergovernamental. Durante muitos anos, os países-membros optaram por um modelo cuja única instituição existente, era a Secretaria Administrativa, órgão, inclusive, sem competência normativa ou executiva.

Cabe mencionar ainda como exemplo do modelo intergovernamental, a experiência dos países nórdicos – Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia, cujo êxito do modelo de

aproximação em formato intergovernamental, é menos questionado. As atuações comuns são paralelas, de tipo horizontal, e não impostas por burocracias supranacionais. Para este modelo de integração o formato de aproximação e a vontade política dos países parceiros têm se mostrado mais relevantes.

Um aspecto interessante a ser evidenciado no tocante ao MERCOSUL, e que o diferencia de outros exercícios de integração intergovernamental, tais como, NAFTA e outros grupos de países, é que apenas o MERCOSUL adota um modelo intergovernamental com a inclusão da dimensão política no processo negociador. Como visto, o bloco regional do Cone Sul reúne um grande número de Grupos de Trabalho dedicados a assuntos que não se restringem a setores econômicos, bem como há foro de consulta e concertação política e reuniões sistemáticas de autoridades para discussões atinentes aos direitos humanos.

Não há consenso entre as perspectivas que consideram imprescindíveis à adoção de instituições supranacionais. Algumas visões são taxativas quanto à necessidade de se adotar instituições supranacionais. Uma das razões para tanto, é que o modelo intergovernamental tende a degenerar em transações bilaterais, com ganhos somente de curto prazo⁷⁸. Outras percepções remendam alguma cautela quanto à criação de instituições supranacionais, e recomendam a combinação de distintos mecanismos em termos de obrigações e delegação⁷⁹.

Inclusive, as instituições regionais devem evoluir com o passar do tempo, em razão das condições objetivas, da forma que se espera que atuem no processo de integração e do modo como responde a novas demandas, o que pode demandar ajustes no próprio delineamento institucional.

No que tange ao MERCOSUL, o bloco optou por um modelo considerado mais flexível, posto que, permitiu o ajuste de modo expressivo do formato negociador em 1990, a adoção de mecanismos de adaptação nos primeiros anos de vigência da TEC, assim como possibilitou acomodar algumas disputas entre os países-membros.

Entretanto, frequentemente a opção intergovernamental adotada pelo MERCOSUL é alvo de críticas, dentre as mais comuns, está à necessidade de se delinear mecanismos mais eficientes para a solução de disputas, a despeito dos existentes até momento face o aumento no volume de transações entre os países, bem como apenas um percentual bastante reduzido das normas acordadas são efetivamente colocadas em prática⁸⁰.

Assim, mesmo em um exercício predominantemente intergovernamental parece haver a necessidade de mecanismos e

⁷⁸ KASSIM; MENON, 2003; BASOMBRIIO, 2004.

⁷⁹ BEST, Eduard. Supranational institutions and regional integration. 2005. [acesso em: 28 mar. 2016]. Disponível em: <<http://www.eclalc.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/brasil/noticias/paginas/2/22962/P22962.XML&XSL=/brasil/tpl/p18f.xsl&base=/brasil/tpl/top=bottom.xsl>>

⁸⁰ LEÓN LI, 2011, p. 68.

normas supranacionais com vistas a assegurar a sua observância e o seu cumprimento. É imprescindível credibilidade e vontade por parte do órgão sancionador para reprimir os países-membros não cumpridores.⁸¹

Não se mostra evidente, contudo, se é preferível um processo mais centralizado ou a preservação de decisões partilhadas, entre os governos participantes. Tampouco, é claro que a existência de instituições supranacionais seja uma condição imprescindível e necessária para o sucesso do processo de integração regional.

Cumpre ressaltar que a reflexão sobre institucionalidade compreende algumas dimensões que transcendem a existência ou não de organismos e agências. Conforme destaca Eduard Best, o nível supranacional só faz sentido como parte de um conjunto de governança com variados níveis, as instituições devem ser compreendidas como um sistema normativo de regras e valores aceitos por uma ordem determinada, podendo estar ou não incorporado em determinadas organizações⁸².

Tal ideia é importante na medida em que problematiza a relação entre a questão da soberania e a supranacionalidade normativa. A experiência da União Europeia, neste contexto, constitui um modo específico de os Estados-membros assumirem sua própria soberania, por meio de processos decisórios comuns, há uma interação entre governos nacionais e instituições regionais.

Ressalta-se a necessidade de se ter presente a distinção entre perda de níveis de liberdade no que se refere à soberania – o que ocorre quando se delega poder decisório a instâncias supranacionais – e a opção de “compartilhar soberanias” que acontece quando os Estados preservam o seu poder decisório.

A supranacionalidade implica a presença de instituições supranacionais dotadas de competência para expedir normas dotadas de operatividade, ou efeito direto, e a supremacia ou proeminência em relação ao direito nacional. De outra feita, um processo de integração com órgãos intergovernamentais implica, a priori, menos restrições à soberania dos Estados que um processo de integração dotado de instituições supranacionais. Entretanto, cabe destacar que, isso se refere a uma questão de graduação – perdas de graus de liberdade – e não presença ou ausência de limitações⁸³.

O papel do Poder Judiciário nacional também se revela essencial para o bom funcionamento de um sistema regional. Quanto maior seu envolvimento, tanto maior a probabilidade de que as normas comunitárias sejam observadas. Faz-se necessária o delineamento de mecanismos supranacionais capazes de solucionar as controvérsias e

81 Cf. LEÓN LI, Jaime Martín. *Regional Process in South American: Analysis of institutions and policies of regional integration under the EU Framework*. Hamburg: Diplomica Verlag GmbH, 2011.

82 BEST, 2005, p. 68.

83 BOGGIANO, 1994, p. 102.

com capacidade de promover estabilização adequada.

Destaca-se a importância dos acordos serem críveis, posto que a existência de instâncias supranacionais capazes de expedir normas jurídicas de caráter vinculante para os Estados e os indivíduos tem implicações importantes. Além disso, o sistema supranacional pode diminuir os custos de transação ao institucionalizar os processos de negociação.

Geralmente, a delegação de poder decisório a instâncias supranacionais das matérias originalmente tratadas pelo Poder Executivo nacional são mais facilmente transferidas ao nível regional que as matérias que são da competência do Poder Legislativo.

O sistema do MERCOSUL não é supranacional, mas intergovernamental. Disso resulta que as decisões no âmbito de seus órgãos são tomadas pelos Chefes dos Estados-membros ou por autoridades com competência para tanto. O Tratado de Assunção e os Protocolos Adicionais, ao contrário dos Tratados da União Europeia, não outorgam a qualquer dos órgãos do MERCOSUL a faculdade de expedir, de modo autônomo, normas de conteúdo geral ou particular e aplicação direta aos particulares.

O caráter vinculante estabelecido no art. 42 do Protocolo de Ouro Preto às normas emanadas do Conselho do Mercado Comum, Grupo Mercado Comum e Comissão de Comércio diz respeito aos Estados-membros. Por ora, para que as normas do direito derivado sejam exigíveis com relação aos particulares, os Estados Partes devem incorporá-las as respectivas legislações nacionais.

O sistema de solução de controvérsias no MERCOSUL, consubstanciado nos Protocolos de Brasília e Olivos, como visto no item 1, é inspirado pelo Documento Técnico 319 do Banco Mundial, cujo teor recomenda a reformulação do Judiciário na América Latina, bem como sublinha a necessidade de criação dos *Alternative Dispute Resolution (ADRs)* ou *Mecanismos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias (MESCs)*.

Neste diapasão, cabe evidenciar que os órgãos regionais deverão primar, tanto em relação aos mecanismos de produção normativa, quanto ao que tange aos mecanismos de resolução de conflitos, pela maior participação efetiva dos agentes sociais. Apesar de os grandes desafios estarem nas questões comerciais, como por exemplo, as já mencionadas cláusulas de salvaguarda e nas medidas de proteção não tarifárias⁸⁴, a participação social é deveras importante para o futuro do bloco.

Os processos de integração regional consolidam-se melhor quanto maior for o respaldo dos cidadãos. Tal respaldo é proporcional à percepção de custo e benefício que os nacionais dos países envolvidos conseguem ter, no que tange ao exercício integrativo. Tal percepção está

⁸⁴ Uma possível solução seria seguir o estabelecido nas normas da Organização Mundial do Comércio (OMC) complementando-as com normas específicas.

vinculada do modo estrito à noção de delegação de poder por parte de cada indivíduo a uma burocracia regional⁸⁵.

Nesse contexto, o Parlamento do MERCOSUL constituiria um meio eficaz de viabilizar resultados no sentido de uma maior participação social com vistas a equacionar os problemas do “déficit democrático” e do “déficit do compromisso”. Apesar do avanço que representou a criação do Parlamento em substituição a Comissão Parlamentar Conjunta, permanece como já visto, o seu caráter de órgão consultivo⁸⁶.

Destaca-se que um dos propósitos do Parlamento explicitado no Protocolo Constitutivo do Parlamento MERCOSUL, é garantir a participação dos atores da sociedade civil no processo de integração. Visando a integração ao Parlamento o documento estabelece o critério de representação cidadã, bem como a eleição dos Parlamentares do MERCOSUL ser dará por meio de sufrágio direto, universal e secreto pelos cidadãos dos respectivos Estados Partes⁸⁷.

A ausência de uma institucionalização mínima é, por certo, um obstáculo ao bom desenvolvimento do MERCOSUL. Nesse sentido, com o passar dos anos da evolução do processo integrativo, foi ficando evidente a necessidade de se estabelecer acordos macroeconômicos, mecanismos jurídicos de solução de controvérsias, corpo técnico próprio voltado a elaborar propostas e soluções que visam à consolidação regional ao invés de instâncias exclusivamente intergovernamentais, suficientes a permitir os avanços esperados com a integração⁸⁸.

Com vistas a melhor compreender o funcionamento do MERCOSUL é preciso levar em consideração as relações de poder existentes intrabloco. Isso em grande medida condiciona os seus avanços ou recuos. Não se pode ver o MERCOSUL como um bloco coeso, os países que o compõem possuem diferenças em termos políticos, culturais e econômicos. Tal questão é reforçada face à ausência de órgãos supranacionais capazes de tomar decisões desvinculadas dos estritos interesses dos Estados-membros⁸⁹.

O principal desafio econômico para a região parece ser promover a transformação produtiva, mas com equidade. O caminho a ser trilhado para um desenvolvimento regional eficaz pode estar no fomento à inversão do crescimento no setor externo por meio da canalização dessa inversão e crescimento aos produtos internos de maior valor agregado, evitando repetir a experiência de várias economias latino-americanas

85 BAUMANN, 2013, p. 153.

86 Cf. STRAUS, Flávio Augusto Saraiva. Soberania e integração latino-americana – uma perspectiva constitucional do MERCOSUL. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

87 Art. 5º, item 01 e 02 do Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL. MERCOSUL. Protocolo Constitutivo do Parlamento MERCOSUL. Disponível em: < <http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/v/7555/2/parlasur/protocolo-constitutivo-do-parlamento-do-mercosul.html> > Acesso em 28 mar. 2016.

88 CAETANO, 2011.

89 FREITAS JR, 2006, p. 310.

ao longo dos séculos, de aplicá-la prioritariamente em bens primários.

Evidenciam-se, como problemas emergentes do modelo exportador primário, os efeitos negativos sobre a ecologia, o enfraquecimento da ação coletiva e do movimento sindical, a redução da capacidade de negociação, decorrente da reestruturação produtiva reforçada pela globalização.

Embora algumas economias do bloco tenham dados alguns sinais de recuperação, são alarmantes a sua incapacidade de alcançar verdadeiros estados de bem-estar. Ao lado da estabilização econômica, reeditam-se os velhos e graves dilemas, pobreza, distribuição regressiva de renda, elevação do dualismo entre setores minoritários que se agregam à globalização e suas possibilidades e setores que vão sendo marginalizados do desenvolvimento⁹⁰.

Por conseguinte, subsiste a necessidade de análise dos efeitos negativos ou disfuncionais neste caminho de êxito econômico e de redução da ideia social a um só componente, ou seja, o “mercado”. O fenômeno de exclusão social evidenciou a relevância de desenvolvimento sistêmico ou político com vistas ao acesso equitativo aos bens e oportunidades.

Assim, em conjunto com ajuste econômico faz-se necessário delinear-se um ajuste político e social. Os consensos sociais e políticos sobre o que é possível, desejável e imprescindível aos países componentes e ao próprio bloco MERCOSUL. Não se mostra verdadeira a premissa que as forças do mercado sejam a única alternativa ao desenvolvimento, também as forças políticas dos Estados e as demandas da sociedade civil são componentes que devem ser considerados nos acordos que realizam os agentes econômicos.

A fragilidade dos Estados latino-americanos, em geral, revela-se em algumas constatações, tais como, a debilidade dos atores sociais, quer seja das sociedades civis ou mesmos seus Estados, em demandar, exigir, controlar e se opor ao poder econômico; a debilidade das instituições políticas egressas de um ciclo autoritário quanto ao aprofundamento democrático; a apatia ou retraimento dos indivíduos frente supremacia do econômico sobre o político-social, atribuindo-se aos círculos de governos e de peritos ou aos grupos econômicos o papel social nas decisões⁹¹.

A integração econômica, objeto do MERCOSUL, além de constituir uma livre circulação de bens e serviços, isenta de barreiras tarifárias e não tarifárias, deve também perseguir o bem-estar social, objetivo inclusive previsto no Tratado de Assunção, por meio de uma eficaz harmonização das políticas macroeconômicas, com equalização tributária, estabilização de preços, com certa homogeneidade entre as econômicas dos países-membros. Nessa esteira, está reservada ao Subgrupo de Trabalho 11, com a sua nota tripartite, a importante missão

90 ESPINOSA, 200, p. 109-121.

91 TEIXEIRA FILHÔ, 1996, p. 441-469.

de equilibrar os desejáveis ganhos econômicos com os imprescindíveis avanços sociais.

O caminho a trilhar pelo bloco regional do Cone Sul acha-se traçado, até que se efetivem a União Aduaneira perfeita e o Mercado Comum. Consumadas, então, essas fases deverá acontecer uma coordenação política institucionalizada com fins de se atingir uma união econômica ampliada, com moeda única e banco central, a coordenação da segurança comum e a implementação dos direitos individuais e coletivos⁹².

Nesse ínterim, alguns passos rumo à concretização da agenda integrativa já foram dados, em termos gerais, citam-se, o processo de convergência das últimas exceções à Tarifa Externa Comum do MERCOSUL, a conclusão das negociações hemisféricas para a conformação da ALCA, assim como a assinatura de um Acordo-quadro entre o MERCOSUL e a União Europeia com vistas a promover uma área de livre comércio no espaço transatlântico. Destaca-se ainda o Acordo de Livre Comércio com Israel (2007), o marco de Cooperação Econômica com o Conselho de Cooperação do Golfo (2005), e o Acordo Preferencial de Comércio firmado com a União Aduaneira da África do Sul (2008).

Com o surgimento da UNASUL (2008) cresceu o debate em torno da permanência do MERCOSUL, tendo em vista a sua amplitude, porquanto àquele abarca todos os países do subcontinente, no qual este se inclui. Não obstante, tem havido entendimento no que tange a convivência de ambos os blocos, os quais, em vez de excluir-se, complementam-se na complexa tarefa de integração.

Pode-se afirmar que, sobretudo no setor da economia, o MERCOSUL tem obtido resultados favoráveis para os respectivos países participantes. Também há desenvolvimento, apesar de lento e gradual em áreas sociais, por meio da criação de redes de solidariedade. Na área educacional busca-se por meio de processos de facilitação de circulação de docentes e discentes e reconhecimento de diplomas. No âmbito da saúde, tem-se avançado no trabalho na área de genéricos e do controle de endemias.

Assim, pode-se concluir que independente do modelo institucional a ser adotado, quer supranacional ou intergovernamental, é fundamental que ele reflita as estruturas e as demandas das sociedades envolvidas, as instituições devem ser capazes de se adaptarem às novas conjunturas.

Nesse contexto, o diagnóstico da atual crise no processo de integração do MERCOSUL indica como causa básica ao êxito de seu avanço, o distanciamento do aspecto social da integração, o menosprezo do objetivo da justiça social assinalado no preâmbulo do Tratado de Assunção e a negligência no trato de questões essenciais ao pleno exercício da cidadania.

Frisa-se que a configuração institucional do MERCOSUL permanece provisória, e sua estruturação definitiva ainda tem pontos

92 CHIARELLI, 1997, p. 75-83.

cruciais de indefinição a serem superados. Por conseguinte, com a persistência das omissões, equívocos e contradições de seu projeto, o MERCOSUL tenderá a sucumbir.

Todavia, o processo de integração necessita ser revigorado por meio do direcionamento no sentido do ajuste econômico, político e social comunitário ordenado, da plena democratização e principalmente tendo o ser humano como centro e destinatário das medidas tomadas e concretizadas.

CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu desenvolver uma análise de custos e benefícios após os 25 anos da assinatura do Tratado de Assunção, o qual instituiu o Mercado Comum do Sul – MERCOSUL.

Buscou-se evidenciar a partir de uma historiografia das conjunturas do bloco regional do Cone Sul, que este é resultado de um exercício integrativo iniciado por meio da aproximação de dois países historicamente adversários, que após o movimento de independência frente às respectivas Metrôpoles, trasladaram à América a animosidade histórica existente na Península Ibérica entre Espanha e Portugal. Não obstante, a superação de anos de regimes autoritários e ditatoriais com a entrada em cena da democracia – ainda que incompleta – ensejou a aproximação entre Argentina e Brasil por meio de uma nova estratégia hegemônica regional conjunta de integração.

Procurou-se destacar a abordagem em voga quanto à análise dos processos integrativos, ou seja, a abordagem focada estritamente na “ética de resultados”. Mencionados modelos, como visto, pautam-se em indagações relacionadas aos efeitos, isto é, em que medida determinado modelo pode ser eficiente, ou se são suportáveis os possíveis custos e efeitos indesejados de sua implementação, por conseguinte, considera que a integração tem valor à medida que obtém resultados, ou pelo que se alcança.

Destacou-se que tais resultados, tanto positivos quanto negativos estão a depender do modelo e do nível de exercício integrativo adotados. No que tange à atual fase de integração do MERCOSUL, ou seja, de união aduaneira imperfeita ou parcial, pôde-se notar a partir das inferências dos estudos aqui apresentados, um balanço com saldo positivo a despeito dos dilemas, crises e estagnações cujo bloco experimentou e que, de certo modo, ainda experimenta.

Evidenciou-se que a assinatura de acordos de preferência comerciais entre países vizinhos está vinculada aos benefícios e ganhos que podem resultar de relações econômicas mais intensas, posto que, custos de transação menores estimulam os fluxos de comércio e o investimento, conseqüentemente, a expansão de mercados permite ganhos associados à absorção de economias de escala.

Ainda, a maior intensidade comercial regional pode estimular o processo de industrialização e promover ganhos de eficiência. Com vistas, a minimizar as desigualdades estruturais e econômicas entre os países, as propostas aqui analisadas, indicaram a necessidade de promover mecanismos de distribuição intrarregional dos superávits comerciais.

Pode-se aduzir que várias das questões enfrentadas pelo bloco regional em comento, especialmente, no que tange ao alcance de suas finalidades não resultam apenas das constantes instabilidades macroeconômicas que atingem os países membros, considerados “hegemônicos”, notadamente, a Argentina e o Brasil. Encontram-se vinculadas às fragilidades do modelo intergovernamental adotado pelo bloco regional e também às suas deficiências institucionais.

Nessa esteira, também se constatou que, a falta de verdadeiras instituições supranacionais em sua estrutura atual não significa que o MERCOSUL deva seguir ou importar acriticamente o modelo aplicado em outros blocos de matiz exclusivamente ou não econômico.

Entre os custos do modelo intergovernamental, vislumbrou-se a questão de que os acordos firmados no âmbito do MERCOSUL encontram um grau de aplicação considerado relativamente baixo, não obstante a sua flexibilidade face à ausência da rigidez institucional tenha permitido ajustes no processo negociador. Assim, as instituições regionais devem ser delineadas com vistas a resolver conflitos entre Estados e também entre agentes dos países participantes, e entre eles e outros Estados.

Ademais, evidenciou que a opção regional não é isenta de desafios e dificuldades, demandando ações em caráter bem mais incisivo do que o que se tem observado até aqui, no caso do MERCOSUL. Existem no âmbito do bloco regional alguns desafios evidentes, tais quais, promover crescimento econômico regional equilibrado, superar as barreiras de infraestruturas inadequadas; delinear a criação da cooperação monetária e financeira; alterar a lógica de negociação por meio do aumento na aposta da complementaridade produtiva e identificar uma nova racionalidade em defesa da integração regional.

Neste diapasão, o presente artigo sustentou que não se trata apenas da busca de complementaridade produtiva, outro aspecto importante a ser considerado é a superação das barreiras ideológicas e políticas ao processo de integração.

A condição elementar para superar as barreiras ao regionalismo cinge-se a compreender a integração como um jogo de soma positiva, isto é, que todos os participantes – Estados, agentes econômicos e cidadãos – identifiquem mais vantagens em participar do exercício integrativo do que em buscar alternativas isoladas. Como visto, uma das condições básicas para que as negociações reflitam os interesses dos indivíduos e que o que for pactuado venha a ser internalizado pelas ordens jurídicas

internas dos países envolvidos, aumentado o grau de envolvimento dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Efetivamente houve incremento comercial e os países-membros do bloco do Cone Sul têm envidado esforços no sentido de solucionar outros problemas que, transcendem o mero incremento econômico-comercial, atinente às searas política, social, ambiental e cultural. Nessa esteira, argumentou-se que MERCOSUL possui finalidades de caráter pluridimensional, tendo em vista que é dotado de ambições de cunho político, social, ambiental e cultural que transcendem o estrito fator econômico-mercantil.

Revela-se deveras importante analisar os avanços e retrocessos do MERCOSUL a partir de suas vicissitudes e peculiaridades, sob a ótica do “possível”. O processo de integração é como o próprio nome diz, processo, não se deve compreendê-lo a partir de imagens estáticas de períodos específicos, mas como trajetórias de longo prazo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *MERCOSUL: Fundamentos e Perspectivas*. São Paulo: LTr, 1998.

ARBUNET-VIGNALI, Heber. *Claves jurídicas de la Integración (En los sistemas del Mercosur y la Unión Europea)*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

BASOMBRI, I. *Integración Andina: instituciones y derecho comunitario*. 2004. [acesso em 28 mar. 2016]. Disponível em: <<http://www.eclac.cl/cgin-bin/getprod.pdf>>

BAUMANN, Renato. *Integração Regional: Teoria e Experiência Latino-Americana*. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

BHAGWATI, J. (ed.). *Selected readings in international trade*. Massachusetts, C.A: The MIT Press, 1991.

BEST, Eduard. *Supranational institutions and regional integration*. 2005. [acesso em 28 mar. 2016]. Disponível em: <<http://www.eclac.cl/cgibin/getProd.asp?xml=/brasil/noticias/paginas/2/22962/P22962.XML&XSL=/brasil/tpl/p18f.xsl&base=/brasil/tpl/top>>

BICHARA, Julimar; CUNHA, André.; LÉLIS, Marcos Tadeu. “Integración monetaria y financiera em América del Sur y en Asia”. *Latin American research review*. 2008, vol 43, n° 1, p. 84-112.

BIOCCA, Stella Maris. *Claves político-jurídicas para la integración latino-americana*. Buenos Aires: Zavalía, 2001.

BOGGIANO, Antonio. *Hacia el Desarrollo Comunitario del MERCOSUR desde la experiencia de la Unión Europea*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1994.

- BOUZAS, Roberto; SOLTZ, Héran. *Instituciones y Mecanismos de Decisión en Procesos de Integración Asimétricos: o caso MERCOSUR*. Hamburgo: Universidade de Hamburgo. Institut fur Iberoamerica-Kunde, 2002.
- CASELLA, Paulo Borba; ARAÚJO, Nadia de (ed.). *Integração jurídica Interamericana – as Convenções Interamericanas de Direito Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998.
- CASTILLO, Santiago Pérez de. *O direito de greve*. São Paulo: LTr, 1994.
- CAETANO, Gerardo (ed.). *MERCOSUR: 20 años*. Montevideo: Centro de Formación para la Integración Regional(CEFIR), 2011.
- CEPAL. *Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Panorama Económico y Social de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños*, 2015. [Acesso em 25 de mar. de 2016]. Disponível em: <<http://cepal.org/es/publicaciones>> pdf>
- DEVLIN, R.; GIORDANO, Paul. *The old and new regionalismo: benefits, costs and implications for the FTAA*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.
- ESPIELL, Héctor Gross. “Naturaleza jurídica del Tratado de Asunción y de sus protocolos”. In: CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes (ed.). *Temas de Integração com enfoques no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 199.
- FREITAS JÚNIOR, Antonio de Jesus da Rocha. *Manual do MERCOSUL: Globalização e Integração Regional*. São Paulo: BH Editora, 2006.
- FLORENCIO, S.A.L.; ARAÚJO, E. H. F. *Mercosul Hoje*. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1996.
- GIAMBIAGI, F. “MERCOSUR: porqué la unificación monetária tiene sentido a largo plazo?”. *Integración e Comercio*. 1999, vol 3, nº 9.
- GINESTA, J. *El Mercosur y su contexto regional e internacional*. Porto Alegre: editora Universidade/UFRGS, 1999.
- GONZALEZ-OLDEKOP, Florencia. *La integración y sus Instituciones*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.
- HOBSBAWN, Eric. *Nações e nacionalismo desde 1780*. São Paulo: Paz e Terra, 1990.
- KASSIM, H.; MENON, A. “European integration since the 1990s: member states and the European Commission”. In: *Arena Seminar* (Oslo, 2003). Oslo University of Oslo, 2003.
- KRUGMAN, Paul; VENABLES, A. Integration, specialization and adjustment. *European Economic Review*, v. 40, p. 959-967, 1996.
- LIPSEY, Richard G. “The theory of Customs Unions: Trade Diversion and Welfare”. *Economica, New Series*, 1957, vol 24, nº 93.

MARIÁTEGUI, José Carlos. *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho, 2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, vol 1.

MERCOSUL. *Protocolo Constitutivo do Parlamento MERCOSUL*. [acesso em 28 mar. 2016.] Disponível em: <<http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/v/7555/2/parlasur/protocolo-constitutivo-do-parlamento-do-mercosul.html>>

MERCOSUL. *Protocolo de Ouro Preto, assinado em Ouro Preto, Brasil, em 17 de dezembro de 1994*.

MONIZ BANDEIRA, L. A. *Argentina, Brasil y Estados Unidos. De la Triple Alianza al MERCOSUR*. Buenos Aires: editorial norma, 2004.

PIZZOLO, Calogero. *Globalización e integración – Ensayo de una Teoría General*. Buenos Aires: Ediar, 2002.

SÁNCHEZ, Alberto M. *Derecho de la integración – un recorrido múltiple por las experiencias de la Union Europea y del MERCOSUR*. Buenos Aires: RAP, 2004.

SANTOS, P.F. Pereira dos. *União monetária: aspectos teóricos, experiências históricas e as perspectivas de implementação de uma moeda única no MERCOSUL*. Brasília: UnB, 1999.

SMITH, A. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1990.

STRAUS, Flávio Augusto Saraiva. *Soberania e integração latino-americana – uma perspectiva constitucional do MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VINER, Jacob. *The custos union issue*. New York: Carnegie Endowment for Internation Peace, 1950.

ZEA, Leopoldo. *Latinoamérica encrucijada de culturas*. México: Fondo de Cultura Económico, 1999.

MERCOSUL E SUPRANACIONALIDADE: OS NOVOS RUMOS DO CONCEITO DE SOBERANIA COM O ADVENTO DA GLOBALIZAÇÃO

MERCOSUR Y SUPRANACIONALIDAD: NUEVOS RUMORES SOBRE EL CONCEPTO DE SOBERANÍA CON EL ADVENIMIENTO DE LA GLOBALIZACIÓN

*Bianca Guimarães Silva**
*Renan dos Santos Pinto***

Resumo: O presente artigo pretende traçar a evolução histórica do conceito de soberania e analisar os possíveis rumos que tal conceito seguirá diante da recente integração entre a comunidade internacional e o advento da globalização. Adota-se como parâmetro para o trabalho a experiência intergovernamental vivenciada pelo Mercosul, onde as decisões deliberadas têm caráter de recomendação e são incorporadas à ordem interna do país, quando estão de acordo com seus interesses. Embora haja divergência normativa entre os países, nota-se que esse tipo de ordem intergovernamental e a possibilidade de haver uma ordem supranacional nos próximos anos poderiam ajudar na integração da região propiciando o desenvolvimento econômico e o crescimento político. Diante das vantagens que serão apresentadas pela flexibilização da soberania, pretende-se problematizar o tradicional conceito de soberania e questionar sobre as suas possíveis formulações para as próximas décadas.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo trazar la evolución histórica del concepto de soberanía y analizar los posibles rumbos que tal concepto seguirá ante la reciente integración entre la comunidad internacional y el advenimiento de la globalización. Se adopta como parámetro para trabajar, la experiencia intergubernamental vivida por el Mercosur, donde las decisiones deliberadas tienen carácter de recomendación y se incorporan en el orden interno del país, cuando ellas están de acuerdo a sus intereses. Aunque hay divergencia normativa entre los países, se observa que este tipo de orden intergubernamental y la posibilidad de un orden supranacional en los próximos años podrían ayudar en la integración de

* Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: biancaguimaraes18@hotmail.com

** Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: renan.santos0@hotmail.com

la región propiciando el desarrollo económico y el crecimiento político. Sobre las ventajas que presentará la flexibilización de la soberanía, se pretende discutir el concepto tradicional de soberanía y cuestionar sobre sus posibles formulaciones en las próximas décadas.

Palavras-chave: Soberania, Supranacionalidade, MERCOSUL

Palabras clave: Soberanía, Supranacionalidad, MERCOSUR

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a modificação do conceito de soberania ao longo da história. Tendo por base teórica alguns conceitos presentes nas obras publicadas por Hans Kelsen¹, Enrique Ricardo Lewandowski² e Paulo Bonavides³. Dessa forma, serão demonstradas as definições abordadas por tais autores, que agora já são inadequadas para a presente realidade internacional.

A própria divisão dos períodos históricos é a evidência da modificação das macro e microestruturas sociais, tanto internas como externas. Dessa forma, a mudança é uma constante a qual o ser humano estará inevitavelmente sujeito.

Diante do cenário globalizado, no qual os países estão inseridos, é impossível afirmar que ainda exista uma soberania absoluta dos Estados. As organizações internacionais, os tratados internacionais e a expansão dos blocos econômicos são fatores comprobatórios da constante tentativa de integração entre os países ao redor do mundo. Ainda que por muitos anos o monarca tenha sido a própria *persona* da soberania, e que, posteriormente, as democracias tenham feito do povo o soberano – hoje com o sistema representativo –, a realidade apresentada no pós-Guerra Fria é muito diferente.

Gradualmente, os Estados vêm perdendo, quase que de forma imperceptível, sua soberania por tanto tempo vista como “*autoridade absoluta em relação aos seus sujeitos*” ou ainda como “*verdadeira onipotência*”; tal como analisado por Umberto Campagnolo⁴. O Estado, antes soberano, se transforma e está cada vez mais flexível, seja de forma ideológica, seja de forma bélica, surgindo assim, um novo conceito de soberania.

1 KELSEN, Hans. *Direito internacional e estado soberano*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

2 LEWANDOWSKY, Enrique R. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

3 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

4 CAMPAGNOLO, Umberto. *Nations et Droit*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1938.

2. A MODIFICAÇÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA AO LONGO DA HISTÓRIA⁵

A retomada histórica guina a um caminho discursivo-evolutivo que parte em consonância com a realidade atual. Assim, é necessário conceituar o panorama atual com o surgimento do conceito de soberania no fim do período renascentista, passando por seu fortalecimento e apogeu, até à flexibilização necessária para o cenário político-internacional contemporâneo.

O período do Renascimento fomentou a formação dos centros urbanos e a dinamização da economia – ocasionando a desestruturação do sistema feudal –, concorrendo para que formassem as primeiras monarquias nacionais (Portugal e Espanha), fazendo com que começasse a crescer uma nova ideia de Estado Soberano, pujante em suas ideologias enquanto sua representação na figura do Rei. Somado a isso, a formação e desenvolvimento de uma corrente humanista, e o crescente descontentamento com o teocentrismo colaboraram para a valorização do homem, que por diversas vezes, fora um único homem: o antigo senhor feudal, que posteriormente, em muitos casos, se tornou o Rei e dominava o seu próprio Estado.

A figura do Rei emergiu nos séculos XVI e XVII como o patrono social – figura patriarcalmente protetora e justa –, a personificação da proteção da social, o garantidor dos direitos tão pregados pelos jusnaturalistas (como principal expoente à época Thomas Hobbes). Figura essa que foi elevada ao patamar de escolhido de Deus para guiar o Estado, dono de praticamente toda soberania na terra unificada, fazendo com que os próprios súditos cedessem a ele seus direitos, confiando a ele sua própria autonomia, sendo o Rei legislador e o juiz.

A situação acima nos traz a reflexão quanto ao conceito de soberania dos respectivos séculos. O apogeu da soberania absoluta foi percebido de forma mais evidente na França do século XVII, com o icônico rei Luís XVI, chamado já em sua contemporaneidade de Rei-Sol, tal era a exaltação dos reis. Neste aspecto, os reis eram por si mesmos a própria conceituação de soberania. Simbolizavam-na de forma estritamente personificada. Por tais fatos, nos séculos em que o sistema das monarquias absolutistas imperava, era irrisória a participação da voz popular em pedido de garantias. Os direitos eram um mero sonho distante, esperando-se, sempre e apenas, a proteção do Rei, sendo este o cerne das decisões de política internacional, afetando quisesse como fosse a política externa de seu país.

O absolutismo foi à ruína quando confrontou-se com as três grandes revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII. Tendo por

⁵ No que se refere este tópico, será retratada a vida e obra do nobilíssimo historiador Eric Hobsbawn, cite-se *Era das Revoluções* (2014), *Era do Capital* (2014), *Era dos Impérios* (2014).

responsabilizar-se a Revolução Gloriosa (na Inglaterra), a Revolução Industrial e, principalmente, a Revolução Francesa como principais os principais fatores enfraquecimento e queda dos déspotas antes exaltados no poder. Uma sociedade se transforma, germinando uma nova classe dominante e uma nova concepção de soberania. Surge, então, a burguesia nos domínios europeus.

Notou-se durante as Revoluções Industriais ao longo dos séculos XVIII e XIX, a soberania do capital, a soberania mercantilista, a soberania neocolonialista, que pregava o domínio dos povos e a submissão das nações. O cenário internacional via agora um foco dinamizado de domínio da África e da Ásia, fazendo com que os países em questão pudessem avançar livremente suas fronteiras internacionais sobre outros povos. Ainda que em crítico momento, fora já no fim do século XVIII, fora conhecida a primeira carta de direitos ao homem, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – de carga densamente principiológica e garantidora de amplos direitos. Entretanto, tais normativas foram garantidas apenas formalmente num primeiro momento, sendo abandonadas numa realidade mais concreta.

Assim como as monarquias absolutistas, o capitalismo mercantilista veio ruir com as primeiras Revoluções sociais dos séculos XIX e XX. Por destaques temos as revoluções de 1830 e 1848 por toda a Europa, bem como a Revolução Russa de 1916. A luta direta dos operários e trabalhadores rurais fomentou nova discussão nas cartas humanistas, ampliando materialmente os direitos sociais, fazendo-se aqui presentes nos ordenamentos de todo o mundo. Destacava-se assim o ser humano enquanto alvo de Direitos Humanos, necessitado de uma boa qualidade de vida, surgindo cada vez mais uma real democracia, a social-democracia.

Dessa forma, aos poucos emergia a soberania popular, ou seja, o povo enquanto real e único detentor do poder, em refutação às próprias doutrinas contratualistas. As revoluções sociais fizeram com que cada vez mais a população em todo o mundo influísse verdadeiramente na política, em reflexo à sociedade greco-românica. Jellinek afirmou que a soberania se tornara a capacidade do Estado de autovincular-se com a sociedade e de autodeterminação jurídica exclusiva, sendo representante imparcial da sociedade⁶.

Sobretudo, após as duas grandes guerras mundiais, postulou-se importância ainda maior no âmbito do Direito Internacional, tendo por enfoque uma crescente política amistosa entre os países vizinhos – ressalvados os países do eixo – permitindo uma maior integração internacional. Após o holocausto, Hans Kelsen foi o responsável por realizar diversas mudanças no conceito, até então, enraizado sobre soberania. Kelsen criou o conceito

⁶ Expressão original de Jellinek, amplamente analisada por Paulo Bonavides no cap. Soberania da obra *Ciência Política*, 2000.

de soberania relativa que divergia da soberania absoluta no que diz respeito a flexibilização governamental, a fim de colaborar com a consolidação das relações multilaterais entre os países.

O pós-guerra evidenciou diversos tratados internacionais de direitos humanos, que visaram promover a dignidade da pessoa humana. E foi justamente neste momento de segunda metade de século XX que iniciou a “fragmentação ideológica do conceito de soberania”.

3. A GLOBALIZAÇÃO E A NOVA INTERPRETAÇÃO ACERCA DA SOBERANIA

Com a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, os órgãos que possuíam caráter defensivo aos Direitos Humanos eram legitimados com a crescente ratificação e aceitação dos tratados que pautavam sobre o tema, principalmente no período pós- segunda guerra. Dessa forma, foram criadas, ao longo do século XX, organizações humanitárias internacionais, tais como a ONU (fundada em outubro de 1945), o Tribunal Penal Internacional (previsto em 1973 e criado em 1993), Corte Interamericana de Direitos Humanos (criada em 1950 e ratificada em 1980), entre outras.

No momento em que tais países se responsabilizaram assinando determinado tratado, foram vinculados a uma espécie de “responsabilidade civil internacional” (amplamente defendida pela jurisprudência hodierna)⁷, tornando-se o cumprimento e positividade de tais tratados no âmbito interno uma essencialidade para se atingir a promoção da dignidade humana enquanto princípio máximo das democracias modernas. Assim, foi necessária maior flexibilização⁸ dos países, para que se desenvolva uma sociedade internacional mais integrada. Isto se deve ao fato de que os Estados, ainda que coagidos pelos organismos internacionais, quando se recusam a positivar e se submeter a tratados e instituições por eles já reconhecidas, fazem com que se perca parte da legitimidade das decisões dessas cortes. Ou seja, enquanto um Estado não se permite abrir para uma decisão, trunca-se a fluidez internacional ao se relacionar.

A flexibilidade estatal é, portanto, a principal e mais necessária característica para que se atinja um real alvo de igualdade de direitos por todo o mundo. Submeter-se não significa que os Estados não terão

7 MARTINS, Rui Decio; MIALHE, Jorge Luís. “A Responsabilidade Civil Internacional dos Estados: direitos humanos e meio ambiente” [online]. *Cadernos de Direito, Piraciba*. 2009, vol 9, p. 199-216 [acesso em 04 abr. 2016]. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/download/152/91+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>

8 PIOVESAN, Flávia. “Direitos humanos e diálogo entre jurisdições” [online]. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. 2012, vol 19, p. 67-93 [acesso em 04 abr. 2016]. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf)>

mais soberania sobre seus cidadãos, muito pelo contrário. Ser submisso às decisões de Cortes como a CIDH apenas significaria não o fim da soberania – enquanto significante domínio interno sobre a população –, mas sim uma reformulação da mesma.

Para o panorama atual, os conceitos de soberania estatal como una, indivisível, perpétua, irrevogável e, principalmente, impenetrável, analisados por Jean Bodin; mostram-se claramente inadequados. Tal fato fica evidente quando se analisa o crescimento do princípio da autolimitação, amplamente teorizado por Léon Duguit, estudado pelo professor Dallari⁹. Na teoria da autolimitação, o Estado tem suas ações cerceadas de acordo com o próprio cenário externo, buscando sempre a passividade, a diplomacia e a não lesão a Estado exterior a ele.

4. A IMPORTÂNCIA DA FLEXIBILIZAÇÃO ESTATAL E OS TRATADOS E ORGANISMOS INTERNACIONAIS

Uma fatídica que se mostra como limitante da soberania dos Estados no âmbito internacional é a crescente dinamização das relações internacionais através dos tratados de direitos humanos, principalmente pós-Segunda Guerra, bem como no processo de redemocratização da América Latina, que permitiram a abertura cada vez maior do Estado Constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos¹⁰. Sendo assim, os direitos humanos passam a ser a preocupação mais legítima da comunidade internacional¹¹, tornando-se os próprios legitimadores dos governos atuais, aperfeiçoando o próprio regime democrático.

Os tratados internacionais foram ocasionando, de forma gradativa, uma clara flexibilização dos Estados que os assinaram, passando a se comprometer, cada vez mais, com a temática de direitos humanos. Dessa forma, a formação de Constituições – principalmente na América Latina – com cláusulas abertas a tratados internacionais designados a tal tema, faz com que se exija uma nova interpretação do próprio conceito de soberania nacional¹², visto que tais tratados impõem a relativização de valores tendo por base os Direitos Humanos e o Direito Internacional.

O comprometimento dos Estados na ratificação de acordos internacionais colabora para um processo de internacionalização do Direito Constitucional, uma vez que a legislação interna não é mais totalmente independente do cenário internacional – uma “ilha” institucional –, abrindo-se o Direito cada vez mais ao diálogo do âmbito interno com o externo. Ademais, surge também um processo de

9 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

10 Ministro Gilmar Mendes, RE n. 466.343

11 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

12 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

humanização do Direito Internacional, porquanto a constante pauta do *human rights approach* no cenário internacional recente.

Porém, um dos principais embates da comunidade internacional é em relação à adoção das decisões de cortes e tribunais internacionais, pois muitos afirmam que, caso a jurisprudência internacional seja adotada, a soberania do país será questionada em relação à supremacia do seu ordenamento jurídico. Muitos Estados entendem que é como se outro organismo estivesse gerindo o sistema judiciário interno e emitindo decisões. Embora tais decisões internacionais busquem solucionar litígios que não foram resolvidos ou foram solucionados de maneira insatisfatória.

Assim, é possível notar que não há como compatibilizar o conceito clássico de soberania, como poder absoluto do Estado, com as exigências de cooperação internacional para a promoção da dignidade humana.

5. AS ORGANIZAÇÕES SUPRANACIONAIS E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO REGIONAL

A ideia de soberania absoluta, que perpetuou por muitos anos, impediu a integração e a coordenação de políticas públicas entre os países, dificultando assim, a eficácia do Direito Internacional. Após o advento da globalização, a reflexão sobre o conceito de soberania absoluta fez-se necessária. Pois, era inviável que os países continuassem inflexíveis em relação às intervenções da comunidade internacional. Assim, surge a ideia de instituições supranacionais que visem criar medidas regionais comuns. Afinal, não há acordo entre os países sem a flexibilização de políticas comerciais e abertura econômica.

A fundação dos bancos internacionais, tais como o Fundo Monetário Internacional – datado de 1944 na Conferência de Breton Woods – e o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (Banco Mundial) são exemplos do domínio monetário presente no cenário mundial. É notório o domínio e a influência do FMI e da União Europeia sobre as decisões políticas públicas de países de economia fragilizada, como a Grécia. Para o povo grego, que se viu numa onda de revoltas pós-sanções dos já citados organismos monetários internacionais, os governantes tiveram que ceder as propostas do FMI, que fez inúmeras demandas para o Estado grego. Vê-se neste ponto, a evidente falha na definição absolutista de Jean Bodin, não sendo mais a soberania um “*poder ilimitado e perpétuo, só desaparecendo o poder soberano quando se extingui o próprio Estado*”¹³.

Em um mundo pós-moderno e com a influência que o capitalismo financeiro exerce na forma como os governantes governam, nasce

13 BODIN, Jean. *Os seis livros da República*. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone Editora, 2011.

o pressuposto de que para uma maior garantia de desenvolvimento interno amplo e seguro é inevitável a inserção desses países nas relações econômicas exteriores. Ainda que por vezes tentassem não se inserir em tal cenário, para que sua soberania – enquanto capacidade ampla de escolher os rumos de seu país – fosse afetada, é certo de que ruiam economicamente e vislumbrariam suas nações jogadas ao isolamento econômico. Tal fato teria por consequência muito provável crises sociais internas, devido à fome, à miséria e o desemprego, crescentes. Tudo isso tendo sempre em vista o fato de que as principais fontes do Produto Interno Bruto dos países são diretamente dependentes da comercialização externa de seus bens fabricados.

Como forma de cooperação internacional, também há a formação de blocos econômicos regionais cujas principais formas de integração são: a união aduaneira e o mercado comum. Ambas divergem entre si, pois a primeira implica a mesma aplicação tarifária para os países alheios àqueles que são membros da instituição, enquanto a segunda visa à livre circulação de mercadorias, pessoas e capital. Basicamente, o mercado comum busca certa aproximação econômica entre os países eliminando as barreiras internas para a realização da integração regional.

Com o intuito de solucionar certos problemas em comum e criar maior integração política, econômica e cultural entre os países da América do Sul, além de acelerar o desenvolvimento destes países, foi criada a partir do Tratado de Assunção (1991) e o do Protocolo de Ouro Preto (1994), uma instituição supranacional chamada MERCOSUL – Mercado Comum do Sul - que objetivava a criação de um mercado comum entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. Portanto, para que tal instituição cumprisse seus objetivos de existência, foi necessária a harmonização entre as legislações dos países membros.

Para concretizar a integração entre países é necessário um longo processo com diversas etapas a serem realizadas. Sendo a primeira delas, a livre circulação de mercadorias entre os países membros, favorecendo assim, o crescimento econômico da região, pois há certa flexibilização tarifária acordada entre os Estados. No caso do MERCOSUL, o primeiro artigo do Tratado de Assunção (1991) estabeleceu que fosse adotada uma política comercial comum, além de coordenação das políticas macroeconômicas entre os países-membros.

Além do MERCOSUL, também foi fundada a Comunidade Econômica Europeia, em 1957, que posteriormente viria a se chamar União Europeia em 1994. Esse bloco econômico presente no continente europeu é um dos mais influentes no mundo inteiro devido a sua integração econômica, política e cultural.

Também surgiram ao redor do mundo outros grupos econômicos regionais, que visavam primariamente à proteção econômica de seus mercados internos. Ao longo de todo o século XX, com aprimoramentos

e maior dinamização das relações internacionais, cada vez mais os Estados viam-se interdependentes, já agora sem muitas alternativas comerciais confiáveis.

6. INTEGRAÇÃO NA AMÉRICA DO SUL: CRIAÇÃO DO MERCOSUL

Na teoria, o MERCOSUL buscava ser um mercado comum entre os países membros, embora na prática seja considerado apenas uma União Aduaneira. Atualmente, verifica-se no MERCOSUL a cooperação entre as políticas comerciais e pouca integração entre as políticas sociais, que visam uma solução comum para problemas como educação, saúde e erradicação da pobreza. Ações isoladas dos países membros reduzem a eficácia e colaboram para a manutenção desses problemas que ferem os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

Além disso, a simplificação burocrática que facilita o trânsito de pessoas no MERCOSUL implica o aumento da migração e também dos problemas ocasionados por esse fenômeno social como o trabalho escravo e/ou infantil. Portanto, é primordial a criação de políticas comuns e, ademais, que sejam postas em prática e fiscalizadas para que sua execução seja eficaz e produza resultados satisfatórios. Vigora no MERCOSUL a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL (1998). Porém, seus efeitos ainda são pouco perceptíveis, pois é crescente a denúncia de trabalho irregular nos países do bloco. Como a Declaração é um instrumento jurídico que não está previsto no ordenamento do MERCOSUL, no caso concreto, caso houvesse um conflito com a legislação nacional a sua aplicação dependeria da decisão judicial dos tribunais.

Outro problema enfrentado pelo MERCOSUL é a generalidade encontrada nos dispositivos jurídicos, que dificultam a ação prática de políticas públicas, principalmente, sociais. Por ser uma instituição supranacional e ter apenas caráter recomendatório, a fim de não ferir a soberania nacional, as políticas públicas comuns são executadas de acordo com a vontade e os interesses dos países-membros, reduzindo assim, sua eficácia.

É importante salientar a importância que uma instituição supranacional tem para uma região que visa o crescimento econômico, pois através dela é possível realizar políticas públicas de integração entre os países que abrangem as fronteiras nacionais. Além disso, fica mais fácil gerenciar questões comuns com as mesmas políticas gerando resultados mais eficazes e rápidos.

Anos após a criação do MERCOSUL é notável o significativo avanço em relação às políticas comerciais e sociais dos Estados Membros do bloco. É evidente que não há crescimento econômico sem o crescimento social¹⁴.

¹⁴ DRI, Clarissa Franzoi. "Políticas públicas regionais: uma análise da regulação de direitos

As políticas comerciais são necessárias, porém devem ser atreladas ao desenvolvimento social, pois o MERCOSUL ficaria prejudicado, caso o país mais produtivo se sobressaísse em relação aos demais, não haveria integração regional e sim uma supremacia de um país em relação aos demais e não é esse o objetivo do bloco. Assim sendo, é necessário que os países membros do MERCOSUL definam melhor suas estratégias e áreas de atuação para coordenar esforços e ações.

7. MERCOSUL E O CÁRATER SUPRANACIONAL: ANSEIOS E DESAFIOS

Uma das possíveis consequências da globalização é, inevitavelmente, a formação de blocos econômicos regionais, pois, os países têm notado que é inviável o isolamento de suas economias. Afinal, para o mercado financeiro não existem fronteiras territoriais, o comércio e as plataformas econômicas estão interligados e funcionando independente de tempo e espaço.

Embora a comunidade internacional esteja aparentemente integrada, muitas vezes essas relações entre países mostram-se rasas e insuficientes para atingir os objetivos estabelecidos. Nesse momento, as organizações supranacionais são necessárias, pois elas acordam decisões que visam certo objetivo comum entre os países, mesmo que haja divergência de interesses entre eles.

Segundo Furlan¹⁵, diante do fenômeno da supranacionalidade observa-se a reorganização de competências soberanas. Tal reorganização é consequência do declínio do conceito de soberania estabelecido a partir da Paz de Westfália onde foi estabelecido que os países deveriam restringir as intervenções externas.

Atualmente, nota-se o caráter supranacional nas relações da União Europeia, porém não é possível dizer o mesmo do bloco econômico formado pelos países da América do Sul – o MERCOSUL. A ausência da supranacionalidade torna a integração dos países algo deficiente. Pois, a delegação de competências à esfera internacional facilita a resolução de problemas comuns, por exemplo, a migração, entre outros. A convergência das vontades e dos anseios estatais viabiliza o diálogo e a integração regional. Assim, é necessário que os países latino-americanos unam esforços para que o MERCOSUL tenha caráter institucional-jurídico bem consolidado.

Nesse ponto, é possível citar a excelência da integração econômica realizada pelos países europeus. Evidentemente, a União Europeia possui inúmeras deficiências, mas a administração das competências

sociais no MERCOSUL”. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*. 2010, nº 8, p. 39-54.

15 FURLAN, Fernando de Magalhães. “A supranacionalidade no MERCOSUL”. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*. N.15 2010.

internacionais mostra-se algo eficaz. A cooperação entre os países europeus e as decisões que nem sempre são tomadas apenas pela via diplomática (muitas vezes impondo sanções econômicas, entre outras) mostra que nenhum país é totalmente soberano e independente, a cooperação mútua faz-se necessária.

De acordo com Pierre Pescatore¹⁶, para que haja o reconhecimento da supranacionalidade em um grupo de países é necessário notar a valorização de um conjunto de interesses em comum e a criação de uma instituição supranacional com poderes autônomos. Além disso, é notável que com a modificação do conceito de soberania, o próprio Direito sofre diversas modificações. Pois, os Estados devem acatar as decisões judiciais supranacionais. É importante ressaltar que, segundo Alves¹⁷ as organizações supranacionais não são instituições soberanas, pois a qualquer momento seus Estados- Membros podem tanto extingui-las quanto submetê-las a sua vontade. Além disso, as competências que são destinadas às organizações supranacionais podem ser revogadas.

Segundo Furlan, atualmente, o MERCOSUL é prioridade na agenda da política externa dos seus Estados-membros. Contudo, ao longo de mais de 20 anos de existência, o MERCOSUL conseguiu inúmeras conquistas, mas ainda tem muitos desafios a serem enfrentados. Sendo um dos desafios principais: a supranacionalidade. Afinal, o projeto inicial do Mercado Comum do Sul era integrar as economias dos países e fazê-los parceiros econômicos sólidos, tendo em vista a criação de uma tarifa externa comum – característica da união aduaneira - , livre circulação de bens, pessoas e mercadorias, entre outros. Desde sua criação, inúmeros acordos com países terceiros foram realizados a fim de favorecer as relações econômicas-comerciais.

O objetivo do MERCOSUL expresso no Tratado de Assunção pauta-se somente na criação do mercado comum entre os países sul-americanos. Porém, há muitas comparações e críticas em relação ao modelo adotado pelos europeus que visou criar um órgão supranacional entre seus Estados. É necessário evidenciar que as circunstâncias e características de ambos os blocos são divergentes. Além disso, as ambições do MERCOSUL são muito menores que as visadas pela União Europeia.

Embora, as metas dos dois blocos sejam diferentes, muitos estudiosos afirmam que o fator supranacional seria benéfico para a melhoria e o desenvolvimento do MERCOSUL. É possível notar a ausência de supranacionalidade no MERCOSUL através da análise do Tratado de Assunção e do Protocolo de Ouro Preto. Segundo o artigo 38 do Protocolo de Ouro Preto, as decisões do MERCOSUL devem ser

16 PESCATORE, Pierre. *Derecho de Integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales*. Buenos Aires, BID/INTAL, 1973.

17 ALVES, Jorge de Jesus. *Lições de Direito Comunitário*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, vol 1.

tomadas por consenso dos países membros e devem ser incorporadas à ordem jurídica interna para serem efetivadas. O artigo 2 do mesmo protocolo também ressalta o caráter intergovernamental do bloco.

O MERCOSUL é caracterizado como uma integração sub-regional, porém nada impede que novos Estados façam parte do bloco, futuramente, transformando-se em uma integração regional entre os países da América do Sul. O Tratado de Assunção que instituiu o MERCOSUL traça determinados objetivos do bloco como a criação de um mercado comum. Posteriormente, em 1994, com o Protocolo de Ouro Preto, ficaram estabelecidos os parâmetros institucionais a serem seguidos pelos países membros para a formação efetiva do bloco econômico. Contudo, em ambos os dispositivos normativos não há menção à adoção do sistema supranacional.

Nota-se também no MERCOSUL, a ausência do Direito Comunitário entre os países. Observando-se a adoção das ordens jurídicas nacionais em detrimento do Direito comum aos países, sendo que as decisões tomadas pelos órgãos MERCOSULinos possuem caráter recomendatório e são adotadas pelos países de acordo com seus interesses. Pois em tese elas possuem “caráter obrigatório” para os Estados membros, mas muitas vezes não são concretizadas na prática, pois estão submetidas ao ordenamento interno dos países e necessitam da validação do Congresso Nacional para serem efetivadas e positivadas. Assim sendo, é necessário que tais normas advindas do MERCOSUL sejam normatizadas pelo sistema nacional, dificultando a posterior diferenciação entre as normas oriundas da cooperação internacional e as estabelecidas pelo Legislativo nacional.

É importante ressaltar também as perspectivas e expectativas que os países membros do MERCOSUL possuem para o bloco. Os dois maiores países do bloco – Brasil e Argentina – são favoráveis à manutenção do modelo intergovernamental ao invés do supranacional. Isso se deve ao fato desses países serem a favor de um consenso entre as economias dos países e não as políticas adotadas por eles. O modelo consensual pode comprometer o desenvolvimento do bloco, afinal o desacordo de um dos membros é suficiente para impedir que uma decisão seja adotada para os demais membros.

Salienta-se que, de acordo com Furlan, nos sistemas intergovernamentais as decisões são tomadas por consenso e os países têm o mesmo poder decisório enquanto em instituições supranacionais as decisões são delegadas ao bloco com competência soberana que define tais condições para a tomada de decisões.

O caráter intergovernamental do MERCOSUL tem como objetivo manter os anseios econômicos dos Estados-membros sem alterar a estrutura política dos mesmos. Entende-se por intergovernabilidade, o meio termo entre a soberania absoluta e a supranacionalidade, pois

é possível que os países tenham a tradicional soberania em relação ao seu ordenamento jurídico, embora estejam flexíveis a intervenções internacionais em prol da cooperação entre os países.

Através do sistema consensual, adotado pelo MERCOSUL, é possível manter os interesses dos países e também o ordenamento jurídico de cada país, pois é necessário que haja um controle interno antes da adoção das decisões externas no ordenamento jurídico nacional.

Muitos autores, como Marcelo Mariano¹⁸ notam uma forte tendência na futura adoção do sistema supranacional por blocos como o MERCOSUL. Para a concretização do mercado comum que o MERCOSUL almeja parece indispensável a supranacionalidade do bloco, pois, de acordo com o mesmo autor a estrutura intergovernamental mostra-se frágil diante o enfrentamento de crises econômicas ou políticas.

CONCLUSÃO

A noção do princípio de soberania absoluta esteve presente na cultura jurídica por muitos anos. Sendo incorporado pelos Estados desde a monarquia e modificado ao longo dos tempos contemporâneos. Porém, com a globalização e tendência integrativa que os países vêm demonstrando, tal conceito torna-se mais flexível e suscetível a mudanças. O Direito Comunitário também foi responsável pela reflexão e pelo questionamento do princípio de soberania absoluta. Atualmente, está em declínio o conceito de soberania absoluta, principalmente após as duas grandes guerras, sendo que, cada vez mais, é possível identificar uma tendência na ordem nacional: a formação de blocos econômicos e a instituição de caráter supranacional.

Destacou-se nesse artigo, a situação vivenciada pelo MERCOSUL, que possui caráter intergovernamental, embora o objetivo do bloco seja a formação de um mercado comum, muitos autores afirmam que para a consolidação desse objetivo é necessário o estabelecimento da ordem supranacional a fim de enrijecer as bases do bloco e torná-lo sólido diante das crises políticas e instabilidades econômicas.

Com o fortalecimento dos blocos econômicos e das relações multilaterais entre os Estados, nota-se a tendência da flexibilização do conceito de soberania. Além disso, é perceptível a receptividade dos governos em relação à integração entre os países. Afinal, muitos Estados possuem diversos problemas em comum e é bem mais cômodo quando a solução de tais problemas são decididas em conjunto, viabilizando assim medidas extensivas e eficazes.

Um dos possíveis novos rumores para a flexibilização do conceito de soberania seria a criação de uma “sociedade institucional”

18 MARIANO, Marcelo Passini. *A estrutura institucional do MERCOSUL*. São Paulo: Aduaneiras, 2000.

apresentada por Dupuy¹⁹. Em que o desenvolvimento dos países seria pautado em ações supranacionais a partir de órgãos bem consolidados que pudessem assegurar a convivência e a integração entre os países.

Embora diversas soluções sejam possíveis, é notável a resistência de determinados países em relação à adoção de um sistema supranacional. Parece ser conveniente aos países que as decisões sejam tomadas por consenso e que as competências não sejam delegadas a determinados órgãos. Além de existir barreiras nas Constituições do Brasil e do Uruguai que impedem a adoção de tal sistema. Contudo, é perceptível que a ordem supranacional dentro dos blocos econômicos seja um fator primordial para o sucesso da cooperação internacional, nota-se pela experiência européia. Portanto, conclui-se que o caráter intergovernamental adotado pelo MERCOSUL traz sérias consequências ao bloco, muitas vezes impedindo que seu objetivo principal seja alcançado: a consolidação de um mercado comum entre seus países-membros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Jorge de Jesus. *Lições de Direito Comunitário*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, vol 1.

BODIN, Jean .*Os seis livros da República*. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone Editora, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAMPAGNOLO, Umberto *Nations et Droit*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1938.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DRI, Clarissa Franzoi. “Políticas públicas regionais: uma análise da regulação de direitos sociais no MERCOSUL”. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*. 2010, nº 8, p. 39-54.

DUPUY, René Jean. *Le Droit International*. Paris: Press Universitaires de France, 1976.

FURLAN, Fernando de Magalhães. “A supranacionalidade no MERCOSUL”. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*. N.15 2010.

HOBSBAWN, Eric. *A era das revoluções*. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

HOBSBAWN, Eric. *A era do capital*. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

HOBSBAWN, Eric. *A era dos impérios*. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

¹⁹ DUPUY, René Jean. *Le Droit International*. Paris: Press Universitaires de France, 1976.

KELSEN, Hans. *Direito internacional e estado soberano*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LEWANDOWSKY, Enrique R. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MARIANO, Marcelo Passini. *A estrutura institucional do MERCOSUL*. São Paulo: Aduaneiras, 2000.

MARTINS, Rui Decio; MIALHE, Jorge Luís. “A Responsabilidade Civil Internacional dos Estados: direitos humanos e meio ambiente” [online]. *Cadernos de Direito, Piraciba*. 2009, vol 9, p. 199-216 [acesso em 04 abr. 2016]. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/download/152/91+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>

PESCATORE, Pierre. *Derecho de Integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales*. Buenos Aires, BID/INTAL, 1973.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. “Direitos humanos e diálogo entre jurisdições” [online]. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. 2012, vol 19, p. 67-93 [acesso em 04 abr. 2016]. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf)>

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOARES, Esther Bueno. *MERCOSUL: desenvolvimento histórico*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

LA AUTONOMÍA DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL

AUTONOMIA DO DIREITO COMUNITÁRIO ANDINO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO INTERNACIONAL

*Carolina Lourdes Rodríguez Aguilera**

Resumen: *La propuesta de indagar acerca de la autonomía del derecho comunitario andino, a partir del sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina es un tema de mucho interés, que refleja una realidad compleja en el escenario comercial internacional, como son las interacciones que se están dando entre iniciativas regionales y multilaterales en materia comercial, que son objeto de profundos debates. Este trabajo se centrará en el estudio de casos, en un área específica como las salvaguardias.*

Resumo: *A proposta para saber sobre a autonomia do direito comunitário andino, a partir do sistema de solução de controvérsias Comunidade Andina é um assunto de grande interesse, o que reflète uma realidade complexa na arena do comércio internacional, tais interações são dando iniciativas regionais e multilaterais sobre questões comerciais, que são objeto de intenso debate. Este trabalho vai se concentrar em estudos de caso em uma área específica, tais como salvaguardas.*

Palabras clave: Integración económica regional, Solución de controversias, Ordenamiento jurídico comunitario andino, Restricciones y gravámenes, Salvaguardias

Palavras-chave: Integração económica regional, Resolução de conflitos, Comunidade andina sistema legal, Restrições e gravames, Salvaguardas

1. INTRODUCCIÓN

La interdependencia asimétrica¹ que caracteriza a los países demanda mayores esfuerzos y necesidad de coordinación. Desarrollar

* Profesora adscrita al Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Simón Bolívar
E-mail: rodriguezcarol@usb.ve

1 KEOHANÉ, Robert O., y NYE Joseph. *Poder e Interdependencia*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano. Colección Estudios Internacionales, 1988.

mecanismos de entendimientos y de interpretación de los acuerdos, así como, profundizar en el conocimiento e implementación de los diversos sistemas de solución de controversias, pueden resultar relevantes para el afianzamiento del bloque regional y su inserción en el escenario multilateral, y tiene importancia para atraer inversiones, tanto nacionales como extranjeras, y contribuye a impulsar el desarrollo económico de un país o de la región.

Los acuerdos de integración regional, pueden favorecer la inclusión internacional de los países, mejorando la competitividad de sus exportaciones. Incluso hay quienes sostienen² que la integración económica regional es uno de los medios para que los países puedan acelerar su proceso de desarrollo económico y social, y promover un proceso que conduzca al establecimiento de un mercado común regional. Sin embargo, estas metas no están exentas de la influencia del contexto en que se desarrolla el proceso, la infraestructura existente y las capacidades y ventajas de los países participantes, así como, depende en gran medida de la institucionalidad existente, particularmente, del sistema normativo y jurisdiccional, que garantice y controle el cumplimiento de las obligaciones y derechos pactados.

En ese contexto, cobraría valor el patrimonio del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (CAN), como un elemento de seguridad jurídica de respeto de las normas, que propicie la inversión y favorezca el libre intercambio de bienes y servicios.

Para cumplir con este propósito, se hace indispensable ilustrar esta situación a partir de la realidad misma donde se generan este tipo de interacciones, a través del estudio de dos controversias entre Países Miembros de la Comunidad Andina donde estuvieron involucradas una norma regional andina (salvaguardia comercial andina prevista en el Acuerdo de Cartagena), y una norma multilateral de la Organización Mundial del Comercio (medida de salvaguardia estipulada en el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC).

En ese orden, se considera importante presentar y analizar cuáles han sido los criterios de interpretación desarrollados por el sistema de solución de controversias andino, sobre la relación entre el ordenamiento jurídico comunitario andino y la normativa multilateral de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

A la luz de las consideraciones anteriores, puede observarse que este trabajo parte de un enfoque jurídico, como es el sistema de solución de controversias andino.

² SUNKEL, Osvaldo. "Reflexiones sobre América Latina y el Caribe. Desarrollo e Integración Regional". *Revista de la CEPAL*. 1998, número extraordinario; FERRER Aldo. "Desarrollo e Integración: Desafíos y Oportunidades del MERCOSUR". *Revista Vértice*. 2007, n°2, p. 7-9; NARANJO Fernando. "Política Exterior e Integración. Oportunidades y Desafíos". *Cuadernos Integración en América Latina*. Santiago de Chile: CEPAL/Fundación Carolina/FLACSO, 2006.

El derecho comunitario andino aparece como un conjunto de normas con características especiales- supremacía-, y un sistema propio de solución de controversias que es objeto de control y vigilancia por parte de dos instituciones, la Secretaría General de la Comunidad Andina y el Tribunal de Justicia Andino, que han contribuido a la interpretación uniforme del derecho comunitario andino, y a generar estabilidad y seguridad jurídica, en el sentido de los derechos y obligaciones recogidos en los tratados fundamentales.

2. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA COMUNIDAD ANDINA

Cuando se pacta un acuerdo de integración, se establece un fin a alcanzar, y para la consecución del mismo, se espera que los países comprometidos realicen una serie de actividades (obligación de hacer) o dejen de realizar aquellas actuaciones contrarias al objetivo a alcanzar (obligación de no hacer) y preserven una conducta acorde con el compromiso asumido³. En la Comunidad Andina, los Países Miembros pactaron la conformación de un mercado común, como un instrumento para el intercambio intracomunitario y el desarrollo de la población.

La Declaración de Bogotá del 16 de agosto de 1966⁴ marca el comienzo del proyecto de integración andino, con la participación de los Presidentes de Colombia (Carlos Lleras Restrepo), Chile (Eduardo Frei) y Venezuela (Raúl Leoni), y el delegado del gobierno de Ecuador (Galo Plaza) y de Perú (Fernando Schwalb). El Gobierno de Bolivia se incorporó luego a este grupo y participó en la Comisión que se creó para estudiar la iniciativa de formar un grupo de integración subregional andino. De las deliberaciones realizadas por la Comisión se produjo como resultado la suscripción del Acuerdo de Integración Subregional Andino, el 26 de mayo de 1969, conocido como Acuerdo de Cartagena,

3 Artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

Se recomienda ver: Acuerdo de Cartagena; así como: MONSANTO, Alberto. "CAN-MERCOSUR: Esquemas institucionales comparados". En: UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ROSARIO, CÁTEDRA INTERNACIONAL ANDRÉS BELLO. *Integración y Cooperación Atlántico Pacífico*. Rosario: Editorial Universidad Nacional de Rosario, 2002; SESELOVSKY, Ernesto, et al. "Necesidad de armonización de las políticas macroeconómicas en los procesos de integración regional". En: UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ROSARIO, CÁTEDRA INTERNACIONAL ANDRÉS BELLO (ed.). *Integración y Cooperación Atlántico-Pacífico*. Rosario: Editorial Universidad Nacional de Rosario, 2002; LEVI, Michel. *La Comunidad Andina y el referente de la Unión Europea: Una visión temporal sobre la aplicación de los modelos de integración. La Unión Europea y la Integración regional. Perspectivas comparadas y lecciones para las Américas*. Buenos Aires: CARL, Eduntref, University of Miami, 2005, p. 267-295.

4 MALDONADO LIRA, Héctor. *30 años de integración andina. Balances y perspectivas*. Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 1999, p. 34.

por los gobiernos de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, con el objetivo de crear un mercado común⁵.

En un primer momento, el Acuerdo de Cartagena no contaba con un sistema de solución de controversias propio, sino que se regía por el procedimiento de solución de controversias pautado en el Tratado de Montevideo de 1960, que básicamente disponía, la negociación, la conciliación y el arbitraje.

Sin embargo, el surgimiento del Grupo Andino ha estado acompañado de un proceso de desarrollo paulatino de sus instituciones⁶, vale destacar la aprobación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, el 28 de mayo de 1979. Esta institución significó un punto importante en el desarrollo de la integración andina que pasó a tener su propio órgano de solución de controversias, que serviría además, como órgano de control de la legalidad del ordenamiento jurídico comunitario andino, y de la interpretación uniforme de sus normas, y a la vez, contribuiría a la generación de una doctrina jurídica andina.

Con el Acuerdo de Cartagena que constituye la Carta fundacional y los Tratados y Protocolos subsiguientes⁷, el modelo de integración de la Comunidad Andina se fue conformando como un grupo con vigencia indefinida⁸.

La etapa siguiente a destacar es el Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado en Cochabamba, Bolivia el 28 de mayo de 1996⁹. A través de este instrumento jurídico, los países firmantes acordaron aumentar las competencias del Tribunal, entre ellas, es preciso señalar, el procedimiento de arbitraje, recurso por omisión o inactividad de los órganos e instituciones de la Comunidad Andina, y la jurisdicción laboral para los funcionarios del sistema de integración andino.

Por su parte, es pertinente indicar que el Protocolo de Trujillo, de 10 de marzo de 1996, en vigencia desde el 2 de junio de 1997, incorporó reformas en la estructura de la organización de integración andina que pasó a denominarse Comunidad Andina. Consecuentemente, se aprobó el Protocolo de Sucre (Modificatorio del Acuerdo de Cartagena), en Quito, el 25 de junio de 1997. Este Protocolo encargó a la Comisión de la Comunidad Andina la aprobación de una Decisión que consagrara

5 Venezuela ingresa el 13 de febrero de 1973. Por otra parte, Chile se retiró del Acuerdo de Cartagena en 1976, tras el derrocamiento del Gobierno del Presidente Salvador Allende.

6 El 25 de octubre de ese mismo año, se suscribe también el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino.

7 Protocolo de Quito de 1987; artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena; artículo 3 literal d) y 134 del Acuerdo de Cartagena (Decisión 563).

8 Artículo 134 del Acuerdo de Cartagena: Este Acuerdo no podrá ser suscrito con reservas y permanecerá en vigencia por tiempo indefinido.

9 El Protocolo Modificatorio entró en vigencia el 25 de agosto de 1999, fecha en la cual quedaron depositados todos los instrumentos de ratificación en la Secretaría General de la Comunidad Andina. Este instrumento jurídico modificó el nombre del Tribunal -antes Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena- que pasó a llamarse Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

las modificaciones introducidas, y en ese orden, surge la Decisión 563 de la Comisión que codificó el Acuerdo de Cartagena¹⁰.

Puede observarse en el Preámbulo del Acuerdo de Cartagena una referencia a la Declaración de Bogotá, y los Países Miembros plantean la integración como un “mandato histórico, político, económico, social y cultural” que a través de la consecución de ciertos objetivos pretenden un mejoramiento en el nivel de vida de los habitantes. En ese sentido, el Acuerdo de Cartagena prevé como objetivos¹¹:

Promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.

El Acuerdo continúa agregando la necesidad de:

Propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros¹².

También es preciso señalar que, la Comunidad Andina es concebida como una organización subregional con personería o personalidad jurídica internacional¹³, actualmente está conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú¹⁴ y por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (SAI)¹⁵. Asimismo, participan como países asociados Chile, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, y como observadores, México y Panamá.

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina presenta características particulares, conviene destacar, la aplicación directa e inmediata y la preeminencia o supremacía.

10 Sustituye a la Decisión 406 de la Comisión.

11 Artículo 1 del Acuerdo de Cartagena, (Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina, que contiene la Codificación del Acuerdo de Cartagena).

12 *Ibidem*.

13 Artículo 48 *Ibidem*.

14 Venezuela denunció el Acuerdo de Cartagena en abril de 2006 con base en el artículo 135 del mismo Acuerdo, por lo que cesaron para ese país los derechos y obligaciones derivados de su condición de Miembro, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, las cuales permanecerán en vigencia por un plazo de cinco años a partir de la denuncia. Es importante señalar que hasta que se cumpla ese lapso o se concrete el retiro definitivo, Venezuela debe preservar el trato nacional; el libre comercio andino; otorgar el beneficio de nación más favorecida. Para revisar con más detalle este punto véase Decisión 641 de la Comisión de la CAN.

15 Artículo 5 del Acuerdo de Cartagena.

2.1. Aplicación inmediata y efecto directo

Esta cualidad implica que las Decisiones y Resoluciones de la CAN son de obligatorio cumplimiento para los Países Miembros, así como para los órganos e instituciones del SAI, desde la fecha en que son aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina¹⁶.

Es propicio destacar que el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina precisa que las Decisiones y Resoluciones serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena¹⁷, a menos que las mismas señalen una fecha posterior¹⁸. Y agrega dicho Tratado que, en ocasiones cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

Esta categoría de aplicación directa implica que no es necesario un proceso de intermediación o validación por parte de los organismos competentes de los Países Miembros de la Comunidad Andina. Así por ejemplo, en el caso de las sentencias y laudos del Tribunal y los pronunciamientos -Resoluciones- de la Secretaría General no se requiere de homologación o exequátur en ninguno de los Países Miembros¹⁹.

De esta forma la norma comunitaria andina derivada entrará en vigencia para todos simultáneamente y de manera inmediata. Se distingue a la norma comunitaria andina derivada de las normas originarias, porque en el caso de las normas andinas primarias, como los Tratados constitutivos o fundacionales, estos entrarían en vigencia de conformidad con lo pautado en el Tratado, y con el procedimiento nacional en materia de aprobación de tratados internacionales²⁰.

16 Artículo 2 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

17 Vale señalar que corresponde a la Secretaría General de la Comunidad Andina, editar la Gaceta la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, véase en: Artículo 30 literal m) del Acuerdo de Cartagena; y, artículo 43 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena se publicarán las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, los Convenios, las Resoluciones y Dictámenes de la Secretaría General y las sentencias del Tribunal. Así también, el Secretario General podrá disponer, excepcionalmente, la publicación de otros actos jurídicos, siempre que éstos tengan carácter general y su conocimiento sea de interés para la Comunidad Andina.

18 Artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

19 Artículo 41 *Ibidem*.

20 Así por ejemplo, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina estipuló que:

El presente Protocolo Modificatorio entrará en vigencia cuando todos los Países Miembros que lo suscriban hayan depositado el respectivo instrumento de ratificación en la Secretaría General de la Comunidad Andina y haya entrado en vigencia el Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) aprobado en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996. Por su parte, el artículo 134 del Acuerdo de Cartagena dispuso

2.2. Preeminencia o supremacía

Las normas comunitarias andinas se identifican por estar dotadas de supremacía o preeminencia, esto significa que prevalecen en las materias de su competencia, sobre las normas del ordenamiento jurídico interno de los Estados²¹. Esta peculiaridad ha sido explicada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en los siguientes términos:

El ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista²².

En ese orden, según la interpretación que ha hecho el Tribunal de Justicia andino ha precisado que:

En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente ya que la competencia en el caso le corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria(...). No se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional preexistente, al igual que ocurre en el plano del derecho interno, puesto que son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, que adoptan dentro de sus propias competencias formas peculiares de crear y extinguir el derecho, que por supuesto no son intercambiables(...). Frente a la norma comunitaria, los Estados Miembros(...) no pueden formular reservas ni desistir unilateralmente de aplicarla, ni pueden escudarse en disposiciones vigentes o en prácticas usuales de su orden interno para justificar el incumplimiento o la alteración de obligaciones resultantes del derecho comunitario²³.

El compromiso asumido por los países andinos supone una

que: El presente Acuerdo entrará en vigencia cuando todos los Países Miembros que lo suscriben hayan depositado el respectivo instrumento de ratificación en la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Este Acuerdo no podrá ser suscrito con reservas y permanecerá en vigencia por tiempo indefinido.

21 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 1-IP-96 (Interpretación prejudicial): La transferencia del poder regulador en determinadas materias de interés común de los Estados, a un órgano comunitario para alcanzar las metas de la integración, produce el fenómeno de redistribución de funciones y atribuciones entre los órganos comunitarios y los Países Miembros.

22 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia del 3 de diciembre de 1987.

23 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso de interpretación prejudicial 2 IP 88.

conducta en concordancia con las obligaciones y derechos acordados, en ese sentido, se espera que respeten los principios comunitarios. Ahora bien, según la interpretación que ha dado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sobre la relación de la norma andina respecto a las normas internacionales, ha considerado que:

En lo que concierne a la relación propiamente dicha entre el ordenamiento comunitario y el internacional, (...) este constituye una de las fuentes de aquel, pero que de ello no se deriva que la Comunidad quede obligada por el citado ordenamiento²⁴.

De acuerdo a lo que se expresa en esta sentencia del Tribunal Andino, por una parte, ese organismo reconoce que el derecho internacional es fuente del derecho comunitario y están vinculados, aunque parece querer destacar una autonomía del derecho comunitario en la aplicación para los Países Miembros. Así lo ha expuesto el Tribunal Andino:

El ordenamiento jurídico andino es autónomo y la aplicación de las normas comunitarias que lo conforman no depende de la de otros ordenamientos internacionales, ni debe sujetarse a que guarden compatibilidad o conformidad con ellas. Cosa bien diferente es la de que, para que este ordenamiento se acompase con el de otras esferas u organizaciones internacionales o mundiales, el legislador andino expida normas que acojan dentro de su ordenamiento principios y regulaciones idénticas o semejantes a las de aquellas...Además, el derecho comunitario andino, fuera de constituir un ordenamiento jurídico autónomo, independiente, con su propio sistema de producción, ejecución y aplicación normativa, posee los atributos, derivados de su propia naturaleza, conocidos como aplicabilidad inmediata, efecto directo y primacía²⁵.

Ahora, el Tribunal Andino también se ha referido a la relación de los países con esquemas regionales y multilaterales, y al respecto ha señalado que:

En particular, en lo que concierne al doble vínculo de los Países Miembros con el ordenamiento jurídico de la Comunidad y con el Acuerdo de Marrakech por el que se estableció la Organización Mundial del Comercio, el criterio del Tribunal ha sido que:
La circunstancia de que los Países Miembros de la Comunidad Andina pertenezcan a su vez a la Organización Mundial del Comercio no los

24 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 1-IP-96 (Interpretación prejudicial).

25 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencias 89-AI-2000 (acción de incumplimiento), 10 AN 2000 y 61 AN 2000 (Acción de nulidad).

exime de obedecer las normas comunitarias andinas so pretexto de que se está cumpliendo con las de dicha organización o que se pretende cumplir con los compromisos adquiridos con ella²⁶.

En este pronunciamiento del Tribunal como en el anterior, se nota un doble enfoque sobre el ordenamiento comunitario andino, si bien el Tribunal sostiene la autonomía de las normas andinas al indicar que no depende de la de otros ordenamientos internacionales, ni debe sujetarse a que guarden compatibilidad o conformidad con ellas. Sin embargo en líneas siguientes, no deja de reconocer que las normas comunitarias andinas podrían estar inspiradas en el ordenamiento jurídico internacional.

Sobre la labor interpretativa de las normas andinas por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es menester señalar que se puede desarrollar a través de un mecanismo que se conoce como la interpretación prejudicial²⁷ del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, para garantizar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros. Este es un proceso en el que hay un principio de colaboración entre el Juez comunitario y los jueces nacionales. En ese orden, los jueces nacionales de los países andinos pueden solicitar la interpretación al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de las normas comunitarias que estén conociendo dentro de un proceso nacional. El propósito que se busca es obtener uniformidad en la interpretación de dichas normas en los Países Miembros.

2.3. Sobre las restricciones y gravámenes al comercio

La Secretaría General de la CAN tiene competencia para efectuar las investigaciones para determinar si la medida aplicada unilateralmente por un País Miembro de la Comunidad Andina, constituye un gravamen o restricción al comercio intrasubregional²⁸. Esta investigación puede impulsarse a solicitud de un País Miembro, de un particular interesado, o de oficio²⁹.

Cuando se presume la aplicación de una medida restrictiva al comercio intracomunitario andino, la Secretaría General deberá

²⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 7-AI-98 (acción de incumplimiento), de 21 de julio de 1999.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Vale destacar que por gravamen se entiende a: Los derechos aduaneros y cualesquier otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones. No quedarán comprendidos en este concepto las tasas y recargos análogos cuando correspondan al costo aproximado de los servicios prestados. Mientras que por restricciones de todo orden, se refiere a cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral. Véase en: Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.

²⁹ Artículo 74 del Acuerdo de Cartagena, y artículo 46 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

realizar una investigación en el marco del procedimiento administrativo andino, donde intervendrán las partes involucradas y presentarán sus argumentos, y si como resultado de la misma, la Secretaría General considerare que la medida aplicada por un País Miembro cae en los supuestos de restricción o gravamen, deberá emitir un pronunciamiento a través de una Resolución, con la exposición de los motivos por los cuales la medida constituye un gravamen o restricción al comercio, y dependiendo de la gravedad o urgencia del caso deberá otorgar un plazo al País Miembro imputado -no mayor a un mes- para que retire la medida considerada infractora³⁰.

La infracción al Programa de Liberación acordado en el Acuerdo de Cartagena es sancionado, en la medida que es uno de los objetivos básicos de ese proyecto de integración, a tal punto que el propio Acuerdo dispone que: Los Países Miembros se abstendrán de aplicar gravámenes y de introducir restricciones de todo orden a las importaciones de bienes originarios de la Subregión³¹.

3. SOBRE LAS SALVAGUARDIAS

El Acuerdo de Cartagena contempla la posibilidad de que los Países Miembros de la CAN puedan adoptar las salvaguardias intracomunitarias, es decir, aquellas medidas aplicables por un País Miembro que tienen como efecto la restricción temporal autorizada de las importaciones originarias de otro País Miembro, bajo determinados supuestos y de manera provisional. Toda vez que, el principio general es la libre circulación de mercancías, no obstante, las salvaguardias son mecanismos que los acuerdos comerciales prevén en caso de urgencia, de forma tal de que la restricción que se imponga esté regulada y no dejarlo al arbitrio unilateral del país, bajo la creencia de que de esa forma se podría evitar males mayores.

Cabe señalar que las salvaguardias intracomunitarias³² previstas en el Acuerdo de Cartagena pueden ser de diferentes modalidades, como son: la salvaguardia por balanza de pagos (artículo 95), aquella derivada del cumplimiento del Programa de Liberación (artículo 96), la salvaguardia propiamente dicha aplicable a productos específicos (artículo 97), la salvaguardia por devaluación monetaria (artículo 98).

De los tipos de salvaguardias andinas mencionadas, aquí se pone el acento en la salvaguardia para productos específicos prevista en el artículo 97³³ del Acuerdo de Cartagena debido a varias razones, por

30 Artículo 55 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la CAN.

31 Artículo 77 del Acuerdo de Cartagena.

32 Capítulo XI del Acuerdo de Cartagena.

33 Dicho artículo dispone que:

Cuando ocurran importaciones de productos originarios de la Subregión, en cantidades

una parte, está vinculada al examen que se propone hacer a partir de la doctrina desarrollada por la Secretaría General y la jurisprudencia andina en esta materia, y por otra parte, las medidas que han aplicado los Países Miembros al comercio intracomunitario se concentran mayormente en ese tipo de salvaguardia³⁴.

Por consiguiente, los casos que se proponen para ser examinados, surgen por la aplicación de una medida de salvaguardia multilateral estipulada en el Acuerdo sobre Salvaguardias de la Organización Mundial del Comercio (OMC), por parte de un País Miembro (Ecuador) dirigida en el primer caso, a las importaciones de cerámica plana y en el segundo caso, a los pisos de madera provenientes de todos los países, incluidos los andinos.

Los grupos regionales o multilaterales, contemplan la posibilidad de que los países que puedan aplicar de forma temporal y bajo ciertos supuestos justificados y regulados, medidas de carácter restrictivo al comercio, como por ejemplo, las medidas de salvaguardia, que serán objeto de análisis en este trabajo³⁵.

o en condiciones tales que causen perturbaciones en la producción nacional de productos específicos de un País Miembro, éste podrá aplicar medidas correctivas, no discriminatorias, de carácter provisional, sujetas al posterior pronunciamiento de la Secretaría General.

El País Miembro que aplique las medidas correctivas, en un plazo no mayor de sesenta días, deberá comunicarlas a la Secretaría General y presentar un informe sobre los motivos en que fundamenta su aplicación. La Secretaría General, dentro de un plazo de sesenta días siguientes a la fecha de recepción del mencionado informe, verificará la perturbación y el origen de las importaciones causantes de la misma y emitirá su pronunciamiento, ya sea para suspender, modificar o autorizar dichas medidas, las que solamente podrán aplicarse a los productos del País Miembro donde se hubiere originado la perturbación. Las medidas correctivas que se apliquen deberán garantizar el acceso de un volumen de comercio no inferior al promedio de los tres últimos años.

34 Véase documento: “Modificación de los mecanismos de salvaguardia que afectan al comercio intracomunitario”, *SG/dt 297*, 13 de junio de 2005, en: <www.comunidadandina.org> [consultado 14/03/2016].

En cuanto a otros mecanismos previstos en el Acuerdo de Cartagena, que no han sido invocados en los últimos años, podemos mencionar el Artículo 96, el cual se incluyó en el Acuerdo de Cartagena para atender situaciones de perjuicios ocasionados por el incremento de importaciones provenientes de los Países Miembros durante el Programa de Liberación (periodo de desgravación arancelaria). La conformación de la Zona de Libre Comercio Andina desde 1993, hace inaplicable esta salvaguardia.

Otro mecanismo que ha dejado de invocarse es el que se refiere a medidas para corregir desequilibrios en la balanza de pagos (Artículo 95 del Acuerdo de Cartagena). Para este mecanismo la normativa andina señala que el País Miembro que adopte medidas de este tipo, podrá extenderlas a los socios andinos previa autorización de la Secretaría General. Esta condición de autorización para la extensión de la medida, aunada al hecho que los países, rara o ninguna vez han recurrido a medidas de alivio comercial de tipo general para corregir desequilibrios de balanzas de pagos, ha hecho estricta e inaplicable esta salvaguardia en el ámbito intracomunitario. p.4.

Según el estudio de la Secretaría General, entre 1990 a mayo de 2005, las solicitudes realizadas por los Países Miembros se concentran en el mecanismo para productos específicos previsto en el Artículo 97 del Acuerdo de Cartagena (68 por ciento de las solicitudes) *Ibidem*.

35 Véase por ejemplo, en el caso de la integración regional andina, el Capítulo XI del Acuerdo de Cartagena, que contiene las Cláusulas de Salvaguardia; y por otra parte, en el caso del sistema multilateral del comercio, el Acuerdo sobre Salvaguardias de la Organización

Ahora bien, como se ha explicado, ocurre que los países pueden formar parte de un acuerdo regional de integración y de un acuerdo multilateral como la OMC, en ese sentido, dispondrían del acceso a dos mecanismos de salvaguardias, por un parte, la salvaguardia regional, y por otra parte, la salvaguardia de la OMC, ambas medidas reguladas por normas propias y con un alcance dirigido a sus miembros.

Es preciso advertir que el Tribunal Andino de Justicia ha señalado que las medidas de salvaguardia constituyen un remedio extremo que sólo se permite por vía de excepción, como defensa necesaria, aunque transitoria, de los países comprometidos en el proceso de integración, ante trastornos graves e imprevistos³⁶. Por su parte, el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio ha expresado que las medidas de salvaguardias son medidas correctivas de carácter extraordinario que sólo pueden adoptarse en situaciones de urgencia³⁷.

Como puede observarse, ambas instancias coinciden en reconocer el carácter excepcional de estas medidas, que estarían permitidas ante situaciones graves o de urgencia, y a través de ellas se buscaría entonces, proveer una protección temporal a la rama de la producción nacional afectada.

En el razonamiento que plantea el Tribunal Andino para justificar las salvaguardias, subsiste la preocupación que:

De no existir esta previsión, llevarían presumiblemente a una situación insostenible para el país afectado, con la lógica consecuencia de incumplimientos forzosos e inevitables del programa de liberación, o aun de francos rompimientos del propio acuerdo, que sin duda afectaría más seriamente el proceso de integración que el uso regulado y controlado de la salvaguardia, la que actúa así, como un medio para evitar males mayores³⁸.

Esto es, se pretende corregir un desequilibrio con la aplicación temporal de una salvaguardia comercial regulada por el propio organismo comunitario, de forma de garantizar que no se cometan excesos que puedan afectar la libertad de comercio entre los Países Miembros, que es el fin último que debe prevalecer. En ese orden, el Tribunal Andino señala que:

Mundial del Comercio. En ese orden, vale señalar que en el modelo andino, en materia de comercio de bienes, los países miembros disponen de la posibilidad de aplicar medidas de salvaguardia contenidas en el Acuerdo de Cartagena, para el comercio andino, son las llamadas salvaguardias intracomunitarias. *Ibidem*.

36 Sentencia de 10 de junio de 1987, proceso 1-N-86, p.69.

37 Ver por ejemplo: "Medidas de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos de carbono soldados de sección circular procedentes de Corea", *WT/DS202/R*, 15 de febrero de 2002, párrafo 80. En: <<https://www.wto.org/>> [consultado 23/04/2016].

38 En sentencia del Tribunal de Justicia Andino de 10 de junio de 1987, proceso 1-N-86 (acción de nulidad).

Debe evitarse que estas situaciones excepcionales hagan imposible el proceso de integración, o que lo interrumpan o retrasen más allá de lo estrictamente necesario. La debida conciliación de estos intereses, los del país afectado y los de la integración, habrá de ser entonces criterio básico para la interpretación y aplicación de las normas del Acuerdo³⁹.

Por su parte en el espacio multilateral, la salvaguardia consiste en un mecanismo mediante el cual, un miembro de la Organización Mundial del Comercio puede restringir de forma temporal las importaciones de un producto, si las importaciones de ese producto han aumentado en tal cantidad que, causan o amenazan causar daño a una rama de producción nacional⁴⁰.

De lo expuesto anteriormente se desprenden las características de las medidas de salvaguardia, a saber: a) carácter extraordinario; y b) su aplicación temporal. Un país como miembro de ambos esquemas de comercio, podría interpretar que puede escoger entre una u otra medida, y aplicarla al comercio que considere afectado. Pero como se mostrará, esa doble regulación en la materia descrita, así como, la vinculación de los países a un acuerdo de integración y a un acuerdo multilateral de comercio, ha dado lugar a que surja una interpretación del derecho comunitario andino, sobre el alcance de la aplicación de las normas regionales y multilaterales en materia de salvaguardias a los países de la Comunidad Andina.

4. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA ANDINA: ANÁLISIS DE CASOS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LA MEDIDA DE SALVAGUARDIA REGIONAL ANDINA Y LA SALVAGUARDIA MULTILATERAL DE LA OMC

En este apartado se expondrán los principales aspectos de dos controversias suscitadas entre Países Miembros de la Comunidad Andina donde se debatía sobre la aplicabilidad de una norma regional andina en materia de salvaguardia comercial, prevista en el Acuerdo de Cartagena y, por otra parte, sobre una norma multilateral de la Organización Mundial del Comercio, como es el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC.

El primer planteamiento se inició en la Secretaría General de la Comunidad Andina, con una investigación que tuvo por objeto determinar la posible aplicación de gravámenes por parte de Ecuador a las importaciones de un producto, cerámica plana (subpartidas NANDINA 6908.90.00 y 6907.90.00), originarias de Países Miembros de la Comunidad Andina.

Ecuador adoptó dos Resoluciones, primero, la Resolución 205 del

39 *Ibidem*.

40 Véase Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC, artículo 2.

Consejo de Comercio Exterior e Inversiones del Ecuador (COMEXI), publicada en el Registro Oficial del Ecuador 159 de 1 de septiembre de 2003, con el objetivo de:

Artículo 1.- Aplicar una medida de salvaguardia provisional, consistente en un derecho adicional del 15 por ciento ad-valórem, al arancel nacional vigente, que al momento es del 15 por ciento, para las importaciones de cerámica plana clasificadas en la subpartida NANDINA 6908.90.00 del arancel nacional, provenientes de todos los países; es decir un total del 30 por ciento, de conformidad con lo que establece el artículo 6 del Acuerdo sobre Salvaguardias de la Organización Mundial del Comercio⁴¹ y el artículo 322 del texto unificado de Legislación del MICIP.

Posteriormente, Ecuador emitió la Resolución 232 del COMEXI, publicada en el Registro oficial 273 de 13 de febrero de 2004, mediante la cual decidió:

Artículo 1.- Aplicar una medida de salvaguardia definitiva, por un período de dieciocho meses calendario, consistente en el establecimiento de un derecho específico adicional al arancel vigente para las importaciones de cerámica plana, clasificadas en las subpartidas NANDINA 6908.90.00 y 6907.90.00 del Arancel Nacional, provenientes de todos los países, de conformidad con lo que establecen los artículos 3.1 y 5.1 del Acuerdo sobre Salvaguardias de la Organización Mundial del Comercio⁴²; y los

41 Véase artículo 6: Medidas de salvaguardia provisionales: En circunstancias críticas, en las que cualquier demora entrañaría un perjuicio difícilmente reparable, un Miembro podrá adoptar una medida de salvaguardia provisional en virtud de una determinación preliminar de la existencia de pruebas claras de que el aumento de las importaciones ha causado o amenaza causar un daño grave. La duración de la medida provisional no excederá de 200 días, y durante ese período se cumplirán las prescripciones pertinentes de los artículos 2 a 7 y 12. Las medidas de esa índole deberán adoptar la forma de incrementos de los aranceles, que se reembolsarán con prontitud si en la investigación posterior a que se refiere el párrafo 2 del artículo 4 no se determina que el aumento de las importaciones ha causado o amenazado causar un daño grave a una rama de producción nacional. Se computará como parte del período inicial y de las prórrogas del mismo a que se hace referencia en los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 7 la duración de esas medidas provisionales.

42 Véase Acuerdo sobre Salvaguardias, OMC: Artículo 3: Investigación: 1. Un Miembro sólo podrá aplicar una medida de salvaguardia después de una investigación realizada por las autoridades competentes de ese Miembro con arreglo a un procedimiento previamente establecido y hecho público en consonancia con el artículo X del GATT de 1994. Dicha investigación comportará un aviso público razonable a todas las partes interesadas, así como audiencias públicas u otros medios apropiados en que los importadores, exportadores y demás partes interesadas puedan presentar pruebas y exponer sus opiniones y tengan la oportunidad de responder a las comunicaciones de otras partes y de presentar sus opiniones, entre otras cosas, sobre si la aplicación de la medida de salvaguardia sería o no de interés público. Las autoridades competentes publicarán un informe en el que se enuncien las constataciones y las conclusiones fundamentadas a que hayan llegado sobre todas las cuestiones pertinentes de hecho y de derecho.

Artículo 5: Aplicación de medidas de salvaguardia:

1. Un Miembro sólo aplicará medidas de salvaguardia en la medida necesaria para prevenir

artículos 318 y 326 del Texto Unificado de Legislación del MICIP.

La Resolución 232 del Ecuador dispuso que:

Artículo 5.- Excluir de la medida de salvaguardia definitiva a los países en desarrollo que, de conformidad con lo que establece el artículo 9.1 del Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC⁴³, registren importaciones inferiores al 3 por ciento del total de importaciones anuales, a condición de que el porcentaje de esos países no represente, en conjunto, más del 9 por ciento de las importaciones totales. Los países en desarrollo que al momento registran importaciones y cumplen con la condición señalada en el párrafo anterior son: Venezuela, Emiratos Árabes Unidos, Indonesia, Corea del Sur, Hong Kong, Malasia, India, Chile, Argentina, México y Viet Nam.

Sobre la prohibición de discriminar, Ecuador sostenía que, según el artículo 2.2 del Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC, las medidas de salvaguardia se aplicarán al producto importado independientemente de la fuente de donde proceda⁴⁴. En ese sentido, proseguían con el argumento que discriminar el origen de los productos, excluyendo de la aplicación de la salvaguardia a los productos originarios de la Comunidad Andina de Naciones, significaría poner en riesgo la validez del proceso y la validez de las medidas ante la Organización Mundial del Comercio⁴⁵. Por su parte, la Secretaría General de la Comunidad Andina observó que las normas de la OMC permiten a los Países Miembros de Acuerdos Regionales de Comercio excluir entre ellos la aplicación de medidas de salvaguardia previstas en las normas de la OMC⁴⁶.

Como parte en el proceso, Colombia sostuvo a semejanza de lo expuesto por la Secretaría General, que las salvaguardias aplicables al comercio entre los miembros de la CAN, se rigen por el Acuerdo de Cartagena y demás reglamentaciones de su ordenamiento jurídico⁴⁷.

o reparar el daño grave y facilitar el reajuste. Si se utiliza una restricción cuantitativa, esta medida no reducirá la cuantía de las importaciones por debajo del nivel de un período reciente, que será el promedio de las importaciones realizadas en los tres últimos años representativos sobre los cuales se disponga de estadísticas, a menos que se dé una justificación clara de la necesidad de fijar un nivel diferente para prevenir o reparar el daño grave. Los Miembros deberán elegir las medidas más adecuadas para el logro de estos objetivos.

43 Artículo 9: Países en desarrollo Miembros:

1. No se aplicarán medidas de salvaguardia contra un producto originario de un país en desarrollo Miembro cuando la parte que corresponda a éste en las importaciones realizadas por el Miembro importador del producto considerado no exceda del 3 por ciento, a condición de que los países en desarrollo Miembros con una participación en las importaciones menor del 3 por ciento no representen en conjunto más del 9 por ciento de las importaciones totales del producto en cuestión.

44 En la Resolución 838 de la Secretaría General, de 16 de julio de 2004. En: <www.comunidadandina.org/normativa/> [consultado 12/05/2016].

45 *Ibidem*.

46 *Ibidem*.

47 *Ibidem*.

La adopción de las medidas señaladas por Ecuador motivó el inicio de una investigación en la Secretaría General por posible aplicación de gravamen al comercio andino, con base en el artículo 30 literal a) y el Capítulo VI del Acuerdo de Cartagena sobre el Programa de Liberación, y el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General, y concluyó que las medidas exigidas por Ecuador -derechos ad valorem y derechos específicos- a las importaciones de cerámica plana provenientes de los Países Miembros de la Comunidad Andina, a través de las Resoluciones 205 y 232 del Consejo de Comercio Exterior e Inversiones del Ecuador, constituían un gravamen al comercio intrasubregional andino⁴⁸.

Ante el argumento de Ecuador en el sentido de poder aplicar las medidas de salvaguardia del Acuerdo sobre Salvaguardias, a todos los países, incluso a los Países Miembros de la Comunidad Andina⁴⁹, la Secretaría General se pronunció sobre la relación entre las salvaguardias de la OMC y la prohibición de aplicar gravámenes al comercio intracomunitario, y sostuvo, con base en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que:

La circunstancia de que los Países Miembros de la Comunidad Andina pertenezcan a su vez a la Organización Mundial de Comercio no los exime de obedecer las normas comunitarias andinas so pretexto de que se está cumpliendo con las de dicha organización o que se pretende cumplir con los compromisos adquiridos con ella⁵⁰.

La Secretaría General de la Comunidad Andina también señaló que el artículo XIX del GATT y el Acuerdo de Salvaguardias de la OMC no imponen a sus Miembros una obligación de aplicar medidas de salvaguardia. Esta es una facultad que disponen los Miembros de la OMC, cuyo ejercicio no justifica la adopción de medidas incompatibles con otros compromisos que aquellos hubieran asumido en el marco de acuerdos regionales⁵¹.

Según lo expresado por la Secretaría General, entonces, los Países Miembros de la Comunidad Andina sólo habrían podido aplicar gravámenes al comercio intracomunitario, amparándose en las normas

48 Véase la Resolución 814 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, de 7 de abril de 2004, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1052 de 12 de abril del mismo año. En dicha Resolución, la Secretaría General, otorgó a Ecuador un plazo de diez días calendario para el levantamiento del gravamen a las importaciones andinas correspondientes. Esta Resolución está disponible en la página web de la Comunidad Andina: <www.comunidadandina.org/normativa/> [14/05/2016] seleccionar Resolución 814.

49 Cabe destacar que Ecuador excluyó a Venezuela de la aplicación de la salvaguardia con fundamento en el artículo 9.1 del Acuerdo sobre Salvaguardias.

50 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 21 de julio de 1999, en el proceso 7-AI-98.

51 *Ibidem*. Resolución 814.

de la OMC, si el Acuerdo de Cartagena expresamente hubiera previsto esa posibilidad⁵². Y en ese sentido de argumentación de la Comunidad Andina, las medidas de salvaguardia al comercio intracomunitario andino aplicables por los andinos serían las pautadas en el Acuerdo de Cartagena, en su Capítulo XI⁵³.

El criterio expuesto fue ratificado posteriormente por dicho órgano comunitario en la Resolución 838⁵⁴ de 16 de julio de 2004, que declaró sin lugar el recurso de reconsideración interpuesto por Ecuador contra la Resolución 814 del 7 de abril de 2004.

Es preciso señalar que con ocasión del pronunciamiento de la Secretaría General de la Comunidad Andina, en la fase administrativa (pre contenciosa)⁵⁵, Ecuador acató lo dispuesto por dicho órgano comunitario⁵⁶, y procedió a levantar la medida de salvaguardia examinada, pero sólo a las importaciones de los países de la Comunidad Andina.

En el segundo planteamiento que se expondrá a continuación, la Secretaría General de la CAN ratificó la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CAN desarrollada en el caso precedentemente expuesto, y sentó su posición en la Resolución 1796 del 24 de julio de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N°2538 de la misma fecha.

En esta oportunidad, la Secretaría General resolvió la solicitud presentada por Perú, mediante el Oficio N° 26-2015-MINCETUR/VMCE, del 21 de enero de 2015, para que se calificara como gravamen a la medida de salvaguardia provisional aplicada por Ecuador mediante la Resolución 001-2014, a través del procedimiento de investigación por salvaguardias iniciada en el marco de la OMC, por el gobierno del Ecuador mediante Resolución 0262014 del COMEX.

En el petitorio Perú exigía a Ecuador levantar la medida de salvaguardia provisional impuesta a los productos de las subpartidas arancelarias NANDINA 44091010 (tablillas y frisos para parqués, sin ensamblar);

52 *Ibidem*.

53 El Acuerdo de Cartagena no establece la posibilidad de que los países Miembros apliquen otro tipo de medidas de salvaguardia, diferentes a las previstas en el Acuerdo. Por lo que cualquier aplicación de medidas de salvaguardia al comercio intracomunitario se regirá bajo lo dispuesto en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, en: Resolución 838 de la Secretaría General.

54 La Secretaría General de la Comunidad Andina, señaló en la Resolución 838, que el recurso de reconsideración interpuesto por los recurrentes no desvirtuaron los criterios expuestos precedentemente, y declaró sin lugar el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución 814 de la Secretaría General.

55 Contenidas en las Resoluciones 814 y 838.

56 Puede revisarse: el documento: "Examen de políticas comerciales", *WT/TPR/S/148*, p.87 en: <www.mmrree.gov.ec/mre/documentos/pol_internacional/multilateral/OMC/> [8/04/2016]; véase también: <<http://www.aduana.gov.ec/>>, Boletín de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, de 14 de mayo de 2004. El estado de cumplimiento de la norma andina por parte de Ecuador puede verificarse en: Informe de la Secretaría General sobre cumplimiento de compromisos y solución de controversias de 26 de enero de 2006. SG/di 776, en: <<http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/>> [8/04/2016].

44091020 (madera moldurada); 44091090 (las demás); 44092100 (de bambú); 4409291 (tablillas y frisos para parqués, sin ensamblar); 44092920 (madera moldurada); 44092990 (las demás), especificadas en el Oficio N° 84-2015-MINCETUR/VMCE del 6 de marzo de 2015.

La Secretaría General de la Comunidad Andina admitió el 7 de mayo de 2015, la solicitud sobre calificación como gravamen de la salvaguardia OMC aplicada a los pisos de madera y de bambú y sus accesorios por parte del Ecuador a los países andinos, dando inicio al procedimiento de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49, 50 y 51 de la Decisión 425.

Ahora bien, al respecto, Ecuador solicitó que el caso se archivara debido a que mediante Resolución 022-2015 del COMEX, en vigencia desde el 23 de mayo de 2015:

Se adoptó una medida de salvaguardia definitiva en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), a las importaciones de pisos de madera y de bambú y a sus accesorios, resultando excluida la República del Perú, entre otros países en desarrollo, ya que sus importaciones alcanzaron el nivel de minimis establecido en el artículo 9 del Acuerdo de Salvaguardias de la OMC.

La medida consistía en una sobretasa arancelaria adicional, no discriminatoria, al arancel general, a productos clasificados en las subpartidas arancelarias mencionadas. Pero, Ecuador alegaba que no existía, desde el 23 de mayo de 2015, la supuesta restricción alegada por Perú.

Sin embargo, cabe observar que la solicitud de Perú buscaba la calificación de gravamen de la medida (salvaguardia provisional) aplicada por Ecuador mediante la Resolución 001-2014 del Ministerio de Comercio Exterior, en los siguientes términos:

Se debe determinar la exclusión del Perú de la investigación iniciada por Ecuador bajo la normativa de la OMC, dado que un País Miembro de la CAN solo puede imponer medidas de salvaguardia a las importaciones originarias de los demás Países Miembros en estricta observancia de la normativa comunitaria sobre la materia, no pudiendo aplicar para tal efecto la normativa de la OMC. Si una misma materia está regulada en la CAN y en la OMC, los Países Miembros comunitarios deben aplicar la norma emitida por sus respectivas organizaciones para sus relaciones intracomunitarias.

Se debe disponer que Ecuador levante la medida impuesta el 23 de octubre de 2014, contra las importaciones de origen peruano de pisos de madera y de bambú, por devenir en irregular, al no haber efectuado la notificación correspondiente ni presentada el informe que la justifique a la SGCAN.

Según lo expuesto, si bien es cierto que, durante el procedimiento administrativo iniciado en la Secretaría General de la Comunidad Andina, la medida (salvaguardia provisional) aplicada por Ecuador mediante la Resolución 001-2014 del Ministerio de Comercio Exterior, dejó de aplicarse a partir del 23 de mayo de 2015, y también que, dicha medida se transformó en definitiva, según la Resolución N° 022-2015 del COMEX, y excluyó de su aplicación a diversos países, entre los que se encuentra Perú. Sin embargo, la Secretaría General de la CAN observó que en el lapso comprendido entre la fecha de aplicación de la medida reclamada (provisional) y su derogatoria, se cobró una sobretasa al arancel general vigente de USD 1.50 por kilogramo importado independientemente del origen, a las importaciones de productos clasificados en las subpartidas arancelarias NANDINA señaladas mediante la Resolución 001-2014 del Ministerio de Comercio Exterior del Ecuador.

Por lo cual, la Secretaría General de la CAN advirtió en la Resolución 1796 que la aplicación de esa medida no autorizada la convierte en una medida de facto y, por ende, en un gravamen a la luz de lo dispuesto en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena. A su vez, la Secretaría General consideró en dicha Resolución que:

Lo solicitado por el gobierno del Perú referido a que se califique como gravamen, se levante la medida dispuesta mediante la Resolución 001-2014 del Ministerio de Comercio Exterior y se le excluya del procedimiento de investigación por salvaguardias iniciada en el marco de la OMC, por el gobierno del Ecuador mediante Resolución 026-2014 del COMEX, se encuentra cumplido con lo dispuesto en la Resolución N° 022-2015 del COMEX, por lo que en aplicación de los principios de economía procesal y eficacia de los procedimientos, señalados en el artículo 5 de la Decisión 425; corresponde dar por terminado el presente trámite por sustracción de materia.

En este caso, la Secretaría General fue consecuente con la jurisprudencia comunitaria andina y recordó la obligación de los Países Miembros de cumplir lo señalado en el Capítulo IX de Acuerdo de Cartagena y en particular su artículo 97, que ordena que las medidas correctivas deben comunicarse a la Secretaría General y justificarse ante ella, con la finalidad de que ésta verifique su procedencia y suspenderla, modificarla o autorizarla. El cumplimiento de esas obligaciones es independiente de cualquier actuación que los Países Miembros realicen en cualquier otro foro, incluso el multilateral.

En ese orden de ideas, no podría justificarse el patrocinio de medidas de salvaguardia como la analizada. Por consiguiente, la Secretaría General de la CAN ratificó en la Resolución 1796 que:

Ello sería ni más ni menos que negar la supremacía del ordenamiento comunitario andino que como se ha dicho es preponderante no sólo respecto

de los ordenamientos jurídicos internos de los Países Miembros sino de los otros ordenamientos jurídicos internacionales a que éstos pertenezcan. Al respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha dejado claramente expresada la naturaleza del principio de supremacía del derecho comunitario⁵⁷.

CONCLUSIÓN

La doble vinculación de los países a normas regionales y multilaterales, es susceptible de interpretaciones de distinto alcance. Por una parte, un país andino (Ecuador) invocó en dos ocasiones, la aplicación de una medida de salvaguardia multilateral contenida en el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC, sobre las importaciones de todos los países, eso incluía a países andinos. Por otra parte, la argumentación de la instancia pre contenciosa andina a través de Secretaría General, así como la jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia, ha sido consecuente en sostener que la aplicación de medidas de salvaguardia al comercio intracomunitario se regirá bajo lo dispuesto en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, cuando se den las causales que justifiquen su adopción. Dichas medidas están sujetas a la autorización o no de la Secretaría General de la Comunidad Andina, debido a que es una competencia específica que fue atribuida por los países andinos a ese órgano comunitario, en ese sentido, también fue la interpretación de otros países andinos (Colombia y Perú).

Por otra parte, los países andinos tienen a su disposición la posibilidad de aplicar la medida de salvaguardia contenida en el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC, bajo los supuestos contemplados en dichas normas.

Es por ello que, la labor interpretativa de la Secretaría General y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ha contribuido a reafirmar la uniformidad y autonomía de las normas andinas y a salvaguardar los objetivos propuestos en el Acuerdo de Cartagena.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena). Decisión 563. Lima. 26 de junio de 2003.* [consulta 8/05/2016]. Disponible en: <<http://www.comunidadandina.org/normativa/>>

COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Decisión 472. Cochabamba. 28 de mayo de 1996.* [consulta 16 /04/2016]. Disponible en: <<http://www.comunidadandina.org/normativa/>>

57 Proceso N° 01-AI-2001

COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina. Decisión 425*. Montevideo. 14 de diciembre de 1997. [consulta 12 /06/2016]. Disponible en: <<http://www.comunidadandina.org/normativa/>>

CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES. *Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Decisión 500*. Valencia. 22 de junio de 2001. [consulta 16/06/2016]. Disponible en: <<http://www.comunidadandina.org/normativa/>>

FERRER, Aldo. “Desarrollo e Integración: Desafíos y Oportunidades del MERCOSUR, Parte I y II”. *Revista Vértice*. Caracas. 2007, n° 2, p. 7-9.

KEOHANE, Robert O., NYE, Joseph. *Poder e Interdependencia*. Buenos Aires. Grupo Editor Latinoamericano. Colección Estudios Internacionales, 1988.

LEVI, Michel. “La Comunidad Andina y el referente de la Unión Europea: Una visión temporal sobre la aplicación de los modelos de integración”. *La Unión Europea y la Integración regional. Perspectivas comparadas y lecciones para las Américas*, Buenos Aires: CARI, Eduntref, University of Miami, 2005, p.267-295.

MALDONADO LIRA, Héctor. *30 años de Integración andina, Balances y Perspectivas*. Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 1999.

MONSANTO, Alberto. “CAN-MERCOSUR: Esquemas institucionales comparados”. En: UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ROSARIO, CÁTEDRA INTERNACIONAL ANDRÉS BELLO (ed.). *Integración y Cooperación Atlántico Pacífico*. Rosario: Editorial Universidad Nacional de Rosario, 2002.

NARANJO Fernando. “Política Exterior e Integración. Oportunidades y Desafíos”. En: *Cuadernos Integración en América Latina*. Santiago de Chile: CEPAL/Fundación Carolina/FLACSO, 2006.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC*. [consulta 13/10/2015]. Disponible en: <<http://www.wto.org>>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Medidas de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos de carbono soldados de sección circular procedentes de Corea, WT/DS202/R, 15 de febrero de 2002, párrafo 80*. [28/04/2016]. En: <https://www.wto.org/> (23/04/2016); “Examen de políticas comerciales”, WT/TPR/S/148, p.87. Disponible en: <www.mmrree.gov.ec/mre/documentos/pol_internacional/multilateral/OMC/>

SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Resoluciones N° 814 de 7 de abril de 2004; N°838 de 16 de julio de 2004; y N°1796 de 24 de julio de 2015*. [consulta 20/11/2015]. Disponible en: <<http://www.comunidadandina.org/canprocedimientosinternet/procedimientos.aspx>>

SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Modificación de los mecanismos de salvaguardia que afectan al comercio intracomunitario*, SG/dt 297, Lima, 13 de junio de 2005. [consulta 12/04/2016]. Disponible en: <<http://www.comunidadandina.org/canprocedimientosinternet/procedimientos.aspx>>

SESELOVSKY, Ernesto, et al. “Necesidad de armonización de las políticas macroeconómicas en los procesos de integración regional”. En: UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ROSARIO, CÁTEDRA INTERNACIONAL ANDRÉS BELLO (ed.). *Integración y Cooperación Atlántico-Pacífico*. Rosario: Editorial Universidad Nacional de Rosario, 2002.

SUNKEL, Osvaldo. “Reflexiones sobre América Latina y el Caribe. Desarrollo e Integración Regional”. *Revista de la CEPAL*. 1998, número extraordinario.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Testimonio Comunitario*. CD-168. Quito. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 2004.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Sentencia 1-IP-96 (interpretación prejudicial); sentencia 2 IP 88, sentencias 7-AI-98 y 89-AI-2000 (acción de incumplimiento), sentencias 1-N-86, 10 AN 2000 y 61 AN 2000 (acción de nulidad)*. [consultas 8/11/2015 y 16/06/2016]. Disponible en: <<http://www.comunidadandina.org/canprocedimientosinternet/procedimientos.aspx>>

GLOBALIZAÇÃO DO DIREITO E OS TRIBUNAIS: O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO DIÁLOGO ORIENTADO PELA DIFERENÇA

GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO Y LOS TRIBUNALES: EL TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO DIÁLOGO ORIENTADO POR LA DIFERENCIA

*José Alberto Antunes de Miranda**
*Douglas Cunha Ribeiro***

Resumo: *Com fulcro fundamentado na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, nota-se que os problemas jurídicos globais não podem ser mais analisados numa concepção tríade de Constituição/Estado-Nação/Soberania. Diante disso, uma vez que os Tribunais possibilitam a resolução de modo mais eficiente dos problemas do Direito e uma vez que consistem no centro do sistema jurídico, a relação entre os fragmentos (ordens jurídicas) do sistema jurídico global é mais adequada através dos Tribunais (Poder Judiciário) e vem tornando-se mais comum. Há, pois, um transconstitucionalismo na atualidade, de acordo com qual se faz viável um entrelaçamento entre uma pluralidade de ordens jurídicas sem a formação de tratados internacionais e legislação estatal.*

Resumen: *Con punto de apoyo basado en la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann, se observa que los problemas jurídicos globales no pueden ser analizados en una concepción tríada de Constitución/Estado-nación / Soberanía. Ante eso, ya que los tribunales posibilitan la resolución de modo más eficiente de los problemas del Derecho y ya que consisten en el centro del sistema jurídico, la relación entre los fragmentos (ordenes jurídicas) del sistema jurídico global es más adecuada mediante los Tribunales (Poder Judicial) y es cada vez más común. Hay, así, un transconstitucionalismo en la actualidad, según lo cual se posibilita un entrelazamiento entre una pluralidad de ordenamientos jurídicos sin la formación de de tratados internacionales y legislación estatal.*

* Centro Universitário La Salle - Canoas. E-mail: antunesmiranda@hotmail.com

** Centro Universitário La Salle - Canoas. E-mail: dougcrib@gmail.com

Palavras-chave: Sistemas, Globalização, Sociedade Global, Direito Global, Fragmentação do Direito, Tribunais, Judiciário, Transconstitucionalismo
Palabras clave: Sistemas, Globalización, Sociedad Global, Derecho Global, Fragmentación del Derecho, Tribunales, Poder Judicial, Transconstitucionalismo

1. INTRODUÇÃO

Os Tribunais (Judiciário) constituem-se em organizações, as quais possibilitam a resolução de problemas do Direito de forma mais eficiente, ao custo de redefini-los e especificá-los. Portanto, ver-se-á que o Direito constitui entorno sob a observação dos Tribunais (e vice-versa sob a observação do Direito); entretanto, a partir da referência da observação do Direito, os Tribunais são reputados o centro do sistema jurídico, de tal modo que – ao auxiliar na solução de seu problema – os Tribunais somente produzem operações filtradas, ou seja, são o coração do fechamento operativo do sistema jurídico.

O presente artigo, fundamentalmente com base na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, busca analisar como o Direito está adequando-se à globalização, a qual impôs uma nova ordem. Os problemas atuais do Direito não são mais resolvidos apenas com uma análise na tríade Constituição/Estado-Nação/Soberania. Assim, é possível falar-se de um sistema jurídico global, embora fragmentado, sendo improvável sua unidade.

Ao fim, pretende-se demonstrar a existência de um modelo que vem enfrentando os problemas jurídicos globais, qual seja, o transconstitucionalismo. Com efeito, trata-se de um entrelaçamento entre uma pluralidade de ordens jurídicas na sociedade global sem que haja necessidade da formação de tratados internacionais e legislação estatal. O transconstitucionalismo define-se pela relação entre diversas ordens jurídicas distintas através seus centros (o Judiciário), ou seja, entrelaçamento entre ordens jurídicas estatais diferentes a partir diretamente dos Tribunais, por exemplo.

2. GLOBALIZAÇÃO DO DIREITO E SUA FRAGMENTAÇÃO

Ao evocar a palavra globalização, nada é propriamente claro; entretanto, ao menos, vê-se que uma nova ordem se impôs. Trata-se de uma ordem a princípio desconcertante, de tal modo que os Estados soberanos são, continuamente, incapazes de controlar suas economias, seus mercados e suas moedas. Os direitos nacionais não protegem mais os cidadãos como antes, ressaltando-se uma multiplicação de códigos

privados e/ou comportamentos¹.

Diante disso, lançam-se críticas à razão jurídica que concebe o Estado como único senhor da ordem, que, mediante a edição de normas jurídicas, ele instaura e impõe no interior de suas fronteiras territoriais e nas suas relações com outros Estados através de tratados internacionais. Ocorre que a sociedade possui uma nova racionalidade, exigindo-se uma nova razão jurídica².

Nos termos da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann³, a sociedade é o conceito social mais abrangente e inclui todo o social. Por consequência, não existe nenhum *entorno social* da sociedade. O elemento que constitui a sociedade não se encontra, portanto, senão na sociedade. Tal elemento é a comunicação. Com isso, chega-se à conclusão de que tudo o que é comunicação é sociedade⁴.

A sociedade, então, é (re) constituída por comunicação. Seu elemento indivisível⁵ é a comunicação. A partir dela, a sociedade autorreproduz-se e diferencia-se⁶. A comunicação é a única operação genuinamente social⁷, por mais escandalosa que essa afirmação possa soar aos ouvidos daqueles que refutam a radicalidade luhmanniana⁸. Assim, para Luhmann, a sociedade é um sistema social abrangente. Em um sistema da sociedade global, a sociedade abrange tudo o que é comunicação, quer dizer, o que não é comunicação não é sociedade.

Os meios de difusão da comunicação – que transformam em provável o fato improvável de que a comunicação alcance a destinatários não presentes (como televisão e internet) – revelam uma sociedade que se reconhece como um grande sistema global. Além disso, vê-se a sociedade como global tendo em vista sua forma de diferenciação, isso porque a sociedade é funcionalmente diferenciada⁹: a economia, a arte, os meios de comunicação em massa, o direito, a política possuem cada qual uma função específica na sociedade. Em a sociedade se diferenciando funcionalmente, os limites de seus subsistemas não são físicos, mas sim são limites de sentido¹⁰.

1 ARNAUD, 2005, p. 01.

2 ARNAUD, 2007, p. 07.

3 LUHMANN, 1991.

4 *Ibid.*, 408 e segs.

5 “La comunicación es la unidad más pequeña posible de um sistema social; es decir, es aquella unidad a la cual la comunicación todavía reacciona con comunicación” (Luhmann, 2007, p. 58).

6 “Além disso, sem comunicação não se pode pensar em sociedade. E ainda, somente pela sociedade será possível estabelecer comunicação. A sociedade é, pois, um sistema fechado, composto unicamente de comunicações entre pessoas. É unicamente a comunicação que diferencia a sociedade de seu entorno e, logo, dos demais sistemas. Isso se deve ao fato de ela produzir comunicação pela comunicação, e, também, graças à sua operação recursivamente fechada, estabelecer limites”. ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, 2005, p. 71.

7 *Ibid.*, p. 58.

8 SCHWARTZ, 2014, p. 112.

9 ROCHA; SCHWARTZ; CLAM. Op. cit., 73 e segs.

10 AMADO, 2004, p. 308-311.

A noção de fronteira está esvaecendo-se na atual sociedade. Em verdade, diz Arnaud, há uma porosidade das fronteiras: “A noção de ‘fronteira’, e o que está sendo chamado, após a publicação do Relatório da Comissão sobre a Governança Global, de ‘porosidade das fronteiras’ é o que, na verdade, transparece por detrás de todos esses questionamentos”¹¹.

Luhmann menciona o primado da diferenciação funcional, ou seja, para determinado sistema – e apenas para ele –, sua função goza de prioridade diante de todas as demais funções; é assim respectivamente para cada outro sistema¹². Por exemplo, o êxito político é o mais importante de tudo para o sistema político, sendo que, para o sistema político, uma econômica exitosa é importante somente como condição para os êxitos do sistema político, isto é, para seu próprio sistema.

Outrossim, afora orientarem-se por suas funções, os sistemas funcionais necessitam de outra forma de orientação: um código binário¹³. A partir disso, o Direito reconstrói¹⁴ autorreferencialmente o sentido de seu entorno com base na unidade da diferença *lícito/ilícito* (código binário); trata-se, pois, da juridicização, i.e., as informações do entorno são juridicamente relevantes quando introduzidas na recursividade do Direito e submetidas ao seu processamento interno¹⁵.

Diferenciando-se funcionalmente os sistemas, cada sistema parcial possui um código binário, de modo que, em se trocando de código, se estará diante de outro sistema: *lícito/ilícito* para o sistema jurídico; governo/oposição para o sistema político etc. Por conseguinte, cada código realiza, ao mesmo tempo, um valor de rechaço face a todos os demais códigos¹⁶, de modo que o código binário possibilita uma maneira altamente especificada de aumentar, normalizar e contextualizar o comportamento diante do risco e a complexidade, isto é, no Direito, o fato será lícito ou ilícito. Nesse contexto, na sociedade funcionalmente diferenciada, um grande número de códigos binários se diferencia, e suas interferências são tratadas como *casualidades*, é dizer, a opção pelo valor positivo de um código por um determinado sistema (*pagamento*, p.ex.) não garante a opção do valor positivo dos demais sistemas (verdade, p.ex.): “O reconhecimento de algo que é cientificamente verdade não será necessariamente aplicável de forma lucrativa (...). Quem obtenha a razão perante um Tribunal pode estar enfermo. Boas notas curriculares

11 ARNAUD, 2007. Op. cit., p. 16.

12 LUHMANN, 2007, p. 592.

13 *Ibid.*, Op. cit., p. 593.

14 “(...) que envolve uma certa desconstrução do outro e uma autodesconstrução: tanto conteúdos do ‘outro’ são desarticulados (falsificados!) e rearticulados internamente, quando conteúdos de sentido originários da própria ordem [jurídica] são desarticulados (falsificados!) e rearticulados em face da introdução do ‘outro’”: NEVES, 2009, p. 118.

15 TEUBNER, 1997, p. 161.

16 LUHMANN, 2007. Op. cit., p. 595.

não garantem uma carreira profissional¹⁷.

Desse modo, o sistema da sociedade pode observar-se simultânea ou sucessivamente de maneiras muito diversas, ou seja, trata-se de uma sociedade policontextural, na qual se permitem incontáveis descrições de sua complexidade. Igualmente é cunhada de sociedade “multicêntrica”¹⁸, de tal maneira que todo sistema parcial é *centro do mundo*. Com isso, na diferenciação funcional, as funções específicas concentram-se em um sistema parcial com competência universal; há, pois, uma combinação de *universalismo* e *especificação*. Portanto, a sociedade global é fragmentada em funções específicas e universais no que se refere à sua determinada função¹⁹.

A sociedade multicêntrica possui diversos âmbitos de comunicação com pretensões contrapostas de autonomia sistêmica; e, uma vez que toda diferença se torna o *centro do mundo*, há uma pluralidade de autodescrições da sociedade (racionalidades parciais conflitantes). Como fator principal, à sociedade multicêntrica, falta uma diferença última, suprema, *i.e.*, não há um centro da sociedade que possa ter uma posição privilegiada para sua observação e descrição²⁰.

É, pois, a própria recursividade do sistema que limita o que pertence ao sistema e o que pertence ao entorno. Há casos em que um elemento se identifica simultaneamente em mais de um sistema; porém, reconstruído por cada sistema na sua própria medida, como o pagamento, que é um cumprimento de um dever legal e uma transação econômica. Assim sendo, o sistema da sociedade é global, porém internamente fragmentado. Com efeito, conforme Teubner²¹, a autopoiese jurídica constitui-se a partir da auto-observação, autoconstituição e autorreprodução, de tal modo que – quando há articulação entre os três *autos* – ocorre o hiperciclo de circularidade do Direito, ocorre, pois, a sua autonomização²². É nesse sentido o hiperciclo de Teubner: “Para a pergunta ‘Como é que sabemos que um evento social é legal ou ilegal?’, a resposta é ‘porque o Direito assim o diz’. E, para a pergunta: ‘Como é que nós sabemos se a decisão do Direito é legal ou ilegal?’, a resposta tem de ser novamente ‘porque o direito assim o diz’”²³.

Um novo Direito começa a tomar corpo²⁴. A propósito, Luhmann

17 LUHMANN, 2006, p. 128-129.

18 NEVES, 2013, p. 22 e segs.

19 LUHMANN, 2007. Op. cit., p. 562.

20 NEVES, 2013. Op. cit., p. 23-24.

21 Diferentemente de Luhmann, Teubner considera a autopoiese como gradativa.

22 TEUBNER, 1997. Op. cit., p. 68.

23 ROCHA; KING; SCHWARTZ, 2009, p. 85-86.

24 “A transnacionalização é a união de dois pólos espaciais inconciliáveis na lógica tradicional: o local e o universal. Para muitos, pareceria a recuperação da dialética, porém não se trata da possibilidade de nenhuma síntese. Trata-se da produção da simultaneidade entre a presença e a ausência que somente é possível devido a sua impossibilidade. Este paradoxo é constitutivo da nova forma de sociedade que começamos a experimentar, e, nesse sentido, é um convite a

lançara tal previsão²⁵. Na atual sociedade, o Direito não se identifica só na forma de Estados. Trata-se, em verdade, de um sistema jurídico global, que conta com uma multiplicidade de contradições internas²⁶. Ora, os sistemas funcionais constroem seus limites através do sentido, que é obtido mediante o estabelecimento de diferenças com o entorno, razão por que os seus limites não são *físicos*, ainda que alguns limites físicos (p. ex., Estado) possam simbolizar limites de sentido²⁷. Entretanto, a construção de uma unidade jurídica global sem contradições é altamente improvável. Em verdade, o Direito é fragmentado – mas, com conexões –, o que é uma consequência da fragmentação da sociedade global. Ademais, essa fragmentação do Direito não pode ser combatida, devendo-se estabelecer, pois, *networks* lógicas²⁸.

O Direito defronta-se com novos problemas que colocam em dúvida a tríade Constituição/Estado-Nação/Soberania, tais como a *digitalização, a privatização e a globalização*. Por essa razão, impõe-se afastar de uma noção hierárquica de ordenamento jurídico²⁹. A lei *fundamental* como última norma jurídica consiste num mito que oculta a circularidade do Direito e os paradoxos da autorreferência. O modelo jurídico de hierarquia baseado num Estado-nação não resolve suficientemente os problemas atuais do Direito³⁰.

Diante disso, pode-se constatar a existência de regimes jurídicos privados com validade global, ou seja, Direito sem a participação do Estado, como ocorre na *lexmercatoria*. Para compreensão, faz-se necessário estender o conceito de Direito para abranger a existência de normas além das fontes do Estado-nação e do direito internacional³¹.

Em assim sendo, é inegável o surgimento de ordens jurídicas internacionais, transnacionais e supranacionais, que possuem a pretensão de firmarem-se como ordens jurídicas além do Estado. É nesse contexto que surge a discussão sobre Constituições transversais *além do Estado*. É possível denotar, ao menos, duas ideias de Constituições além

reinventar, uma vez mais, o político e o Direito”. ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, 2005, p. 45.
25 “Previsões de eventos futuros tendem a ser raras nas ciências sociais. É ainda mais raro a ocorrência dos eventos previstos. A previsão de Niklas Luhmann sobre uma Direito global é uma memorável exceção”. Tradução livre: Fischer-Lescano; Teubner, 2004, p. 999-1000.

26 FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004, p. 1008.

27 MANSILLA; ARNOLD, 2007, p. 84.

28 SCHWARTZ, 2007.

29 *Ibid.*, p. 04.

30 FISCHER-LESCANO; TEUBNER. *Op. cit.*, p. 1002; Arnaud aponta que o Direito passa de uma natureza autoritária a uma progressivamente negociada, onde há uma vontade participativa via a governança. E é nesse sentido que ainda reconhece haver uma mudança da regulamentação para a regulação: aquela consistente numa única fonte da ordem jurídica produzida de maneira top down pelo Estado; e a regulação em um sentido de produção participativa de um direito negociado com a pluralidade de espaços compartilhados entre os representantes do povo e o povo mediante a governança: Direito vocacionado a uma construção bottomup: ARNAUD, 2005. *Op. cit.*, p. 10. ARNAUD, 2007. *Op. cit.*, p. 11, 49-53.

31 FISCHER-LESCANO; TEUBNER. *Op. cit.*, p. 1010.

do Estado, seja como ordens jurídicas que prescindem do Estado, seja como ordens jurídicas que prevalecem contra os Estados³².

Primeiramente, vê-se a globalização do Direito como uma ideia de “Constituição supranacional global”. Trata-se também de uma política interna mundial, formando-se uma Constituição mundial; ocorre que, contudo, tal debate permanece no nível da idealização filosófica³³. Campuzano igualmente destaca a possibilidade de um projeto de “Constituição cosmopolita”, sendo que tal novo constitucionalismo deveria articular-se a partir de quatro grandes contratos mundiais que formariam as bases de um direito global capaz de abordar com determinação os problemas do mundo contemporâneo³⁴.

Tomando-se como base a Constituição como acoplamento estrutural entre Política e Direito, onde o acoplamento estrutural implica que um sistema suponha determinadas características de seu entorno de modo duradouro, confiando estruturalmente nele. Veja-se que, com o processo de evolução social, surge o Estado de Direito, revelando uma relação entre sistema político e sistema jurídico: “O sistema político oferece ao sistema do direito premissas para sua tomada de decisões na forma de leis positivamente promulgadas. O sistema do direito, por sua vez, oferece ao sistema político a legalidade necessária para que este faça uso do poder”³⁵. Por conseguinte, o poder político subordina-se ao Direito e, ao mesmo tempo, tem o direito de modificar o Direito.

Em vista disso, Neves levanta a pergunta sobre quais instituições possibilitariam essa relação de iritação recíproca entre Política e Direito em âmbito internacional³⁶. Por consequência, a Política não possibilita uma participação em termos globais, obstaculizando a construção de uma ideia de Constituição cosmopolita, já que, em razão de uma relação assimétrica entre Direito e poder no âmbito internacional, a Constituição aponta para uma, na verdade, Constituição *simbólica*³⁷, ou seja, sobressai uma existência débil do código lícito/ilícito. Há, pois, uma crise da legitimidade democrática, prejudicando a realização de uma Constituição cosmopolita³⁸.

De outro lado, há as denominadas “Constituições civis transnacionais”³⁹, onde se desenvolve um direito primariamente por atores privados e quase públicos, ou seja, sem Estado. Como exemplo,

32 NEVES, 2013. Op. cit., p. 83.

33 *Ibid.*, p. 86.

34 Em síntese, trata-se de um (i) contrato global para satisfação das necessidades básicas, (ii) contrato global para a paz, a tolerância e o diálogo entre culturas, (iii) contrato planetário sobre o desenvolvimento sustentável e (iv) contrato global democrático para um novo regime político internacional: CAMPUZANO, 2009, p. 110.

35 MANSILLA, 2010, p. 28, tradução livre.

36 NEVES, 2013. Op. cit., p. 92.

37 *Ibid.*

38 *Ibid.*, p. 97-98.

39 TEUBNER, 2004, p. 03-28. TEUBNER, 2005.

têm-se a *lexmercatoria*, *lexsportiva*, *lexdigitalis*. Todavia, Neves lança críticas a essa ideia de Constituição além do Estado, porquanto, ao tratar da *lexmercatoria*, se refere a uma deficiente autonomia do Direito perante os processos econômicos globais, havendo uma corrupção sistêmica do Direito, i.e., uma sobreposição do código da Economia nas operações e estruturas jurídicas⁴⁰.

Diante de tudo isso, observamos que uma sociedade global começa a criar traços mais fortes. Com isso, questiona-se a posição do Direito na atual sociedade, o qual, conseqüentemente, acaba também se tornando um Direito global, mas fragmentado com *conexões*. Tendo em vista uma incapacidade de participar das decisões políticas internacionais pelos cidadãos e uma propensa relação assimétrica entre Direito e poder no âmbito internacional (Constituição *simbólica*), denota-se ser impraticável uma “Constituição cosmopolita” ao menos nos dias de hoje. Outrossim, haja vista uma tendenciosa sobreposição de regimes econômicos privados ao Direito (*lexmercatoria*, p. ex.), a proposta de “Constituições civis” demonstra prejudicar a autonomia do Direito.

Revela-se, atualmente, cada vez mais corriqueiro o enfrentamento de problemas globais pelo Direito a partir de uma conversação constitucional entre Tribunais de ordens jurídicas diversas, os quais, sendo o *centro* do Direito, permitem a manutenção da autonomia jurídica. Trata-se, pois, do transtribunalismo, que fortalece a posição dos Tribunais (Judiciário) nas diversas ordens jurídicas desse Direito global.

3. OS TRIBUNAIS E O DIREITO

Para a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, as organizações diferenciam-se da sociedade⁴¹. Com efeito, além de diferenciar o sistema social do sistema psíquico (indivíduo) e do sistema biológico, Luhmann diferencia internamente o sistema social em *sistema da sociedade*, *sistema de interação* e *sistema organizacional*: “Sociedade, organização e interação diferenciam-se no curso da evolução”⁴².

Embora o fato de o sistema social diferenciar-se internamente, frise-se que o sistema da sociedade – uma vez sendo abrangente – constitui um horizonte de sentido que atua como entorno para a construção dos demais sistemas sociais. O sistema da sociedade abastece de possibilidades comunicativas os sistemas organizacionais e interacionais, cada qual observando a sua autorreferência. Nesse passo, um mesmo fato pode pertencer a vários sistemas, podendo orientar-se simultaneamente por mais de uma referência sistema/entorno, ainda que tenha uma lógica diferente em cada sistema.

40 NEVES, 2013,. Op. cit., p. 112-113.

41 RODRÍGUEZ; ARNOLD, 2007, p. 153-163.

42 *Ibid.*, p. 153.

A sociedade, por sua vez, não se constrói com base nos elementos dos sistemas interacionais (temas) e organizacionais (decisões), mas sim com base nas comunicações. Assim, atuando como entorno para os demais sistemas sociais (interação e organização), a sociedade possibilita que tais sistemas suponham uma sociedade que as abasteça de possibilidades comunicativas.

Com efeito, com relação ao sistema interacional, a sua diferenciação e a formação de limites em face de seu entorno ocorre mediante as seguintes características: *i*) presença simultânea de, pelo menos, dois indivíduos participantes; *ii*) esses indivíduos estejam unidos pela seleção e gestão de um sistema fechado de temas comuns⁴³. A duração dos sistemas interacionais pode ser muito breve, como, por exemplo, conversas nas viagens de táxis, nos almoços familiares, nas reuniões acadêmicas; noutros casos, articulam-se intermitentemente (ex: reuniões de amigos); ou, ainda, podem transformar-se em sistemas de expectativas bastante estruturados (ex: relações de parentesco ou cortesia).

Todavia, os sistemas interacionais são bastante instáveis, de tal modo que as fronteiras temáticas e de sentido são altamente fluídas, ou seja, não possibilitam sua estabilização para além da presença física dos que interagem. Assim sendo, há uma necessidade da presença dos indivíduos; ocorre que, graças à linguagem, se tornou possível tratar dos ausentes, reduzindo-os simbolicamente ao tematizá-los e introduzi-los no sistema.

Ademais, tendo em vista o seu caráter efêmero e a fragilidade de suas fronteiras, os sistemas interacionais não dão soluções especializadas nem absorvem grandes complexidades. Por isso, normalmente, as interações que se reiteram tendem a incorporar em suas modalidades de operação mecanismos organizacionais, conforme, hipoteticamente, o caso da transformação dos *amigos da natureza na associação de amigos da natureza*.

A simplicidade aparente desses sistemas, no entanto, nada tem a ver com suas funções. Com efeito, é difícil conceber uma vida humana normal sem espaços para esses sistemas, os quais, de fato, reduzem a complexidade de modo a proporcionar a necessária energia para suportar tarefas que tendem a ser enormemente complexas para os indivíduos.

As organizações, por sua vez, constituem um fenômeno característico da sociedade contemporânea, porquanto se relacionam com a sociedade de tal maneira que consistem em um meio através do qual os distintos subsistemas da sociedade (incluindo, aqui, o Direito) buscam soluções específicas aos problemas que enfrentam, isto é, as organizações são utilizadas como *mecanismos eficientes de resolver problemas*⁴⁴.

Na sociedade funcionalmente diferenciada, a complexidade alcançada desencadeou uma explosão de organizações, isso porque sem as quais os sistemas parciais da sociedade dificilmente poderiam

43 *Ibid.*, p. 155-157.

44 MANSILLA, 1996. *Op. cit.*, p. 28-29;

cumprir suas funções, razão pela qual a relação entre as organizações e a sociedade – e, por óbvio, seus subsistemas – possibilitam denominar a atual sociedade de *organizacional*⁴⁵.

Diferentemente de outras teorias, Luhmann reconhece que as organizações são sistemas sociais próprios e são caracterizadas por sua capacidade de condicionar o *pertencimento*⁴⁶, ou seja, de pôr condições que devem ser cumpridas por aqueles que ingressarem e permanecerem nas organizações, é dizer, os membros. Porém, o fato de que as pessoas possam ser *membros* de uma organização não significa que essas pessoas façam parte do sistema organizacional. As pessoas exercitam o *pertencimento* na organização de modo a contribuir para determinar as estruturas que permitem ao sistema ser operativo. Todavia, enquanto sistemas psíquicos (indivíduos), as pessoas permanecem no entorno da organização.

Com efeito, os sistemas organizações compõem-se de decisões e elaboram as decisões das quais se compõem através de suas decisões componentes, são cadeias recorrentes de comunicações de decisões. Desse modo, a racionalidade da organização não pode ser mais entendida em termos de meios e fins; do contrário, a racionalidade da organização consiste na relação entre decisões: “seria uma racionalidade de conexão entre decisões”⁴⁷.

Em razão disso, ao serem utilizadas como *mecanismos eficientes de resolução de problemas* dos subsistemas da sociedade, as organizações fazem isso ao custo de especificá-los e redefini-los. As funções da sociedade são muito amplas, necessitando de diversas organizações encarregadas de assumir parcialmente aspectos relevantes de cada uma delas. Assim sendo, para que um problema da sociedade seja solucionado por uma organização, faz-se imprescindível que tal problema seja suficientemente especificado nos termos da organização⁴⁸.

Diante de tudo isso, é possível verificar que os Tribunais são organizações, de tal modo que resolvem o problema do subsistema do Direito sob a condição de especificá-lo e redefini-lo em termos decisoriais. Por essa razão, uma vez que os entornos de uma organização são a sociedade, o sistema parcial que subsidia/auxilia, outros sistemas parciais, outras organizações e seus próprios membros, o Direito faz

45 MANSILLA, 2004. Op. cit., p. 160.

46 Tal expressão é também denominada de “membridade”, “pertinência como qualidade de membro” (membership) e, em espanhol, de “membrecía ou pertenencia”: “O conceito de membridade passa a ser usado para designar um papel que distingue, que diferencia os membros dos não membros”, ROCHA; DE AZEVEDO, 2012. Op. cit., p. 206. “E aqui deve estar presente uma assertiva fundamental: o que se exige, no âmbito do transconstitucionalismo, não é pertinência (qualidade de membro: membership) (...)”, NEVES, 2013. Op. cit., p. 293. “Esto significa que la presencia [do sistema de interação] es reemplazada por la membrecía, como base para la fijación de los límites de los sistemas organizacionales. En otras palabras, las organizaciones establecen condiciones y requisitos para su pertenencia”, RODRÍGUEZ; ARNOLD, 2007. Op. cit., p. 158.

47 RODRÍGUEZ, 2004. Op. cit., p. 46, tradução livre.

48 *Ibid.*, p. 160.

parte do entorno dos Tribunais. A grosso modo, isso é facilmente visto pela regra segundo a qual a decisão judicial (sentença) não pode ser de natureza diversa do pedido, bem como não pode ser além ou aquém da pedido (art. 460, CPC), é dizer, os Tribunais não resolvem todos os problemas muito mais amplos do Direito, eles, em verdade, especificam nos seus próprios termos os problemas para que possam resolvê-los. Assim, é possível falar-se de uma teoria da organização da decisão jurídica autopoiética⁴⁹.

De todo modo, por outro lado, observando-se a partir da referência do sistema do Direito (subsistema da sociedade), os Tribunais ocupam o seu centro. O Direito possui como entorno todos os demais subsistemas da sociedade, os sistemas interacionais e, frise-se, os sistemas organizacionais. Ocorre que, ao cumprir a resolução de um problema do Direito de modo eficiente, o Tribunal se torna o centro do sistema do Direito.

Nesse sentido, a posição central dos Tribunais (Poder Judiciário) na auto-organização do sistema jurídico é de suma relevância. A posição dos Tribunais no sistema jurídonão pode ser mais observada como hierarquicamente inferior ou superior à legislação, e sim deve ocupar o centro do sistema do Direito, cuja periferia é a *legislação*. Entre o centro e a periferia, há uma relação de heterarquia, ou seja, não há uma ordem hierárquica entre centro/periferia. Assim sendo, os Tribunais realizam operações que só produzem operações filtradas – e não filtrantes –, colocam em prática o código binário (*lícito/ilícito*) e as normas jurídicas (programas), fazendo uso reservado do símbolo circundante da validade jurídica⁵⁰.

Os Tribunais são obrigados a decidir (*proibição de denegação da justiça*). Assim, são o “coração do encerramento operativo do sistema jurídico”⁵¹, é dizer, devem decidir constantemente sobre a *licitude/ilicitude* das operações. Desse modo, notamos que o Tribunal é uma organização, cujas características principais consistem no auxílio do cumprimento da função dos sistemas parciais da sociedade (como é o caso do Direito). Nesse sentido, o Judiciário é de suma importância para o sistema jurídico, sem o qual sua autonomia estaria deveras comprometida.

4. O TRANSCONSTITUCIONALISMO

Os problemas jurídicos globais – principalmente constitucionais – que o Direito deve resolver não são suficientemente enfrentados com

49 Embora não seja no mesmo sentido, uma vez que emprega maior enfoque na crítica à ausência de doutrina jurídica “que pretenda enfrentar o problema da decisão no direito qualquer construção reflexiva que parta ou dialogue com as teorias das organizações”, há artigo que possui o título “Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoiética”, ROCHA; DE AZEVEDO, 2012. Op. cit.

50 LÜHMANN, 1990. ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, 2005, p. 133 e segs.

51 *Ibid.*, p. 135.

base numa ideia hipotética de Constituição cosmopolita, tampouco são fortemente solucionados pelas denominadas Constituições civis, como já visto. Entretanto, permanece o inegável surgimento de ordens jurídicas internacionais, transnacionais e supranacionais⁵².

Neves reconhece que o melhor enfrentamento de problemas jurídicos globais pelo Direito parece ter um tratamento mais adequado à autonomia jurídica quando realizado por uma “rede de entrelaçamento de ordens jurídicas (estatais, supranacionais, internacionais e locais) no âmbito do afluyente transconstitucionalismo”⁵³. Com efeito, trata-se de um entrelaçamento entre uma pluralidade de ordens jurídicas na sociedade global sem que seja necessária a tradicional forma de intermediação política mediante tratados jurídico-internacionais e legislação estatal. Portanto, o transconstitucionalismo define-se pela relação entre as ordens jurídicas distintas diretamente a partir dos Tribunais (Judiciário) de cada ordem jurídica.

Desse modo, o inédito nas relações entre as ordens jurídicas na sociedade global consiste na sua relativa independência de uma relação política por intermédio de tratados jurídico-internacionais e legislação estatal. Muito geralmente, as *pontes de transição* entre ordens jurídicas realizam-se diretamente a partir dos seus respectivos centros, ou seja, a partir do Judiciário⁵⁴.

Vê-se que, embora tenda a ser global, o Direito é, sem dúvida, fragmentado. Ora, dentro de um mesmo sistema funcional da sociedade global (o Direito), há inúmeras ordens jurídicas diferenciadas, mas subordinadas ao mesmo código binário, ou seja, *lícito/ilícito*. Entretanto, essas ordens jurídicas possuem diversas normas jurídicas (programas) e critérios. Por exemplo, embora reconstruam autorreferencialmente o sentido do seu entorno (juridicização) com base no código binário *lícito/ilícito*, o Brasil tem uma Constituição e legislação própria, que são diferentes da Constituição e legislação do Chile, assim como da Alemanha, inclusive das disposições legais observadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (*Pacto de São José da Costa Rica*) e assim por diante.

A forma mais adequada de relacionamento entre essas diversas ordens jurídicas é pelo centro do sistema funcional do Direito, qual seja, pelos Tribunais. Por essa razão, é possível verificar que, além

52 Nos termos de Neves, entende-se por *direito supranacional* aquele que consiste numa organização fundada em tratado internacional que atribui, para os seus próprios órgãos, competências de natureza legislativa, administrativa e jurisdicional abrangente no âmbito pessoal, material, territorial e temporal de validade, com força vinculante direta para os cidadãos e órgãos dos Estados-membros; nesse sentido, Neves afirma que a única experiência de supranacionalismo é a *União Européia*, NEVES, 2013. Op.cit., p. 152. O *direito transnacional* é considerado aquela ordem normativa que é construída primariamente não por Estados ou a partir de Estados, mas sim por atores ou organizações privadas ou quase públicos, como a *lexmercatoria*, *Ibid.*, p. 187.

53 *Ibid.*, p. 113.

54 *Ibid.*, p. 116-117.

da sociedade ser policontextural ou multicêntrica, o Direito global também possui essas características. Não é apenas a sociedade global que é multicêntrica, portanto. Por exemplo, todos os Tribunais de outros Estados (Alemanha, Chile, p.ex.), ou de ordens jurídicas internacionais, supranacionais e mesmo transnacionais são considerados pelo Judiciário brasileiro como periferia, razão por que o Judiciário brasileiro é *centro do mundo* para ele, e, assim, respectivamente para cada ordem jurídica.

Uma das características principal do transconstitucionalismo consiste no fato de que, em se tratando os Tribunais de uma ordem jurídica como centro em face de outra ordem jurídica como periferia, não há uma relação de hierarquia, ou seja, não há uma imposição *top down* na relação entre as ordens jurídicas. Há, pois, relações de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de intercâmbio de aprendizado, sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens, i.e., sem que haja o estabelecimento de uma ordem jurídica *ultima ratio*⁵⁵. Assim, o peculiar do transconstitucionalismo é que as ordens se inter-relacionam sem que haja uma relação de hierarquia entre elas. Segundo Neves, trata-se de uma “conversação constitucional”, tal maneira que “a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora”⁵⁶.

Essa conversação constitucional ou diálogo, portanto, não se refere à sua habitual concepção nos termos da filosofia social de Jurgen Habermas, no sentido de ser um diálogo orientado para o entendimento ou consenso. Trata-se, em verdade, de um transconstitucionalismo como conversação/diálogo orientado pela diferença, possibilitando o fechamento operativo e a abertura cognitiva das ordens jurídicas e, por consequência, o aprendizado recíproco entre elas: “Emprego ‘diálogo’ e ‘conversação’, antes, para referir-me a formas de comunicação orientada para a absorção do dissenso, pressupondo a dupla contingência (...), embora saiba não ser esse o uso habitual dessas expressões”⁵⁷.

O transconstitucionalismo enseja uma *fertilização constitucional cruzada*, de tal modo que os Tribunais constitucionais se citam reciprocamente não como precedente, mas como autoridade persuasiva (*ratiodecidenti*): “Em termos de racionalidade transversal, as cortes dispõem-se a um aprendizado construtivo com outras cortes e vinculam-se às decisões dessas”⁵⁸.

Possibilita-se que ordens jurídicas que reconstroem autorreferencialmente com base na unidade da diferença *lícito/ilícito* (código binário) – mas que são diversas em termos de suas próprias normas e critérios jurídicos (Constituições diferentes, códigos penais diferentes,

55 *Ibid.*, p. 117.

56 *Ibid.*, p. 118.

57 NEVES, 2014, p. 193-194.

58 NEVES, 2013. *Op. cit.*, p. 119.

legislações tributárias diferentes) – possam ter um *aprendizado normativo entre elas*, sem que haja uma quebra da cadeia interna de validação da respectiva ordem jurídica, isto é, a incorporação recíproca de conteúdo implica uma releitura/reconstrução de sentido à luz da ordem jurídica receptora com base em suas próprias normas jurídicas⁵⁹.

Assim, o fechamento normativo de cada ordem jurídica refere-se “originariamente à atribuição da norma a texto(s) ou enunciado(s) normativo(s) da própria ordem”⁶⁰; e, por outro lado, a abertura normativa – que viabiliza o *aprendizado normativo* entre as ordens jurídicas – refere-se “originariamente à comunidade do caso-problema a resolver em uma sociedade mundial policêntrica”⁶¹. Portanto, as diferentes ordens jurídicas introduzem novas informações a partir dos *casos-problemas* julgados por Tribunais de outras ordens jurídicas – sempre, é claro, reconstruindo autorreferencialmente o seu sentido.

Muito embora, na relação entre ordens jurídicas, não haja uma ordem jurídica detentora da *ultima ratio* discursiva, havendo um sistema multicêntrico, Neves reconhece uma hierarquia no interior das ordens, denotando-se uma consistência interna da cadeia de validação da respectiva ordem jurídica⁶².

Noutras palavras, o fechamento normativo, *i.e.*, a cadeia interna de validação de cada ordem jurídica, precisa ser compatibilizada com a *capacidade de aprendizado recíproco* em face dos diversos casos que emergem com relevância simultânea para as diversas ordens jurídicas entrelaçadas: “(...) a abertura normativa não quebra a consistência interna da cadeia de validação, antes serve a uma concretização jurídica normativamente adequada à pluralidade de ordens envolvidas”⁶³.

Por conseguinte, o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas caracteriza-se por resolver problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens jurídicas, sendo que cada qual possui normas e critérios jurídicos distintos, o que consiste na construção de *pontes de transição* entre as estruturas reflexivas das respectivas ordens jurídicas⁶⁴.

59 *Ibid.*, p. 126.

60 *Ibid.*, p. 127.

61 *Ibid.*, p. 127.

62 *Ibid.*, p. 237.

63 *Ibid.*, p. 126-127.

64 É possível verificar uma experiência importante de transconstitucionalismo entre ordem internacional e ordem estatal em desenvolvimento na relação entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) – e todo o Sistema Interamericano de Direitos Humanos – e o Supremo Tribunal Federal (STF). Nesse sentido, Neves destaca o caso da prisão civil do depositário infiel: proibida pela o art. 7º, n.º 7 da Convenção Americana de Direitos Humanos; permitido, entretanto, pelo art. 5º, LXVII da Constituição brasileira. Diante disso, no julgamento do RE 466.343/SP, do RE 349.703/RS e do HC 87.585/TO, o STF decidiu que tratados internacionais sobre direitos humanos – quando não aprovados com base no art. 5º, §3º da CF (o que o equipararia ao status de emenda constitucional) – têm uma hierarquia supralegal, mas infraconstitucional. No caso, o STF superou a sua posição de que os tratados

Outrossim, há um transtitucionalismo entre ordens jurídicas estatais. Tribunais de Estados diversos (ordens jurídicas diversas) vêm desenvolvendo uma conversação constitucional por meio de referências recíprocas a decisões de tribunais de outros Estados. Na verdade, o relevante do transtitucionalismo consiste no fato de que as decisões de Tribunais constitucionais de outros Estados são invocadas não apenas como *obter dicta*, mas como “elementos construtores da *ratio decidendi*”⁶⁵, ou seja, trata-se da parte da fundamentação da decisão que é vinculante para futuros casos⁶⁶.

O transtitucionalismo tende a relacionar mais de duas ordens jurídicas, sejam da mesma espécie ou de tipos diversos, apontando para um “sistema jurídico global de níveis múltiplos, no qual ocorre um transtitucionalismo pluridimensional, que resulta da relevância simultânea de um mesmo problema jurídico-constitucional para uma diversidade de ordens jurídicas”⁶⁷. Noutros termos, trata-se de um mecanismo que possibilita um entrelaçamento dos diversos fragmentos (ordens jurídicas) do Direito global⁶⁸.

Em vista de tudo isso, a partir do transtitucionalismo, denota-se mais claramente que os Tribunais – por serem organizações – se relacionam com o Direito (subsistema da sociedade) de tal maneira que consistem em um meio através do qual o Direito busca soluções específicas aos problemas que enfrenta; porém – frise-se – ao fazê-lo, os Tribunais especificam e redefinem os problemas em termos *decisionais*. Com efeito, com o transtitucionalismo, os Tribunais possibilitam que se resolvam problemas constitucionais no contexto de uma sociedade global, ou seja, no âmbito de um Direito global, de tal modo que as diversas ordens jurídicas possam aprender normativamente, não obstante se mantenham fechadas em sua cadeia de validade (autopoiese).

Ainda assim, há certos limites e certas condições de possibilidade do transtitucionalismo entre condições empíricas, exigência funcional e pretensão normativa. Com relação às condições empíricas,

internacionais que não foram aprovados com base no art. 5º, §3º da CF tinham o nível de validade de uma lei ordinária: Neves, 2014, p. 196.

65 NEVES, 2013. Op. cit., p. 167.

66 Como experiência brasileira de conversação constitucional entre ordens jurídicas estatais, Neves assinala o julgamento do HC 82.424/RS pelo STF, em cuja decisão a invocação da jurisprudência constitucional estrangeira foi fundamental ao caracterizar como crime de racismo a publicação de livro com conteúdo antissemitico (negação da existência do holocausto): *Ibid.*, p. 179-180.

67 NEVES, 2014, p. 235.

68 Por sistema jurídico global de níveis múltiplos, Neves esclarece que o termo níveis não significa um modelo hierárquico-piramidal para as ordens jurídicas da sociedade global, tampouco significa uma divisão de trabalho entre essas ordens. Com a expressão sistema jurídico global de níveis múltiplos – cuja situação é proporcionada pelo transtitucionalismo –, Neves, em verdade, estabelece o entrelaçamento entre uma multiplicidade de ordens jurídicas realiza-se sem que haja uma ordem detentora da ultima ratio discursiva, formando-se um sistema do Direito multicêntrico, portanto.

veja-se que há formas de direito que se sobrepõem de maneira opressora a outras formas de direito frágeis no sistema mundial de níveis múltiplos, implicando que formas estatais de direito das *grandes potências* permanecem intocáveis perante o direito internacional público e contra esse imunizadas. Há também ordens jurídicas transnacionais instrumentalizadas por grandes empresas que operam destrutivamente sobre ordens jurídicas estatais de países periféricos⁶⁹.

No plano da exigência funcional, Neves frisa que o transtitucionalismo – ao tratar de um sistema jurídico global de níveis múltiplos – serve como *um* modelo estrutural de conexão funcional entre esferas funcionais fragmentadas da sociedade mundiale sem levar a uma unidade hierárquica última. Ademais, ao promover uma conversação constitucional entre ordens jurídicas diversas, o transtitucionalismo “é promotor de uma ordem diferenciada de comunicações, tanto para dentro quanto para fora do sistema jurídico”⁷⁰.

Por fim, no que se refere à pretensão normativa, o transtitucionalismo propõe uma compreensão do *mundo internacional* como uma *comunidade política*. A grosso modo, nesse ponto, o transtitucionalismo possibilita a universalização dos direitos (inclusão jurídica: acesso da consideração social de pessoas aos benefícios do sistema funcional jurídico), independentemente da qualidade de membro (*pertencimento*) ou não de uma determinada comunidade (Estado, p. ex.).

CONCLUSÃO

Com base fundamentalmente na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, realizou-se uma análise de como o Direito está enfrentando a globalização. Observamos que o primado da diferenciação funcional da sociedade implicou a formação de uma sociedade global, a qual, por consequência, está levando a uma formação do Direito como global. Todavia, como visto, ambos os sistemas, embora sejam, globais, são fragmentados com *conexões*.

Disso decorre que os problemas atuais do Direito não podem mais ser resolvidos a partir de uma análise na tríade Constituição/Estado-Nação/Soberania, no sentido de fortemente hierárquico do sistema jurídico como um todo.

Diante disso, os Tribunais constituem um mecanismo eficiente de resolver os problemas do Direito, já que são reputados como organizações. Para tratar dos problemas do Direito, os Tribunais, todavia, redefinem-nos e especificam-nos em termos *decisionais*.

Sob outro viés, a partir da observação do sistema do Direito,

69 NEVES, 2013. Op. cit., p. 285.

70 *Ibid.*, p. 289.

os Tribunais são o centro desse sistema, isso porque – ao auxiliar na solução de seus problemas – os somente produzem operações filtradas, ou seja, são o coração do fechamento operativo do sistema jurídico, diferentemente dos *advogados* ou da *legislação*, os quais realizam operações filtrantes, tornado jurídicos os problemas políticos, familiares, econômicos etc.

Verifica-se uma certa debilidade na formação de uma Constituição cosmopolita e de Constituições civil. Surge, portanto, a possibilidade de relacionar os fragmentos (ordens jurídicas) do Direito a partir de seus centros, os Tribunais. Trata-se, pois, do transtitucionalismo, consistindo em um modelo que melhor enfrenta os problemas jurídicos globais em consonância com uma sociedade e um Direito globais e fragmentados com *conexões*. O transtitucionalismo consiste em um entrelaçamento entre uma pluralidade de ordens jurídicas diversas na Direito sem que haja necessidade de tratados jurídico-internacionais.

Diante disso, é possível realizar uma relação (acoplamento estrutural) entre ordens jurídicas diversas através de um mecanismo que possibilita uma relação de heterarquia entre tais ordens jurídicas diversas (p. ex., para o judiciário brasileiro, tanto os Tribunais de outros Estados quanto os Tribunais Internacionais, supranacionais e transnacionais são reconhecidos como periferia, e vice-versa), de tal modo que se perfaz um enfrentamento dos problemas jurídicos globais mais adequado à autonomia do Direito e a um sistema jurídico global fragmentado com *conexões*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Juan Antonio García. “A Sociedade e o Direito na obra de NiklasLuhmann”. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR, Dalmir (ed.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 301-344.

ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização. Crítica da Razão Jurídica*. Brasil: Lumen Juris, 2007.

ARNAUD, André-Jean. “Alguns Impactos da Globalização sobre o Direito”. In: ARNAUD, André-Jean (ed.). *Globalização e Direito I: impactos nacionais, regionais e transnacionais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAMPUZANO, Alfonso. *Constitucionalismo em Tempos de Globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. “Regime-

Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global Law”. *Michigan Journal of International Law*. 2004, vol 25, p. 999-1046.

LUHMANN, Niklas. “A posição dos Tribunais no sistema jurídico”. *Revista da AJURIS*. 1990, nº 49.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*. México: AlianzaEditorial/UniversidadIberoamericana, 1991.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

LUHMANN, Niklas. “The World Society as a Social System”. *International Journal of General Systems*. 1982, vol 8, p. 131-138.

MANSILLA, Darío Rodríguez; ARNOLD, Marcelo. *Sociedad y teoría de sistemas: Elementos para la comprensión de la teoría de NiklasLuhmann*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2007.

MANSILLA, Darío Rodríguez. “Los Límites del Estado en la Sociedad Mundial: de la Política al Derecho”. NEVES, Marcelo (ed.). *Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: QuartierLatin, 2010, p. 25-52.

MANSILLA, Darío Rodríguez. *Organizaciones para la modernización*. México: Universidad Iberoamericana, 2004.

MANSILLA, Darío Rodríguez. *Diagnóstico Organizacional*. Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996.

MATTHEIS, Clemens. “The System Theory of NiklasLuhmann and the Constitutionalization of the World Society”. *Goettingen Journal of International Law*. 2012, vol 4, n.º 2, p. 625-647.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEVES, Marcelo. “Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina”. *Revista de Informação Legislativa*. 2014, ano 51, nº 201.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre:

Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Leonel Severo; De Azevedo, Guilherme. *Notas para uma teoria da organização da decisão autopoietica*. 2012, vol 4, nº 2, 2012.

SCHWARTZ, Germano. *As Teses Radicais de Luhmann*. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. vol 6, nº 1, 2014.

SCHWARTZ, Germano. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHWARTZ, Germano. “Constituições Cíveis e Regulação: Autopoiese e Teoria Constitucional”. In: *XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI* (2007, Campos do Goytacazes) *Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI* [online]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. [acesso em: 21/07/2014]. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/germano_andre_schwartz.pdf>

TEUBNER, Gunther. “Breaking Frames: the global interplay of legal and social systems”. *The American Journal of Comparative Law*. 1997, vol XLV.

TEUBNER, Gunther. “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?”. In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther. *Transnational Governance and Constitutionalism*. USA: Hart Publishing, 2004, p. 03-28.

TEUBNER, Gunther. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO EN LOS NUEVOS TRATADOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL: EL CASO DEL ACUERDO DE ASOCIACIÓN TRANSPACÍFICO

SOLUÇÃO DE DISPUTAS INVESTIDOR-ESTADO NOS NOVOS ACORDOS DE INTEGRAÇÃO REGIONAL: O CASO DO ACORDO DE ASSOCIAÇÃO TRANSPACÍFICO

*Magdalena Bas Vilizzio**

Resumen: *En la actualidad el Derecho de la integración comprende la regulación de áreas que dos décadas atrás conformaban sistemas regulados en paralelo, en particular el comercio intrazona y la protección y promoción de inversiones, entre otros temas. Asimismo, el concepto de región se ha flexibilizado, englobando situaciones diversas como las de región ampliada o tratados mega regionales.*

En este marco, el presente artículo tiene como objetivo el análisis del Acuerdo de Asociación Transpacífico, en vistas que tres Estados Latinoamericanos son partes signatarias: Chile, México y Perú. Se opta por el estudio particular de la Sección B del Capítulo 9 relativo a la solución de controversias inversor-Estado, como tema típico de los tratados de integración de última generación. Se parte de un análisis crítico de los principales aspectos procesales del arbitraje ad hoc en los foros externos a los cuales remite, así como las excepciones más importantes, por ejemplo las medidas de control del tabaco, una innovación en los acuerdos económicos.

El trabajo cierra con las reflexiones finales, entre las cuales se destaca que si bien el Acuerdo TPP presenta innovaciones que implican avances en la reforma del sistema, en gran medida replica disposiciones de otros tratados comerciales y/o de inversiones dejando sin resolver gran parte de

* Profesora Adscripta de Derecho Internacional Público de la Universidad de la República y Profesora Titular de Derecho del Comercio Internacional (Maestría en Comercio Internacional e Integración) de la Universidad de Montevideo. Doctoranda en Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de la Plata. Miembro de la Red de Juristas para la Integración Latinoamericana y la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional. E-mail: magdalenabas@gmail.com

los problemas existentes.

Resumo: Na atualidade, o Direito da integração abrange o regulamento de áreas que duas décadas atrás configuravam diferentes sistemas regulados de maneira paralela, especialmente o comércio intrazona e a proteção e promoção de investimentos, dentre outros temas. Ainda, o conceito de região se tem flexibilizado abarcando situações diversas, tais como a de região ampliada ou tratado mega regional.

Neste contexto, o presente artigo tem como objetivo a análise do Acordo de Associação Transpacífico, devido a que três Estados latino-americanos são partes signatárias do Acordo: Chile, México e Peru. Opta-se por estudar, especificamente, a Seção B do Capítulo 9 relativo à solução de controvérsias investidor-Estado, por ser esta uma questão característica dos tratados de integração da última geração. Em primeiro lugar, realiza-se uma análise crítica dos principais aspectos processuais da arbitragem ad hoc nos foros externos aos quais se remete, bem como das exceções mais importantes, tais como as medidas de controle do tabagismo, que representam uma inovação nos acordos econômicos.

O trabalho se encerra com reflexões finais, entre as quais se destaca que apesar de apresentar inovações que acarretam avanços na reforma do sistema, o Acordo, em grande medida, só replica disposições de outros tratados comerciais e/ou de investimentos, não resolvendo, desta maneira, a maioria dos problemas existentes.

Palabras clave: Derecho de la integración, Inversiones, Solución de controversias, Acuerdo de Asociación Transpacífico, TPP

Palavras-chave: Direito da integração, Investimentos, Solução de disputas, Acordo de Associação Transpacífico, TPP

1. INTRODUCCIÓN

La integración es un proceso por el cual dos o más Estados, como entidades soberanas, toman la decisión soberana de agruparse con el fin de formar nuevas instituciones supranacionales o coordinar sus políticas en el marco de instituciones intergubernamentales. Dicho fenómeno tiene como piedra fundamental uno o más acuerdos internacionales donde, en general, se establecen los objetivos del sistema, sus principios fundamentales, su estructura orgánica provisoria o definitiva, disposiciones relativas al sistema normativo derivado de sus órganos, y un sistema de solución de diferencias con órganos ad hoc o permanentes.

Hasta hace dos décadas aproximadamente, los tratados de integración se celebran entre Estados con proximidad geográfica y procuran alcanzar un objetivo pura o mayoritariamente comercial, enmarcado en el sistema multilateral de comercio del Acuerdo General de

Aranceles y Comercio (GATT) y la Organización Mundial del Comercio (OMC). Por tanto, suelen ser denominados por la doctrina como acuerdos comerciales regionales o acuerdos preferenciales regionales. En el mismo período, el sistema de tratados de integración convive con un sistema de acuerdos internacionales cuyo objeto es la promoción y protección de inversiones, conformado por los tratados bilaterales de inversión (TBI) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) como principal foro al que remiten los TBI en caso de disputa entre inversores y Estados (sistema TBI-CIADI)¹.

En suma, hasta mediados de los noventa, los Estados se encontraban obligados internacionalmente por un entramado de acuerdos económicos compuesto por dos sistemas paralelos, figura que Álvarez denomina “sopa de espaguetis”², una versión más compleja de la idea de Bhagwati del “tazón de espaguetis” de los tratados de libre comercio (TLC), una de las modalidades de los acuerdos comerciales regionales.

Dos nuevas características irrumpen en los acuerdos de integración entrada la década del noventa. En primer lugar el ámbito temático a ser regulado es extendido, excediendo el ámbito del sistema GATT-OMC, extendiéndose a nuevas áreas que incluyen la promoción y protección de inversiones así como los asuntos laborales, las medidas anticorrupción, el medio ambiente, derechos humanos, entre otros.

En segundo lugar, se flexibiliza o desaparece el concepto de región como marco geográfico en el que se desarrollan los procesos de integración. De esta manera se da paso a tratados entre Estados sin o con escasa proximidad geográfica como el Acuerdo Transpacífico de Asociación Económica Estratégica o P4 entre Chile, Nueva Zelanda, Singapur y Brunei celebrado en 2005; tratados interregionales o entre Estados y regiones, como el actualmente en negociación Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea (UE); y tratados en el marco de regiones ampliadas o mega regionalismo, como el Acuerdo de Asociación Transpacífico (Acuerdo del TPP por su sigla en inglés) firmado en 2016.

En vistas de lo anterior, y teniendo en mente que tres Estados Latinoamericanos son parte del Acuerdo del TPP, el presente trabajo tiene como objetivo aportar al Derecho de la integración latinoamericana mediante el análisis del mencionado acuerdo, en particular las disposiciones relativas al sistema de solución de controversias inversor-

1 Para un análisis específico de este punto en relación a los Estados Sudamericanos ver: BAS VILIZZIO, Magdalena. “Solución de controversias en los tratados bilaterales de inversión: mapa de situación en América del Sur” [consultado 01.07.16]. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 2015, año 3, n° 5, Marzo 2015, 233 – 253. Disponible en: <<http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/120/pdf>>

2 ALVAREZ, José A. “Is the Trans-Pacific Partnership’s investment chapter the new “gold standard”?” [en línea]. *Working Paper IILJ 2016/3 MegaRed Series*. Nueva York: New York University, School of Law, 2016, p. 14 [consultado 01.07.16]. Disponible en: <https://wp.nyu.edu/megareg/wp-content/uploads/sites/3134/2016/03/Alvarez_IILJ-MegaReg_2016-3.pdf>

Estado puesto que presenta importantes excepciones para los Estados Latinoamericanos (Sección B del Capítulo 9).

2. EL TPP EN EL SISTEMA INTERNACIONAL: ASPECTOS GENERALES

Tras casi seis años de negociaciones, el 4 de febrero de 2016, doce Estados con costas al Océano Pacífico, a saber: Australia, Brunei, Canadá, Chile, Estados Unidos, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam, firman el tratado constitutivo del TPP en Auckland, Nueva Zelanda. Su embrión es el Acuerdo Transpacífico de Asociación Económica Estratégica, también conocido como P4, entre Brunei, Chile, Nueva Zelanda y Singapur del 18 de julio de 2005³, en cuyo artículo 20.6 establece que “*estará abierto a adhesión para cualquier Economía de APEC u otro Estado, en los términos que acuerden las Partes*”⁴. De esta manera, en el año 2008 Estados Unidos se convierte en el primer Estado en participar en las negociaciones del P4, inicialmente en materia de inversión y servicios y posteriormente en anunciar su intención de participar del TPP.

Las más de seiscientas páginas del acuerdo se estructuran en un preámbulo y treinta capítulos que regulan: 1. Disposiciones iniciales; 2. Comercio de bienes (acceso a mercado y agricultura); 3. Reglas de origen y procedimientos relativos al origen; 4. Textiles; 5. Administración Aduanera y Facilitación de Comercio; 6. Defensa comercial; 7. Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF); 8. Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC); 9. Inversiones; 10. Comercio Transfronterizo de Servicios; 11. Servicios Financieros; 12. Entrada Temporal de Personas de Negocios; 13. Telecomunicaciones; 14. Comercio Electrónico; 15. Contratación Pública; 16. Competencia; 17. Empresas del Estado y monopolios designados; 18. Propiedad Intelectual; 19. Asuntos Laborales; 20. Medio Ambiente; 21. Cooperación; 22. Competitividad; 23. Desarrollo; 24. Pequeñas y Medianas Empresas; 25. Coherencia regulatoria; 26. Transparencia y Anticorrupción; 27. Administración y Disposiciones Institucionales; 28. Solución de Diferencias; 29. Excepciones; 30. Disposiciones Finales. Asimismo deben sumarse aproximadamente dos mil páginas de anexos⁵.

3 Dado que los signatarios depositaron los instrumentos de ratificación con posterioridad a 1 de enero de 2006, el P4 entró en vigor para cada uno de ellos 30 días después de la fecha de depósito de los mencionados instrumentos (artículo 20.4 numeral 3). Esto es, para Nueva Zelanda y Singapur el acuerdo entra en vigor el 28 de mayo de 2006, para Brunei el 12 de julio de 2006, y finalmente para Chile el 8 de noviembre de 2006.

4 APEC es el Foro de Cooperación Económica de Asia Pacífico. Sus miembros son: Australia, Brunei, Canadá, China, Estados Unidos, Filipinas, Hong Kong, Indonesia, Malasia, México, Nueva Zelanda, Papúa Nueva Guinea, Perú, República de Corea, Rusia, Singapur, Taipéi Chino, Tailandia, Vietnam.

5 Conforme al artículo 30.5.1 el tratado entrará en vigor sesenta días después de la fecha en

Como se indicara anteriormente, el acuerdo del TPP cumple con las dos características de los nuevos tratados de integración, esto es, vinculan a Estados de una región ampliada y extienden su ámbito de regulación a una multiplicidad de temáticas, muchas de ellas fuera de la órbita del sistema multilateral de comercio. De esta forma, temas habitualmente regulados por fuera del ámbito del Derecho de la integración, como ser la promoción y protección de inversiones, pasan a ser parte integrante del tratado fundamental del bloque.

En los siguientes puntos, este trabajo se encargará del análisis particular del sistema de solución de controversias inversor-Estado previsto en la Sección B del Capítulo 9 (Inversiones), uno de los capítulos más controvertidos del tratado bajo estudio.

3. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO EN EL TPP: ¿INNOVACIÓN O REPETICIÓN?

3.1. El Capítulo de Inversión del TPP en la “sopa de espagueti”

El capítulo 9 del acuerdo del TPP, dedicado a la regulación de la promoción y protección de inversiones recíprocas, se suma a la red de acuerdos entre los Estados parte, ya sean TBI o TLC que cuentan con capítulos de inversiones. Específicamente la Sección B, referente al sistema de solución de controversias entre inversores de un Estado parte y Estados parte receptores de la inversión, se solapa con el entramado de relaciones que muestran las tablas 1 y 2. Se excluyen de la sistematización realizada los tratados cuya vigencia se encuentra pendiente y los terminados, así como aquellos que, a pesar de contar con disposiciones que regulan la inversión extranjera, no regulan la solución de controversias inversor-Estado.

la que todos los signatarios originales hayan depositado el instrumento de ratificación ante Nueva Zelanda. Si en un plazo de dos años, los doce Estados signatarios originales no hubieran realizado el depósito, el tratado entrará en vigor sesenta días después de dicho período si al menos seis Estados depositaron sus instrumentos de ratificación y en conjunto alcanzan a suman al menos el 85 por ciento del producto interno bruto a 2013 (artículo 30.5.2). El acuerdo prevé una tercera posibilidad que es la entrada en vigor a los sesenta días del sexto depósito de un instrumento de ratificación de los signatarios originales, siempre que alcancen el 85 por ciento del producto interno bruto a 2013 (artículo 30.5.3).

Tabla 1: Entramado de relaciones derivadas de los TBI en vigor entre los miembros del TPP, que regulan la solución de controversias inversor-Estado.

	Australia	Brunei	Canadá	Chile	Estados Unidos	Japón	Malasia	México	Nueva Zelanda	Perú	Singapur	Vietnam	TOTAL
Australia	-												2
Brunei		-											0
Canadá			-										1
Chile				-									2
Estados Unidos					-								0
Japón						-							1
Malasia							-						3
México								-					2
Nueva Zelanda									-				0
Perú										-			4
Singapur											-		2
Vietnam												-	4
TOTAL	3	0	1	1	0	2	3	1	0	4	2	4	21

Elaboración propia en base a datos del Investment Hub de la UNCTAD, actualizados al 9 julio de 2016.

Tabla 2: Entramado de relaciones derivadas de TLC en vigor entre los miembros del TPP, que regulan la solución de controversias inversor – Estado.

	Australia	Brunei	Canadá	Chile	Estados Unidos	Japón	Malasia	México	Nueva Zelanda	Perú	Singapur	Vietnam	TOTAL
Australia	-												7
Brunei		-											6
Canadá			-										4
Chile				-									6
Estados Unidos					-								6
Japón						-							2
Malasia							-						6
México								-					4
Nueva Zelanda									-				5
Perú										-			6
Singapur											-		7
Vietnam												-	5
TOTAL	7	6	4	6	6	2	6	4	5	6	7	5	64

Elaboración propia en base a datos del Investment Hub de la UNCTAD, actualizados al 9 julio de 2016.

3.2. Solución de controversias inversor-Estado: aspectos procesales

La Sección B del Capítulo de Inversión se ocupa de las controversias surgidas por reclamos de inversores extranjeros de nacionalidad de alguno de los miembros del TPP frente a otros miembros que sean receptores de la inversión. Si bien se trata de una sección extensa, compleja y rodeada de una serie de excepciones, en este apartado se intentará realizar un estudio de sus principales artículos, en particular aquellos que han generado mayor discusión doctrinaria, y en el siguiente apartado se realizará un análisis crítico de las principales excepciones al sistema.

En primer lugar, el proceso de resolución de disputas comienza con un período de enfriamiento (*cooling-off period*) por un plazo de seis meses. Durante este, las partes deben intentar resolver la controversia mediante consultas y negociación, con o sin la participación no vinculante de buenos oficientes o mediadores (artículo 9.18). La solución amigable suele ser habitual en los TBI y/o capítulos de inversiones previstos en los TLC, como etapa previa obligatoria al sometimiento de la controversia al arbitraje internacional.

En este sentido, una vez cumplido el período de enfriamiento y de no haberse arribado a una solución mutuamente convenida, queda abierta la vía arbitral. El inicio de la vía arbitral debe cumplir con dos requisitos: 1) requisito *ratione personae*: el inversor debe tener nacionalidad de uno de los Estados parte del Acuerdo TPP, y debe actuar en nombre propio o por cuenta de una empresa en el país del demandado bajo su control directo o indirecto; 2) requisito *ratione materiae*: el reclamo debe basarse en una materia de naturaleza jurídica, esto es, un caso de incumplimiento, por parte del Estado receptor de la inversión, de compromisos explicitados en la Sección A del capítulo, una autorización de inversión o un contrato de inversión, que le generó daño económico al demandante (artículo 9.19.1).

Es el demandante quien tiene la opción de foro (*forum shopping*) entre el arbitraje *ad hoc* en el CIADI si los Estados son parte del Convenio de Washington de 1965 (ver tabla 3); el mecanismo complementario del CIADI para los Estados que no sean parte del mencionado convenio; las Reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); cualquier otra institución arbitral u otras reglas de arbitraje a su elección (artículo 9.19.4). Sea cual sea el foro elegido, el solo sometimiento del reclamo a la vía arbitral implica que los Estados signatarios han otorgado su consentimiento de prorrogar la jurisdicción a favor del foro en cuestión, conforme a las normas aplicables a cada uno de los casos (artículo 9.20).

Es importante tener en cuenta que se trata de instituciones externas

al TPP y que no necesariamente responden a las lógicas jurídicas del conjunto de naciones de una vasta región como la transpacífica. En otras instancias en América del Sur se ha intentado la regulación de un sistema de solución de controversias inversor-Estado propio de la región, tal es el caso del Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de la Unasur, cuyo protocolo constitutivo se encuentra actualmente en negociación⁶.

Tabla 3: Miembros del TPP que son parte del Convenio de Washington de 1965

Estado	Firma o adhesión	Depósito de ratificación	Entrada en vigor
Australia	24 marzo 1975	2 mayo 1991	1 junio 1991
Brunei	16 setiembre 2002	16 setiembre 2002	16 octubre 2002
Canadá	15 diciembre 2006	1 noviembre 2013	1 diciembre 2013
Chile	25 enero 1991	24 setiembre 1991	24 octubre 1991
Estados Unidos	27 agosto 1965	10 junio 1966	14 octubre 1966
Japón	23 setiembre 1965	17 agosto 1967	16 setiembre 1967
Malasia	22 octubre 1965	8 agosto 1966	14 octubre 1966
México	-	-	-
Nueva Zelanda	2 setiembre 1970	2 abril 1980	2 mayo 1980
Perú	4 setiembre 1991	9 agosto 1993	8 setiembre 1993
Singapur	3 febrero 1968	14 octubre 1968	13 noviembre 1968
Vietnam	-	-	-

Elaboración propia en base a datos del CIADI, actualizados al 9 julio de 2016

Por otra parte, el texto no prevé el agotamiento previo de la jurisdicción doméstica como requisito para el inicio de la vía arbitral internacional, en contra de las ideas de la doctrina Calvo (1868) respecto a la obligación de los extranjeros de agotar los recursos internos previo a la protección o intervención diplomática del Estado de su nacionalidad⁷. Asimismo, debe destacarse que la entrada en vigor del acuerdo TPP entrañaría la existencia de un nuevo instrumento jurídico en el entramado internacional que con cuenta con tal requisito. Por tanto, las mayores ventajas podrían ser invocadas por los inversores de terceros

⁶ Información disponible en: www.nodal.am/2016/01/expertos-de-unasur-ultiman-detalles-para-creacion-de-tribunal-o-comision-parasolucion-de-controversias-sobre-inversiones/ (Consultado: 05.07.16)

⁷ TAMBURINI, Francesco. "Historia y Destino de la Doctrina Calvo: ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?". *Revista de estudios histórico-jurídicos*. 2002, n° XXIV, p. 82 [consultado 23.01.15]. Disponible en: <<http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/363/343>>

Estados en función de una cláusula de la nación más favorecida prevista otro tratado que vincule a un tercer Estado con un Estado parte del TPP, aun en los casos que el requisito sea obligatorio⁸.

Tampoco se prevé la jurisdicción doméstica como opción junto al arbitraje internacional a la hora de resolver las disputas entre inversores y Estados. No obstante, existe una excepción respecto a los tres Estados parte Latinoamericanos, Chile, México y Perú, junto a Vietnam, en el sentido que si un inversor extranjero decide presentar un reclamo ante sus tribunales administrativos o judiciales internos, tal elección es definitiva y exclusiva. Por tanto, el inversor no tiene la posibilidad de someter el caso ante tribunales arbitrales internacionales, teniendo por ende una segunda oportunidad de resolución (Anexo 9 – J).

Otro elemento a destacar es el principio de transparencia y publicidad de los diferentes documentos, actuaciones y audiencias a lo largo del proceso arbitral, salvo que se trata de información confidencial cuya divulgación deberá ser protegida (artículo 9.24). Esta disposición demuestra la evolución positiva que el sistema ha tenido a lo largo del tiempo, especialmente en relación al reconocimiento a las normas internas que consagran al derecho de acceso a la información pública y que, de acuerdo a Tung, podrá generar mayor conocimiento social de casos controversiales⁹. En la vereda opuesta, Johnson y Sachs afirman que se trata de un paso atrás en relación a los principios de publicidad presentes en los modelos de acuerdos comerciales de Estados Unidos. Asimismo, entienden que aun deja afuera a los diferentes interesados en el proceso, cuya única vía de acceso continúa siendo la presentación de un escrito como *amicus curiae*, cuya aceptación es potestad del tribunal arbitral que entienda en el caso concreto¹⁰.

Finalmente es innegable el avance en relación al Código de Conducta al que estarán sujetos los árbitros (artículo 9.22.6), siendo de aplicación las disposiciones generales sobre solución de controversias del Acuerdo TPP (capítulo 28). De acuerdo a Johnson y Sachs, los árbitros internacionales no suelen tener los mismos requisitos de imparcialidad e independencia que los jueces en los sistemas judiciales domésticos, y de hecho, gran parte de las críticas al sistema de solución

8 Para un análisis más profundo de la cláusula de la nación más favorecida en la solución de controversias inversor-Estado ver: BANIFATEMI, Yas . “The emerging jurisprudence on the Most-Favored-Nation Treatment in investment arbitration”. En: BJORKLUND, Andrea (ed.). *Investment Treaty Law. Current Issues III – Remedies in International Investment Law: Emerging Jurisprudence of International Investment Law*. Londres: BIICL, 2009, p. 241–273.

9 TUNG, Ko-Yung. “Investor-State dispute settlement under the Trans-Pacific Partnership”. *The California International Law Journal*. 2015, vol 23, n° 1, p. 22 [consultado 01.07.16]. Disponible en: <<http://www.mofo.com/~media/Files/Articles/2015/08/150800InvestorStateDisputeSettlement.pdf>>

10 JOHNSON, Lise y SACHS, Lisa. “The TPP’s investment chapter: entrenching, rather and reforming, a flawed system” [en línea]. *CCSI Policy Paper. Columbia Center on Sustainable Investment* [consultado 01.07.16]. Disponible en: <<http://ccsi.columbia.edu/files/2015/11/TPP-entrenching-flaws-21-Nov-FINAL.pdf>>

de controversias inversor-Estado radican en este punto. Por tanto la iniciativa es un punto a destacar, pero debe tomarse con prudencia a la espera de su efectiva elaboración por los signatarios del acuerdo¹¹.

3.3. Las excepciones a la solución de controversias inversor-Estado

3.3.1. Las excepciones son la regla

La sabiduría popular indica que “la excepción hace la regla”. No obstante, las excepciones en el Acuerdo del TPP son precisamente la regla, no la excepción. Como explica Bollyky las excepciones están presentes en todos los capítulos incluso en el preámbulo, bajo diferentes formas, como ser excepciones a principios generales, excepciones a excepciones, exclusiones explícitas o implícitas, aclaraciones, limitación de la normativa aplicable, etc.¹².

En materia de solución de controversias inversor-Estado además de la excepción anteriormente analizada relativa a la jurisdicción doméstica como opción para la resolución de disputas en el caso de Chile, México, Perú y Vietnam (Anexo 9-J), las excepciones más destacables son las medidas de control del tabaco (artículo 29.5) y la deuda soberana (Anexo 9-G).

3.3.2. Medidas de control del tabaco

El artículo, 29.5 en el Capítulo Excepciones y Disposiciones Generales, prevé la que tal vez sea la disposición más innovadora de todo el Acuerdo TPP, y sin duda la excepción más importante del sistema de solución de controversias inversor-Estado en el acuerdo. La norma indica que un Estado parte puede optar por que las medidas de control de tabaco que decida tomar no sean susceptibles de reclamaciones en el marco de la Sección B del Capítulo 9, y por tanto un inversor nacional de otro Estado parte no pueda iniciar un arbitraje por tales motivos. La opción puede ser ejercida en cualquier momento, incluso al inicio o durante el proceso arbitral.

La inclusión de esta disposición responde a las características especiales del tabaco, como único bien de consumo que cuenta con un tratado internacional que controla y previene su consumo¹³, el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control

11 *Ibíd.*, p. 8.

12 BOLLYKY, THOMAS J. “TPP tobacco exception proves the new rule in trade. Council for Roreign Relations” [en línea]. *Expert Brief*, 4 de febrero de 2016. [consultado 09.07.16]. Disponible en: <<http://www.cfr.org/trade/tpp-tobacco-exception-proves-new-rule-trade/p37509>>

13 *Ibíd.*

del Tabaco, celebrado el 21 de mayo de 2003 y en vigor desde el 27 de febrero de 2005, que cuenta con 180 Estados parte¹⁴.

Asimismo, Australia y Nueva Zelanda fueron dos de los Estados parte del Acuerdo TPP que más presionaron para la inclusión de la excepción del control del tabaco¹⁵. El primer Estado tiene la experiencia de la demanda de la tabacalera Philip Morris en la Corte Permanente de Arbitraje (caso 2012-2), en base a la Ley de empaquetado genérico de los cigarrillos (2011) y sus normas modificatorias y complementarias.. El argumento del inversor se basaba en la supuesta violación de las disposiciones del TBI Hong Kong – Australia relativas al trato justo y equitativo y expropiación de la propiedad intelectual. El 17 de diciembre de 2015, el tribunal aceptó la objeción de Australia en relación a que constituye abuso de derecho que el demandante realizara una restructuración en Hong Kong, poco antes del inicio del arbitraje¹⁶.

Un arbitraje similar es el iniciado por Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. contra Uruguay (CIADI caso ARB/10/7) por entender que las medidas relativas a la presentación única por marca comercial y el uso de pictogramas con advertencias sanitarias del 80% del frente y el reverso de las cajillas, representaban un incumplimiento del TBI Uruguay-Suiza¹⁷. El 8 de julio de 2016, el tribunal arbitral ad hoc emite un laudo que no hace lugar a las pretensiones de la tabacalera, reconociendo el poder soberano de policía del Estado para regular la salud pública, y condenando a la empresa al pago de los gastos del tribunal arbitral y administrativos del CIADI, así como un reintegro de parte de los costos pagados por Uruguay¹⁸.

Adicionalmente, la situación de Nueva Zelanda es prueba fehaciente que, como explica de Zayas¹⁹, las demandas o amenazas de demandas de manos de inversores extranjeros pueden derivar en una

14 Información disponible en el sitio web de la Organización Mundial de la Salud: <http://www.who.int/fctc/signatories_parties/es/> [consultado 10.07.16].

15 Independientemente del impulso de Australia y Nueva Zelanda en este punto, son interesantes los cambios que este tratado implica a la posición de ambos frente a la solución de controversias inversor- Estado. Según Álvarez, ambos países optaron por excluirla de los TBI celebrados desde el año 2011 (año en que se oficializa la demanda de Philip Morris Asia. ALVAREZ. Op. cit., p. 31.

16 Laudo de jurisdicción y admisibilidad del 17 de diciembre de 2015 disponible en: <<https://pcacases.com/web/sendAttach/1711>> [consultado 16.05.16].

17 Un análisis del caso previo a la emisión del laudo puede verse en: BAS VILIZZIO, Magdalena. "Arbitraje en el CIADI: algunas reflexiones en torno al caso Philip Morris contra Uruguay". En: TRAVIESO, Juan Antonio y CAMPI, Germán (ed.). *Derecho Internacional Público. Su ingeniería y arquitectura en el siglo XXI*. Buenos Aires: Editorial Albremática - elDial.com, 2016, p. 551-562; y MICHELINI, Felipe. "The request for arbitration submitted by Philips Morris International vs Uruguay: a human rights perspective". *Simposio Common Grounds New Zealand - América Latina - A legal Perspective* (22 de octubre de 2015). Wellington: The Law School Victoria University, 2015.

18 Laudo del 8 de julio de 2016 disponible en: <https://medios.presidencia.gub.uy/tav_portal/2016/noticias/NO_U130/laudo_spa1.pdf> [consultado 08.07.16].

19 Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo nombrado por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas.

“parálisis normativa” o incluso una “congelación”, impidiendo a los Estados adoptar reglamentos en áreas tales como la salud pública²⁰. En este caso concreto, Nueva Zelanda paraliza la sanción de una norma de empaque genérico de cigarrillos hasta tanto no fuera emitido el laudo del arbitraje contra Australia. Un mes después de concluido el caso, el Primer Ministro neozelandés anuncia que prevé que la ley de empaque genérico sea sancionada a fines de 2016²¹.

Johnson y Sachs señalan que la excepción de las medidas de control del tabaco es necesaria para proteger a los Estados de reclamos como los anteriormente indicados, pero que el acuerdo no se pronuncia respecto a otras áreas objeto de políticas públicas soberanas, como ser el medio ambiente, la salud o la seguridad pública²². De esta manera la soberanía estatal puede verse limitada y, en palabras de Arato, posicionar a las empresas multinacionales como creadoras de normas jurídicas²³.

3.3.3. Deuda pública

El Anexo 9 – G establece que dado que la compra de deuda soberana es una empresa de riesgo, no podrán emitirse laudos arbitrales a favor del demandante en caos de reclamos por incumplimiento o falta de pago de títulos de deuda soberana emitida por una de las Partes del acuerdo. La excepción a la excepción la constituyen las violaciones a los compromisos emanados de la Parte A del Capítulo de Inversiones, estando la carga de la prueba sobre los hombros del demandante.

Diferente es el caso de la reestructuración de deuda, dado que no pueden ser sometidos a un arbitraje internacional, o continuar en uno si ya fueron sometidos, siempre se trate de una reestructuración negociada al momento o después del sometimiento. La norma no explicita si la disposición incluye aquellos casos en que los títulos de deuda no establezca cláusulas de acción colectiva²⁴, y una parte de los

20 ONU. Cuarto reporte del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo. Documento A/70/285 [en línea]. Nueva York: ONU, 2015, p. 5 [consultado 02.02.16]. Disponible en: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/285&referer=http://www.ohchr.org/EN/Issues/IntOrder/Pages/IEInternationalorderIndex.aspx&Lang=S>

21 MCHAFFIE, Kate. “New Zealand to implement plain packaging for tobacco”[en línea]. *Lexology*, 18 de febrero de 2016. [consultado 09.05.2016]. Disponible en: <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2f267230-efb7-4348-bb47-ee53c89bd601>>

22 JOHNSON, Lise y SACHS, Lisa. Op. cit., p. 3.

23 ARATO, Julián. “Corporations as Lawmakers”. *Harvard International Law Journal*. 2015, vol 56, n° 2, p. 283.

24 Las cláusulas de acción colectiva establecen que una mayoría calificada determinada de acreedores tiene la potestad de modificar los términos más importantes previstos en los títulos de deuda soberana, obligando a la totalidad de acreedores, de forma de impedir las acciones individuales de acreedores disidentes. RANIERI, Agustina. “Deuda soberana: problemas y soluciones en la encrucijada” [en línea]. *Revista Pensar en Derecho*. 2015, n° 6, p. 245–304 [consultado 05.06.16]. Disponible en: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/6/deuda-soberana-problemas-y-soluciones-en-la-encrucijada.pdf>>

acreedores estén habilitados para decidir no ingresar en el proceso de reestructuración (acreedores disidentes o holdouts). Por tanto cabe preguntarse si la norma abarca o no a los acreedores disidentes.

REFLEXIONES FINALES

A lo largo de este trabajo se analizaron las disposiciones sobre solución de controversias inversor-Estado incluidas en el Acuerdo TPP, acuerdo de integración que en sus cerca de 2700 páginas además de regular aspectos relativos al comercio de bienes y servicios alcanza otras áreas como la promoción y protección de inversiones. En consecuencia se superpone con un entramado de acuerdos comerciales regionales y TBI que regulan las relaciones entre los Estados parte.

El sistema de solución de controversias inversor-Estado previsto replica en gran medida las disposiciones de los TBI o los capítulos contenidos en los TLC celebrados por Estados Unidos en los últimos años, a excepción de algunas innovaciones. En particular es de destacar que no se opta por un mecanismo propio del proceso de integración, como en el caso de la Unasur o más recientemente de los Tribunales de inversiones de primera instancia y de apelación en el marco del Acuerdo de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión entre Estados Unidos y la UE²⁵ o el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá²⁶.

El capítulo 9 del Acuerdo TPP se limita a indicar un elenco de foros externos ante los cuales el demandante puede efectivizar su reclamo. No se presentan cambios sustantivos, ni se resuelven los cuestionamientos respecto a la solución de disputas por parte de tribunales ad hoc y por ende sin permanencia, que no han generado una jurisprudencia uniforme, ni cuentan con la posibilidad de apelación por un órgano superior. Por tanto, las diferentes propuesta de reforma al sistema²⁷ no han sido tenidas en cuenta por los autores del tratado,

Si bien la excepción de las medidas de control del tabaco es una innovación que sería deseable que sea replicada en futuros acuerdos comerciales, el texto del acuerdo deja fuera otras políticas públicas que requieren protección en base al poder soberano de policía del Estado. Tal es el caso de otras medidas entorno a la protección del medio ambiente o la salud pública, como ser el control del consumo de bebidas

25 El borrador del Capítulo II - Inversión puede consultarse en: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf> [consultado el 10.07.16].

26 El borrador el acuerdo puede consultarse en: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf> [consultado 10.07.16].

27 Un estudio pormenorizado puede ser consultado en: SCHILL, Stephan. Reforming Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Conceptual Framework and Options for the Way Forward. Documento de trabajo de The E15 Initiative [en línea]. Ginebra: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) y World Economic Forum, 2015 [consultado 29.03.2016]. Disponible en: <<http://e15initiative.org/wpcontent/uploads/2015/07/E15-Investment-Schill-FINAL.pdf>>

alcohólicas o el azúcar.

En suma, sería deseable que desde el Derecho de la integración también se traiga al tapete la discusión sobre la reforma del sistema de solución de controversias inversor-Estado, y de esta forma se den pasos firmes hacia un sistema regional y multilateral más justo para todos los Estados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, José A. “Is the Trans-Pacific Partnership’s investment chapter the new “gold standard”?” [en línea]. *Working Paper IILJ 2016/3 MegaRed Series*. Nueva York: New York University, School of Law, 2016 [consultado 01.07.16]. Disponible en: <https://wp.nyu.edu/megareg/wp-content/uploads/sites/3134/2016/03/Alvarez_IILJ-MegaReg_2016-3.pdf>

ARATO, Julián. “Corporations as Lawmakers”. *Harvard International Law Journal*. 2015, vol 56, n° 2, p. 229-295.

BANIFATEMI, Yas. “The emerging jurisprudence on the Most-Favored-Nation Treatment in investment arbitration”. En: BJORKLUND, Andrea (ed.). *Investment Treaty Law. Current Issues III – Remedies in International Investment Law: Emerging Jurisprudence of International Investment Law*. Londres: BIICL, 2009, p. 241 – 273.

BAS VILIZZIO, Magdalena. “Arbitraje en el CIADI: algunas reflexiones en torno al caso Philip Morris contra Uruguay”. En: TRAVIESO, Juan Antonio y CAMPI, Germán (ed.). *Derecho Internacional Público. Su ingeniería y arquitectura en el siglo XXI*. Buenos Aires: Editorial Albremática - elDial.com, 2016, p. 551-562.

BAS VILIZZIO, Magdalena. “Solución de controversias en los tratados bilaterales de inversión: mapa de situación en América del Sur” [consultado 01.07.16]. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 2015, año 3, n° 5, Marzo 2015, 233 – 253. Disponible en: <<http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/120/pdf>>

BOLLYKY, THOMAS J. “TPP tobacco exception proves the new rule in trade. Council for Foreign Relations” [en línea]. *Expert Brief*, 4 de febrero de 2016. [consultado 09.07.16]. Disponible en: <<http://www.cfr.org/trade/ppp-tobacco-exception-proves-new-rule-trade/p37509>>

CIADI. *Caso número ARB/10/7: Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. contra Uruguay*. Laudo del 8 de julio de 2016 [consultado 08.07.16]. Disponible en: <https://medios.presidencia.gub.uy/tav_portal/2016/noticias/NO_U130/laudo_spa1.pdf>

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE. *Caso 2012-2: Philip Morris Asia Limited contra la Mancomunidad de Australia*. Laudo de jurisdicción y admisibilidad del 17 de diciembre de 2015. [consultado 16.05.16].

Disponible en: <<https://pcacases.com/web/sendAttach/1711>>

JOHNSON, Lise y SACHS, Lisa. “The TPP’s investment chapter: entrenching, rather and reforming, a flawed system” [en línea]. *CCSI Policy Paper. Columbia Center on Sustainable Investment* [consultado 01.07.16]. Disponible en: <<http://ccsi.columbia.edu/files/2015/11/TPP-entrenching-flaws-21-Nov-FINAL.pdf>>

MCHAFFIE, Kate. “New Zealand to implement plain packaging for tobacco” [en línea]. *Lexology*, 18 de febrero de 2016. [consultado 09.05.2016]. Disponible en: <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2f267230-efb7-4348-bb47-ee53c89bd601>>

MICHELINI, Felipe. “The request for arbitration submitted by Philips Morris International vs Uruguay: a human rights perspective”. *Seminario Common Grounds New Zealand - América Latina - A legal Perspective* (22 de octubre de 2015). Wellington: The Law School Victoria University, 2015.

ONU. Cuarto reporte del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo. Documento A/70/285 [en línea]. Nueva York: ONU, 2015 [consultado 02.02.16]. Disponible en: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/285&referer=http://www.ohchr.org/EN/Issues/IntOrder/Pages/IEInternationalorderIndex.aspx&Lang=S>

RANIERI, Agustina. “Deuda soberana: problemas y soluciones en la encrucijada” [en línea]. *Revista Pensar en Derecho*. 2015, n° 6, p. 245–304 [consultado 05.06.16]. Disponible en: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/6/deuda-soberana-problemas-y-soluciones-en-la-encrucijada.pdf>>

SCHILL, Stephan. Reforming Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Conceptual Framework and Options for the Way Forward. Documento de trabajo de The E15Initiative [en línea]. Ginebra: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) y World Economic Forum, 2015 [consultado 29.03.2016]. Disponible en: <<http://e15initiative.org/wpcontent/uploads/2015/07/E15-Investment-Schill-FINAL.pdf>>

TAMBURINI, Francesco. “Historia y Destino de la Doctrina Calvo: ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?”. *Revista de estudios histórico-jurídicos*. 2002, n° XXIV, p. 81–101 [consultado 23.01.15]. Disponible en: <<http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/363/343>>

TUNG, Ko-Yung. “Investor-State dispute settlement under the Trans-Pacific Partnership”. *The California International Law Journal*. 2015, vol 23, n° 1, p. 19–25 [consultado 01.07.16]. Disponible en: <<http://www.mofo.com/~media/Files/Articles/2015/08/150800InvestorStateDisputSettlement.pdf>>

ACORDOS DE INVESTIMENTO E A PROTEÇÃO DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL: RELAÇÃO NATURAL, OU CASAMENTO DE CONVENIÊNCIA? REFLEXÕES SOBRE EXPERIÊNCIAS DO MERCOSUL E DO NAFTA

LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: RELACIÓN NATURAL, O MATRIMONIO DE CONVENIENCIA? REFLEXIONES SOBRE LAS EXPERIENCIAS DEL MERCOSUR Y DE NAFTA

*Fabrício Bertini Pasquot Polido**
*Lucas Costa dos Anjos***

Resumo: O artigo objetiva investigar o atual contexto analítico sobre a proteção de direitos de propriedade intelectual como investimentos em acordos de investimentos e tratados bilaterais de investimentos (BITs – bilateral investment treaties, em Inglês), tendo como referenciais as experiências de integração regional do NAFTA e MERCOSUL. Será definido o que se entende por propriedade intelectual como investimento, suas principais categorias e as definições usualmente adotadas nos tratados sobre o tema. Em seguida, o artigo examina os diferentes graus de efetividade de instrumentos internacionais como o Protocolo de Colônia e o Protocolo de Buenos Aires no caso do MERCOSUL, relativamente ao tema discutido. Em confronto encontram-se os métodos de solução de controvérsias, os recursos aos quais os Estados têm acesso e as formas de promoção ao investimento no bloco econômico. Finalmente, são analisados casos envolvendo litígios internacionais em matéria de propriedade intelectual e investimentos, como *Philip Morris vs. Uruguay*, atualmente submetido a procedimento arbitral administrado pelo Centro

* Professor Adjunto de Direito Internacional da UFMG e Docente do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Direito Internacional pela USP. Email: fpolido@ufmg.br

** Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Internacional de Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos (International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID).

Resumen: Este artículo objetiva investigar el estado actual de la protección de los derechos de propiedad intelectual como las inversiones en los tratados bilaterales de inversión (TBI - Tratados bilaterales de inversión en Inglés) en el Mercosur y el TLC. Se definirá qué se entiende por propiedad intelectual como una inversión, sus principales categorías y los principales ajustes utilizados tratados sobre el tema. Cuestionase la medición de la eficacia de los instrumentos internacionales como el Protocolo de Colonia y el Protocolo de Buenos Aires. Observase los métodos de solución de controversias escogidos, los recursos a los que los Estados tienen acceso y formas de promover la inversión en el bloque económico. Por último, se analizarán casos de controversias internacionales sobre propiedad intelectual e inversiones, como *Philip Morris vs. Uruguay*, presentado actualmente al arbitraje administrado por el Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - CIADI).

Palavras-chave: Investimentos, Propriedade intelectual, Solução de controvérsias

Palabras clave: Inversiones, Propiedad intelectual, Solución de controversias

1. INTRODUÇÃO

As interfaces existentes entre acordos de investimentos e direitos de propriedade intelectual têm sido cada vez mais significativas na atualidade. O direito internacional dos investimentos e o direito internacional da propriedade intelectual, como áreas de acentuada especificidade e dotadas de linguagens próprias, gradualmente se aproximam, em pontos de convergência material e funcional. Deixam de ser admitidas como disciplinas meramente estanques no universo do direito internacional ou “regimes normativos concorrentes”, para justificar objetivos mais amplos de regulação compartilhada no espaço transnacional. Entre eles, exatamente, encontra-se o de proteção jurídica de bens da informação e tecnológicos, a partir de uma retomada, à primeira vista, do caráter privado dos direitos de propriedade intelectual e daqueles direitos subjacentes ou decorrentes de investimentos.

Na discussão corrente e literatura especializada, o direito internacional dos investimentos apresenta uma racionalidade descritiva fundada nas fontes normativas - primordialmente, tratados bilaterais de investimentos (BITs – bilateral investment treaties, em Inglês)¹

¹ De acordo com Anzorena e Perry: “o primeiro BIT já registrado foi assinado entre a Alemanha

e mecanismos de solução de litígios entre Estados e investidores (em particular a arbitragem). O direito internacional da propriedade intelectual tem se concentrado, por sua vez, na ideia de área específica do direito internacional voltada para a proteção jurídica dos bens da tecnologia e informação, dentro de uma sistemática predominantemente estruturada em tratados multilaterais do final do século XIX, como as Convenções de Berna e Paris² e, mais recentemente, o Acordo TRIPS/OMC³. Ambos regimes pareciam muito distantes entre si, sem diálogo sistêmico.

Uma mudança nesse padrão, contudo, passa a ser sentida com muita intensidade. Nas últimas décadas, o que se observou no direito internacional foi a crescente convergência entre as duas áreas, bem como a menção de direitos de propriedade intelectual como categorias de investimentos em BITs⁴. Essa elevação da incidência de cláusulas

e o Paquistão, em 1959. A Suíça fez o mesmo, firmando um BIT com as Filipinas no mesmo ano. Vários outros países europeus, como a Bélgica, a França, o Reino Unido, a Itália e a Holanda deram seguimento a essa tendência durante os anos 1960 e 1970. Os Estados Unidos iniciaram seu programa de BITs somente em 1981, mas desde então assinaram 47 BITs, além de 20 acordos de livre comércio contendo capítulos que funcionam como BITs, como o Capítulo 11 do Tratado Norte-Americano de Livre Comércio. Tradução livre do trecho: “The first recorded BIT was signed between Germany and Pakistan in 1959. Switzerland followed, entering into a BIT with the Philippines that same year. Several other European countries, such as Belgium, France, the United Kingdom, Italy, and the Netherlands continued this trend during the 1960s and 1970s. The United States began its BIT program only in 1981, but since then it has signed 47 BITs, as well as 20 free trade agreements containing chapters that operate as BITs, such as Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement”. ANZORENA, C. Ignacio Suarez; PERRY, William K. “The Rise of Bilateral Investment Treaties”. In: House Defense Quarterly. 2010, p. 2. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<http://www.chadbourne.com/files/Publication/f1898f01-febc-4fba-bb94-87ff36d1b1a2/Presentation/PublicationAttachment/8c6065d3-c22f-4a1e-a187-8c94079e98bc/IDQ-2010-03-SuarezAnzorenaPerry.pdf>>

2 “No campo da propriedade intelectual, a criação da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial de 1883 e da União de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas de 1886, deixou importante legado para o Direito Internacional. [...] Relacionadas pela contingência histórica, as Uniões foram estruturadas pelas normas da Convenção de Paris de 1883 e de Berna de 1886, com o propósito de estabelecer a cooperação técnico-administrativa entre estados, sem qualquer atribuição de personalidade jurídica de Direito Internacional, e coordenadas pela atuação de órgãos comuns de secretariado”. Criticamente, cf. POLIDO, Fabrício B. P. Direito internacional da propriedade intelectual: fundamentos, princípios e desafios. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 23.

3 WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*. April 15, 1994. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm>

4 No âmbito da União Europeia, o Tratado de Lisboa delegou competência à União Europeia para negociar acordos sobre a proteção de investimentos. Ainda que as estratégias de negociação desses acordos envolva a atuação em âmbitos multilaterais, esse documento expressa claramente que “devido a sua importância econômica global, A União Europeia detém posição favorável para convencer seus parceiros comerciais sobre a necessidade de padrões mais claros e melhores de comércio. O veículo primário para que isso ocorra serão as negociações bilaterais com outros países”. Além disso, o mesmo documento define os sistemas de solução de controvérsias preferencialmente elegidos na hipótese de disputas acerca de investimentos que envolvam investimentos, quais sejam, os mecanismos da UNICITRAL, considerados mais transparentes pela Comissão. Tradução livre do trecho: “With its global economic weight, the EU is in a strong position to convince its trading partners of the need for clearer and better standards. The primary vehicle for this will be through bilateral negotiations with third countries”. EUROPEAN COMMISSION. Investment Protection and

de proteção de propriedade intelectual por acordos de investimentos⁵ desencadeou consequências intrigantes do ponto de vista da harmonização substantiva e procedimental da propriedade intelectual, como uma espécie de transferência de foro (forum shifting)⁶ em relação às Convenções de Berna e Paris, tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual e o Acordo TRIPS- Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights⁷ para certos conjuntos de acordos regionais e bilaterais.

Além disso, essa recente transformação proporciona maior equiparação entre bens e direitos suscetíveis de proteção por acordos de investimentos (como aqueles textualmente descritos nos instrumentos convencionais) e direitos de propriedade intelectual⁸. Como categoria de

Investor-to-State Dispute Settlement in EU Agreements, november 2013, p. 1. [acesso em 18 de fevereiro de 2015]. Disponível em <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf>

5 Atualmente, a União Europeia negocia acordos bilaterais de investimento com diversos países: Estados Unidos, no âmbito do Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (Trans-Atlantic Free Trade Agreement); China; Canadá; Japão; Singapura; Malásia; Vietnã; Tailândia; e Índia, entre outros. As negociações para o estabelecimento de um acordo de livre comércio com o MERCOSUL foram retomadas em 2010, mas ainda encontram dificuldades, sobretudo a respeito dos mecanismos de regulação do comércio (em detrimento de iniciativas de redução tarifária). EUROPEAN COMMISSION. The EU's bilateral trade and investment agreements: where are we? December, 2013 [acesso em 18 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/november/tradoc_150129.pdf>

6 “Forum shifting pode se referir a diversas dinâmicas distintas, todas destinadas a proporcionar resultados preferenciais por meio de mudanças no “jogo”. As partes podem se mover de uma agenda para outra, sair completamente de uma agenda (como os Estados Unidos saindo da UNESCO nos anos 1980), ou atuar em agendas simultâneas em múltiplos fóruns. [...] Países fortes como os Estados Unidos mudam de fóruns para otimizar seu poder e suas vantagens, bem como minimizar a oposição. A agenda de execução de Direitos de Propriedade Intelectual é apenas a mais recente em uma série de mudanças estratégicas de fórum. No entanto, partes mais “fracas”, como países em desenvolvimento e a advocacia pública não-governamental (ONGs) também emprega estratégias de forum shifting em seus esforços para remodelar as regras.” Tradução livre do trecho: “Forum-shifting can refer to several distinct dynamics, all of which are designed to yield preferred results by changing the game. Parties might move an agenda from one forum to another, exit a forum altogether (e.g. the US exiting UNESCO in the 1980s), or pursue agendas simultaneously in multiple forums. Strong states like the U.S. shift forums to optimize their power and advantages and minimize opposition. The IP enforcement agenda is just the latest in a series of strategic forum shifts. Yet “weaker” parties, such as developing countries and public advocacy non-governmental organizations (NGOs), also deploy forum-shifting strategies in their efforts to reshape the rules.” SELL, Susan K. *Cat and Mouse: Industries’, States’ and NGOs’ Forum - Shifting in the Battle Over Intellectual Property Enforcement*. September 1, 2009. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1466156>>

7 WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*. April 15, 1994. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm>

8 Afirma-se que esses acordos de investimento corroboram para o aumento de investimento estrangeiro direito nos países, já que garante padrões mais elevados de proteção territorial. No entanto, conforme afirma Umberto Celli Junior: “Não há evidências conclusivas de que Acordos de Investimentos possam levar a um aumento de IED. Estatísticas demonstram que, não obstante muitos países em desenvolvimento terem firmado BITs, eles ainda são destinatários de menos de 1/3 do total do fluxo de IED no mundo. Não constitui, portanto, a participação de acordos multilaterais, regionais ou bilaterais, fator determinante na maior ou menor atratividade de IED. Enquanto em países de menor desenvolvimento relativo da África, por

investimento, essa qualificação dos direitos de propriedade intelectual confere a seus titulares base legal para reclamações em outros foros que não apenas o Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (no quadro do Acordo TRIPS), ou mesmo tribunais estatais para questões envolvendo titularidade, validade de registros, licenças e violação de direitos de propriedade intelectual.

Finalmente, a convergência dos dois regimes – investimentos e propriedade intelectual – também tem corroborado a criação de instâncias jurisdicionais complementares de solução de litígios transnacionais envolvendo direitos de propriedade intelectual, como o recurso das partes a arbitragens internacionais de investimentos, conduzidas segundo as regras e procedimentos do Centro Internacional de Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos (International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID, em Inglês)⁹ e da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL, em Inglês)¹⁰.

Nesse truncado contexto, quais seriam as consequências para os principais atores do direito internacional? Um risco significativo seria a prolação de decisões arbitrais interpretando e aplicando regras sobre direitos de propriedade intelectual totalmente opostas à unidade pretendida pela harmonização substantiva e por padrões mínimos de proteção na sistemática das Convenções de Berna, de Paris e do TRIPS, ou mesmo das leis domésticas de propriedade intelectual¹¹. O caso entre

exemplo, a baixa atratividade se deve, dentre outros fatores, à instabilidade política, à ausência de infraestrutura e à reduzida dimensão dos mercados domésticos, em países emergentes, como o Brasil, as oscilações no fluxo de IED decorrem, como precedentemente mencionado, da alta carga tributária, da enorme burocracia, do crédito caro, da má distribuição de renda, do baixo nível de poupança e do ambiente regulatório, dentre outras razões.” JUNIOR, Umberto Celli. “O impacto dos acordos de investimentos sobre os Estados-Membros do MERCOSUL”. In: *Cadernos Prolam/USP*. 2005, vol 4, nº 6, 2005, p. 94. [acesso em 21 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/prolam/article/view/81786/85094>>

9 O regulamento de arbitragem do ICSID entrou em vigor em 15 de outubro de 1966 e é hoje ratificado por 150 Estados. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Convention on the Settlement of Investment Disputed Between States and Nationals of Other States*, October 15, 1966. [acesso em 9 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/ICSID%20Convention%20English.pdf>>

10 A UNCITRAL especializa-se na reforma, modernização e harmonização das regras de comércio internacional atualmente. Entre seus principais documentos, é possível encontrar convenções, modelos de legislação, guidelines, recomendações práticas, assistência técnica a reformas legislativas, entre outros. As regras de arbitragem da UNCITRAL, adotadas em 1976 e revisadas em 2010, conferem ao Secretário-Geral da Corte Permanente de Arbitragem o papel de nomear autoridades para procedimentos arbitrais e até mesmo atuar como autoridade em procedimentos arbitrais, caso as partes assim o queiram. A Corte Permanente de Arbitragem também oferece apoio administrativo aos procedimentos arbitrais que seguem as diretrizes da UNCITRAL. PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *UNCITRAL Arbitration Rules and the PCA* [acesso em 10 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1061>

11 Alguns autores afirmam também que o aumento da incidência de BITs e outros acordos regionais diminuiriam a propensão dos Estados a se engajarem nas atuais discussões sobre

a Philip Morris e o Uruguai¹², que será melhor explorado ao longo do artigo, retrata bem esses possíveis impactos, já que questiona medidas de saúde pública e regulação de embalagens de cigarro no país sob o pretexto de prejuízos a investimentos em propriedade intelectual no país.

O presente trabalho explora a relação contemporânea entre propriedade intelectual e investimentos, especialmente nos âmbitos do Nafta e do MERCOSUL. No item 1, são analisadas as interações entre acordos bilaterais e plurilaterais de investimento com os direitos de propriedade intelectual. No item 3, analisa-se o atual estado da arte da propriedade intelectual como investimento no contexto dos dois blocos econômicos regionais. O item 4 explora as propostas, soluções e possibilidades de solução de controvérsias em propriedade intelectual e investimento no Nafta e no MERCOSUL. O item 5 delinea os contornos do contencioso entre Philip Morris e o Uruguai, referente à relação entre propriedade intelectual e investimentos no país, e as considerações finais e as principais conclusões deste estudo.

2. INTERAÇÕES ENTRE ACORDOS DE INVESTIMENTOS E DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Existem distintas conformações, escopos e finalidades dos regimes internacionais de proteção dos investimentos, se confrontados com aquelas do regime internacional de proteção dos direitos de propriedade intelectual. Notoriamente, instrumentos de proteção a investimentos, como os BITs:

[...] Se transformaram em ferramentas essenciais na gestão dos riscos políticos de se investir no exterior, porque concedem direitos

a liberalização multilateral dos fluxos de comércio e de investimento: “Acordos regionais de comércio também podem prejudicar iniciativas dos governos de pressionar por maior liberalização comercial no âmbito multilateral. Há poucos indícios de que os grandes atores das atuais negociações na OMC tenham mudado suas posições, ou se retirado do sistema multilateral, mesmo quando eles se aproveitam de acordos comerciais regionais. No entanto, como as discussões têm se tornado politicamente difíceis, o risco de que eles abandonem o multilateralismo em favor de acordos regionais ‘bons o suficiente’ é cada vez mais presente.” Tradução livre do trecho: “RTAs can also undercut the incentives of governments to press for further multilateral trade liberalization. There is little evidence that major players in the current WTO negotiations have changed their negotiating positions or retreated from the multilateral process, even as they avail themselves of regional trade deals. However, as the discussions become politically difficult, the risk is ever present that they will abandon multilateralism in favor of regional agreements that are ‘good enough.’” NEWFARMER, Richard. “Regional Trade Agreements: Designs for Development”. In: *Trade, Doha and Development: a Window into the Issues. The International Bank for Reconstruction and Development, November 2005*. [acesso em 22 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.458.3724&rep=rep1&type=pdf#page=292>>

12 INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay. Case No. ARB/10/7, March 26, 2010*. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/10/7&tab=PRO>>

substanciais a investidores estrangeiros, proporcionam garantias a investimentos contra governos estrangeiros, e normalmente permitem que investidores estrangeiros removam disputas da jurisdição de tribunais locais¹³.

O regime internacional da propriedade intelectual, em seus contornos contemporâneos, ao contrário, busca harmonizar e expandir os padrões substantivos de proteção de direitos de titulares de marcas, de patentes, de direitos de autor, de desenhos, entre outras categorias, dentro de objetivos expansionistas de proteção da propriedade intelectual no contexto pós-TRIPS¹⁴.

Tratados da propriedade intelectual, como Convenção de Berna sobre Propriedade Artística e Literária de 1886¹⁵, e Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial de 1883¹⁶, não outorgam

13 Tradução livre do trecho: “Bilateral investment treaties (BITs) have become essential tools in managing foreign investment political risks because they grant substantial rights to foreign investors, provide safeguards to investments against foreign governments, and typically enable foreign investors to remove investment disputes from the jurisdiction of local courts”. ANZORENA, C. Ignacio Suarez; PERRY, William K. *The Rise of Bilateral Investment Treaties*. In: *House Defense Quaterly, Summer 2010*, p. 01. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<http://www.chadbourn.com/files/Publication/f1898f01-febc-4fba-bb94-87ff36d1b1a2/Presentation/PublicationAttachment/8c6065d3-c22f-4a1e-a187-8c94079e98bc/IDQ-2010-03-SuarezAnzorenaPerry.pdf>>

14 A vinculação da propriedade intelectual a acordos de proteção a investimentos, no entanto, não teve esse efeito. Há fundamentos suficientes para se afirmar que, de fato, essa estratégia apenas levou a um gradual aumento de litigiosidade envolvendo a interface entre propriedade intelectual e investimentos. De acordo com Anzorena e Perry, o aumento da litigiosidade internacional foi considerável: “Até o fim do milênio, mais de 2.000 BITs estavam em vigor, mas mesmo naquela época menos de uma dúzia de disputas eram publicamente conhecidas. Somente após a crise argentina de 2001 que os BITs foram alavancados à linha de frente do direito internacional e da gestão de investimentos com risco político. As medidas adotadas pelo governo da Argentina para lidar com a crise foram contestadas em mais de 40 arbitragens internacionais por investidores estrangeiros, que invocavam os BITs aplicáveis respectivos. Na última década, mais de 300 casos invocaram BITs, muitos deles envolvendo pedidos de bilhões de dólares. Isso sugere que a utilização efetivas dos BITs aumentou.” Tradução livre do trecho: “By the end of the millennium, more than 2,000 BITs were in force, but even then only a handful of disputes were publicly known. It took the Argentine crisis of 2001 to bring BITs truly to the forefront of international law and political-risk investment management. The measures adopted by the government of Argentina to cope with the crisis were challenged in over 40 international arbitrations by foreign investors invoking the respective, applicable BITs. Now, over 300 cases have been filed under BITs during the last decade, many involving claims worth billions of dollars, evidence that awareness of BITs has increased”. ANZORENA, C. Ignacio Suarez; PERRY, William K. “The Rise of Bilateral Investment Treaties”. In: *House Defense Quaterly, Summer 2010*, p. 01. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<http://www.chadbourn.com/files/Publication/f1898f01-febc-4fba-bb94-87ff36d1b1a2/Presentation/PublicationAttachment/8c6065d3-c22f-4a1e-a187-8c94079e98bc/IDQ-2010-03-SuarezAnzorenaPerry.pdf>>

15 Convenção internalizada no Brasil pelo Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975. BRASIL. Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975. [acesso em 9 de março de 2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm>

16 Convenção internalizada no Brasil pelo Decreto nº 75.572, de 8 de abril de 1975. BRASIL. Decreto nº 75.572, de 8 de abril de 1975. [acesso em 9 de março de 2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0635.htm>

imediatamente direitos de propriedade intelectual. A proteção em concreto desses direitos, invocada pelos titulares, é materializada ou instrumentalizada a partir de medidas administrativas e judiciais, propostas perante órgãos estatais e tribunais judiciais. Nesse sentido, o paradigma de proteção ainda é centrado no princípio da territorialidade, em particular nos casos envolvendo direitos de propriedade intelectual dependentes de registros (e.g. patentes, marcas, desenhos industriais). Assim, tecnicamente, cada Estado concede proteção nacional nos termos de sua lei interna, estando vinculado, no entanto, a obrigações assumidas em tratados sobre a matéria, como bem sintetizam aquelas estabelecidas pelo Acordo TRIPS/OMC.

As convenções e tratados da propriedade intelectual são destinados a estabelecer regime normativo de proteção substantiva e procedimental relativo a direitos de autor e conexos, marcas, patentes, desenhos industriais no plano internacional, além de padrões mínimos de proteção a serem adotados pelos Estados, como resultado de obrigações assumidas. A natureza da propriedade intelectual, inclusive, é controvertida¹⁷, sendo muito distinta daquela de bens móveis e imóveis ou da ideia confusa de “propriedade extraordinária” nos regimes de direito privado, ou que sequer possa justificar a delimitação dos bens passíveis de proteção por meio de “direitos de investimentos”, como frequentemente ocorre quanto às definições normativas ou categorias nos acordos de investimentos.

Cada vez mais, titulares litigam contra Estados em tribunais arbitrais internacionais, em disputas que poderiam ser endereçadas pelos tribunais locais ou, havendo violação de obrigações multilaterais do TRIPS, pelo

17 Segundo Robert P. Merges: “Propriedade é uma construção legal única. Até mesmo a linguagem que utilizamos – o que acadêmicos normalmente denominam “linguajar de propriedade” – é distinta. Poderíamos falar sobre a criação da propriedade como uma ‘concessão’, uma palavra derivada do termo latino para ‘confiar’. O Estado concede a propriedade a um proprietário, que então recebe um pequeno título, uma fagulha do poder do Estado. É esse poder que faz o direito de propriedade um ‘bem oponível ao mundo’, o que significa duas coisas ao mesmo tempo: primeiramente, que o proprietário pode invocar o poder do Estado para fazer valer esse direito; e, ainda, que não é necessário haver uma relação pré-existente entre um proprietário e um terceiro para que o proprietário acione esse terceiro por violar seu direito de propriedade. A única conexão, nesse caso, é que ambos o proprietário e o terceiro estão sujeitos à lei do mesmo Estado.” Tradução livre do trecho: “Property is a unique legal construct. Even the language we use— what scholars sometimes call “property talk”— is distinctive. We speak of the creation of property as a “grant,” a word derived from the Latin term for “entrust.” The state bestows property on an owner, who then carries a small piece, a tiny spark, of the state’s power. It is this power that makes a property right “good against the world,” which means two things at once: first, that the owner can invoke the power of the state to enforce the right; and second, that there need be no preexisting relationship between an owner and another person for the owner to bring that person to account for violating the property right. The only connection, in such a case, is that both the owner and the other person are subject to the law of the same state.” MERGES, Robert P. *Justifying intellectual property*. Harvard University Press, 2011, p. 292. [acesso em 11 de março de 2015]. Disponível em: <http://denning.law.ox.ac.uk/news/events_files/JIP_-_Chapter_10_-_Conclusion_-_June_2011.pdf>

Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. Para autores como William W. Park e Guillermo Aguilar Alvarez, os últimos anos contaram até mesmo com maior participação de países em desenvolvimento nos processos de arbitragem de disputas sobre investimentos:

Países em desenvolvimento perceberam que, quanto maior o risco, maior o custo de se investir. Mecanismos de proteção pouco confiáveis tendem a diminuir a cooperação econômica em geral, ainda que em detrimento da grande necessidade de esses países receberem capital estrangeiro para se desenvolverem. Devido ao fato de que a arbitragem promove o respeito a negociações implícitas entre investidores e o país anfitrião desses investimentos, ela passou a ser contemplada como um mecanismo sensato de política econômica internacional¹⁸.

O tema examinado também é de interface entre investimentos e direitos de propriedade intelectual nos sistemas domésticos, bilaterais, regionais e multilaterais. Do ponto de vista das fontes do direito internacional da propriedade intelectual e do direito internacional dos investimentos, parece existir autêntico caso de colisão de regimes normativos, a ponto de justificar a ideia dos regimes autônomos (“self-contained regimes”) e jurisdições concorrentes, na qual se ancora mesmo uma dada retórica na doutrina jusinternacionalista¹⁹.

A inclusão de cláusulas concernentes à proteção de direitos de propriedade intelectual admitidos como ativos de investimentos (a exemplo de BITs e do Protocolo de Colônia²⁰ do MERCOSUL) está em maior evidência na atualidade. Ao lado, portanto, de medidas administrativas e judiciais adotadas por titulares nos Estados nos quais reclamam a proteção jurídica de direitos de propriedade intelectual, o recurso à arbitragem internacional de investimentos (arbitragem Estado-investidor) representa alternativa a satisfazer estratégias ofensivas no campo da propriedade intelectual.

18 Tradução livre do trecho: “Developing countries also came to realize that the greater the risk, the higher the cost of investment. Untrustworthy enforcement mechanisms tend to chill cross-border economic cooperation to the detriment of those countries that depend most on foreign capital for development. To the extent that arbitration promotes respect for implicit bargains between investor and host country, it came to commend itself to developing countries as a matter of sound international economic policy”. ALVAREZ, Guillermo Aguilar, and PARK, William W. “The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11”. *Yale J. Int’l L.* 28. 2003, n° 365, p. 703. [acessado em 18 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Chapter_IV-D-2_Investment_Arbitration.pdf>

19 Cf. por exemplo, SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. “Of planets and the universe: self-contained regimes in international law”. *European Journal of International Law.* 2006, vol 17, n° 3, p. 483-529; TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. “Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law”. *Michigan Journal of International Law.* 2004, vol 25, n° 4, p. 999-1046.

20 MERCOSUL. *Protocolo de Colônia para a promoção e proteção recíproca de investimentos no MERCOSUL (intrazona)*. 17 de janeiro de 1994. [acesso em 18 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/relinter/MERCOSUL/coloni-p.asp>>

Trata-se de reforço procedimental, portanto, em nível de contencioso internacional, que busca maximizar a proteção de direitos de titulares (particularmente empresas). Ele permite maior distanciamento dos modelos convencionais de controle judicial sobre litígios envolvendo propriedade intelectual por tribunais estatais e órgãos de solução de controvérsias com jurisdição a ser exercida decorrente de acordos multilaterais (como seria o caso do Acordo TRIPS/OMC especificamente).

A racionalidade de acordos de proteção recíproca ou tratados bilaterais de investimentos, todavia, é distinta daquela dos tratados relativos à propriedade intelectual. Os primeiros são especificamente destinados a proteger direitos de propriedade sobre bens e ativos, e outros dela derivados, contra a interferência governamental. Buscam endereçar situações de discriminação, tratamento não equitativo em relação a indivíduos e empresas na esfera da titularidade e exercício de direitos decorrentes de relações jurídicas de investimentos.

Essa constatação é corroborada pelas distintas estruturas e funções da disciplina dos investimentos e a da propriedade intelectual. O direito dos investimentos confere aos titulares-investidores mecanismos substantivos e procedimentais de proteção dos bens evoluindo atividades de investimento em Estados receptores. Os direitos de propriedade intelectual, por seu turno, conferem direitos de exclusivo aos titulares. Especificamente em relação ao Acordo TRIPS, são estabelecidas obrigações, aos Membros da OMC de implementar, em seus respectivos sistemas domésticos, os padrões mínimos de proteção da propriedade intelectual ali previstos e mecanismos de aplicação da proteção (respectivamente na Parte II e III do Acordo)²¹.

Nesse contexto, é importante verificar a forma como a proteção à propriedade intelectual tem sido tratada em acordos de livre-comércio e de incentivos ou promoção recíproca de investimentos. No contexto do Acordo TRIPS/OMC, em seu artigo 1.1, é concedida aos membros liberdade para adotar em seus territórios padrões mais abrangentes de proteção à propriedade intelectual²². Ou seja, o Acordo representa um “mínimo protetivo”, que pode ser suplementado por outros instrumentos

21 Sobre isso, cf. KLOPSCHINSKI, Simon. *Der Schutz geistigen Eigentums durch völkerrechtliche Investitionsverträge*. Berlin: C. Heymanns, 2011, especialmente Cap.2; POLIDO, Fabrício B. P. *Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 184 e ss, 286 e MERCURIO, Bryan. “Awakening the Sleeping Giant: intellectual property rights in international investment agreements”. *Journal of International Economic Law*. 2012, vol 15, nº 3, p. 871.

22 Artigo 1.1 do Acordo TRIPS: “Members shall give effect to the provisions of this Agreement. Members may, but shall not be obliged to, implement in their law more extensive protection than is required by this Agreement, provided that such protection does not contravene the provisions of this Agreement. Members shall be free to determine the appropriate method of implementing the provisions of this Agreement within their own legal system and practice.” WORLD TRADE ORGANIZATION. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. April 15, 1994. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm>

normativos, sejam eles de alcance bilateral ou multilateral.

A possibilidade de estender os padrões de proteção tem acarretado condutas de ‘forum shifting’ por determinados Estados, que passam, em virtude de maior poder de barganha, a incluir a agenda expansionista dos direitos de propriedade intelectual em acordos conexos, como de proteção a investimentos. Essa mudança de foro afeta diretamente os meios de solução de controvérsia eleitos, bem como a forma de utilização dos dispositivos por Estados e outros atores das relações econômicas internacionais. Nesse contexto, concorrem três alternativas jurisdicionais e contenciosas: o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, responsável por dirimir questões referentes ao TRIPS; tribunais internos dos Estados; e tribunais arbitrais internacionais, como o ICSID.

Para fins de delimitação do objeto deste artigo e aprofundamento da análise, a propriedade intelectual foi examinada no âmbito de acordos do NAFTA e do MERCOSUL, nos quais essas três alternativas jurisdicionais e contenciosas são relevantes. No contexto desses blocos econômicos regionais, quais seriam os instrumentos adequados de relativização e proteção dos direitos de propriedade intelectual?

3. PROPRIEDADE INTELECTUAL NOS ACORDOS DO NAFTA E DO MERCOSUL

Alguns tratados regionais fazem menção específica à propriedade intelectual como uma espécie de investimento. Acordos de livre-comércio e de integração regional, como o Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (North American Free Trade Agreement – NAFTA, em Inglês), assim como atos e protocolos do MERCOSUL, por exemplo, possuem definições caracterizando direitos de propriedade intelectual como espécies de investimentos. Tratados bilaterais de proteção a investimentos também adotam a mesma técnica, além de elegerem métodos de solução de controvérsias envolvendo temas de propriedade intelectual.

Com o objetivo de comparar esses instrumentos e facilitar a visualização dessas definições, o quadro a seguir ilustra algumas situações:

Acordo	Vigência	Alcance territorial	Definição de propriedade intelectual
Protocolo de Colônia (1994)	Ainda não está em vigor	M e m b r o s do Mercosul (A r g e n t i n a, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela)	Artigo 1 – O termo “investimento” designa, todo tipo de ativo investido direta ou indiretamente por investidores de uma das Partes Contratantes no território de outra Parte Contratante, em conformidade com as leis e a regulamentação dessa última. Inclui, em particular, ainda que não exclusivamente: d) direitos de propriedade intelectual ou imaterial, incluindo, direitos de autor e propriedade industrial tais como patentes, desenhos industriais, marcas, nomes comerciais, procedimentos técnicos, know how e fundo de comércio ²³ ;
Protocolo de Buenos Aires (1994)	Ainda não está em vigor	M e m b r o s do Mercosul (A r g e n t i n a, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela)	1 - O termo “investimento” designará, em conformidade com as leis e as regulamentações do Estado-Parte em cujo território o investimento for efetuado, todo tipo de ativo direta ou indiretamente investido por investidores de um Terceiro Estado no território do Estado-Parte, de acordo com a legislação deste. Incluirá, em particular, ainda que não exclusivamente: d) direitos de propriedade intelectual ou imaterial, incluindo, em especial, direitos autorais, patentes, desenhos industriais, marcas, nomes comerciais, procedimentos técnicos, know how e fundo de comércio ²⁴ ;
N o r t h American Free Trade Agreement (1993)	Em vigor desde janeiro de 1994	Membros do NAFTA (Canadá, Estados Unidos e México)	Chapter Eleven: Investments, Section C, Definitions: investment means: (g) real estate or other property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes. Chapter Seventeen, Intellectual Property, Article 1701, Nature and scope of obligations: 1. Each Party shall provide in its territory to the nationals of another Party adequate and effective protection and enforcement of intellectual property rights, while ensuring that measures to enforce intellectual property rights do not themselves become barriers to legitimate trade 2. To provide adequate and effective protection and enforcement of intellectual property rights, each Party shall, at a minimum, give effect to this Chapter and to the substantive provisions of: (a) the Geneva Convention for the Protection of Producers of Phonograms Against Unauthorized Duplication of their Phonograms, 1971 (Geneva Convention); (b) the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 1971 (Berne Convention); (c) the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, 1967 (Paris Convention); and (d) the International Convention for the Protection of New Varieties of Plants, 1978 (UPOV Convention), or the International Convention for the Protection of New Varieties of Plants, 1991 (UPOV Convention) ²⁵ .

Fonte: Elaboração própria dos autores - Quadro comparativo de tratados do MERCOSUL

23 MERCOSUL. *Protocolo de Colônia. 17 de janeiro de 1994*. [acesso em 18 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/reinter/mercosul/coloni-p.asp>>

No MERCOSUL, ambos os instrumentos que lidam com o tema, o Protocolo de Colônia e o Protocolo de Buenos Aires, ainda não estão em vigor, com pendência de ratificação e depósito em diversos Estados-membros²⁶. Segundo José Augusto Fontoura Costa:

Dentre os países do MERCOSUL o Brasil é a única exceção no que se refere à ratificação desses acordos. Embora este país tenha firmado 14 acordos nos anos 90, não chegou a ratificar nenhum destes. A Argentina tem 58 acordos firmados, dos quais 53 estão em vigor. Tanto o Paraguai, quanto o Uruguai têm, cada um, mais de vinte TBIs em vigor. Deste modo, pode-se afirmar que o tratamento multilateral dos investimentos estrangeiros é bastante limitado, abrangendo um importante sistema de solução de controvérsias (Cisdi), uma agência de seguros contra riscos políticos (Miga) e algumas regras sobre circulação de capitais nos Artigos do FMI. No âmbito regional, embora em outras regiões integradas, como NAFTA, CAFTA e EU sejam comuns sistemas de liberalização e proteção de investimentos, o MERCOSUL teve pouco ímpeto para liberalizar e proteger investimentos, tanto no que se refere aos originários da própria região (Protocolo de Colônia de 1994), quanto na oferta unilateral de proteção (Protocolo de Buenos Aires de 1994)²⁷.

Uma das razões para que essas ratificações não tenham sido concluídas até hoje é que os dispositivos dos Protocolos de Colônia e de Buenos Aires limitariam, em demasia de esses Estados -adotarem medidas de regulação internas e políticas de investimento. Igualmente, permitiriam que investidores privados questionassem, em juízo, Estados que contrariassem os termos desses acordos²⁸.

Não há instrumentos que elevam os padrões mínimos de proteção do Acordo TRIPS no âmbito do bloco econômico sul-americano. Os acordos sobre o tema dizem respeito a normas de harmonização, como

24 MERCOSUL. *Protocolo sobre promoção e proteção de investimentos provenientes de Estados não-membros do Mercosul. 05 de agosto de 1994*. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/pórt/relinter/mercosul/buenos-p.asp>>

25 NAFTA. *North American Free Trade Agreement. 1o de janeiro de 1994*. [acesso em 18 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement>>

26 MERCOSUL. *Estado de ratificaciones y vigências de tratados y protocolos del Mercosur y Estados asociados*. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/mercosur/mercosurprincipal.htm>>

27 COSTA, José Augusto Fontoura. “Proteção e promoção do investimento estrangeiro no MERCOSUL uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?”. In: *Revista Brasileira de Política Internacional*. 2006, vol 49, nº. 2. [acesso em 11 de março de 2015]. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292006000200004&lng=en&nrm=iso>

28 TORRES, Igor Gonçalves. “Acordos de livre comércio, desnacionalização e sistemas financeiros : os casos do Brasil, Chile e México”. [Tese de Doutorado em História]. Brasília: Universidade de Brasília, 2006. p. 94. [acesso em 11 de março de 2015]. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/7615/1/2006_igor_torres.pdf>

o Protocolo de Harmonização de Normas sobre Propriedade Intelectual no MERCOSUL em Matéria de Marcas, Indicações de Procedência e Denominações de Origem (1995), ratificado apenas pelo Paraguai e Uruguai até o momento²⁹.

De acordo com a legislação brasileira referente à propriedade industrial, esses instrumentos deveriam ser harmonizados com as legislações em vigor no país. O Poder Executivo deve submeter à aprovação do Congresso Nacional projeto de lei que vise à harmonização das políticas de propriedade industrial entre o Brasil e países integrantes do MERCOSUL³⁰.

No contexto do Acordo de Livre Comércio Norte-Americano -NAFTA, há dispositivos sobre a proteção da propriedade intelectual (compreendidos no chamado “Capítulo 17”), com os padrões mínimos de salvaguarda de direitos de titulares no âmbito do bloco. No entanto, o mesmo Acordo, em seu Capítulo 11, prevê a proteção de investimentos intangíveis, como os direitos de propriedade intelectual. Segundo Lahra Liberti:

[...] Como um “investimento”, direitos de propriedade intelectual são protegidos na forma de “propriedade intangível” pelo Capítulo 11 do NAFTA, determinando a resolução de disputas entre investidores e Estados, além de permitir a possibilidade de disputas entre Estado, conforme dispõe o Capítulo 20 do mesmo acordo. Com a exceção do acordo de livre comércio entre Estados Unidos e Austrália, que só permite disputas entre Estados, acordos internacionais de investimento geralmente permitem que investidores privados adjudiquem um Estado-Parte diante de um tribunal internacional de arbitragem, caso ocorram violações aos padrões de proteção de direitos de propriedade intelectual. Apenas algumas queixas foram registradas por investidores privados sob a égide do NAFTA e de BITs com relação a violações de direitos de propriedade intelectual. Nenhuma delas foi adjudicada até o momento³¹.

29 MERCOSUL. *Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el MERCOSUR, en materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen*. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/mercosur/mercosurprincipal.htm>>

30 Art. 242. O Poder Executivo submeterá ao Congresso Nacional projeto de lei destinado a promover, sempre que necessário, a harmonização desta Lei com a política para propriedade industrial adotada pelos demais países integrantes do MERCOSUL. BRASIL. *Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. [acesso em 10 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm>

31 Tradução livre do trecho: “[...] As an “investment”, IPRs are protected as “intangible property” under NAFTA Chapter 11 providing for investor-state dispute settlement, in addition to the possibility of state-state dispute settlement under NAFTA Chapter 20. Except for the US-Australia FTA, which only provides for state-to-state dispute settlement, international investment agreements generally allow private investors to sue a state party to an investment treaty before an international arbitration tribunal, should a breach of IPR protection standards under the treaty occur. A few claims have been brought by private investors under both NAFTA and BITs on the basis of an alleged violation of IPRs. None of them has been adjudicated so far.” LIBERTI, Lahra. Intellectual Property Rights in International Investment

4. SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS EM PROPRIEDADE INTELECTUAL E INVESTIMENTOS NO ÂMBITO DO NAFTA E DO MERCOSUL

No sistema multilateral do comércio sob as bases do GATT/OMC, o Órgão de Solução de Controvérsias tem jurisdição para apreciar litígios envolvendo matérias do Acordo TRIPS, em contenciosos nos quais apenas os Membros da Organização são legitimados às reclamações em casos de violação das obrigações multilaterais assumidas. Nos sistemas domésticos, especificamente, os tribunais judiciais têm competência para apreciar ações/demandas ou conceder medidas cautelares relativas às pretensões de titulares em matéria de titularidade e exercício de direitos, validade de registros, atos de violação por terceiros ou mesmo negócios contratuais e licenças. A novidade em termos de estratégia contenciosa, ou mesmo planejamento de estratégias de defesa da propriedade intelectual, encontra-se justamente no recurso à arbitragem internacional de investimentos, envolvendo titulares e Estados receptores³².

É importante observar que os acordos de proteção a investimentos e os acordos sobre direitos de propriedade intelectual são regimes muito distintos, inclusive no que diz respeito aos procedimentos de solução de controvérsias. Com fundamento em obrigações internacionais assumidas em acordos de investimentos, investidores e titulares podem, geralmente, acionar mecanismos de solução de controvérsias para endereçar reclamações contra atos de violação praticados pelo Estado receptor em suas distintas esferas de representação e poderes (órgãos governamentais, agências, legisladores e tribunais judiciais). Na maioria dos casos, eles recorrem à arbitragem internacional, como bem expressam os procedimentos administrados pelo ICSID ou arbitragem “ad hoc” segundo regras da UNCITRAL.

No caso dos tratados da propriedade intelectual, titulares encontram-se legitimados a buscar a proteção ou tutela jurisdicional em concreto, valendo-se de remédios e medidas judiciais e administrativas disponíveis nos direitos domésticos. Isso porque, segundo as leis internas da propriedade intelectual, o princípio da territorialidade ainda inspira a moldagem dos sistemas nacionais da propriedade intelectual³³. Da

Agreements: an Overview. In: OECD Working Papers on International Investment, 2010/01, p. 16. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2010_1.pdf>

32 No caso Eli Lilly/Canadá, por exemplo, o governo canadense publicamente afirmou que a empresa estadunidense havia recorrido aos dispositivos do NAFTA para instituir arbitragem no ICSID, convertida em “tribunal supranacional de apelação”, considerando as decisões proferidas no Canadá determinado a nulidade de importantes patentes da companhia. Cf. <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/eli.aspx?lang=eng>>

33 Bom exemplo disso é a fórmula elaborada pelo legislador brasileiro na Lei 9.279/96

mesma forma, tanto a Convenção de Paris de 1883 como a Convenção de Berna de 1886 e o Acordo TRIPS, asseguram o tratamento nacional para titulares estrangeiros quanto à proteção de seus direitos de propriedade intelectual sobre invenções e criações. Isso significa que os Membros da OMPI e OMC estão obrigados a assegurar o mesmo nível ou grau de proteção aos titulares estrangeiros (nacionais de, ou domiciliados em, outros Membros) que aquele conferido aos seus nacionais³⁴.

No contexto do NAFTA, investidores mexicanos, canadenses e estadunidenses passaram, na última década, a demandar judicialmente maior proteção de seus investimentos nos países do bloco. Os Estados Unidos não estavam acostumados a ser acionados em arbitragens internacionais. Isso, passou a ocorrer com mais frequência a partir da inclusão de cláusulas relativas à solução de controvérsias, submetida a procedimentos administrados pelo ICDSID a Corte Permanente de Arbitragem (com referência a arbitragens conduzidas segundo regras da UNCITRAL)³⁵.

Nesse mesmo sentido, os Protocolos de Colônia e de Buenos Aires, do MERCOSUL, ainda que não estejam em vigor, já dispunham de cláusulas que permitiam a investidores a adjudicação de seus direitos também em órgãos como o ICSID e a UNCITRAL:

Protocolo de Colônia, Artigo 9

1-Toda controvérsia relativa às do presente Protocolo entre um investidor de uma Parte Contratante em cujo território se realizou o investimento será, na medida do possível, resolvida por consultas amistosas.

2-Se a controvérsia não houver sido resolvida no prazo de 6(seis) meses a partir do momento da sua propositura por uma das partes, será submetida, a algum dos seguintes procedimentos, a pedido do investidor: I) ou aos tribunais competentes da Parte Contratante em cujo território se realizou o investimento; ou II) ou à arbitragem internacional, conforme

(Código brasileiro da Propriedade Industrial), cujo artigo 2º assim dispõe: “Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: I- concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; II- concessão de registro de desenho industrial; III- concessão de registro de marca; IV- repressão às falsas indicações geográficas; e V- repressão à concorrência desleal.” A regra é lida em conjunto com as cláusulas de abertura ao direito internacional, particularmente aquelas previstas nos artigos 3º e 4º da Lei. BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. [acesso em 10 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>

34 Cf. Artigo 5º da Convenção de Berna de 1886: “Os autores gozam, no que concerne às obras quanto às quais são protegidos por força da presente Convenção, nos países da União, exceto o de origem da obra, dos direitos que as respectivas leis concedem atualmente ou venham a conceder no futuro aos nacionais, assim como dos direitos especialmente concedidos pela presente Convenção”.

35 ALVAREZ, Guillermo Aguilar, and PARK, William W. “The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11”. *Yale J. Int’l L.* 2003, vol 28, nº 365, p. 707. [acessado em 18 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Chapter_IV-D-2_Investment_Arbitration.pdf>

disposto no parágrafo 4 do presente artigo; ou III) ao sistema permanente de solução de controvérsias com particulares que, eventualmente, venha ser estabelecida no quadro do tratado de Assunção.

3-Quando um investidor tiver optado por submeter a controvérsia a um dos procedimentos estabelecidos no parágrafo 2 do presente artigo, essa escolha será definitiva.

4-No caso de recurso á arbitragem internacional, a controvérsia poderá ser levada, à escolha do investidor: a) ao Centro Internacional de Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos (C.I.S.C.I.), criada pela “Convenção sobre Solução de Controvérsias relativas aos Investimentos entre Estados Nacionais de outros Estados” , aberto para assinatura em Washington em 18 de março de 1965, quando cada Estado parte do presente Protocolo tenha a ele aderido. Enquanto essa condição não vier a ser cumprida, cada Parte Contratante dará o seu consentimento para que a controvérsia seja submetida a arbitragem em conformidade com o regulamento de Mecanismo Complementar do C.I.S.C.I. para a administração de procedimentos de conciliação, de arbitragem ou de investigação; b) a um tribunal de arbitragem de ad-hoc estabelecido de acordo com as regras de arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL)³⁶.

Protocolo de Buenos Aires, Artigo 2, H

1-Qualquer controvérsia relativa a interpretação de um acordo sobre promoção recíproca de investimentos surgida entre um investidor de um Terceiro Estado e um Estado-Parte será, na medida do possível, solucionada por meio de consultas amistosas.

2-Se a controvérsia não puder ser solucionada dentro de um prazo razoável a partir do momento em que for levantada por uma ou outra das partes, poderá ser submetida, por solicitação do investidor: a) ou aos tribunais competentes do Estado-Parte em cujo território foi realizado o investimento; b) ou à arbitragem internacional, nas condições descritas no parágrafo 3. Desde que o investidor tenha submetido a controvérsia à jurisdição do Estado-Parte em litígio ou à arbitragem internacional, a escolha de um ou outro desses procedimentos será definitiva.

3-No caso de recurso à arbitragem internacional, a controvérsia poderá ser submetida, por solicitação do investidor, a um tribunal de arbitragem ad hoc ou a uma instituição internacional de arbitragem.

4-O órgão arbitral decidirá com base nas disposições do acordo assinado, no direito do Estado-Parte envolvido na controvérsia , incluídas as normas relativas a conflitos entre legislações, nos termos de acordos privados eventualmente concluídos relacionados ao investimento e também com

36 MERCOSUL. Protocolo de Colônia para a promoção e proteção recíproca de investimentos no MERCOSUL (intrazona). 17 de janeiro de 1994. [acesso em 18 de fevereiro de 2015]. Disponível em <<http://www.cvm.gov.br/port/relinter/MERCOSUL/coloni-p.asp>>

base nos princípios do direito internacional relativos à matéria³⁷.

A tendência de se apoiar a proteção dos direitos de propriedade intelectual em mecanismos de proteção de investimentos, como acordos de proteção recíproca ou tratados bilaterais de investimentos parece apontar para um novo *paradigma de duplo grau de proteção*, em nítida estratégia ofensiva e defensiva por titulares³⁸. De um lado, são admitidos outros foros contenciosos para endereçar a reparação em casos de violação de direitos de propriedade intelectual, deslocalizados ou desconectados da jurisdição interna dos estados ou do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, para o TRIPS e Convenções de Berna e de Paris.

Isso é bastante claro nas situações em que a arbitragem de investimentos (ICSID ou ad hoc, segundo regras da UNCITRAL) é adotada para a solução de litígios transnacionais envolvendo direitos de propriedade intelectual. Da mesma forma, os acordos de investimentos têm sido, de modo mais frequente, empregados para questionar a prática de Estados em relação à observância de normas de tratados internacionais da propriedade intelectual³⁹. Por essa razão, seria possível mesmo sustentar, também, autêntica estratégia deliberada de de ‘forum shopping’ envolvendo solução de controvérsias internacionais. Sobre esse movimento, poderíamos certamente falar em transnacionalização dos litígios da propriedade intelectual.

5. DELINEAMENTOS DO CONTENCIOSO EM PI-INVESTIMENTOS NO CASO *PHILIP MORRIS V. URUGUAI*

Na disputa envolvendo a indústria de tabaco Philip Morris e o Uruguai⁴⁰, em curso no ICSID⁴¹, o instrumento internacional que dá

37 MERCOSUL. Protocolo sobre promoção e proteção de investimentos provenientes de Estados não-membros do MERCOSUL. 05 de agosto de 1994. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/relinter/MERCOSUL/buenos-p.asp>>

38 Nesse mesmo sentido: “Novas formas de bilateralismo e regionalismo na área de propriedade intelectual simplificam a concepção em torno da apropriação de bens da tecnologia e informação, consolidando interesses dos países desenvolvidos e que não seriam objeto de consenso no multilateralismo clássico da propriedade intelectual sob os sistemas da OMPI e GATT/OMC. POLIDO, Fabrício B. P. *Direito internacional da propriedade intelectual: fundamentos, princípios e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 84.

39 GROSSE RUSE-KHAN, Henning. “Litigating Intellectual Property Rights in Investor-State Arbitration: From Plain Packaging to Patent Revocation”. In: *Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law, SIEL* (July 8, 2014). Working Paper. Max Planck Institute for Innovation & Competition Research. University of Cambridge Faculty of Law, 2014, n° 21.

40 INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay. Case No. ARB/10/7, March 26, 2010. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/10/7&tab=PRO>>

41 INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal

suporte à demanda do requerente é um acordo bilateral entre o país sul-americano e a Suíça. Como os Protocolos de Buenos Aires e de Colônia ainda não estão em vigor no MERCOSUL, o embasamento jurídico do caso apoia-se no BIT de 1988⁴². O Acordo entre a Confederação Suíça e a República Oriental do Uruguai sobre Promoção e Proteção Recíprocas de Investimentos determina, em seu artigo 10, que eventuais procedimentos de solução de controvérsias poderiam ser adjudicados junto ao ICSID.

Em agosto de 2008, o Ministério da Saúde uruguaio editou regulamento que inclui imagens nas embalagens de cigarros, evidenciando os efeitos adversos decorrentes dos produtos. Além disso, cada empresa estaria obrigada a utilizar marca com mesma forma de apresentação na embalagem de seus diversos produtos, o que dificultaria a comercialização de certas variações (como Marlboro Gold, Marlboro Blue e Marlboro Green). O objetivo das medidas do governo, assim como ocorre em outros países atualmente, é de reduzir o consumo do cigarro, por razões de proteção à saúde da população.

Com a entrada em vigor dessas medidas, a Philip Morris Products S.A, sociedade anônima constituída de acordo com as leis da Suíça e titular de várias marcas de cigarros comercializadas no Uruguai (“Marlboro”, “Fiesta”, “L&M”, “Philip Morris”, “Casino”, “Premier”, etc.), recorreu aos dispositivos do BIT firmado em 1988. A redução das vendas de cigarros, segundo os produtores, seria reflexo das novas medidas, representado “afronta aos investimentos da empresa” naquele país.

Desde então, o procedimento arbitral conduzido pelo ICSID passou por período de discussão quanto à jurisdição do Centro para a resolução do conflito, solucionada apenas em julho de 2013. Decidiu-se que o ICSID tem jurisdição sobre a demanda apresentada pela Philip Morris. Desde então o procedimento encontra-se em fase preliminar de instauração do processo arbitral, com pedido de participação de “amicus curiae” (Organização Mundial da Saúde) recentemente concedido, em 2015.

Seria, no entanto, esse o foro adequado para a resolução do litígio que envolve não apenas questões de propriedade intelectual, mas também matéria de política de promoção de saúde pública, como é o caso da regulação do conteúdo de embalagens de cigarros? A conformação multilateral do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, com jurisdição para dirimir questões referentes à proteção da propriedade intelectual entre Membros do TRIPS, apresentaria

Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay. Case No. ARB/10/7, March 26, 2010. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/10/7&tab=PRO>>

42 INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay. Case No. ARB/10/7, March 26, 2010, p. 04. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/10/7&tab=PRO>>

contexto mais neutro e qualificado de análise dessas questões⁴³, caso se entendesse que as medidas adotadas pelo Uruguai violariam obrigações multilaterais ali assumidas, em resposta a qualquer reclamação eventualmente apresentada pela Suíça.

No âmbito do NAFTA, questões de propriedade intelectual e a proteção de investimentos no bloco também foram levantadas, já em 1994, quando representantes da indústria de tabaco nos Estados Unidos apresentaram reclamações contra o governo do Canadá. Para reduzir o consumo do produto no país, o governo canadense iniciou os procedimentos legislativos para uma lei semelhante à do Uruguai, que impunha a necessidade de embalagens padronizadas para cigarros, além de advertências de saúde e a utilização da mesma fonte, independentemente da variedade do produto incorporando determinada marca.

As companhias afirmavam que, de acordo com normas previstas no NAFTA, a medida legislativa adotada pelo Canadá consistiria em expropriação de direitos de propriedade intelectual, passível de compensação.

O caso restou não submetido à arbitragem de investimentos, pois a legislação atacada foi considerada inconstitucional pela Suprema Corte canadense, por violar direitos de expressão⁴⁴. Em 2001, a própria Philip Morris utilizou argumentos semelhantes para arguir que uma legislação que proibia o uso das palavras “mild” e “light” em embalagens de cigarro feria seus direitos de propriedade intelectual no país.

43 Nesse sentido, Carlos M. Correa afirma que: “a proteção de investimento cria áreas cinzentas que podem ser usadas para desafiar medidas no âmbito interno dos países, mesmo que sejam compatíveis com o TRIPS. Ainda que existam bons argumentos para enfrentar essas alegações, há embasamento legal para disputas e para ameaçar com retaliações comerciais países receptores de investimentos. Caso o titular de direitos de propriedade intelectual prevaleça, também haveria espaço para que mecanismos de solução de controvérsias induzam mudanças nas legislações nacionais de propriedade intelectual, para se conformar com as práticas acordadas com o país estrangeiro. Tradução livre do trecho: Investment protection generates grey areas that may be used to challenge national measures, even if they are TRIPS-consistent. Although there are good arguments to counter such challenges, there is legal scope for dispute and for threatening host countries with trade retaliations. Should the IPR title holders prevail, there would also be room for the dispute mechanisms to induce changes of national IPR legislation in host countries to conform to the rights practiced under the agreement.” CORREA, Carlos M. *Bilateral Investment Agreements: Agents of New Global Standards for the Protection of Intellectual Property Rights?* August, 2004, p. 28. [acesso em 21 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <file:///Users/lucasnjos/Downloads/grain-125-bilateral-investment-agreements-agents-of-new-global-standards-for-the-protection-of-intellectual-property-rights.pdf>

44 LIBERTI, Lahra. *Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: an Overview*. In: *OECD Working Papers on International Investment*, 2010/01, p. 16. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2010_1.pdf>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arquitetura dos acordos de investimento, ao incluir cláusulas relativas aos direitos de propriedade intelectual, artificialmente assimilados a ativos passíveis de proteção, tem criado esfera autônoma de jurisdição para a solução de litígios, especificamente, a arbitragem entre Estado e investidor. No sistema internacional da propriedade intelectual, ao lado do recurso aos tribunais, aos órgãos administrativos domésticos e ao Sistema de Solução de Controvérsias da OMC, (para controvérsias decorrentes do Acordo TRIPS e Convenções de Berna e Paris), uma terceira instância contenciosa é, assim, reforçada. Poder-se-ia falar em tripla esfera jurisdicional em matéria de propriedade intelectual.

Cada vez mais, direitos de propriedade intelectual e de proteção a investimentos experimentam uma convergência nas pautas da agenda internacional. Seja em decorrência dos interesses privados sobre os quais ambos versam, seja pela proximidade da relação entre proteção aos titulares de direitos de propriedade intelectual e o binômio fomento/ atração de investimentos, observa-se uma convergência dessas duas áreas. No entanto, não é certo que a natureza dos bens de propriedade intelectual teria a mesma característica privatista e já assentada no conceito clássico de propriedade dos bens móveis e imóveis tradicionais ou de ativos de investimentos implicados nas relações investidor-Estado.

Existe a necessidade de melhor compreensão sobre a relação finalista e conceitual decorrente dos direitos de propriedade intelectual e as inconsistências em equiparar ou de assimilar essa categoria aos investimentos, objeto de proteção em acordos de proteção recíproca ou tratados bilaterais de investimentos (BITs). A noção de investimentos admitiria uma extensão artificial para justificar a proteção de direitos de propriedade intelectual (e.g direitos de autor, patentes, marcas, desenhos, programas de computador, know how, segredo empresarial).

A alternativa de litigar contra Estados no plano internacional via arbitragem Estado-investidor potencializa o acesso de particulares aos tribunais internacionais, confrontando-se com os modelos clássicos de acesso à jurisdição no Direito Internacional, em que Estados e organizações internacionais (e não indivíduos e empresas) têm legitimidade para propositura de reclamações. O paralelo é estabelecido em relação aos tribunais regionais nos sistemas de proteção internacional dos direitos humanos, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos.

Considerando que o Protocolo de Colônia e o Protocolo de Buenos Aires ainda não se encontram em vigor no âmbito do MERCOSUL, as opções de judicialização disponíveis para os titulares de direitos de

propriedade intelectual ainda são aquelas tradicionais, como os tribunais domésticos dos países-membros para entes privados e o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC para Estados. No contexto do Nafta e dos demais acordos bilaterais de proteção a investimentos, o cenário é outro, com o reforço jurisdicional de medidas em favor dos titulares privados, que corroboram titularidade, validade, registros, licenças e a caracterização de violação a esses direitos.

Para o caso dos litígios em matéria de investimentos, o recurso a tribunais arbitrais, segundo regras do ICSID e UNCITRAL, significa, tecnicamente, que empresas titulares de direitos de propriedade intelectual não mais dependeriam, única e exclusivamente, de proteção diplomática ou de recurso indireto ao Estado para buscar proteção contra situações envolvendo aquisição, manutenção e exercício dos direitos, como em litígios decorrentes da interpretação e aplicação das convenções clássicas da propriedade intelectual e do TRIPS.

O recurso à arbitragem internacional de investimentos seria uma dessas alternativas, a partir das quais empresas estrangeiras, na qualidade de investidoras, acionam o Estado receptor em foro arbitral, desvinculado das jurisdições estatais ou do Órgão de Solução de Controvérsias. Considerando o fato de que as disposições dos tratados bilaterais e acordos de proteção recíproca de investimentos abrangem também a propriedade intelectual, esses instrumentos podem oferecer fundamentos normativos não compreendidos no regime do TRIPS, e que autorizem particulares ao recurso à arbitragem contra o Estado, aumentando a litigiosidade dessa temática e subvertendo os instrumentos de proteção consolidados pelo direito internacional da propriedade intelectual.

AGRADECIMENTOS

Este artigo é resultado de pesquisas desenvolvidas pelos autores no projeto estruturante Estado e Mundialização: Fronteiras do Trabalho e Tecnologias, vinculado à Linha de Pesquisa Poder, História e Liberdade, do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal de Minas Gerais, e do Grupo Estado, Relações Privadas Transnacionais nas Fronteiras da Tecnologia e Inovação, do Departamento de Direito Público da UFMG. Pelos incentivos ao desenvolvimento da investigação na área de Direito Internacional da Propriedade Intelectual, os autores agradecem ao apoio institucional da Pró-Reitoria de Pesquisa da Universidade Federal de Minas Gerais (Edital nº 01/2013).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Guillermo Aguilar, and PARK, William W. “The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11”. *Yale J. Int’l L.* 2003. vol 28, n° 365. [acessado em 18 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Chapter_IV-D-2_Investment_Arbitration.pdf>

ANZORENA, C. Ignacio Suarez; PERRY, William K. “The Rise of Bilateral Investment Treaties”. In: *House Defense Quaterly, Summer 2010*. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<http://www.chadbourne.com/files/Publication/f1898f01-febc-4fba-bb94-87ff36d1b1a2/Presentation/PublicationAttachment/8c6065d3-c22f-4a1e-a187-8c94079e98bc/IDQ-2010-03-SuarezAnzorenaPerry.pdf>>

BRASIL. *Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975*. [acesso em 9 de março de 2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm>

BRASIL. *Decreto nº 75.572, de 8 de abril de 1975*. [acesso em 9 de março de 2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0635.htm>

BRASIL. *Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. [acesso em 10 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm>

CORREA, Carlos M. *Bilateral Investment Agreements: Agents of New Global Standards for the Protection of Intellectual Property Rights? August, 2004*. [acesso em 21 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<file:///Users/lucasanjos/Downloads/grain-125-bilateral-investment-agreements-agents-of-new-global-standards-for-the-protection-of-intellectual-property-rights.pdf>>

COSTA, José Augusto Fontoura. “Proteção e promoção do investimento estrangeiro no MERCOSUL uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?”. *Revista Brasileira de Política Internacional*. 2006, vol 49, n° 2 [acesso em 11 de março de 2015]. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292006000200004&lng=en&nrm=iso>

EUROPEAN COMISSION. *Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU Agreements*. [acesso em 18 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf>

EUROPEAN COMISSION. *The EU’s bilateral trade and investment agréments: where are we?* [acesso em 18 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/november/tradoc_150129.pdf>

GROSSE RUSE-KHAN, Henning. “Litigating Intellectual Property Rights in Investor-State Arbitration: From Plain Packaging to Patent

Revocation”. In: *Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law, SIEL* (July 8, 2014). Working Paper. Max Planck Institute for Innovation & Competition Research. University of Cambridge Faculty of Law, 2014, n° 21.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Convention on the Settlement of Investment Disputed Between States and Nationals of Other States, October 15, 1966* [acesso em 9 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/ICSID%20Convention%20English.pdf>>

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay. Case No. ARB/10/7, March 26, 2010* [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/10/7&tab=PRO>>

JUNIOR, Umberto Celli. “O impacto dos acordos de investimentos sobre os Estados-Membros do MERCOSUL”. *Cadernos Prolam/USP*. 2005, vol 4, n° 6 [acesso em 21 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/prolam/article/view/81786/85094>>

LIBERTI, Lahra. “Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: an Overview”. *OECD Working Papers on International Investment*. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2010_1.pdf>

KLOPSCHINSKI, Simon. *Der Schutz geistigen Eigentums durch völkerrechtliche Investitionsverträge*. Berlin: C. Heymanns, 2011.

MERCOSUL. *Estado de ratificaciones y vigências de tratados y protocolos del Mercosur y Estados asociados*. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/mercosur/mercosurprincipal.htm>>

MERCOSUL. *Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el MERCOSUR, en materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen*. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/mercosur/mercosurprincipal.htm>>

MERCOSUL. *Protocolo de Colônia para a promoção e proteção recíproca de investimentos no MERCOSUL (intrazona)*. 17 de janeiro de 1994. [acesso em 18 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/reinter/MERCOSUL/coloni-p.asp>>

MERCOSUL. *Protocolo sobre promoção e proteção de investimentos provenientes de Estados não-membros do MERCOSUL*. 05 de agosto de 1994. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/reinter/MERCOSUL/buenos-p.asp>>

MERCURIO, Bryan. "Awakening the Sleeping Giant: Intellectual Property Rights in International Investment Agreements". *Journal of International Economic Law*. 2012, vol 15, nº3.

MERGES, Robert P. *Justifying intellectual property*. s.n: Harvard University Press, 2011, p. 292. [acesso em 11 de março de 2015]. Disponível em: <http://denning.law.ox.ac.uk/news/events_files/JIP_-_Chapter_10_-_Conclusion_-_June_2011.pdf>

NAFTA. *North American Free Trade Agreement. 1o de janeiro de 1994*. [acesso em 18 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement>>

NEWFARMER, Richard. *Regional Trade Agreements: Designs for Development. Trade, Doha and Development: a Window into the Issues. The International Bank for Reconstruction and Development, November 2005*. [acesso em 22 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.458.3724&rep=rep1&type=pdf#page=292>>

PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *UNCITRAL Arbitration Rules and the PCA*. [acesso em 10 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1061>

POLIDO, Fabrício B. P. *Direito internacional da propriedade intelectual: fundamentos, princípios e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

SELL, Susan K. Cat and Mouse: Industries' States' and NGOs' Forum - Shifting in the Battle Over Intellectual Property Enforcement. September 1, 2009. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1466156>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1466156>>

SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. "Of planets and the universe: self-contained regimes in international law". *European Journal of International Law*. 2006, vol 17, nº 3, p. 483-529.

TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. "Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law". *Michigan Journal of International Law*. 2004, vol 25, nº 4, p. 999-1046.

TORRES, Igor Gonçalves. "Acordos de livre comércio, desnacionalização e sistemas financeiros : os casos do Brasil, Chile e México". [Tese de Doutorado em História]. Brasília: Universidade de Brasília, 2006. p. 94. [acesso em 11 de março de 2015]. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/7615/1/2006_igor_torres.pdf>

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. April 15, 1994*. [acesso em 23 de fevereiro de 2015]. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm>

NORMA EDITORIAL

PRESENTACIÓN

Cómo surgió la revista

La Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión es un espacio creado por la Secretaría del TPR para la publicación de artículos académicos que traten temas generales del derecho como regionalismo, integración, organizaciones internacionales y en especial el derecho del MERCOSUR.

Los idiomas de la revista son los idiomas oficiales del MERCOSUR: español y portugués. La frecuencia de la publicación es semestral.

Temas y alcance

Aunque el proyecto tenga como finalidad central la difusión del derecho del MERCOSUR, la publicación no se restringe al derecho de la organización regional. Pueden integrar el proyecto producciones académicas que traten el marco jurídico mercosureño, como el derecho internacional general, el derecho internacional económico y el derecho de la integración.

Sistema de revisión

Los trabajos presentados son analizados por un consejo técnico bajo la modalidad double blind review, es decir, de forma anónima. Los miembros del consejo técnico son profesores, estudiosos e investigadores de derecho con notable trayectoria académica y poseen plena libertad para criticar, revisar, aprobar y reprobar los artículos presentados. Su identificación es reservada y se considera la revisión emitida como si fuera de la revista.

Los artículos son inéditos, de rigor científico y no representan en ninguna hipótesis la opinión del TPR en cuanto a los temas abordados. Los artículos son sometidos a un programa de detección de plagio. Si el programa detecta citas bibliográficas que no son referenciadas correctamente, el trabajo no es publicado.

En lo que se refiere a la forma, los artículos deben atender a criterios y requisitos establecidos en esta norma editorial. Tales criterios de formato constituyen, conjuntamente con el análisis de contenido, condición esencial para su publicación, por lo que serán sometidos a consideración del Equipo Editorial.

Gratuidad de la publicación

La revista no tiene fines lucrativos.

El envío y la publicación de los artículos no están sujetos a ningún costo.

El contenido publicado está totalmente disponible online de forma gratuita.

Criterios generales para la aceptación de manuscritos

Los artículos serán inéditos, de rigor científico y no representan en ninguna hipótesis la opinión del TPR en cuanto a los temas abordados por el autor.

La revista se reserva todos los derechos legales de reproducción del contenido.

El envío de artículos por el autor implica autorización para su publicación en la Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Este proceso finaliza con la firma de una carta de cesión de derechos por parte del autor. El envío de artículos será hecho exclusivamente a través de la página de la revista <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Bajo ningún concepto se recibirán artículos por otro medio de comunicación.

Conflicto de interés: cualquier interés de autores, revisores y editores que pueda influenciar la elaboración o evaluación de un artículo debe ser declarado para la identificación de posibles conflictos de interés. Una vez reconocido el conflicto de interés el artículo será rechazado.

Índices

Actualmente la RSTPR es miembro de CrossRef y está indizada en las siguientes bases de datos: Latindex, DOAJ, SciELO, Qualis Capes categoría B1 y REDIB.

1. ENVÍO DE ARTÍCULOS

El envío se realiza a través de la página web de la revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>

Pasos a seguir

El autor deberá ingresar los siguientes datos en el paso 3 del procedimiento de envío- (Introducción de los metadatos de envío):

- 1.- Título en portugués y en español;
- 2.- Nombre de cada autor, seguido de su afiliación institucional y título por ocasión de sometimiento del trabajo;
- 3.- Dirección electrónica para correspondencia de trámites de artículos, incluyendo fax, teléfono.

Además, el autor deberá incluir un breve currículum vitae en la sección Resumen biográfico en el campo correspondiente del sistema, que no sobrepase 50 palabras, ya que éste es incorporado en la publicación mediante uso de llamada. Se debe indicar también la actual afiliación institucional.

En caso de recibir apoyo financiero, colaboración de colegas y técnicos (por ejemplo: trabajo anteriores presentados en eventos, derivados de tesis o disertación, recopilación de datos efectuados en instituciones distintas de aquella informada en la afiliación, y otros

hechos de difusión éticamente necesarios) deberá indicarse en un párrafo especial con esta finalidad. **Esos datos NO DEBERÁN CONSTAR EN EL CUERPO DEL TRABAJO.**

Al finalizar el envío el sistema asigna un código identificadorio (Id.) al artículo recién subido mediante el cual el autor seguirá el proceso de revisión.

2. FORMATO DE ENVÍO

El artículo debe ser enviado, de forma editable, en la extensión .doc; tamaño de hoja A4, con margen superior izquierdo 3 cm, inferior derecho 2 cm.

En el formato original será usada la tipografía “Times New Roman”, tamaño 12, estilo normal y justificado. Interlineado 1,5; sin espacio entre párrafos. Los párrafos iniciales a 1,25 cm. de sangría.

El original debe contener un mínimo de 15 (quince) páginas y **no debe exceder las 20 (veinte) páginas**, incluyendo el título, resumen, desarrollo, referencias bibliográficas, cuadros, gráficos e imágenes si los tuviera.

En caso de que el artículo contenga cuadros o gráficos estadísticos, éstos deben tener un título en el cuerpo del artículo en “Times New Roman”, tamaño 10, estilo normal. Se solicita enviar los mismos en un archivo de planilla electrónica.

En caso de que el artículo contenga imágenes, deben tener un título en el cuerpo del artículo en “Times New Roman”, tamaño 10, estilo normal. Se solicita enviar los mismos en un formato de edición de imágenes (JPG, TIF, GIF, PNG) con una altura mínima de 700 px, con una resolución de 300 ppp.

Estos archivos deberán subirse en el “Paso 4 Subir fichero complementario” durante el proceso de envío del artículo.

3. ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO

La estructura del artículo debe contener:

Título: en el idioma original del texto y traducción fiel al otro idioma de la revista (si el texto original es en español, la traducción deberá ser al portugués y viceversa). No debe exceder las 20 palabras, expresando el contenido principal del trabajo de manera objetiva y clara. El equipo editor se reserva el derecho de hacer ajustes sobre el mismo.

Notas aclaratorias: cuando correspondan al título debe insertarse al final de la página con llamada de *.

Resumen: en español y portugués, consiste en una secuencia de frases concisas y objetivas que den una idea general del artículo; y en su conjunto, no deben pasar las 250 palabras en cada idioma.

Palabras clave: en portugués y en español, deben señalarse entre 3 a 5 palabras representativas del contenido del trabajo que se ubicarán

después del resumen, separadas por coma precedida de la expresión “Palabras clave o Palavras-chave”.

Cuerpo del artículo: deberá constar con la siguiente estructura: INTRODUCCIÓN, DESARROLLO, CONCLUSIÓN. El DESARROLLO puede subdividirse.

El desarrollo del artículo será numerado con número arábigo comenzando la Introducción con el número 1.

El texto que desee resaltarse dentro en un párrafo deberá escribirse en *letra cursiva*, sin utilizar en ninguna parte negrita o subrayado.

Las notas deben insertarse al final de cada página, sin sangría, letra “*Times New Roman*”, tamaño 10, con numeración secuencial iniciando con el número 1 en el cuerpo del artículo. Serán para uso de notas aclaratorias del texto y de citas-notas.

Citas directas

Las citas directas que pasen de 3 (tres) líneas deben iniciar en un nuevo párrafo con distinto margen, en letra “*Times New Roman*” 10, espaciado simple y debe terminar en el margen derecho. Las comillas deben ser suprimidas y debe dejarse una línea en blanco antes y después de la cita.

Citas en notas

Se utilizará el sistema cita-nota, insertando un número como exponente tras cada cita que reenvía a la nota. Estas notas pueden contener citas o referencias de las citas. Un número de nota se utiliza para cada cita o cada grupo de citas; la nota correspondiente puede citar a más de un documento.

a) Primera cita

La primera cita a un documento debe contener los elementos necesarios para asegurar la correspondencia exacta entre la cita y la entrada apropiada dentro de la lista de referencias bibliográficas.

La primera cita debe comprender como mínimo el o (los) nombre (s) de los autores y el título completo, tal como aparecen dentro de la referencia bibliográfica seguidas de números de páginas citadas, si es necesario.

Si el o los autores y el título no fueran suficientes para diferenciar las entradas dentro de la lista de referencias bibliográficas, la cita incluirá los elementos suplementarios (edición, año de publicación, etc.) necesarios para asegurar la correspondencia exacta con la referencia.

Ejemplo:

Texto:

Ainda assim, o art. 21 Regulamento 650/2012 pressupõe que cada pessoa tenha uma residência habitual. Pois um ponto de conexão

subsidiário – como, por exemplo, a presença fática¹ – não é encontrado na norma. Além disso, o Considerando 24, frases 3 e 4, contempla este caso, mencionando que, sob estas circunstâncias, a nacionalidade da pessoa ou o local da situação dos seus principais bens poderiam ser “um fator especial” na apreciação de todas as circunstâncias fáticas. Desta maneira, o legislador europeu dá a entender que, para fins do Regulamento 650/2012, uma pessoa sem residência habitual não existe².

Citas en notas de pie de página:

1. VON BAR, Christian; MANKOWSKI Peter. *Internationales Privatrecht Band I – Allgemeine Lehren*, p. 568-569.
2. Em sentido divergente, KUNZ Lena. “Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil 1)”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*. 2012, vol 3, p. 208-210, afirmando que podem existir casos nos quais a residência habitual é indeterminável. Sem posição manifesta, com base na Proposta do Regulamento; SCHURIG Klaus. “Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung”. Em: BERNREÜTHER, Jörn; FREITAG, Robert; LEIBLE, Stefan; SIPPEL, Harald; WANITZEK, Ulrike. *Festschrift für Ulrich Spellenberg*. 2010. p. 343, 346.

b) Segunda cita y las siguientes

Si un documento es citado varias veces, las citas siguientes reciben números diferentes.

La segunda cita de un documento y las siguientes pueden ser reducidas al o a los nombres de los autores y a un título resumido, seguido una de las siguientes abreviaturas según corresponda:

Op. Cit.: *Obra citada*. Se usa cuando se vuelve a referirse a una cita ya mencionada pero no consecutiva y cuando corresponde a diferentes páginas. Se repite el apellido y nombre del autor/es seguido de Op. Cit. y el número de página.

Si el o los autores no fueran suficientes para diferenciar las entradas dentro de la lista de referencias bibliográficas, la cita incluirá el título de la publicación citada.

Ejemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.
7.
15.
16. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. Op. cit., p. 84.

Ídem.: *Igual que la referencia anterior*. Se utiliza cuando la cita

actual proviene de la misma obra y de la misma página que la cita inmediatamente anterior.

Ejemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La "cláusula ambiental" en el MERCOSUR*, p. 8.

7. Ídem.

Ibíd.: *En el mismo lugar.* Se usa para evitar la repetición de la cita anterior en caso de que se tratase de una página diferente, pero de la misma obra citada.

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La "cláusula ambiental" en el MERCOSUR*, p. 8.

7. *Ibíd.*, p. 24.

Agradecimientos: en caso de ser necesario, con un máximo de 20 palabras, al final del artículo y antes de las referencias bibliográficas.

Referencias bibliográficas: se incorporarán al final del artículo, bajo el título **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS** donde deberán incluirse los trabajos citados en el cuerpo del texto. Se utilizará el formato ISO 690 e ISO 690-2 y serán ordenadas alfabéticamente por apellido de los autores.

PUBLICACIONES IMPRESAS

- LIBROS

APELLIDOS, Nombres. *Título del libro –en cursiva–*. Número de edición. Lugar de publicación: Editorial, año de publicación.

La mención del número de edición se realiza a partir de la segunda edición.

Un autor

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Dos autores

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

Más de dos autores

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

Autor corporativo

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y*

convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado. Asunción: CSJ, 1998.

Editor, coordinador, compilador, organizador de un libro

HOWARD, Michael; ANDREOPOULOS, George; SHULMAN, Mark(eds). *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. New Haven, London: Yale University Press, 1994.

Para todos los casos utilizar (ed) o (eds) según sea uno o más autores.

- CAPÍTULO DE UN LIBRO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. Página inicial y final del capítulo.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia; SCOTTI, Luciana Beatriz. “¿Soberanía o crisis de la Lex Mercatoria?”. En: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia (ed). *Derecho internacional privado y de la integración*. Buenos Aires: La Ley, 2011.p. 543-559.

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. (nombre la colección o serie y el volumen o número del mismo).

DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed). *Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Zavalia, 2005. (DeCITA 03.2005).

- REVISTAS

Título de la revista–en cursiva-, lugar de publicación, vol, número. Año de publicación

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTÍCULO DE REVISTA

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres. “Título del artículo –entre comillas”. *Título de la revista –en cursiva-*. año de publicación,

vol, nº o tomo, página inicial y final del artículo.

Un autor

LACERDA, Antônio Corrêa de. “Investimentos diretos estrangeiros e políticas de desenvolvimento”. *Revista Administração em Diálogo*. 2003, nº 5, p. 11-18.

Dos autores o más autores

SARTI, Fernando e LAPLANE, Mariano F. “O investimento direto estrangeiro e a internacionalização da economia brasileira nos anos 1990”. *Revista Economia e Sociedade*. 2002, vol 11, nº 1, p. 63-94.

- ARTÍCULO DE PERIÓDICO

“Título del artículo –entre comillas”. *Título del periódico–en cursiva–*. Fecha de publicación, página

“Informe de IPA confirma situación de crisis hídrica en región norte”. *Diario Cambio*. 30 dez 2014, p. 14

- TESIS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor. “Título –entre comillas–” [Tipo de documento]. Orientador. Institución académica en la que presenta. Lugar, año.

VILLAR, Pillar Carolina. “A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani”. [Tese de doutorado]. Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

- INFORMES

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. *Título del informe –en cursiva–*. Lugar de publicación: editorial, año. (Tipo de informe)

GUIRARDO ROMERO, Nuria. *Proyecto de conservación y recuperación de una especie amenazada*. Almería: s.n, 1988. (Informe técnico de la Dirección General del Medio Ambiente).

- CONFERENCIAS O CONGRESOS (ACTAS)

Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva– (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año.

Congresso Brasileiro de Direito Internacional (5º, 2007). Estudios de derecho internacional: anai. Menezes, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X.

- PONENCIA PRESENTADA EN UN CONGRESO

APPELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título de la ponencia –entre comillas-”. En: *Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva-* (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año, vol. p. inicial-final.

ALMEIDA, Guilherme de Vasconcelos. “A apropriação da cultura pelos estados nacionalistas nos fins do século XIX. Uma hipótese: a utilização da cultura como fator de análise das relações internacionais”. En: *Congresso Brasileiro de Direito Internacional* (5º, 2007). Estudios de derecho internacional: anai. MENEZES, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X. p. 224-230.

- LEGISLACION

Ley

País. Título. *Publicación oficial en la que se publica*, fecha de publicación, número, páginas.

ESPAÑA. Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de julio de 2011, núm. 180.

Tratados

MERCOSUR. *Tratado de Asunción*, firmado en Asunción, República del Paraguay, el 26 de marzo de 1991.

Protocolo

MERCOSUR. *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR*, firmado en Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, el 18 de febrero de 2002.

Decisión

MERCOSUR. *Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 40/00. Convenio de cooperación entre los bancos centrales de los Espados Partes del MERCOSUR para la prevención y reposición de maniobras tendientes a la legitimación de activos provenientes de actividades ilícitas*, firmada en Florianópolis-SC, República Federativa del Brasil, el 14 de diciembre de 2000.

Jurisprudencia de tribunales nacionales

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Civil, Sección 1ª). *Sentencia núm. 544/2011*, de 27 julio.

Jurisprudencia de tribunales internacionales

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 2ª). *Caso Capriati contra Italia*. Sentencia de 26 julio 2011.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Caso Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno*. Laudo 01/2012 del 21 de julio de 2012. [fecha de consulta: 3 de enero de 2015]. Disponible en: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf>.

PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

- LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres *Título del libro –en cursiva–* [en línea]. Número de edición. Lugar de publicación: Editorial, año de publicación [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección de la página>

Un autor

MONGE-NARANJO, Alexander. *The Impact of NAFTA on Foreign Direct Investment flows in Mexico and the Excluded Countries* [en línea]. s.l: Department of Economics. Northwestern University, 2002 [fecha de consulta 30 de diciembre de 2014]. Disponible en: <http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/ PDF/MONGE_NA.PDF>

Más de un autores

BURREL, A.; FERRARI, E.; GONZÁLEZ MELLADO, A; HIMICS, M.; MICHALEK, M.; SHRESTHA, S.; VAN DOORSLAER, B.; (2011) *Potential EU-Mercosur free trade agreement: impact assessment. Volume 1: main results*. Luxembourg: European Union [en línea]. Luxembourg: European Union, 2011 [fecha de consulta: 21 de octubre de 2012]. Disponible en: <http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf>

Autor corporativo

UNCTAD. *World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development* [en línea]. Ginebra: UN Publications, 2011 [acceso 28 de marzo de 2014]. Disponible em:

<http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf>

- CAPÍTULO DE UN LIBRO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*[en línea]. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. Página inicial y final del capítulo [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*[en línea]. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. (nombre la colección o serie y el volumen o número del mismo) [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

- REVISTAS

Título de la revista–en cursiva- [en línea]. lugar de publicación, vol, número. Año de publicación [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

BUSINES review [en línea]. New York, vol 25, n° 10. 1993 [consultado 3 de mayo de 2012]. Disponible en: <<https://hbr.org/>>

- ARTÍCULO DE REVISTA

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres. “Título del artículo –entre comillas” [en línea]. *Título de la revista –en cursiva-* año de publicación, vol, n° o tomo, página inicial y final del artículo [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

Un autor

GUTIERREZ–HACES, Teresa. “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN” [en línea]. *Economíaunam* 2004, vol 1, n° 3, p. 23-42 [consulta 5/12/2014]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814>>

- ARTÍCULO DE PERIÓDICO

“Título del artículo –entre comillas” [en línea]. *Título del periódico– en cursiva-*. Fecha de publicación. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

“Crisis hídrica en Mendoza: otro año en el que escasea el agua” [en línea]. *Diario UNO*. 31 oct 2014. [fecha de consulta: 18/02/2015]. Disponible em: <<http://www.diariouno.com.ar/mendoza/Crisis-hidrica-en-Mendoza-otro-ao-en-el-que-escasea-el-agua-20141031-0036.html>>

- INFORMES

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. *Título del informe –en cursiva-*[en línea]. Lugar de publicación: editorial, año. (Tipo de informe) [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

- CONFERENCIAS O CONGRESOS (ACTAS)

Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva- (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta [en línea]. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>.

- PONENCIA PRESENTADA EN UN CONGRESO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título de la ponencia –entre comillas-”. En: *Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva-* (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta [en línea]. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año. p. inicial-final. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>.

- PÁGINA WEB

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo o NOMBRE DE LA INSTITUCIÓN –en mayúsculas-. “Título de la página Web” [en línea]. Fecha de revisión/actualización si consta en la página. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. “Declaração conjunta Brasil-Paraguai” [em linha]. [acesso 07/02/2015]. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b_52/>

NORMA EDITORIAL

APRESENTAÇÃO

Como surgiu a Revista

A Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão é um espaço criado pela Secretaria do TPR para a publicação de artigos acadêmicos que tratem de temas ligados ao direito, como regionalismo, integração, organizações internacionais e, em especial, ao direito do MERCOSUL.

Os idiomas da Revista são os idiomas oficiais do MERCOSUL: espanhol e português. A frequência da publicação é semestral.

Temas e alcance

Embora o projeto tenha como finalidade central a difusão do direito do MERCOSUL, a publicação não se restringe ao direito da organização regional. Podem integrar o projeto produções acadêmicas que tratem de ramos do direito relacionados de alguma maneira com o marco jurídico mercosulino, como o direito internacional geral, o direito internacional econômico e o direito da integração.

Sistema de avaliação

Os trabalhos apresentados à Revista são analisados por um conselho técnico, sob a modalidade double blind review, isto é, de forma anônima. Os membros do conselho técnico são professores, estudiosos e investigadores do direito, com notável trajetória acadêmica e possuem plena liberdade para criticar, revisar, aprovar e reprovar os artigos submetidos. Sua identificação é reservada e considera-se o parecer emitido como se fosse da Revista.

Os artigos deverão ser inéditos, de rigor científicos e não representam, em nenhuma hipótese, a opinião do TPR quanto aos temas abordados. Os artigos são submetidos a programas de detecção de plágio. Se o programa detecta citações bibliográficas que não foram referenciadas corretamente, o trabalho não é publicado.

No que se refere à forma, os artigos devem atender a critérios e requisitos estabelecidos nesta norma editorial. Tais critérios de formato constituem, em conjunto com a análise de conteúdo, condição essencial para sua publicação. Portanto, passará pela consideração da Equipe Editorial a revisão dos requisitos formais, a fim de avaliar o cumprimento dos critérios fixados.

Gratuidade da publicação

A revista não tem fins lucrativos.

O envio e a publicação dos artigos não estão sujeitos a nenhum custo.

O conteúdo publicado está totalmente disponível online de forma gratuita.

Critérios gerais para a aceitação de artigos

Os artigos serão inéditos, de rigor científico e não representam em nenhuma hipótese a opinião do TPR quanto aos temas abordados.

A revista reserva-se todos os direitos legais de reprodução de conteúdo.

O envio de artigos pelo autor implica autorização para sua publicação na Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão. Esse processo se concretiza mediante a assinatura de carta de cessão de direitos por parte do autor. O envio de artigos se dará exclusivamente por meio da plataforma da revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Em nenhuma hipótese serão recebidos artigos por outro meio de comunicação.

Conflito de interesses: qualquer interesse de autores, revisores e editores que possa influenciar a elaboração ou avaliação de um artigo deve ser declarado para a identificação de possíveis conflitos de interesse. Uma vez reconhecido o conflito de interesse, o artigo será rejeitado.

Índices

Atualmente a RSTPR é membro do CrossRef, e está indexada nas seguintes bases de dados: Latindex, DOAJ, SciELO, Qualis Capes categoria B1 e REDIB.

1. ENVIO DO ARTIGO

O envio se realizada através do site da Revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>

Passos a seguir

O autor deverá informar os seguintes dados no passo 3 do procedimento de envio (inclusão de metadados):

- 1.- Título em português e em espanhol;
- 2.- Nome de cada autor, acompanhado de filiação institucional e título ao tempo da submissão do trabalho;
- 3.- Contatos como endereço eletrônico (e-mail), fax e telefone para correspondência com a Equipe Editorial.

Além disso, deve-se incluir um breve currículo vitae no campo correspondente no sistema, o qual não deve ultrapassar 50 palavras, já que esta será incorporado à publicação em nota. Fundamental se faz a indicação da atual filiação institucional.

Deve-se incluir um breve *curriculum vitae* na seção Resumo Biográfico do sistema, que não ultrapasse 50 palavras.

No caso de haver necessidade de reconhecimento a apoio financeiro, colaboração de colegas ou outros (por exemplo: trabalhos anteriores apresentados em eventos, derivados de tese ou dissertação, recopilação de dados efetuados em instituições distintas daquela informada na

filiação e outros fatos, cujo informe seja eticamente necessário), sua indicação deverá ser realizada em parágrafo próprio. Esses dados **NÃO DEVERÃO CONSTAR DO CORPO DO TRABALHO.**

Finalizado o envio, o sistema designa um código de identificação (id.) ao artigo recém remetido. Com esse código, o autor acompanhará o processo de avaliação.

ATENÇÃO: O envio de artigos pelo autor implica autorização para sua publicação na Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão. O envio será efetuado exclusivamente através do site da Revista <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Em nenhuma hipótese, serão recebidos artigos por outro meio de comunicação.

2. FORMATO DE ENVIO

O artigo deve ser encaminhado, em formato modificável, na extensão *.doc*; folha A4, com margem superior esquerda a 3cm, inferior direita, 2cm. A fonte é Times New Roman, tamanho 12, estilo normal e justificado. Espaçamento entre linhas de 1,5; sem espaço entre os parágrafos. O início dos parágrafos a 1,25 cm.

O original deve conter no mínimo 15 (quinze) páginas e não deve ultrapassar 20 (vinte) páginas, incluindo título, resumo, desenvolvimento, referências bibliográficas, quadros, gráficos e imagens, se tiver.

Em caso de o artigo conter quadros ou gráficos estatísticos, esses devem ter um título no corpo do texto em Times New Roman, tamanho 10, estilo normal. Solicita-se enviar o(s) mesmo(s) em um arquivo de planilha eletrônica à parte.

Em caso de o artigo conter imagens, essas devem ter um título no corpo do texto em Times New Roman, tamanho 10, estilo normal. Solicita-se enviar a(s) mesma(s) em um formato de edição de imagens (JPG, TIF, GIF, PNG) com altura mínima de 700 px e resolução de 300 PPP.

Tais arquivos deverão ser carregados no passo 4 (transferência de documentos suplementares) durante o processo de envio do artigo.

3. ESTRUTURA DO ARTIGO

A estrutura do artigo deve conter:

Título: no idioma original do texto e tradução fiel ao outro idioma da Revista (se o texto original estiver em espanhol, a tradução deverá ser em português e vice-versa). Ele não deve exceder 20 (vinte) palavras, expressando o conteúdo principal do trabalho de maneira objetiva e clara. A equipe editorial se reserva o direito para promover ajustes sobre o mesmo.

Notas esclarecedoras: do título deve incluir-se ao final da página com o símbolo de *.

Resumo: em espanhol e português, de uma forma e sequência de frases concisas e objetivas que deem uma ideia geral do artigo; em seu conjunto, não devem ultrapassar 250 (duzentas e cinquenta) palavras.

Palavras chave: em português e em espanhol, devem apontar entre 3 e 5 palavras representativas do conteúdo do trabalho. Estarão dispostas depois do resumo, precedidas da expressão “Palabras clave ou Palavras-chave”, separadas entre vírgula.

Corpo do artigo: Deverá contar com a seguinte estrutura: Introdução, desenvolvimento e conclusão. O desenvolvimento pode ser subdividido. .

O desenvolvimento do artigo será numerado com número arábico, começando pela Introdução com o número 1 (um).

O texto que se deseje ressaltar dentro de um parágrafo deverá ser escrito em *itálico*, sem utilizar em nenhum trecho em negrito ou sublinhado.

As notas deve ser inseridas ao final de cada página, sem sangria, letra “Times New Roman”, tamanho 10, com numeração sequencial iniciando com o número 01 no corpo do artigo. Deverão servir para o esclarecimento do texto e de citações.

Citações Diretas:

As citações diretas que passem de 3 (três) linhas devem iniciar em um novo parágrafo, com margem distinta, em Times New Roman, 10, espaçamento simples e devem terminar na margem direita. As aspas devem ser suprimidas e deve-se deixar uma linha em branco antes e outra depois da citação.

Citações em notas

Utiliza-se o sistema citação-nota, inserindo-se um número como expoente logo de cada citação que faz a referência à nota. Estas notas podem conter citações ou referências a citações. Um número de nota deve ser utilizado para cada citação ou cada grupo de citações. A nota correspondente pode fazer referência a mais de um documento.

a) Primeira citação

A primeira citação de um documento deve conter os elementos necessários para assegurar a correspondência exata entre a citação e a entrada adequada dentro na lista de referências bibliográficas.

A primeira citação deve contar com, no mínimo, o (ou os) nome (s) do (dos) autor (es) e o título completo, tal como aparecem nas referências seguidas dos números das páginas citadas, caso necessário.

Caso o (ou os) nome (s) do (s) autor (es) não sejam suficientes para diferenciação na lista de referências, a citação deverá incluir os elementos suplementares (edição, ano de publicação, etc.) necessários para assegurar a correspondência exata com a referência.

Exemplo:

Texto:

Ainda assim, o art. 21 Regulamento 650/2012 pressupõe que cada pessoa tenha uma residência habitual. Pois um ponto de conexão subsidiário – como, por exemplo, a presença fática¹ – não é encontrado na norma. Além disso, o Considerando 24, frases 3 e 4, contempla este caso, mencionando que, sob estas circunstâncias, a nacionalidade da pessoa ou o local da situação dos seus principais bens poderiam ser “um fator especial” na apreciação de todas as circunstâncias fáticas. Desta maneira, o legislador europeu dá a entender que, para fins do Regulamento 650/2012, uma pessoa sem residência habitual não existe².

Citações em notas de rodapé:

1. VON BAR, Christian; MANKOWSKI Peter. Internationales Privatrecht Band I – Allgemeine Lehren, p. 568-569.

2. Em sentido divergente, KUNZ Lena. “Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil 1)”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*. 2012, vol 3, p. 208-210, afirmando que podem existir casos nos quais a residência habitual é indeterminável. Sem posição manifesta, com base na Proposta do Regulamento; SCHURIG Klaus. “Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung”. Em: BERNREÜTHER, Jörn; FREITAG, Robert; LEIBLE, Stefan; SIPPEL, Harald; WANITZEK, Ulrike. *Festschrift für Ulrich Spellenberg*. 2010. p. 343, 346.

b) Segunda citação e as seguintes

Caso um documento seja citado várias vezes, as citações seguintes recebem números diferentes.

A segunda citação de um documento e as seguintes podem ser reduzidas a (ou aos) nome (s) do (s) autor (es) e a um título resumido, sendo uma das seguintes abreviaturas possíveis:

Op. Cit.: *Obra citada*. Usa-se quando refere-se novamente a uma citação já mencionada, mas não de forma consecutiva e quando corresponda a diferentes páginas. Repetem-se o sobrenome e o nome do (s) autor (es) seguido de Op. Cit. E do número de página.

Se o (ou os) autor (es) não forem suficientes para diferenciar as entradas na lista de referências, a citação deverá incluir o título da publicação citada.

Exemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7.

15.

16. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. Op. cit., p. 84.

Ídem.: *Igual que a referencia anterior.* Utiliza-se quando a citação atual deriva da mesma obra e da mesma página que a da citação imediatamente anterior.

Exemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7. Ídem.

Ibíd.: *No mesmo lugar.* Utiliza-se para evitar a repetição de uma citação anterior no caso de que se trate de uma página diferente, mas na mesma obra citada.

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7. *Ibíd.*, p. 24.

Agradecimentos: em caso de necessidade, deve contar, no máximo, com 20 palavras, ao final do artigo e antes das referências bibliográficas.

Referências bibliográficas: devem ser incorporadas ao final do artigo, sob o título **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**, onde deverão ser inseridos os trabalhos citados no corpo do texto: Os formatos ISO 690 e ISO 690-2 devem ser utilizados e os autores deverão ser ordenados em ordem alfabética.

PUBLICAÇÕES IMPRESSAS

- LIVROS

SOBRENOME–em maiúsculas– Nomes. *Título do livro* –em *itálico*–. Lugar de publicação: Editora, ano de publicação

A menção do número da edição se realiza a partir da segunda edição.

Um autor

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Dois autores

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

Mais de dois autores

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. *Derecho Internacional Publico*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

Autor corporativo

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado*. Asunción: CSJ, 1998.

Editor, coordenador, compilador, organizador de livro

HOWARD, Michael; ANDREOPOULOS, George; SHULMAN, Mark(eds). *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. New Haven, London: Yale University Press, 1994.

Para todos os casos utilizar (ed) ou (eds) conforme seja um ou mais autores.

- CAPÍTULO DE LIVRO

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro”. Em SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do(s) editor(es) do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (ed) conforme seja o caso. *Título do livro –em itálico-*. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. p. inicial-final.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia; SCOTTI, Luciana Beatriz. “¿Soberanía o crisis de la Lex Mercatoria?”. En: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia (ed). *Derecho internacional privado y de la integración*. Buenos Aires: La Ley, 2011.p. 543-559.

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do autor. “Título do capítulo do livro”. Em SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do(s) editor(es) do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (ed) conforme seja o caso. *Título do livro – em itálico -*. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. p. inicial-final. (nome da coleção ou série e o volume ou número do mesmo).

DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed). *Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Zavalía, 2005. (DeCITA 03.2005).

- REVISTAS

Título da revista–em itálico-, cidade de publicação, vol, número. Ano de publicación

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTIGO DE REVISTA

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes. “Título do artigo”. *Título da revista –em itálico*. Ano de publicação vol, nº ou tomo, p. inicial-final.

Um autor

LACERDA, Antônio Corrêa de. “Investimentos diretos estrangeiros e políticas de desenvolvimento”. *Revista Administração em Diálogo*. 2003, nº 5, p. 11-18.

Dois autores o mais de dois autores

SARTI, Fernando e LAPLANE, Mariano F. “O investimento direto estrangeiro e a internacionalização da economia brasileira nos anos 1990”. *Revista Economia e Sociedade*. 2002, vol 11, nº 1, p. 63-94.

- ARTIGO DE PERIÓDICO

“Título do artigo – entre aspas”. *Título do periódico – em cursiva* -. Data da publicação, página

“Informe de IPA confirma situación de crisis hídrica en región norte”. *Diario Cambio*. 30 dez 2014, p. 14

- TESE

SOBRENOMES – em maiúscula -, Nomes do autor do capítulo. “Título – entre aspas” - [Tipo de documento]. Orientador. Instituição acadêmica. Lugar, ano.

VILLAR, Pillar Carolina. “A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani”. [Tese de doutorado]. Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

- RELATÓRIOS

SOBRENOMES – em maiúscula -, Nomes do autor do capítulo. *Título do relatório – em cursiva* -. Lugar de publicação: editora, ano. (Tipo de relatório)

GUIRARDO ROMERO, Nuria. *Proyecto de conservación y recuperación de una especie amenazada*. Almeria: s.n, 1988. (Informe técnico de la Dirección General del Medio Ambiente).

- CONFERÊNCIAS OU CONGRESSOS (ANAIS)

Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva- (número da

conferência, data e lugar de realização – entre parênteses -) Título dos anais. Responsabilidade secundária. Lugar da publicação: editora, ano.

Congresso Brasileiro de Direito Internacional (5º, 2007). Estudos de direito internacional: anai. Menezes, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X.

- APRESENTAÇÃO DE TRABALHO EM CONGRESSO

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título da apresentação – entre aspas -”. En: *Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva*- (número da conferência, local e data da realização –entre parênteses-) Título dos anais. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano, vol. p. inicial-final.

ALMEIDA, Guilherme de Vasconcelos. “A apropriação da cultura pelos estados nacionalistas nos fins do século XIX. Uma hipótese: a utilização da cultura como fator de análise das relações internacionais”. En: *Congresso Brasileiro de Direito Internacional* (5º, 2007). Estudos de direito internacional: anai. MENEZES, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X. p. 224-230.

- LEGISLAÇÃO

Lei

País. Título. *Publicação oficial em que se publicou, data da publicação*, número, páginas.

ESPAÑA. Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de julio de 2011, núm. 180.

Tratados

MERCOSUR. *Tratado de Asunción*, firmado en Asunción, República del Paraguay, el 26 de marzo de 1991.

Protocolo

MERCOSUR. *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR*, firmado en Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, el 18 de febrero de 2002.

Decisão

MERCOSUR. *Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 40/00.*

Convenio de cooperación entre los bancos centrales de los Espados Partes del MERCOSUR para la prevención y reposición de maniobras tendientes a la legitimación de activos provenientes de actividades ilícitas, firmada en Florianópolis-SC, República Federativa del Brasil, el 14 de diciembre de 2000.

Jurisprudência dos tribunais nacionais

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Civil, Sección 1ª). *Sentencia núm. 544/2011*, de 27 julio.

Jurisprudência dos tribunais internacionais

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 2ª). *Caso Capriati contra Italia*. Sentencia de 26 julio 2011.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Caso Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno*. Laudo 01/2012 del 21 de julio de 2012 [online]. [fecha de consulta: 3 de enero de 2015]. Disponible em: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf>.

PUBLICAÇÕES ELETRÔNICAS

- LIVROS

SOBRENOME—em maiúsculas- Nomes. *Título do livro –em itálico–* [online]. Lugar de publicação: Editora, ano de publicação [data da consulta]. Disponível em: <endereço da página>.

Um autor

MONGE-NARANJO, Alexander. *The Impact of NAFTA on Foreign Direct Investment flows in Mexico and the Excluded Countries* [online]. s.l: Department of Economics. Northwestern University, 2002 [data da consulta 30 de diciembre de 2014]. Disponível em: <http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/PDF/MONGE_NA.PDF>

Más de un autores

BURREL, A.; FERRARI, E.; GONZÁLEZ MELLADO, A; HIMICS, M.; MICHALEK, M.; SHRESTHA, S.; VAN DOORSLAER, B.; (2011) *Potential EU-Mercosur free trade agreement: impact assessment. Volume 1: main results*. Luxembourg: European Union [online]. Luxembourg: European Union, 2011 [fecha de consulta: 21 de octubre de 2012]. Disponível em: <http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf>

Autor corporativo

UNCTAD. World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development [online]. Geneva: UN Publications, 2011 [acceso 28 de marzo de 2014]. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf>

- CAPÍTULO DE LIVRO

SOBRENOMES – em maiúsculas-, Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro – entre aspas -”. En: SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do/s editor/es do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (eds) conforme o caso. *Título do livro – em cursiva-* [online]. Número da edição. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. Página inicial e final do capítulo [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

- PARTE DE UMA COLEÇÃO DE LIVROS

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro – entre aspas-”. En: SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do/s editor/es do livro seguido da abreviação entre parêntesis (ed) ou (eds) conforme o caso. *Título do livro – em cursiva* -[online]. Número da edição. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. (nome da coleção ou série e o volume ou número do mesmo) [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

- REVISTAS

Título da revista– em cursiva- [online], lugar de publicação, vol, número. Ano de publicação [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993 [acessado 3 de mayo de 2012]. Disponível em: <<https://hbr.org/>>

- ARTIGOS DE REVISTA

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes. “Título do artigo – entre aspas” [online]. *Título da revista – em cursiva* - ano de publicação, vol, nº ou tomo, página inicial e final do artigo [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

Um autor

GUTIERREZ–HACES, Teresa. “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN” [online]. *Economíaunam* 2004, vol 1, nº 3, p. 23-42 [consulta 5/12/2014]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814>>

- ARTIGO DE PERIÓDICO

“Título do artigo – entre aspas” [online]. *Título do periódico – em cursiva* -. Data de publicação. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

“Crisis hídrica en Mendoza: otro año en el que escasea el agua” [online]. *Diario UNO*. 31 oct 2014. [acceso 28 de marzo de 2014 18/02/2015]. Disponível em: <<http://www.diariouno.com.ar/mendoza/Crisis-hidrica-en-Mendoza-otro-ao-en-el-que-escasea-el-agua-20141031-0036.html>>

- RELATÓRIOS

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. *Título do relatório – em cursiva* -[online]. Lugar de publicação: editora, ano. (Tipo de relatório) [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

- CONFERÊNCIAS OU CONGRESSOS (ANAIS)

Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva- (número da conferência, data e lugar de realização – entre parêntesesv-) Título dos anais [online]. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

- APRESENTAÇÃO DE TRABALHO EM CONGRESSO

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título da apresentação – entre aspas -”. En: *Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva*- (número da conferência, data e lugar de realização – entre parênteses-) Título dos anais [online]. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano. p. inicial-final. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

- PÁGINA WEB

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo ou NOME DA INSTITUIÇÃO – em maiúsculas -. “Título da página Web” [online]. Data de revisão/atualização se consta da página. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. “Declaração conjunta Brasil-Paraguai” [online]. [acceso 07/02/2015]. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b_52/>

Versión online finalizada
en agosto de 2016.

Versión impresa finalizada
en agosto de 2016.

El Tribunal Permanente de Revisión (TPR) comprende a los Árbitros –art. 18 Protocolo de Olivos (PO)– y a la Secretaría del Tribunal (ST) –art. 35 MERCOSUR/CMC/DEC N°37/03 y MERCOSUR/CMC/DEC. N° 15/15 que abrogó a las resoluciones MERCOSUR/GMC/RES N° 66/05 y MERCOSUR/GMC/RES N° 39/10.

El Tribunal está integrado por cuatro Árbitros titulares, uno por cada Estado miembro del MERCOSUR, por sus respectivos suplentes y por un Quinto Árbitro designado por unanimidad por los Estados.

La Secretaría del Tribunal (ST) está compuesta por un Secretario, designado por el Consejo del Mercado Común, y por cuatro áreas indispensables para el funcionamiento del TPR.

26 de marzo - Día del MERCOSUR

13 de agosto - Aniversario del TPR

O Tribunal Permanente de Revisão (TPR) compreende os Árbitros – art. 18 Protocolo de Olivos (PO)– e a Secretaria do Tribunal (ST) –art. 35 MERCOSUL/CMC/DEC N°37/03 e MERCOSUL/CMC/DEC N° 15/15 que derroga as resoluções MERCOSUL/GMC/RES N° 66/05 e MERCOSUL/GMC/RES N° 39/10.

O Tribunal está composto por quatro Árbitros titulares, um nacional de cada Estado membro do MERCOSUL, por seus respectivos suplentes e por um Quinto Árbitro designado por unanimidade pelo Estados.

A Secretaria do Tribunal (ST) é composta pelo Secretário, designado pelo Conselho do Mercado Comum, e por quatro áreas indispensáveis ao funcionamento do TPR.

26 de março - Dia do MERCOSUL

13 de agosto - Aniversário do TPR



www.tprmercosur.org

www.revistastpr.com

Av. Mcal. López 1141 casi Gral. Melgarejo, “Villa Aucinera”, CP 1532

Asunción, República del Paraguay - Teléfono 595 (21) 221411

