

# Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión

# Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão

*Integración y Relaciones Internacionales*  
*Integração e Relações Internacionais*



# RSTPR

Año 6  
Nº 11  
2018

Asunción  
República  
del Paraguay

## LA LEGITIMIDAD DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL

Ioannis F. Papageorgiou y Katrin Nyman-Metcalf

## REFORMA ADUANEIRA NO BRASIL: NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO ADUANEIRO SANCIONADOR

Diogo Bianchi Fazolo e Maurício Dalri Timm do Valle

## LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL EN EL URUGUAY CON RELACIÓN AL MERCOSUR

Jorge E. Fernández Reyes

## O PRINCÍPIO DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL: EM BUSCA DO TERRENO COMUM

Cláudio Cerqueira Bastos Netto

## MERCOSUL: A DICOTOMIA ENTRE A MANUTENÇÃO DAS LISTAS DE EXCEÇÕES E O SONHO DA CONSTITUIÇÃO DE UM MERCADO COMUM

Bruna Cunha Costa Cardoso e Fernanda Burle

## DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA DOS BRICS

Renato Pinto Cavalcanti

## A ACTIO POPULARIS NO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO

Marcus Vinicius Xavier de Oliveira

## EL MODELO DE COOPERACIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA EN MATERIA MIGRATORIA

Carolina Lourdes Rodríguez Aguilera

## EDUCAÇÃO ENTRE AS FRONTEIRAS DO DIREITO E DA CIDADANIA

Fabio Bezerra Correia Lima

## CIDADANIA E DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL: UM LONGO PERCURSO PARA O ACESSO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Angélica Cristina Nagel Hullen

## CONTRATOS INTERNACIONAIS SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Taís Zagonel e Frederico Eduardo Zenedin Glitz

## ANÁLISIS DEL MARCO DE ACTUACIÓN DE SOCIEDADES OFF SHORE EN ARGENTINA: ESPECIAL MIRADA A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE OCDE

Candela Noelia Villegas

## LOS ANTECEDENTES DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES EN COLOMBIA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1936. LA GARANTÍA CRIMINAL

Jaime Alberto Sandoval Mesa

# RSTPR

Rev. secr. Trib. perm. revis.  
Año 6, N° 11, 2018  
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**

Maider 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**

Renata Cenedesi, Tribunal Permanente de Revisión

ISSN 2304-7887 (en línea)

ISSN 2307-5163 (impreso)

Año 6, N° 11, abril 2018.



---

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@tprmercosur.org](mailto:revista@tprmercosur.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@tprmercosur.org](mailto:revista@tprmercosur.org).  
As opiniões contidas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores.

---

## CONSEJO EDITORIAL

### *Coordinador*

Roberto Ruiz Díaz Labrano, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay

### *Miembros*

Alberto do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, Brasil

Alfredo Mario Soto, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Ana Cristina Paulo Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Antônio Pereira Gaio Júnior, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

Augusto Jaeger, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Calogero Pizzolo, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Carlos Hugo Centurión, Ministerio de Relaciones Exteriores, Paraguay

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

Daniel José Pavón Piscitello, Universidad Católica de Córdoba, Argentina

Diego Moreno Rodríguez, Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Paraguay

Enrique C. Barreira, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Guillermo Michelson Irusta, Tribunal Permanente de Revisión, Argentina

Javier Parquet Villagra, Tribunal Permanente de Revisión, Paraguay

Jorge Fernández Reyes, Universidad de Montevideo, Uruguay

Jorge Fontoura, 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

Lilian del Castillo, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Liliana Rapallini, Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Luiz Olavo Baptista, Universidade de São Paulo, Brasil

Magdalena Bas Vilizzio, Universidad de La República, Uruguay

Marcilio Toscano França Filho, Tribunal Permanente de Revisión, Brasil

Marilda Rosado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Miguel Angel Ciuro Caldani, Universidad Nacional de Rosario, Argentina

Nadia de Araújo, Tribunal Permanente de Revisión/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

Sandra Cecilia Negro, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Santiago Deluca, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Sergio Maia Tavares, Centro de Estudos em Direito da União Europeia - CEDU, Portugal

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

Wagner Menezes, Universidade de São Paulo, Brasil

Welber Barral, Universidade de São Paulo, Brasil

Wilson Nerys Fernández, Universidad de la República, Uruguay

Yeny Villalba, Universidad Columbia del Paraguay, Paraguay

## TABLA DE CONTENIDO

### PRESENTACIÓN

*Juan Emilio Oviedo Cabañas* ..... 7

### PRÓLOGO – PRÓLOGO

*Guillermo Michelson Irusta* ..... 8

### ARTÍCULOS ORIGINALES – ARTIGOS ORIGINAIS

#### La legitimidad de los procesos de integración regional

*Ioannis F. Papageorgiou y Katrin Nyman-Metcalf* ..... 12

#### Reforma aduaneira no Brasil: necessidade de harmonização das normas de direito aduaneiro sancionador

*Diogo Bianchi Fazolo e Maurício Dalri Timm do Valle* ..... 29

#### La cuestión constitucional en el Uruguay con relación al MERCOSUR

*Jorge E. Fernández Reyes* ..... 47

#### O princípio da margem de apreciação nacional: em busca do terreno comum

*Cláudio Cerqueira Bastos Netto* ..... 66

#### MERCOSUL: a dicotomia entre a manutenção das listas de exceções e o sonho da constituição de um Mercado Comum

*Bruna Cunha Costa Cardoso e Fernanda Burle* ..... 88

#### Desenvolvimento sustentável: uma análise a partir da perspectiva dos BRICS

*Renato Pinto Cavalcanti* ..... 109

#### A Actio Popularis no direito internacional contemporâneo

*Marcus Vinicius Xavier de Oliveira* ..... 134

#### El modelo de cooperación de la Comunidad Andina en materia migratoria

*Carolina Lourdes Rodríguez Aguilera* ..... 175

#### Educação entre as fronteiras do direito e da cidadania

*Fabio Bezerra Correia Lima* ..... 193

#### Cidadania e direitos sociais no Brasil: um longo percurso para o acesso aos direitos fundamentais

*Angélica Cristina Nagel Hullen* ..... 213

#### Contratos internacionais segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

*Taís Zagonel e Frederico Eduardo Zenedin Glitz* ..... 228

**Análisis del marco de actuación de sociedades Off Shore en Argentina:  
especial mirada a los estándares internacionales de OCDE**  
*Candela Noelia Villegas* ..... 245

**CONTRIBUCIONES ESPECIALES – CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS**  
**Los antecedentes de las garantías judiciales en Colombia en el código penal  
de 1936. La garantía criminal**  
*Jaime Alberto Sandoval Mesa* ..... 262

**NORMA EDITORIAL** ..... 285

## PRESENTACIÓN

Recordando fechas importantes para el sistema de solución de controversias, como los 25 años de la entrada en vigencia del Protocolo de Brasilia, primer sistema de solución de controversias establecido en el MERCOSUR; y los 15 años de la Reglamentación del Protocolo de Olivos a través de la Decisión 37/03; presentamos un nuevo número de la Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión.

Este número 11 del año 6 de la revista recoge, en primer lugar, una serie de colaboraciones, que constituyen nuevas aportaciones, fruto de investigaciones o reflexiones de sus autores. Tiene un enfoque multidisciplinar dentro del área de conocimiento del Derecho Internacional. Versa sobre temas como el comercio internacional, derecho aduanero, integración regional, derechos humanos, la cooperación jurídica y sobre el MERCOSUR.

La revista llega gracias a la colaboración de autores y lectores, ya que el desarrollo de sus contenidos y sus secciones depende fundamentalmente del nivel de participación de los mismos, quienes, con la colaboración del Consejo Editorial y los Revisores, son los verdaderos protagonistas de esta publicación.

A lo largo de 6 años de publicación, la RSTPR ha logrado posicionarse dentro de varios índices de revistas científicas como Latindex, Qualis, Dialnet, Redib, Scielo Paraguay, DOAJ y WoldCat. Estos índices indican la rigurosidad de los procesos editoriales de la publicación, garantizando así la calidad y la visibilidad de los trabajos publicados.

Agradecemos a los autores que desde sus especialidades vienen colaborando y enriqueciendo los contenidos de los distintos números de la revista; al Dr. Guillermo Michelson Irusta, Árbitro Titular del TPR y Presidente durante el año 2018, por honrarnos con el prólogo; al Consejo Editorial y a los Revisores de la revista, damos gracias por el nivel de entusiasmo y apoyo recibido.

Abril, 2018.



**Juan Emilio Oviedo Cabañas**  
*Secretario del TPR*



## PRÓLOGO

Cuando el señor Secretario del Tribunal Permanente de Revisión me sorprendió, gratamente, con el pedido de prologar la undécima edición de la Revista, rápidamente recordé las advertencias de Jorge Luis Borges, en “Prólogo del prólogo”, acerca de las dificultades de cumplir con la tarea encomendada. Frente a la inexistencia de una teoría del prólogo, por lo que, en su opinión, el responsable de una encomienda semejante, debía evitar la tristeza de asemejarse a la oratoria de sobremesa o a los panegíricos fúnebres, abundantes ellos, en hipérbolos irresponsables, que su lectura, sólo es pacientemente aceptada, por considerarlos pertenecientes a ese género. Trataré entonces de evitar caer en esas caracterizaciones mediante un texto sobrio y concreto.

Adicionalmente, mirando las personalidades y el bien ganado prestigio de los anteriores prologuistas no pude menos que aumentar mi preocupación, por cumplir razonablemente con la encomienda.

En el presente número los autores abordan con autoridad una variada gama de materias, que incluyen el análisis de cuestiones de Derecho Internacional, de Derecho Constitucional, de Derecho de la Integración y del MERCOSUR, de Derecho Comercial y el Comercio Internacional, de Derecho Aduanero, de Derechos Humanos, de Cooperación Jurídica, de Derechos Sociales con especial mirada en la Educación y de Derecho Penal.

La profundidad y enjundia de los trabajos doctrinarios publicados en esta edición, mantienen y realzan el afamado prestigio de esta publicación científica que la hicieran oportunamente merecedora de reconocimiento internacional.

Por lo expresado, el Tribunal Permanente de Revisión y su Secretaría Permanente agradecen a Fabio Bezerra Correia Lima, Diogo Bianchi Fazolo, Fernanda Burle, Cláudio Cerqueira Bastos Netto, Bruna da Cunha Costa Cardoso, Mauricio Dalri Timm do Valle, Katrin Nyman-Metcalf, Angélica Cristina Nagel Hullen, Marcus Vinicius Xavier de Oliveira, Ioannis F. Papageorgiou, Renato Pinto Cavalcanti, Carolina Lourdes Rodríguez Aguilera, Jaime Sandoval, Candela Noelia Villegas, Taís Zagonel y Frederico Eduardo Zenedin Glitz, por habernos honrado con sus respectivas colaboraciones.

Creo que no sería consecuente con mis convicciones si no aprovechara esta ocasión, para manifestar mi optimista y positiva visión

acerca del futuro que, seguramente, nos deparará esta nueva etapa de búsqueda de acrecentar y profundizar el relacionamiento comercial del MERCOSUR con otros países y bloques económicos, ya sea que estén estructurados o que se encuentren en vías de conformación; negociaciones éstas, que ya han logrado en algunos casos ser felizmente concluidas y otras que se encuentran en proceso de concreción.

Finalmente, dejo señalada mi opinión acerca que la vía jurisdiccional es la más idónea para institucionalizar los bloques económicos, pues establecen reglas firmes acerca de la aplicación e interpretación de los instrumentos que estructuran la integración.

Abril, 2018.

**Dr. Guillermo Michelson Irusta**  
*Árbitro Presidente del TPR*

## PRÓLOGO

Quando fui agradavelmente surpreendido pelo Secretário do Tribunal Permanente de Revisão com o pedido de prefaciá-la a décima primeira edição da Revista, rapidamente lembrei-me das advertências de Jorge Luis Borges, no “Prefácio do Prefácio”, sobre as dificuldades de cumprir com a tarefa encomendada. Em face à inexistência de uma teoria do prefácio, por isso, na sua opinião, o responsável de uma encomenda semelhante devia evitar a tristeza de se assemelhar à oratória das conversas de café ou aos panegíricos fúnebres, nos quais abundam, as hipóboles irresponsáveis, que sua leitura só é pacientemente aceita por serem consideradas pertencentes a esse gênero. Tratarei, então, de evitar cair nessas caracterizações através de um texto sóbrio e concreto.

Além disso, observar as personalidades e o bem merecido prestígio dos anteriores prefaciadores fez com que a minha preocupação aumentasse, já que deveria cumprir razoavelmente com a tarefa encomendada.

No presente número, os autores abordam com autoridade uma variada gama de matérias, que incluem a análise de questões de Direito Internacional, de Direito Constitucional, de Direito da Integração e do MERCOSUL, de Direito Comercial e o Comércio Internacional, de Direito Aduaneiro, de Direitos Humanos, de Cooperação Jurídica, de Direitos Sociais com especial ênfase à Educação e ao Direito Penal.

A profundidade e essência dos trabalhos doutrinários publicados nesta edição, mantêm e realçam o afamado prestígio desta publicação científica, que a fizeram oportunamente merecedora de reconhecimento internacional.

Diante do exposto, o Tribunal Permanente de Revisão e sua Secretaria Permanente agradecem a Fábio Bezerra Correia Lima, Diogo Bianchi Fazolo, Fernanda Burle, Cláudio Cerqueira Bastos Netto, Bruna da Cunha Costa Cardoso, Maurício Dalri Timm do Valle, Katrin Nyman-Metcalf, Angélica Cristina Nagel Hullen, Marcus Vinícius Xavier de Oliveira, Ioannis F. Papageorgiou, Renato Pinto Calvacanti, Carolina Lourdes Rodríguez Aguilera, Jaime Sandoval, Candela Noelia Villegas, Taís Zagonel, e Federico Eduardo Zenedin Glitz por ternos honrado com suas respectivas colaborações.

Acho que eu não seria coerente com as minhas convicções se não aproveitasse esta ocasião para manifestar a minha otimista e positiva

visão sobre o que o futuro, certamente, nos deparará nesta nova etapa de busca para aprimorar e aprofundar a relação comercial do MERCOSUL com outros países e blocos econômicos, já sejam aqueles estruturados ou os que se encontrem em vias de conformação; tais negociações que já conseguiram, em alguns casos, ser concluídas com sucesso, e outras que se encontram em processo de concretização.

Finalmente, deixo sublinhada a minha opinião de que a via jurisdicional é a mais idônea para institucionalizar os blocos econômicos, pois estabelecem regras firmes sobre a aplicação e interpretação dos instrumentos que estruturam a integração.

Abril, 2018.

**Dr. Guillermo Michelson Irusta**  
*Árbitro Presidente do TPR*

# LA LEGITIMIDAD DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL

## A LEGITIMIDADE DOS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO REGIONAL

*Ioannis F. Papageorgiou\**  
*Katrin Nyman-Metcalf\**

---

**Resumen:** *El artículo examina como nace la legitimidad en los sistemas políticos y analiza si, en qué medida y cómo los sistemas de integración regional pueden también lograr legitimidad y asentar sus decisiones así que tener fuertes mecanismos de aplicación efectiva de esas últimas (lo que en inglés se llama “enforcement”). Insiste en los modos de construir la legitimidad, a través de instituciones sólidas y propone fortalecer esta legitimidad para fortalecer el sistema internacional.*

**Resumo:** *O artigo examina como a legitimidade nasce em sistemas políticos e analisa se, em que medida e como os sistemas de integração regional também podem obter legitimidade e resolver suas decisões para que tenham mecanismos fortes de aplicação efetiva desses últimos (o que em inglês chamado “enforcement”). Insiste nas formas de construir legitimidade, através de instituições sólidas e propõe fortalecer essa legitimidade para fortalecer o sistema internacional.*

**Palabras clave:** Legitimidad, integración regional, demos regional

**Palavras-chave:** Legitimidade, integração regional, demonstrações regionais

---

## 1. INTRODUCCIÓN

La razón por la cual la gente obedece a las leyes es una cuestión de mucha investigación jurídica. Aunque el problema puede ser examinado en diferentes niveles y cuenta con diferentes explicaciones, muchas de éstas en alguna forma (a veces implícitamente), se basan en la legitimidad

---

\* Escuela de Estudios Políticos, Universidad Aristóteles de Tesalónica, Grecia.

\*\* Facultad de Derecho, Universidad Tecnológica de Tallin, Estonia.

E-mail: ipapageo@polsci.auth.gr

Recibido: 22/01/2017. Aceptado: 30/01/2018.

como explicación última. El órgano que ha emitido las leyes se considera que tiene derecho a hacer esto y a ejercer el poder. De dónde proviene ese derecho es tema de debate, pero puesto que hoy la mayoría de los estados son democracias o pretenden serlo, el derecho normalmente emana del pueblo. Todavía hay sistemas que invocan otras fuentes para justificar su derecho a gobernar, como la religión o la sucesión, pero incluso en tales circunstancias, el derecho es a menudo vinculado a un determinado grupo de personas, a saber, los ciudadanos.

En la bibliografía<sup>1</sup> un régimen legítimo se describe como un régimen que tiene un elemento normativo (que respecta la reglas y puede justificar sus actos); que cuenta con un consentimiento popular demostrable; que permite a los ciudadanos identificarse con él; que tiene autoridad; y que cumple con las expectativas populares. Hay que añadir que la legitimidad no tiene que ser absoluta - puede ser parcial o condicional. Estas características en el pasado solían ser propias únicamente a los estados; hoy sin embargo, pueden potencialmente adaptarse también a los sistemas de integración regional. En un mundo globalizado hay problemas transfronterizos que los estados no pueden o pueden solo en parte resolver por sí solos de manera eficaz. Así, los criterios de legitimidad pueden incluso conformar mejor a otras unidades más grandes que los estados. Al mismo tiempo, está claro que el estado tiene una estructura establecida en la historia en la cual el orden constitucional está protegido y respetado, debido a su vínculo con una autoridad política legítima que cumple reglas y órdenes. Este idéntico tipo de legitimidad no puede ser fácilmente trasladado a nivel internacional<sup>2</sup>.

Los estados nacionales tienen un mayor grado de legitimidad que las organizaciones de integración regional, con la posible excepción de la Unión Europea (UE). Las organizaciones de integración regional tienen que demostrar su legitimidad de una manera diferente a la que se aplica para los estados. Este artículo examina si, en qué medida y cómo los sistemas de integración regional pueden lograr legitimidad. Tener legitimidad es una condición previa para la aplicación efectiva de las decisiones de la organización. Dado que, en general, las organizaciones de integración regional carecen de fuertes mecanismos de aplicación efectiva de sus decisiones (lo que en inglés se define por el término 'enforcement'), la cuestión de la legitimidad se vuelve aún más importante porque una fuerte legitimidad permite que las decisiones sean en gran medida seguidas.

---

1 MATHER, Jenny. *Legitimizing the European Union. Aspirations, inputs and performance*. London: Palgrave, 2006, p. 12-13.

2 FOCARELLI, C. *International Law as Social Construct. The struggle for Global Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 125.

## 2. ¿QUÉ ES LA LEGITIMIDAD?

La legitimidad expresa la relación entre el gobernante y los gobernados. Es más que la legalidad que significa meramente obedecer a las reglas, porque incluye también aceptar que las reglas estén hechas por un determinado órgano<sup>3</sup>. Mather pretende que la legitimidad es un requisito previo para un gobierno político exitoso. Para ella, la legitimidad incluye una convicción compartida, un dispositivo creado artificialmente, un sistema aceptado y un elemento fundado en la confianza o la lealtad (interpersonal o institucional) investido en una persona o un gobierno en particular. La legitimidad contiene un elemento normativo, ya que las expectativas sobre el sistema de gobierno y las leyes se deben cumplir<sup>4</sup>. La legitimidad puede medirse de manera concreta mediante el estudio de la aceptación de las decisiones de una organización, viendo con qué frecuencia se llevan al efecto deseado. La UE parece tener una fuerte legitimidad, ya que la mayoría de sus decisiones son aplicadas. Sin embargo, tal estudio objetivo no puede responder plenamente a la cuestión de la legitimidad, porque hay también que examinar si aplicar la ley en ese caso corresponde a efectos de legitimidad o es simplemente respeto a la ley.

En tales casos, es esencial que la unidad básica de la que emanan las reglas sea legítima. Dicha unidad tiene que tener poderes que puede utilizar por si misma o ceder a otros, a través de un mecanismo permanente de delegación o mediante decisiones caso por caso. En el actual sistema internacional esta unidad básica es el estado. La legitimidad de organismos establecidos por los estados se puede derivar de la legitimidad de los estados miembros. Puesto que los estados conservan el poder último de decisión en la organización internacional no es, en principio, necesario buscar legitimidad adicional o diferente<sup>5</sup>. La organización internacional es solo otra manera para que los estados ejerzan su legitimidad. Más interesante -desde el punto de vista de la legitimidad de las organizaciones de integración regional (u otras organizaciones internacionales) - es cuando la organización, a través de su estructura institucional, toma decisiones y emprende acciones que no están bajo el control directo de o incluso bajo la autoridad de los estados. Esto puede tomar la forma de decisiones tomadas por mayoría, de decisiones tomadas por instituciones donde los estados no están

3 FOCARELLI. Ibid. 2012, p 245.

4 MATHER. *Legitimizing the European Union*. 2006, Op. cit. p. 10.

5 Sin embargo, en algunos casos, por ejemplo en el caso de las intervenciones humanitarias internacionales, resulta útil invocar alguna forma de legitimidad supranacional. Véase, por ejemplo, la justificación de la resolución 794/1992 del Consejo de Seguridad de la ONU que permitió la intervención en Somalia en la cual se hace referencia a las "llamadas urgentes de Somalia a la comunidad internacional de tomar medidas para garantizar la prestación de asistencia humanitaria en Somalia", así como las alusiones similares en la resolución 688/1991 del Consejo de Seguridad que estableció una zona de exclusión aérea en el Kurdistán iraquí.

representados directamente o de decisiones de tribunales regionales de justicia independientes de los estados. La competencia para tales decisiones está siempre atribuida, ya que las organizaciones son creadas por los estados, pero después de la creación de la organización, el enlace directo de cada decisión con la voluntad expresa de los estados miembros se corta. Con la creciente autonomía de las organizaciones de integración regional, la base de la legitimidad se vuelve así más compleja que una mera acumulación de las legitimidades de los estados miembros<sup>6</sup>.

Focarelli señala que la autoridad puede relacionarse con personas o con normas y se refiere a la clásica interpretación weberiana que la autoridad existe cuando se puede esperar que las órdenes se ejecuten. Aunque puede haber muchos niveles y muchas razones por las que esto sucede, el sistema internacional actual sigue estando fundado entorno a, y sobre, los estados y la autoridad estatal como la razón última para que las órdenes sean obedecidas – trátense de órdenes por parte de organismos privados o creados por el Estado<sup>7</sup>. Focarelli no se ocupa específicamente de los sistemas de integración regional; para estos sistemas, sin embargo, una cuestión adicional es si la autoridad que posee el estado puede en algún momento transferirse o simplemente pasar a otro órgano en que participa el estado.

### **3. ¿UN DEMOS REGIONAL?**

Las organizaciones regionales de integración carecen de esa forma de legitimidad emocional basada en la pertenencia a una ‘comunidad imaginada’, una nación que es normalmente el caso con los estados; puede haber casos excepcionales de determinadas regiones donde las personas están vinculadas por lazos históricos o emocionales a través de fronteras estatales. Un grado de vínculo emocional puede crearse con el tiempo, que en cierta medida puede verse en el caso de la Unión Europea.<sup>8</sup> Incluso la vehemencia con la que ciertos partidos populistas rechazan la UE muestra que ésta se ha convertido en una entidad con un valor emocional para las personas. En general, sin embargo, a diferencia de los estados, una organización de integración regional no

---

<sup>6</sup> NYMAN METCALF, Katrin. “Regional Integration and Sovereignty; The Sum is More than its Parts?” en SEVASTIK, Per (ed.) *Aspects of Sovereignty* The Hague: Martinus Nijhoff, 2003, p. 83-100, sobre todo p. 93-97.

<sup>7</sup> FOCARELLI. *International Law*. Op. cit. 2012, p. 144-145.

<sup>8</sup> Karl Deutsch cita una serie de “requisitos esenciales” para el establecimiento de comunidades políticas entre estados. Entre ellos se encuentra la transferencia gradual de la lealtad política de las unidades políticas más pequeñas hacia una más grande cuando hay un “cambio parcial en los hábitos políticos” creado por el gradual “acercamiento entre valores, instituciones y hábitos”. DEUTSCH Karl W. et al. “Political Community and the North Atlantic Area” p. 127; Brent F. Nelsen and Alexander Stubb (eds.) *The European Union: Readings on the Theory and Practice of European Integration*, 3rd edition. Lynne Renner publishers. 2003. p. 121-143.



saca su legitimidad de las emociones o sentimientos de patriotismo y de identidad de las personas, de la pertenencia a un determinado grupo o del apego a un determinado territorio<sup>9</sup>.

Schütze discute si el pueblo, o dicho diversamente, el cuerpo electoral tiene que preceder a la organización política – el *demos* –, o si puede ser el resultado de ésta. La pregunta no surge solo para las organizaciones de integración regional: también hay ejemplos de estados multinacionales donde el pueblo del estado es una creación política y constitucional en vez de fundarse sobre bases étnicas o históricas. Según Schütze, en estos casos, como en la UE, se han creado nociones que él califica de doble ciudadanía (aunque en un sentido diferente a lo normal para este término que es el de poseer la ciudadanía de más de un país): en este caso, la doble ciudadanía se explica con el ser ciudadano en varias capas o niveles de una creación constitucional u otra, como es el caso con la ciudadanía de la UE<sup>10</sup>. Una legitimidad no excluye otra, siempre y cuando no sean incompatibles por su contenido.

No hay respuesta clara a lo que se necesita para crear una comunidad política, un *demos*. El estado-nación es, no obstante, un invento relativamente nuevo y no todos los estados se apoyan en una población unida, basada en criterios de etnia, raza, religión o idioma. De hecho, lo único que mantiene el *demos* unido son a menudo las fronteras creadas arbitrariamente del estado-nación así como el sistema legal y político basado en estas fronteras. Por lo tanto, no debería haber obstáculos para la creación de un *demos* también para un sistema de integración regional. Sin embargo, en su fallo reputado de junio de 2009 sobre la legalidad del Tratado de Lisboa<sup>11</sup>, la Corte Constitucional alemana subraya que el Tratado se basa en el entendimiento de que la democracia, la autodeterminación y la ciudadanía se derivan del estado soberano<sup>12</sup>. Un estado debe tener un pueblo y siempre y cuando no haya un solo pueblo unido en la organización de integración regional (en este caso la UE), esa organización no puede reemplazar al estado. Muchos autores (entre ellos Bieber) han criticado ese fallo al no ser coherente ni con las teorías de la democracia y de la gobernanza transnacional, ni con la realidad y las intenciones de la UE<sup>13</sup>. Sin embargo, el fallo ha influido mucho en cómo se ve la legitimidad de la UE después del Tratado de Lisboa.

---

9 Von Bogdandy examina los aspectos culturales de la UE, independientemente de si refuerzan o ponen en dubio la diversidad cultural. VON BOGDANDY, Armin. "The European Union as Situation, Executive and Promoter of the International Law of Cultural Diversity – Elements of a Beautiful Friendship". *European Journal of International Law*, vol. 19, n° 2, p. 252.

10 SCHÜTZE, Robert. (2009) *From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law* Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 64.

11 El Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea firmados el 13 de Diciembre 2007, entrada en vigor el 1 de Diciembre 2009.

12 Bundesverfassungsgericht fallo del 30 Junio 2009, disponible (en alemán e inglés) al [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630\\_2bve000208en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html)

13 Ibid.

Un elemento esencial para la legitimación de la integración regional en la percepción de la gente (líderes así como ciudadanos) es que la región sea vista como un concepto real. Es necesario que haya intereses comunes y otros factores que ligan a los estados entre ellos.<sup>14</sup> Examinando los diferentes sistemas de integración regional podemos ver variaciones en la fuerza y el origen de los intereses comunes. En Asia, hay grandes diferencias culturales y políticas entre países; así, es más difícil determinar una actitud asiática en las relaciones internacionales que una europea. Las Américas, y también África, estarían de algún modo entre estos dos extremos. Europa ha percibido la integración y la cooperación entre estados como una manera de conseguir más poder en el escenario mundial; en cambio, en Asia han sido favorecidas alianzas estratégicas con grandes potencias. El multilateralismo en Asia a menudo se ha visto como una forma de preservar la soberanía del Estado en vez de trascenderlo<sup>15</sup>. En África puede haber una identidad compartida a través de una historia similar (como la lucha contra el colonialismo), pero con el tiempo serán las agrupaciones regionales más que panafricanas las más propensas a fundamentarse en una tal identidad común. El continente americano comparte, en gran parte, el mismo idioma y también parte de su historia en común y hay señales de que esto puede conducir a la integración tardía aunque hasta el momento no ha tenido mucho efecto. La necesidad de al menos un cierto nivel de similitud en los sistemas políticos para una integración más profunda se puede ver en todas las regiones del mundo<sup>16</sup>.

#### **4. LAS EXPECTATIVAS SOBRE LA LEGITIMIDAD**

Hay ciertas expectativas generales sobre lo que un estado

---

14 La falta de esto como un factor que dificulta una cooperación más estrecha en Asia en la Asociación de Naciones del Sudeste de Asia (ASEAN) y en el marco de la ASEAN + 3 es discutida por Terada, 2006, (véase especialmente p. 218-221). La crisis financiera asiática de los finales de los años 1990 hizo los países de la región conscientes de su interdependencia y de los intereses comunes que en realidad tenían. Esto llevó a los líderes regionales de preguntarse de lo por qué Asia, única de los tres polos de la economía mundial, no debía tener un bloque regional que hable por ella. TERADA, Takashi. "The birth and growth of ASEAN+3" pp 218-235 en FORT, B. & WEBBER, D. (Eds.) *Regional Integration in East Asia and Europe. Convergence and divergence*, London: Routledge, 2006, p. 227.

15 ACHARYA, Amitav. "Europe and Asia. Reflections on a tale of two regionalisms" pp. 312-321 en FORT, B. & WEBBER, D. (Eds.) *Regional Integration in East Asia and Europe. Convergence and divergence*, London: Routledge, 2006, p. 317-318.

16 Este requisito, particularmente para la integración europea, se cristalizó en los textos de Chris Wheare ya después de la Segunda Guerra Mundial cuando escribió sobre la necesidad de la "similitud de las instituciones políticas" y, más recientemente, en ellos de Mario Albertini quien insistió sobre la existencia de un "sistema representativo de gobierno, con la posibilidad de representación doble a través la doble ciudadanía de cada elector". En WHEARE K.C. *Federal Government*. London: Oxford University Press, 1951 (1<sup>st</sup> ed. 1946), p. 37, ALBERTINI, Mario. "L'unificazione europea e il potere costituente", en *Nazionalismo e Federalismo* Bologna: Il Mulino, 1999 p. 296.

puede y debe hacer. Si no se cumplen estas expectativas se desafía la legitimidad, ya que la razón para aceptar que un estado hace cumplir también decisiones que son impopulares es una especie de más o menos consciente compensación: a cambio de aceptar el uso de la coerción e incluso de la fuerza, habrá otros beneficios. Los estados que están reconocidos solo por una parte de la comunidad internacional, como Kosovo, demuestran que aun cuando un estado no puede realizar todas las funciones que se espera de él, no pierde necesariamente su legitimidad siempre y cuando la mayoría de la población vea esto como el resultado de factores externos.

Un sistema de integración regional puede ser igualmente sujeto a diversas expectativas y diferentes factores determinarán si éstas pueden ser satisfechas. Si las expectativas de una entidad determinada, como un sistema de integración regional, son bajas o difusas, la entidad bien puede ser capaz de cumplir con estas, pero sólo porque las expectativas se fijan a un nivel muy bajo. Si las expectativas aumentan (por ejemplo, si se espera del sistema de integración regional garantizar la democracia, proteger los derechos individuales o proporcionar prosperidad) sin concederle los medios para llevar a cabo medidas efectivas en este sentido, la legitimidad sufre. La legitimidad creada por el proceso mismo de su creación puede parecer una cuestión de la gallina y del huevo sin solución<sup>17</sup>. Pero en lugar de tomar este punto de vista, la cuestión podría ser vista más como una serie de factores, incluidas las expectativas, que componen un tejido. Para un estado ciertos factores que forman la parte principal de este tejido son ya dados, mientras que para un sistema de integración regional los componentes del tejido están menos claramente definidos.

Bieber<sup>18</sup> considera que la autodeterminación individual en cualquier sociedad implicará una multitud de diferentes lealtades y no puede ser expresada simplemente por la sola obtención de la nacionalidad de un estado. Los estados pueden ampliar el alcance de la elección democrática, así como las posibilidades de control democrático si se reúnen y delegan competencias - e incluso soberanía. Las personas pueden disfrutar de una mayor protección de la democracia y de los derechos humanos a través de la integración regional. Bieber trae como ejemplos El Convenio Europeo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos derivados de la legislación de la UE<sup>19</sup>.

---

17 MATHER, Op. cit. p. 173-174, discute del mismo dilema de la gallina y del huevo con respecto al Parlamento Europeo, al cual no se puede otorgar más poderes ya que carece de legitimidad adecuada y que no atrae la atención requerida en la forma de participación electoral etc. para que sea digno de mayores poderes. Ella interpreta esto como un intento equivocado de insertar meramente la democracia representativa liberal en el sistema de la UE sin que ésta necesariamente esté ajustada en el sistema. MATHER, *Legitimizing the European Union...2006*, Op. cit.

18 BIEBER, "The Lissabon-Urteil: An Association of Sovereign States". *European Journal of Constitutional Law*, vol. 5, n° 3, p. 395-405, p. 400.

19 Ibid.

Según él, el establecimiento de un marco constitucional que combina el ejercicio del poder a nivel nacional con el nivel supranacional puede aumentar la capacidad integradora del ejercicio del poder, el respeto a los derechos de las minorías y su eficiencia, ya que puede ser un más genuino reflejo de los intereses de los pueblos<sup>20</sup>.

Williams, por otro lado, destaca el fracaso de la UE para establecer sólidas estructuras democráticas como algo que sirve para disminuir las concepciones de la libertad en la UE. Al principio de la historia de la entonces CEE, el Tribunal de Justicia Europeo (TJE) no prestó mucha atención a la aplicación de la democracia. En su opinión, los últimos intentos para inscribir la democracia como un valor que la UE apoya, en sus disposiciones relativas a la ciudadanía o la transparencia por ejemplo, son “vagamente desesperados”. También ve una ambivalencia con respecto al Estado de Derecho<sup>21</sup>. Williams explica estas debilidades con la ausencia de una filosofía del derecho en la UE. Para otros sistemas de integración regional que están muy por detrás de la UE en lo que se refiere a la fuerza de la integración, así como a las tareas y las competencias que ellos tienen, puede ser prematuro incluso pensar en una filosofía. O, puede ser que la filosofía que soporta la estructura de la integración regional debería estar allí en una etapa temprana en lugar de ser un pensamiento tardío que se añade a una estructura ya creada por compromiso.

## **5. ¿LA SUMA ES MÁS DE SUS PARTES?**

Para determinar el papel y la influencia potencial de las organizaciones de integración regional, es esencial tener en cuenta el estado de dichas organizaciones respecto a sus estados miembros - en particular si la organización tiene la posibilidad de jugar un papel independiente. Cuanto más avanza la integración, más se puede observar que la organización no es sólo un vocero de sus miembros pero que la suma de las partes puede ser en realidad más que cada parte por separado. El mejor ejemplo a propósito es, de nuevo, la UE, siendo el sistema de integración más avanzado. Bieber menciona ejemplos de acciones que ningún estado hubiera podido hacer por su cuenta, como la imposición de multas a empresas fuera de sus fronteras o la fijación de aranceles aduaneros para otros estados<sup>22</sup>. Ningún estado solo, incluso grande, tendría legitimidad para tal acción contra ciudadanos o sujetos de otro estado. Un sistema de integración regional puede crear un entorno legítimo para este tipo de acciones de relevancia transfronteriza.

---

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> WILLIAMS, Andrew. “Philosophy of EU law” *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 29, Vol. 3 Autumn, 2009, p. 549-577 p. 568.

<sup>22</sup> BIEBER. *The Lissabon-Urteil....* Op. cit. p. 397-398.

Es evidente que la mentalidad de los estados (si tal cosa se puede imaginar) desempeña un papel para el éxito de la integración, junto con cuestiones prácticas tales como si sus instituciones funcionan bien o no. Un ejemplo se puede tomar de la ASEAN + 3, un intento de acercar las grandes potencias como China, Japón y Corea al resto de la región - los miembros de la Asociación de Naciones del Sudeste de Asia (ASEAN). Las barreras mentales pueden obstaculizar la cooperación, pero, como sugiere Tang<sup>23</sup>, pueden también favorecerla, si las grandes potencias son incapaces de superar la desconfianza mutua, pero pueden aprender a cooperar en un marco multilateral de una manera que no sería posible de forma bilateral. Como nota Terada, el hábito de cooperar puede facilitar el fortalecimiento de convicciones compartidas y promover la cooperación y el consenso. No sólo habrá un útil intercambio de informaciones a través de la cooperación sino que las naciones podrán aprender la solidaridad y la comprensión de las diferencias sociales y culturales, lo que a su vez fortalecerá aún más una mayor cooperación<sup>24</sup>.

Los diferentes tipos de relacionarse entre estados pueden ser explotados con mayor beneficio a través de un sistema de integración regional que en las relaciones bilaterales. Lake examina en detalle cómo ciertos estados débiles aceptan estar subordinados a un estado más fuerte si esto se hace a través de un sistema regional y cómo el hecho de que muchos estados en una región tienen el mismo tipo de relación puede aumentar el atractivo del sistema como tal: el estado más fuerte se ocupará de cuestiones entre los más débiles ya que todos tienen una relación jerárquica similar al fuerte. Un tema aparte es asegurar que todos los actores relevantes participen en el proceso y evitar que algunos estados traten de aprovecharse de los beneficios del sistema sin ninguna de las obligaciones ligadas a la aceptación de un cierto sometimiento: ellos quieren estar seguros que un estado poderoso les protegerá pero no aceptan que este mismo estado poderoso esté jerárquicamente por encima de ellos. Lago toma como ejemplo el involucramiento de los Estados Unidos en Europa y sobre todo su apoyo a la creación de una sociedad democrática en Alemania del Oeste. En este contexto, la creación de la OTAN y la cláusula de garantía mutua en el tratado de este organismo deberían hacer posible que los estados no tengan que aceptar órdenes de un solo país, los EE.UU., pero lograr los efectos positivos de la existencia de un país dominante sobre los otros (especialmente sobre la Alemania del Oeste ocupada) todavía sin “acoplados”<sup>25</sup>.

---

23 TANG, Shiping. “Leadership in institution building. The case of ASEAN+3” pp. 69-82 en FORT, B. & WEBBER, D. (Eds.). *Regional Integration in East Asia and Europe. Convergence and divergence*, London: Routledge, 2006, p. 69-82 p. 81.

24 TERADA. *The Birth and Growth...* Op. cit. p. 233.

25 LAKE, David A. “Regional hierarchy: authority and local international order”, p. 35-58 *Review of International Studies* (British International Studies Association) vol 35 Supplement S1 February, p. 40-42.

## 6. CONSTRUIR LEGITIMIDAD: ÓRGANOS Y NORMAS

Incluso aunque algunos estados tienen, a veces, que combatir para establecer su legitimidad, el marco conceptual en él que luchan se ha establecido claramente<sup>26</sup>. Tal combate ocurre, por ejemplo, cuando se disputa si ciertos grupos étnicos o un territorio específico forman parte de un estado o no. Puede ser que haya reivindicaciones por parte de otros estados sobre un territorio (o una población, como demuestra la agresión rusa contra Georgia en 2008 y Ucrania en 2014, con el pretexto de protección de poblaciones de origen ruso). De todas maneras, la lucha no se hace para la aceptación de la idea del estado en general sino de la idea de un estado particular.

Las organizaciones de integración regional tienen otro punto de embarque en que primeramente tienen que demostrar que pueden reclamar cierta legitimidad – que una entidad como un organismo regional puede participar en el sistema global. La organización tiene que fundar su legitimidad de una manera muy diferente del estado. Empezando su camino sin ninguna legitimidad inherente y sin poder automáticamente obtener legitimidad de ningún parte implica que la organización tiene que erigir su legitimidad como consecuencia directa de sus decisiones, de su estructura institucional, y de la credibilidad e influencia de sus acciones. El método y el efecto son ambas partes del mismo proceso. Eso quiere decir que las normas legales que construyen el sistema de integración regional y las estructuras institucionales que apoyen el funcionamiento del sistema crean legitimidad - y esas mismas normas y estructuras también proporcionan legitimidad al sistema.

Es necesario para el éxito de la integración que sus objetivos sean realistas. Por eso deben ser limitados o, al menos, graduales. El avance hacia una integración más profunda tiene que ser un proceso orgánico y gradual. Del mismo modo que la ampliación de la integración (otorgando más competencias y/o con más estados miembros), eso puede ocurrir con una modificación de los tratados constitutivos de la organización o con otras decisiones políticas. Naturalmente la profundización de la integración puede también insertarse en los tratados constitutivos, pero es probable que esto no será suficiente. La profundización tiene que ser gradual, en paralelo con la legitimación de la integración más profunda.

Las estructuras de integración regional son fundadas en el derecho internacional público y en base a los instrumentos y métodos que existen para ello. Pero lo que será finalmente construido puede ser diferente, más profundo, amplio y *sui generis*. De Witte señala que el derecho internacional público es muy liberal en relación con los métodos y formas de cooperación entre los estados. La situación es diferente en muchas organizaciones de integración regional, como por ejemplo la

---

<sup>26</sup> NYMAN METCALF. *Regional Integration...* Op. cit. p. 83-87.

UE, donde no hay mucha libertad en la forma de adoptar decisiones y normas. En efecto, algo que demuestra el carácter *sui generis* del derecho de la UE es que los estados miembros han aceptado actuar dentro del sistema también para reformar los tratados<sup>27</sup>. Esta construcción legal es importante para la fuerza y la permanencia del sistema.

Mattli califica órganos como el Tribunal de Justicia de la UE o la Comisión Europea de ‘instituciones de compromiso’. Ejercen supervisión y controlan la aplicación de las decisiones de una manera que no está directamente en las manos de los estados miembros. Tales instituciones son requisitos previos para el éxito de la integración regional, según Mattli, junto con las presiones del mercado y un líder o una hegemonía regional<sup>28</sup>.

## 7. TRIBUNALES REGIONALES Y LEGITIMIDAD

Los tribunales regionales, con una interpretación legalista, limitan las tareas de la organización pero también indican su potencial. Eso puede fortalecer la organización porque unas tareas claras pueden contribuir al éxito funcional, lo que puede tener un “efecto de contagio” (spill-over effect) positivo y conducir a una legitimidad más amplia que la que se refiere a la tarea específica<sup>29</sup>. Los tribunales de justicia juegan un papel muy importante en la estructura de los sistemas de integración regional. Ellos pueden defender y fortalecer las otras instituciones del sistema de integración y disponer el reparto de competencias entre la organización y sus estados miembros. Este papel de carácter constitucional de los tribunales distingue las organizaciones regionales de integración de otros organismos internacionales con mandato más limitado, en los cuales no hay ningún órgano independiente para decidir sobre el reparto de competencias, haciéndolo esto solo los estados miembros entre sí.

Otro papel importante de un tribunal regional es el de asegurar el respeto del principio del estado de derecho en el sistema de integración regional. Eso incluye el acceso a la justicia regional: que el sistema ayude a los individuos a beneficiarse de los derechos que él les reconoce. El acceso a la justicia es más que solamente la existencia de tribunales. Incluye también la posibilidad efectiva para los particulares de acceder a la justicia. La importancia del acceso a la justicia se evidencia, por ejemplo, por el número de casos llevados al Tribunal Europeo de

---

27 DE WITTE, Bruno. “International Law as a tool for the European Union” en *European Constitutional Law*, vol. 5, n° 2, June 2009, p. 265-283 en particular p. 269.

28 MATTLI, Walter. *The Logic of Regional Integration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 13-15. También WEBBER, Douglas. “Regional integration in Europe and Asia”, p. 289-311 en FORT, B. & WEBBER, D. (Eds.). *Regional Integration in East Asia and Europe. Convergence and divergence*, 1999, p. 302 y fn. 8.

29 NYMA-METCALF, Katrin & PAPAGEORGIU, Ioannis F. *Regional Integration and Courts of Justice*, Antwerpen/Oxford: Intersentia, 2005.

Derechos Humanos por violación del artículo 6 (que contempla el derecho a un proceso equitativo) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Los requisitos previos para realizar ese derecho incluyen que el proceso no sea demasiado complicado o largo, que haya garantías prácticas y formales que realmente garanticen el acceso a los tribunales o a otros órganos judiciales y que las costas del proceso no sean prohibitivas<sup>30</sup>.

Cuando un sistema de integración regional tiene alcance sobre la situación de sujetos individuales – lo que será el caso cuando la importancia de la integración crece – crece también la importancia del principio del acceso a la justicia. Este puede garantizarse a través de tribunales de justicia de los sistemas de integración o a través de la posibilidad de apelar las decisiones de los sistemas en los tribunales nacionales de los estados miembros (o una combinación de los dos). En la UE, el sistema más avanzado de integración regional, la existencia del Tribunal de Justicia y también la supremacía del derecho de la UE, aplicable por los tribunales nacionales, contribuyen al acatamiento del principio del acceso a la justicia.

En un estado de derecho, la aplicación de las decisiones necesita el acceso a la justicia. Si se crea un sistema de integración regional sin esas garantías, puede resultar en la debilitación del estado de derecho. Eso sería también el caso si, en consecuencia del sistema de integración regional, el acceso a la justicia llegara a ser más complicado, aunque no imposible. Para que el sistema de integración tenga un efecto positivo para el estado de derecho y la democracia, la aplicación efectiva de decisiones junto con garantías reales de acceso a la justicia (incluido la posibilidad de apelar) son prerequisites necesarios.

## **8. GLOBALIZACIÓN Y LEGITIMIDAD**

En el debate político actual, sobre todo en la UE, los sistemas de integración regional son a menudo criticados por estar demasiado lejos de los ciudadanos y, por contribuir, a raíz de eso, a la alienación de la ciudadanía del poder político. Tales sentimientos pueden también afectar negativamente la legitimidad, si los ciudadanos no respetan (o no entienden) las instituciones que toman decisiones. Pero en todo caso, la capacidad, por parte de los estados, de tomar decisiones de manera independiente y soberana se ve amenazada por la globalización: en muchas situaciones los estados no pueden de ningún modo decidir sobre algo de manera independiente sin referencia a los intereses de otros estados u organizaciones internacionales, aun cuando el derecho internacional les dé formalmente poderes soberanos. Schneiderman

---

30 FRÅNDBERG, Ake. “Legal Accessibility” en *Festskrift till Anders Fogelklou* Uppsala: Iustus, 2008, p. 33-47.



considera que la globalización económica ha perturbado las funciones de los estados y ha trasladado la autoridad a un nivel más alto, más bajo o a ningún nivel. La globalización crea al mismo tiempo regulación y desregulación, llevando a cambios los sistemas legales internos o internacionales<sup>31</sup>. Si eso vale, en gran parte, para las relaciones económicas (que es lo de que trata Schneiderman), la situación es más compleja cuando es cuestión de democracia y como fortalecerla. Aquí, el estado nacional sigue manteniendo muchos poderes aunque también en ese contexto hay situaciones y redes internacionales que limiten sus poderes. El desarrollo que describe Schneiderman puede resultar en cuestiones de legitimidad porque las bases tradicionales en las que se ha fundado la idea de los poderes del estado (el contrato social) no son evidentes; en cambio, necesitan nuevos cimientos para una legitimidad transnacional<sup>32</sup>.

El mensaje más importante de Schneiderman es que los estados todavía siguen siendo necesarios, a nivel local, también adentro los sistemas globales. Sin embargo, su argumentación de que un sistema transnacional no puede tener una legitimidad propia, aunque después de un periodo largo y aun con fundaciones sólidas, no es muy convincente. No explica con persuasión porque un estado que posee legitimidad no puede transferirla a otro órgano, tal como a una estructura institucional internacional. Si eso se hace de manera correcta y con garantías de acceso a la justicia y de protección de los derechos individuales, no hay ninguna razón para que la legitimidad desaparezca a través de tal proceso. Ahora el único modo para crear legitimidad transnacional es por medio de los estados, porque el sistema internacional está construido entorno a los estados<sup>33</sup>. Para aplicar las normas transnacionales en el sistema internacional actual, un asunto importante para las organizaciones regionales, el apoyo de los estados es imprescindible<sup>34</sup>. Este sigue siendo el caso aún en la UE, ya que los estados son los que deben aplicar el derecho europeo. Al mismo tiempo hay garantías suficientes dentro del sistema y mecanismos para asegurar una efectiva aplicación. El sistema utiliza a los estados como herramienta para garantizar la implementación de la política decidida al nivel regional. De este punto de vista, Schneiderman tiene razón en que los estados son esenciales para edificar la legalidad transnacional, limitando los efectos potencialmente negativos de decisiones económicas tomando también en cuenta consideraciones sociales<sup>35</sup>.

---

31 SCHNEIDERMAN David. "Transnational legality and the immobilization of local agency" *Annual Review of Law and Social Sciences*, 2006, vol 2, p. 387-408 p. 390.

32 *Ibid.* p 390-392. Un apunte importante en el artículo de Schneiderman es su crítica de las teorías de Hard y Nedri sobre la obsolescencia del estado en el sistema globalizado.

33 COLLINS, Richard. "Constitutionalism as Liberal-Judicial Consciousness: Echoes from international law's past" *Leiden Journal of International Law*, 2009, vol 22, p. 251-287 en p. 276-277.

34 SCHNEIDERMAN. *Transnational Legality...* Op. cit. sobre todo p. 394.

35 *Ibid.* p 404.

Lake señala que el supuesto de que los sistemas de integración regional - como todo el sistema internacional - son anárquicos porque no hay ningún poder superior al de los estados no es correcto o, de todas maneras, no constituye una explicación suficiente. Tal visión se basa en una concepción formal o legalista de la autoridad; en realidad puede haber jerarquías regionales informales, fundadas en la autoridad relativa de cada estado<sup>36</sup>. Solamente el hecho que el sistema global es anárquico sin poderes superiores al de los estados, no quiere decir que todos los sub-sistemas creados para los estados también son anárquicos. La autoridad es fundamentalmente un contrato social entre los estados, en el que hay estados que deben cumplir órdenes de otros estados porque esos estados por diferentes razones tienen un derecho legítimo de dar órdenes. La concepción fórmalo-legal de la autoridad (que se utiliza también en los estudios jurídicos) es que las instituciones creadas legalmente pueden dar legitimidad al poder<sup>37</sup>. En los sistemas de integración regional, los estados miembros son formalmente los que crean las instituciones ya que no hay otra autoridad para hacerlo. Unos estados pueden aceptar la autoridad de un o unos estados dominantes si consideran que esa aceptación les da algo. La aceptación por un estado del derecho legítimo de otro estado de decidir de los asuntos del primero, puede cubrir solamente algunas materias y no ser total - un estado solamente acepta órdenes y las cumple en algunos casos específicos<sup>38</sup>. En un sistema de integración regional es más probable que los estados acepten algunas decisiones de otros estados, ya que no se trata de que unos estados son más potentes pero de que hay un sistema para regular la relación entre todos.

La argumentación de Lake ilustra bien que la presencia de un poder o de una jerarquía de facto que no se basan en normas formales sino en la dominación efectiva de un estado, puede conducir a los estados implicados hacia un comportamiento específico, que ellos pueden expresar por ejemplo por medio de un organismo de integración regional. Lake subraya que en Europa se puede ver cómo una organización regional (la UE) se sustituye a la dominación de un estado. De esa manera se pueden crear una institucionalidad y una identidad europea. Pero al mismo tiempo Lake dice que no se necesitan tanto instituciones sino más bien una jerarquía institucional y métodos de autoridad para proteger, poner límites y disciplinar a los estados miembros<sup>39</sup>. El argumento es muy interesante. Es claro que se necesitan unas restricciones en el sistema internacional, pero si esas restricciones se imponen por el sistema regional y no por el estado más poderoso

---

36 LAKE. *Regional Hierarchy*....Op. cit. p. 36.

37 Ibid. p. 37.

38 Ibid. p. 38-39.

39 Ibid. p. 56.

o dominante, pueden proteger mejor a la igualdad y soberanía de los estados.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

Este artículo ofrece una comprensión de los pre-requisitos para que las organizaciones de integración regional puedan ganar legitimidad. A la diferencia de los estados, la legitimidad de éstas no es inherente sino una característica adquirida, el resultado de un largo proceso de empoderamiento y consolidación. Presupone el aumento significativo del poder de la organización de tomar decisiones de modo autónomo de los estados miembros, y además que esas decisiones estén también vistas como autónomas por los otros actores y por los ciudadanos. Los estados deben aceptar este desarrollo de manera explícita o al menos implícita. De igual forma es necesario que el sistema de integración tenga instituciones que pueden garantizar y mantener el sistema y sus normas – y que lo hacen. En este contexto, el papel de los tribunales regionales es muy importante: para crear los fundamentos de la legitimidad del nivel regional, la independencia de los tribunales y su capacidad de hacer cumplir las decisiones son muy importantes.

No es, por cierto, casualidad que cada sistema de integración regional puede crear legitimidad y, en todo caso, los estados mantienen un margen amplio de intervención para fortalecer la legitimidad o – lo que es más crucial – para impedir su creación. Al final, las organizaciones deben – contrariamente a los estados – demostrar, por su aplicación y por los resultados que consiguen, que merecen la lealtad de los ciudadanos. Es siempre importante recordar que el proceso integrador no es irreversible y – también al contrario de los estados – que los organismos regionales tienen que trabajar para mantener los elementos de legitimidad que hasta ahora han obtenido.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHARYA, Amitav. “Europe and Asia. Reflections on a tale of two regionalisms”. B. FORT y D. WEBBER (Eds.). *Regional Integration in East Asia and Europe. Convergence and divergence*, London: Routledge, 2006, pp. 312-321.

ALBERTINI, Mario. “L’unificazione europea e il potere costituente”. En *Nazionalismo e Federalismo*. Bologna: Il Mulino, 1999

BIEBER, Roland. “The Lissabon-Urteil: An Association of Sovereign States”. *European Journal of Constitutional Law*. 2009, vol 5, n° 3, p. 395-405.

COLLINS, Richard. “Constitutionalism as Liberal-Juridical

Consciousness: Echoes from international law's past". *Leiden Journal of International Law*. 2009, n° 22, p. 251-287.

DEUTSCH, Karl W. "Political Community and the North Atlantic Area". En Brent F. Nelsen and Alexander Stubb (Eds.). *The European Union: Readings on the Theory and Practice of European Integration*, 3° ed. Lynne Renner publishers, 2003, p. 121-143

DE WITTE, Bruno. "International Law as a tool for the European Union". *European Constitutional Law*. 2009, vol 5, n° 2.

FOCARELLI, C. *International Law as Social Construct. The struggle for Global Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

FRÄNDBERG, Ake. "Legal Accessibility". En *Festskrift till Anders Fogelklou*. Uppsala: Iustus, 2008.

LAKE, David A. "Regional hierarchy: authority and local international order". *Review of International Studies*. 2009, vol 35, sup S1 February, p. 35-58.

MATHER, Jenny. *Legitimizing the European Union. Aspirations, inputs and performance*. London: Palgrave, 2006.

MATTLI, Walter. *The Logic of Regional Integration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

NYMAN METCALE, Katrin y PAPAGEORGIU, Ioannis F. *Regional Integration and Courts of Justice*. Intersentia: Antwerpen/Oxford, 2005.

NYMAN METCALE, Katrin. "Regional Integration and Sovereignty; The Sum is More than its Parts?". En P. SEVASTIK (Ed.). *Aspects of Sovereignty*. The Hague: Martinus Nijhoffpp, 2006, p. 83-100.

SCHNEIDERMAN, David. "Transnational legality and the immobilization of local agency". *Annual Review of Law and Social Science*, 2006.

SCHÜTZE, Robert. *From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law* Oxford: Oxford University Press, 2009.

TANG, Shiping. "Leadership in institution building. The case of ASEAN+3". En B. FORT y D. WEBBER (Eds.). *Regional Integration in East Asia and Europe. Convergence and divergence*. London: Routledge, 2006.

TERADA, Takashi. "The birth and growth of ASEAN+3". En B. FORT y D. WEBBER (Eds.). *Regional Integration in East Asia and Europe*.

*Convergence and divergence*. London: Routledge, 2006.p 218-235.

VON BOGDANDY, Armin. “The European Union as Situation, Executive and Promoter of the International Law of Cultural Diversity – Elements of a Beautiful Friendship”. *European Journal of International Law*. 2008, vol 19, n° 2, p. 241-275.

WHEARE, Chris. *Federal Government*. London, Oxford University Press, 1951.

WILLIAMS, Andrew. “Philosophy of EU law”. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2009, vol 29, n° 3, p. 549-577.

### **RESUMEN BIOGRÁFICO**

*Ioannis F. Papageorgiou* es Profesor asistente, Escuela de Estudios Políticos, Universidad Aristóteles de Tesalónica, Grecia.

*Katrin Nyman-Metcalf* es Profesora ordinaria, Facultad de Derecho, Universidad Tecnológica de Tallin, Estonia.

# REFORMA ADUANEIRA NO BRASIL: NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO ADUANEIRO SANCIONADOR

## REFORMA ADUANERA EN BRASIL: NECESIDAD DE ARMONIZACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO ADUANERO SANCIONADOR

*Diogo Bianchi Fazolo\**

*Maurício Dalri Timm do Valle\*\**

---

**Resumo:** *Partindo de uma reflexão sobre as funções do imposto de importação realiza-se uma análise sobre como a legislação aduaneira foi organizada após a reforma aduaneira realizada pelo Brasil em 1966 e quais as consequências dessa organização para o desempenho do exercício do controle sobre o comércio exterior brasileiro. Esse exame leva ao estudo das funções da aduana, como se deve protegê-las - as funções - e qual a importância dessa proteção, motivo pelo qual se busca na centenária doutrina de Augusto Olympio Viveiros de Castro um método de investigação para esses estudos. Do passado para o futuro, passa-se a analisar um dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil recentemente e que afetarão fortemente a temática estudada. E levando em consideração que o Código Aduaneiro do MERCOSUL não disciplina as infrações e crime aduaneiros, busca-se na doutrina aduaneira Argentina um ponto de intersecção comum para a harmonização da legislação aduaneira repressiva no MERCOSUL.*

**Resumen:** *A partir de una reflexión sobre las funciones del impuesto de importación se realiza un análisis sobre cómo la legislación aduanera fue organizada después de la reforma aduanera realizada por Brasil en 1966 y cuáles las consecuencias de esa organización para el desempeño del ejercicio del control sobre el comercio exterior brasileño. Este examen lleva al estudio de las funciones de la aduana, cómo se debe protegerlas -las funciones- y cuál es la importancia de esa protección, por lo que se*

---

\* Centro Universitário Curitiba, Brasil.

\*\* Universidade Católica de Brasília, Brasil.

E-mail: fazolodiogo@gmail.com

Recibido: 26/06/2017. Aceptado: 29/01/2018.

*busca en la centenaria doctrina de Augusto Olympio Viveiros de Castro un método de investigación para esos estudios. Desde el pasado hacia el futuro, se pasa a analizar uno de los compromisos internacionales asumidos por Brasil recientemente y que afectarán fuertemente a la temática estudiada. Y teniendo en cuenta que el Código Aduanero del MERCOSUR no disciplina las infracciones y crimen aduanero, se busca en la doctrina aduanera Argentina un punto de intersección común para la armonización de la legislación aduanera represiva en el MERCOSUR.*

**Palavras-chave:** reforma aduanera, MERCOSUL, Pacote de Bali

**Palabras clave:** reforma aduanera, MERCOSUR, Paquete de Bali

---

## 1. INTRODUÇÃO

A última reforma legislativa operada no Brasil na área aduanera ocorreu no ano de 1966, a qual foi realizada no contexto da reforma do Ministério da Fazenda e produziu não apenas o Código Tributário Nacional, mas também o “Código Aduaneiro” do Brasil, também conhecido como Decreto-Lei N° 37/1966. Em vigor desde 1° de janeiro de 1967, trata-se da espinha dorsal do sistema aduanero do Brasil e o motivo de se utilizarem as aspas para designá-lo (o “Código Aduaneiro”) precisam de explicação pormenorizada, o que será realizado abaixo.

Para tanto, necessita-se contextualizar a reforma aduanera de 1966, revelando as circunstâncias que levaram a sua realização e as consequências geradas pela reforma. Desse modo, busca-se compreender o direito aduanero de cunho repressivo, ora chamado de direito aduanero sancionador, com o resgate de um livro clássico e centenário escrito por Augusto Olympio Viveiros de Castro.

A opção pela utilização da expressão “direito aduanero sancionador” decorre de uma necessidade de comparação das sanções aduaneras previstas na legislação aduanera pátria, as quais estão espalhadas por mais de um instrumento normativo, dentre os quais o Código Penal e o já citado Decreto-Lei.

O esforço para compreender as normas aduaneras repressivas decorre da necessidade de sua confrontação com os compromissos internacionais já assumidos pelo Brasil em matéria aduanera, como o Tratado de Assunção, o Código Aduaneiro do MERCOSUL e o Acordo de Facilitação de Comércio da Organização Mundial de Comércio.

De tal forma, espera-se contribuir com tão relevante tema para que uma eventual reforma aduanera enfrente os temas abaixo levantados, como a função de uma aduana, o bem jurídico tutelado pelos crimes e infrações aduaneras, a importância de se proteger eficazmente o controle aduanero e o impacto e as perspectivas do Acordo de Facilitação do Comércio (Pacote de Bali).

## 2. A ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA ADUANEIRO DO BRASIL E O AUTORITARISMO

As funções exercidas pelo imposto de importação ao longo dos séculos XIX e XX refletem o processo de transformação da economia brasileira: de uma função primordialmente arrecadatória enquanto se exportavam matérias-primas e alimentos e importavam-se produtos manufaturados para uma função preponderantemente protecionista com a introdução da industrialização<sup>1</sup>.

Havia um clamor sobre a necessidade de uma tarifa aduaneira mais protecionista pela classe industrial desde o início do século XIX e mesmo quando não atingia seus objetivos, tal setor recebia isenções de impostos, empréstimos, prêmios e proteção tarifária específica em alguns casos<sup>2</sup>.

Em todo caso, tal tributo acabou assumindo oficialmente uma função eminentemente de proteção da indústria nacional. Resumidamente, o raciocínio utilizado foi o seguinte: tendo em vista a comprovada queda de arrecadação do imposto de importação ao longo dos anos, especialmente após períodos de crises mundiais (1914-1918, 1929, 1939-1945), era necessário desenvolver e proteger a indústria para equilibrar a balança de pagamentos. Raciocínio dessa natureza é encontrado no Relatório Final da Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda de 1966, o qual se utiliza de dados do Relatório Anual do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) apresentado ao Presidente da República (1941), ambos produzidos dentro do Poder Executivo Federal.

Deve-se esclarecer que o DASP foi criado em 1938 por Getúlio Vargas e seu primeiro e único diretor foi Luis Simão Lopes, um antigo funcionário do gabinete da Presidência da República de Vargas e, posteriormente, um dos responsáveis pela reforma aduaneira de 1966. O órgão foi responsável pela reforma administrativa da era Vargas, e um de seus legados foi a centralização das decisões da administração pública, através da transferência de autoridade local para o presidente Vargas<sup>3</sup>.

Por tudo isso, ao estudar o imposto de importação não se pode ignorar as intenções que presidiram a sua criação<sup>4</sup>. E para tanto, é preciso analisar a última grande reforma aduaneira, ocorrida em 1966,

---

1 LOPES FILHO, Osiris de Azevedo. *Regimes aduaneiros especiais*. São Paulo: RT, 1984, p. 27-30.

2 LUZ, Nícia Vilela. *A luta pela industrialização do Brasil*. São Paulo: Alfa-Omega, 1975, p. 205-210.

3 RABELO, Fernanda Lima. "O DASP e o combate à ineficiência nos serviços públicos: a atuação de uma elite técnica na formação do funcionalismo público no Estado Novo (1937-1945)". *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*. 2011, vol 3, nº 6, p. 132-142.

4 FOLLONI, André Parmo. "Isonomia na tributação extrafiscal". *Revista Direito GV* [online]. 2014, vol 10, nº 1, p. 201-220.



a qual produziu não apenas um anteprojeto de imposto de importação como também um “Código Aduaneiro”.

Aqui, basta saber que a reforma aduaneira de 1966 consolidou o discurso sobre a nova função do referido imposto e a extrafiscalidade assumiu papel de destaque como justificativa daquele novo sistema criado. É preciso lembrar o descontentamento do empresariado com a política econômica do governo de João Goulart (1961-1964), os quais, ao lado da classe média, apoiaram a instauração do governo militar<sup>5</sup>.

Parece que no Direito Aduaneiro o conceito de extrafiscalidade está mais ligado à ideia de uma flexibilidade e agilidade do sistema. Infelizmente às custas da legalidade, como se verá em tópico separado abaixo.

E para atingir tal agilidade, o Poder Executivo assume, indevidamente, o papel de legislador. O cerne do modelo flexível de controle do comércio exterior é justamente a posição de centralidade ocupada por tal Poder e o sistema aduaneiro é, então, construído de maneira que torne isto possível. Há, pelo menos inicialmente, uma concentração de poder no Ministério da Fazenda. O saldo da reforma de 1966 é um sistema aduaneiro autoritário ou tirano.

De fato, defendeu-se oficialmente que a legalidade era um entrave a ser superado. Por incrível que pareça a afirmação é oficial. Constatou do Relatório Final da Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda<sup>6</sup>:

A Comissão de Reforma parte da premissa de que *a lei não deverá cercear aquela ação, mumificando estruturas ou manietando a administração*. Nem é preciso lembrar que, na medida que se considera a administração aduaneira como instrumento de implementação da política comercial, sua manipulação deve gozar de condições dinâmicas, para se amoldar às diretrizes dessa política, susceptíveis de oscilações frequentes, em função dos interesses nacionais. [...] entende a Comissão de Reforma, que a reabilitação dos serviços aduaneiros há de se apoiar numa combinação sábia dos vários fatores, como seja, entre outros, *a restauração do princípio de autoridade* [...] (os grifos são nossos).

É preciso esclarecer que a reforma aduaneira foi realizada quase como um apêndice da Reforma do Ministério da Fazenda de 1966, tendo em vista que a redação do texto final do projeto de imposto de importação sofreu o acréscimo de outras disposições e em menos de um mês transformou-se no Decreto-Lei N° 37/1966, o qual, além de dispor sobre o imposto de importação, reorganizou os serviços aduaneiros e deu outras providências.

Depois disso, começa-se a legislar vorazmente via decreto-

---

5 ABREU, Marcelo de Paiva. “Inflação, estagnação e ruptura: 1961-1964”. Em: ABREU, Marcelo de Paiva (Ed.). *A ordem do progresso*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1990, p. 201.

6 BRASIL. Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda. *A reforma do ministério da fazenda e sua metodologia: relatório final*. Rio de Janeiro: 1967, p. 277.

lei – o “antecessor” das atuais medidas provisórias, embora seus requisitos constitucionais, à época, fossem diversos – inundando o sistema aduaneiro de normas, muitas vezes repetitivas, dificultando a compreensão do sistema. É que a estrutura adotada pela reforma foi a de remeter o regulamento do Decreto-Lei N° 37/1966 a outros decretos-lei de criação posterior.

Explica-se: o Presidente da República promulgou um decreto-lei que foi chamado de “Código Aduaneiro” em sua exposição de motivos e que deveria posteriormente ser regulamentado por outros decretos-lei, todos com força de lei, durante recesso forçado do Congresso Nacional. Antes de qualquer análise, lembre-se: eram outros tempos.

Com isso, aniquilou-se qualquer chance de construção de um sistema aduaneiro com unidade aparente. Nas palavras de Lopes Filho<sup>7</sup> falta: “[...] um texto consolidador que proporcione a necessária unidade conceitual e mesmo física, que tornem a legislação acessível a consulta”.

A ausência de uma codificação e o excesso de enunciados prescritivos produzidos diretamente pelo Poder Executivo Federal tornam-se características do sistema aduaneiro do Brasil. E, como já vislumbrado acima, parcela de responsabilidade recai sobre a Reforma Aduaneira de 1966.

Em 1964, houve uma ruptura da ordem constitucional<sup>8</sup>, com o Ato Institucional (depois conhecido como AI-1) que investia os militares no exercício do Poder Constituinte originário.

No entanto, num primeiro momento foram mantidos o Congresso Nacional e a Constituição anterior (1946), a qual foi reformada em determinados pontos, como a modificação dos poderes do Presidente da República.

No ano seguinte foi editado o Ato Institucional n° II, o qual permitia que o Presidente da República legislasse mediante Decretos-Lei em todas as matérias previstas na Constituição e na Lei Orgânica quando fosse decretado o recesso do Congresso Nacional (o que poderia ocorrer para prevenir ou reprimir a subversão da ordem interna).

Há que se mencionar, também, que foram extintos os partidos políticos e suspensos os direitos políticos, bem como retirado do Poder Judiciário a possibilidade de julgamento de atos praticados pelo governo federal.

É com base em tal ato institucional que surgiu o Decreto-Lei N° 37/66, o qual possuiu como trabalho preparatório o Anteprojeto do Imposto de Importação e o Relatório da Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda (CRMF).

Dentre as atribuições da Comissão de Reforma estava a substituição da velha estrutura fazendária por outra flexível. Quanto à

---

<sup>7</sup> LOPES FILHO, Osiris de Azevedo. *Regimes aduaneiros especiais*. São Paulo: RT, 1984, p. 27.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 29.

reforma dos serviços aduaneiros, a Comissão operou tanto a reforma da legislação do imposto de importação, quanto a reorganização dos serviços aduaneiros.

Consta que a versão final do anteprojeto, apresentada em 14 de novembro de 1966, incluía princípios de natureza substantiva para permitir posterior regulamentação. No entanto, o referido anteprojeto foi fundido com outro que organizava os serviços aduaneiros, decisão que coube ao então Ministro da Fazenda, criando o Decreto-Lei N° 37/66.

Portanto, a leitura do relatório final da Comissão (CRMF) indica a existência de divergências com o Ministro da Fazenda, bem como ausência de tempo hábil para a realização de tal empreitada, parecendo que houve certo imprevisto na redação final do mencionado instrumento normativo.

Em resumo: o Decreto-Lei N° 37/1966 foi editado e, posteriormente, regulamentado pelo próprio Poder Executivo Federal, como consequência da quebra da ordem constitucional ocorrida em 1964. Por incrível que pareça, tal afirmação também faz parte do relatório final da Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda<sup>9</sup>:

Seja como for, a partir de 1964, a Comissão de Reforma passou a encontrar menos obstáculos institucionais e políticos, bem assim menos resistência ativa por parte de interesses criados, para formular, expor e defender suas propostas.

[...] A primeira etapa da remodelação do aparelho fiscal da União, na elaboração de cujos instrumentos legais a Comissão de Reforma foi chamada a participar, consistiu na eliminação de certos entraves constitucionais ao bom funcionamento do sistema tributário.

Eliminar um *entrave* constitucional talvez seja um dos melhores eufemismos já escritos para descrever a supressão de garantias individuais. Frise-se que a Reforma do Ministério da Fazenda de 1966 produziu o Decreto-Lei N° 37/66 e também o Código Tributário Nacional. Mas optou-se por estabelecer no Decreto-Lei N° 37/66 apenas algumas normas matrizes, remetendo o seu detalhamento a outros instrumentos normativos que deveriam ser criados posteriormente, como já se adiantou.

Cumprе mencionar que Folloni entende que as infrações do mencionado decreto sequer foram produzidas em conformidade com a Constituição de 1946 (ainda vigente em 1966) e não foram recepcionadas pela Constituição de 1967, nem pela Constituição de 1988<sup>10</sup>.

---

9 BRASIL. COMISSÃO DE REFORMA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. *A reforma do ministério da fazenda e sua metodologia: relatório final*. Rio de Janeiro: 1967, p. 172-173.

10 FOLLONI, André Parmo. “Pena de perdimento no comércio exterior e dano ao erário:

Enfim, o princípio da legalidade foi deliberadamente afastado do sistema aduaneiro. Em seu lugar adotou-se o chamado *princípio de autoridade*, também referido como princípio de liderança<sup>11</sup>. Bobbio, Matteucci e Pasquino utilizam o Brasil como um exemplo de país que viveu sob um regime burocrático militar, um dos tipos de regimes autoritários. Eles explicam que em regimes autoritários há um predomínio do Poder Executivo e que a autoridade está amparada numa ideia de desigualdade entre os homens, exclui ou reduz ao mínimo a participação do povo no poder e emprega meios coercitivos de maneira exacerbada<sup>12</sup>.

As consequências decorrentes da adoção de um modelo autoritário no controle e fiscalização da entrada e saída de mercadorias são, dentre outras, a redução da participação popular e emprego de meios coercitivos de maneira exacerbada.

De fato, não houve participação popular na reforma aduaneira de 1966, tendo em vista a inexistência de intervenção do Congresso Nacional e o fato de que o processo de criação do Decreto-Lei N° 37/1966 ficou inteiramente sob a responsabilidade de funcionários do Poder Executivo Federal. É verdade que foram publicadas chamadas na imprensa oficial conclamando entidades de classes e cidadãos a enviarem sugestões. Mas a própria comissão de reforma justificou a sua não consideração por ausência de tempo hábil para sua análise, responsabilizando os próprios interessados por não terem mandado suas propostas com antecedência.

Vale lembrar que as sanções aduaneiras estabelecidas no Decreto-Lei referido incluem o perdimento das mercadorias e do veículo transportador, julgados em instância única sem a possibilidade de recurso administrativo para instância independente.

Em todo caso, é evidente que o princípio da legalidade possui uma função de garantia que efetivamente é violada quando o cidadão é submetido a uma sanção não aprovada pelo povo<sup>13</sup>. Há que se ter alguma cautela para não confundir essa afirmação com a possibilidade de alteração da alíquota do imposto de importação pelo Poder Executivo Federal sob o controle do Legislativo, decorrente da expressa previsão constitucional § 1° do artigo 153.

É preciso lembrar, ainda, que o Decreto-Lei N° 37/1966 dispõe de um rol exemplificativo das condutas que serão sancionadas, utilizando o método casuístico na tipificação das infrações aduaneiras e que as

---

intervenção estatal inconstitucional da economia". Em: TREVISAN, Rosaldo. *Temas de direito aduaneiro II*. São Paulo: Lex, 2015. p. 399-417.

11 ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 414.

12 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Universidade de Brasília, 2000, vol 1, p. 102.

13 PUIG, Santiago Mir. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: RT, 2007, p. 88.

qualificações são vagas, a cumplicidade é a regra, as infrações e as sanções retroagem, a presunção de inocência inexiste, o papel do advogado é diminuído (qualquer indivíduo pode oferecer uma impugnação administrativa de uma sanção aduaneira, mesmo sem assistência legal), o contraditório é mera ficção, o duplo grau recursal administrativo é ineficiente ou inexiste (vide Decreto-Lei N° 1.455/1976) e a apreensão cautelar dos bens é a regra (uma descrição mais detalhada sobre o modelo de estado autoritário pode ser encontrada na obra da francesa<sup>14</sup>).

Outra ressalva é necessária<sup>15</sup> (1997, p. 8) identificou um aumento dramático da repressão administrativa após os anos 1970, apontando como causa a hipertrofia do Estado. A afirmação está em consonância com o que foi descrito acima e com a identificação do regime autoritário ora analisado como um regime burocrático militar.

Antes que se tome o presente artigo como uma crítica direcionada a apenas um dos Poderes, ressalte-se que todos estão implicados, ainda que indiretamente, pois como diz Nieto<sup>16</sup>: “[...] o Direito Administrativo de caráter sancionador é um monte de despropósitos em que todos os Poderes estão implicados”, afirmação com a qual concordamos e tem aplicação quando da análise dos referidos decretos-lei.

Feitos os devidos esclarecimentos, passemos à análise de uma questão que se sobressai: a função de uma aduana.

### **3. A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO DA FUNÇÃO DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO COMÉRCIO EXTERIOR E SUA INFLUÊNCIA NO ESTUDO DO DIREITO ADUANEIRO**

A Aduana é uma instituição antiga que já existia no Egito dos Faraós, cujo nascimento está ligado ao exercício do controle do tráfego de mercadorias que atravessassem as fronteiras de determinada jurisdição, seja uma cidade, reino ou império<sup>17</sup>.

Portanto, a sua ocorrência depende de duas condições, conforme explicação de Asakura<sup>18</sup>: a existência de comércio e a de uma autoridade pública, ou mais simplesmente um líder ou comandante (“ruler”).

A etimologia da palavra “aduanas” já mereceu diversas análises e ainda continua a gerar alguma controvérsia quanto à sua origem. Em língua portuguesa parece haver um posicionamento majoritário que

---

14 DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri/SP: Manole, 2004.

15 DELLIS, Georg. *Droit pénal et droit administratif: l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*. Paris: L.G.D.J., 1997, p. 8.

16 NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2012, p. 28.

17 BASALDUA, Ricardo Xavier. “La Aduana: Concepto y Funciones Esenciales y Contingentes”. *Revista de Estudios Aduaneros*, 2007, n° 18, p. 38.

18 ASAKURA, Hironori. *World history of the customs and tariffs*. World Customs Organization, 2003, p. 11.

sustenta a sua origem árabe<sup>19</sup>.

Significava inicialmente registro e posteriormente local em que se efetuavam os registros ou local em que se reúnem os empregados do registro e que também se pagavam tributos relativos às mercadorias que traziam consigo

Desde a sua origem a aduana é uma casa onde se efetuam registros relativos a mercadorias que ingressam ou passam por determinado território, bem como onde se efetuam os pagamentos dos tributos devidos por tal trânsito.

Portanto, é seguro afirmar de que a Aduana se trata de uma instituição existente em praticamente todos os países, cuja função essencial é exercer o controle sobre as mercadorias que se importam ou exportam<sup>20</sup>.

Trata-se de função eminentemente *técnica* e não política. Sua função se resume a valorar, classificar, verificar e controlar a entrada e saída de mercadorias, assim como os meios em que são transportadas, assegurando o cumprimento das disposições vigentes<sup>21</sup>

Note-se que a função primordial não é a arrecadação de impostos, que é meramente secundária<sup>22</sup>. Também não se trata de mera defesa econômica do Estado, pelo menos não diretamente, até porque também se defende o Estado quando não se entrava o fluxo da economia e quando se auxilia o operador econômico<sup>23</sup>.

De tal modo, é fácil concluir que a função estatal de controlar o comércio exterior deve ser protegida. Aliás, trata-se de função

---

19 SOUZA, João. *Vestígios da lingua arabica em Portugal, ou Lexicon etymologico*. Lisboa: 1830, p. 13. CONSTANCIO, Francisco Solano. *Novo dicionário critico e etymologico da lingua portuguesa*. Paris: 1836, p. 26. DOZY, Reinhart Pieter Anne e ENGELMANN, Willem Herman. *Glossaire des mots espagnols et portugais dérivés de l'arabe*. 1869, p. 47. VIEIRA, Domingos. *Grande dictionario portuguez*. Porto: 1871, v. I, p. 172. LEAL, Augusto Soares de Azevedo Barbosa de Pinho. *Portugal Antigo e moderno: dictionario*. Lisboa, 1874, v. IV, p. 203. LENCASTRE, F. Salles. *Estudos sobre portagens e alfândegas de Portugal: século XII a XVI*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1891, p. 1-5. TREVISAN, Rosaldo. *A internacionalização da disciplina do imposto de importação: contornos para uma regulação internacional da incidência*. Tese de doutorado apresentada na Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2016, p. 27.

20 ATALIBA, Geraldo. "Prefácio". Em: LOPES FILHO, Osiris de Azevedo. *Regimes aduaneiros especiais*. São Paulo: RT, 1984. SOSA, Roosevelt Baldomir. *A aduana e o comércio exterior*. São Paulo: Aduaneiras, 1996. BASALDUA, Ricardo Xavier. *La Aduana: Concepto y Funciones Esenciales y Contingentes*. Revista de Estudios Aduaneros. Buenos Aires: *Instituto Argentino de Estudios Aduaneros*, n. 18, 1.sem.2007, p. 41. PARDO CARRERO, Germán. *Razón de ser derecho aduanero*. Em: PARDO CARRERO, Germán (org.). *El Derecho Aduanero en el siglo XXI*. Colômbia: Legis, 2009, p. 80. TREVISAN, Rosaldo. *A internacionalização da disciplina do imposto de importação: contornos para uma regulação internacional da incidência*. Tese de doutorado apresentada na Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2016, p. 27.

21 ALAIS, Horacio Felix. *Los principios del derecho aduanero*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, p. 15-40.

22 BASALDUA, Ricardo Xavier. *Introducción al Derecho Aduanero*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988.

23 SOSA, Roosevelt Baldomir. *Temas aduaneiros: estudos sobre problemas aduaneiros contemporâneos*. São Paulo: Aduaneiras, 1999, p. 16.

constitucionalmente protegida pelo artigo 237, da Constituição de 1988.

Também é possível concluir que existe um conjunto de normas de Direito Público que tem por escopo regular e administrar a função de controle sobre o tráfego internacional de mercadorias, as quais podem ser agrupadas numa disciplina específica chamada direito aduaneiro<sup>24</sup>.

E que existem normas aduaneiras que tem por objeto proteger tal função de controle sobre a entrada e saída de mercadorias do território aduaneiro, as quais podem ser agrupadas ou separadas para fins didáticos. Há quem classifique as normas aduaneiras que impõem uma sanção negativa conforme a autoridade aplicadora da sanção. Quando aplicada pela administração o regime jurídico seria o administrativo e a disciplina correspondente seria o direito aduaneiro penal ou direito aduaneiro infracional e quando aplicadas pelo Poder Judiciário o regime jurídico seria o penal e a disciplina correspondente seria direito penal aduaneiro.

Também é possível fazer uma classificação sob o aspecto funcional dessas mesmas normas. Folloni identifica-as como normas aduaneiras *restritivas diretivas*<sup>25</sup>, posto que seu objetivo é o de restringir o intercâmbio internacional de mercadorias mediante uma sanção negativa (“...fato empírico, socialmente desagradável, que pode ser imputado ao comportamento de um sujeito”<sup>26</sup>).

Por ora, frise-se que a existência de uma função repressiva é amplamente admitida, independentemente da classificação adotada. Há um consenso doutrinário no Brasil sobre a existência de uma função repressiva exercida por determinadas normas aduaneiras, isto é, que ligam determinada conduta a uma sanção negativa.

Ainda sobre o nome da disciplina responsável pelo estudo da sanção aduaneira, frise-se que há corrente mais antiga que decidiu estudar os crimes e as infrações aduaneiras e suas respectivas sanções *conjuntamente*, método resgatado abaixo. Vale lembrar a sábia advertência de Borges<sup>27</sup> de que “é pelo método que a ciência se assegura o domínio dos objetos do conhecimento”.

Trata-se de corrente doutrinária inaugurada por Augusto Olympio Viveiros de Castro, o qual, antes de se tornar ministro do Supremo Tribunal Federal, aproveitou sua experiência como advogado

---

24 CARLUCCI, José Lence. *Uma introdução ao direito aduaneiro*. São Paulo: Aduaneiras, 2001, p. 24; FOLLONI, André Parmo. *Tributação sobre o comércio exterior*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 58; ROHDE PONCE, Andrés. *Derecho aduanero mexicano: fundamentos y regulaciones de la actividad aduanera*. México: ISEF, 2005, p. 39; TREVISAN, Rosaldo. *A internacionalização da disciplina do imposto de importação: contornos para uma regulação internacional da incidência*. Tese de doutorado apresentada na Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2016, p. 32-36.

25 FOLLONI, André Parmo. “Normas aduaneiras: estrutura e função”. Em: TREVISAN, Rosaldo. *Temas atuais de direito aduaneiro*. São Paulo: Lex, 2008, p. 79-80.

26 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 69.

27 BORGES, José Souto Maior. *Ciência feliz*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 29.

criminalista no Estado do Maranhão no final do século XIX defendendo acusados de contrabando para escrever a primeira grande obra brasileira sobre o tema, na qual são analisados tanto os delitos aduaneiros quanto as infrações aduaneiras e suas respectivas sanções.

Viveiros de Castro entendia que a distinção entre o contrabando administrativo e o contrabando criminal era arbitrária e injurídica. Para ele, o tipo penal de contrabando (art. 265, do Código Penal de 1890) punia a violação dolosa das leis especiais que regulavam a matéria (artigo 445 e 480, §5, da Consolidação das Leis das Alfândegas e Mesas de Rendas, nosso antigo regulamento aduaneiro, revogado pelo Decreto-Lei N° 37/1966).

Por entender que deveria existir harmonia na interpretação do Código Penal com as leis ditas alfandegárias ele se utilizou da expressão fraude aduaneira, a qual deveria ser reprimida com a apreensão e multas elevadas, uma vez que seria o “amor pelo lucro que impele o negociante a iludir o fisco”<sup>28</sup>.

Em artigo publicado na revista do Supremo Tribunal Federal, Castro afirmou que não ofendia a técnica jurídica denominar de contrabando todas as modalidades da fraude aduaneira, tendo em vista que o Código Penal tratava apenas da fraude aduaneira *em geral*<sup>29</sup>.

Assim, compreende-se sua afirmação de que o conceito de contrabando abrangia também o ato tendente ao desvio de direitos, na medida em que considerava o termo contrabando numa acepção ampla. Saliente-se, no entanto, a sua evidente *natureza aduaneira*<sup>30</sup>.

Para chegar a tal conclusão, amparou-se no cambiante conceito histórico do termo *contrabando*, que, inicialmente, possuía o sentido de fazer passar alguma mercadoria além dos limites territoriais sem pagar as taxas impostas. Mais tarde, quando se constituíram monopólios estatais de comercialização de determinadas mercadorias (estanco da baleia, por exemplo), também se denominou contrabando a fabricação, importação e venda de tais produtos. Posteriormente, quando o Estado julgou proibir a importação ou exportação de determinados produtos ou ainda impor uma taxa sobre a fabricação de outros, a violação também se denominava contrabando.

Viveiros de Castro aconselhava que se fizesse uma interpretação mais harmoniosa da matéria, tanto que dedicou um capítulo inteiro de sua obra de 1898 somente para estudar a legislação aduaneira e outro

---

28 CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *O contrabando*. Rio de Janeiro: 1898, p. 48.

29 CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. “Contrabando”. Em: *Revista do Supremo Tribunal Federal*, 1923.

30 SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro: parte especial*. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1932; FORTE, Horácio S. *Das fraudes aduaneiras*. Recife: 1940, p. 105; NASCIMENTO, Vicente Pinto de Albuquerque. *O Contrabando em face da lei*. Rio de Janeiro, 1960, p. 152; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O contrabando: uma revisão de seus fundamentos teóricos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 111.



para as decisões administrativas.

Por todo o exposto acima, deve ter ficado claro que se defende aqui a identidade do bem jurídico tutelado pelos crimes e pelas infrações aduaneiras. Realmente, parece inquestionável sustentar que a repressão aduaneira está a proteger a função de controle e fiscalização sobre a entrada e saída de mercadorias.

Nas palavras de Vidal Albarraín<sup>31</sup>, “[...] ambas ilicitudes tutelam o mesmo bem jurídico, isto é, o adequado exercício do controle que as leis impõem às aduanas”. Logo, a tutela não recai sobre a arrecadação fiscal, tampouco sobre a regulação da política econômica do Estado referente a operações de importação ou exportação, mas sobre o adequado, normal e eficaz exercício da função primordial da aduana que é o controle sobre a introdução, extração e circulação de mercadorias<sup>32</sup>.

A função de controle aduaneiro é o bem jurídico protegido dos crimes e infrações aduaneiras. Mas quando se faz uma leitura dos artigos 334 e 334-A do Código Penal e do Decreto-Lei N° 37/1966 não se encontra nos tipos penais e infracionais qualquer *correspondência* entre as condutas descritas e o bem jurídico aqui apontado.

Trata-se de questão de grande importância com grandes reflexos na aplicação das normas aduaneiras com função restritiva diretiva.

A legislação brasileira trata o tema de maneira desigual, o que justifica o resgate ao método proposto por Castro, recurso que se mostra útil no presente momento. Assim, quando escrevemos sobre a disciplina de direito aduaneiro sancionador nos referimos à todas as normas aduaneiras com função restritiva ligadas a uma sanção negativa, indecentemente da autoridade aplicadora da sanção, seja ela administrativa ou criminal.

#### 4. PERSPECTIVAS E NECESSIDADE DE HARMIZAÇÃO

O Decreto-lei N° 37/1966, principal dispositivo legal aduaneiro em vigor no país completou cinquenta anos de sua criação em 2016.

Num olhar prospectivo, o fato é que precisamos pensar em compatibilizar os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil com a nossa legislação aduaneira, como o Acordo de Facilitação do Comércio da Organização Mundial do Comércio, também conhecido

---

31 VIDAL ALBARRACÍN, Hector G. “El derecho penal aduanero y la seguridad jurídica. Necesidad de su armonización”. Em: COTTER, Juan Patricio (Ed.). *Derecho aduanero: homenaje a Cotter Moine*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007, p. 247.

32 VILLAR, Mario A. “Delito de contrabando e infracción aduanera, un cercamiento a su diferenciación”. *Revista de Estudios Aduaneros*, 1988, n° 12, p. 131-134. BARGALLO, Miguél Ángel Sarrabayarouse. “El bien jurídico tutelado por el tipo penal de contrabando”. Em: COTTER, Juan Patricio (Ed.). *Estudios de Derecho Aduanero*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007, p. 289; LACOSTE, Juan José. “Tráfico internacional de mercancías”. Em: PARDO CARRERO, Germán. *El Derecho Aduanero en el siglo XXI*. Colômbia: Legis, 2009, p. 269-302; VIDAL ALBARRACÍN, Hector G. *Delitos aduaneros*. Corrientes: MAVÉ Editora, 2010, p. 91.

como Pacote de Bali, que foi recentemente aprovado pelo Congresso Nacional, com a promulgação do Decreto Legislativo Nº 2 de 2016.

É que o seu artigo 6º, parágrafo 3º, disciplina a matéria de sanções aduaneiras e será um dos pontos mais difíceis de compatibilizar com o Decreto-Lei Nº 37/1966. Uma vez que parte de uma ideia de simplificação e previsibilidade que não encontra aderência no citado Decreto-Lei. Alguns dos princípios mínimos arrolados pelo Acordo em matéria aduaneira sancionadora são: causalidade, proporcionalidade, imparcialidade, motivação devida por escrito, transparência, congruência e graduação.

Exige-se que a sanção corresponda aos fatos e circunstâncias do caso e seja proporcional ao grau e severidade da violação, o que influencia na definição do bem jurídico que está sendo tutelado pela infração aduaneira, pois é necessário saber o que se está protegendo para descobrir o grau e severidade da afetação.

O tema já está pacificado doutrinariamente no âmbito da Academia Internacional de Direito Aduaneiro (International Customs Law Academy). Na décima segunda reunião mundial da academia que foi realizada em setembro de 2016 no Chile, especialistas de várias nacionalidades discutiram a implementação do Acordo de Facilitação do Comércio na aplicação de sanções aduaneiras de maneira uniforme, imparcial, proporcional e razoável, e restou claro que a função principal da Aduana de um país é exercer o controle sobre as importações e exportações. Assim, para garantir o regular exercício de tal função, pune-se o seu descumprimento. Mas para tanto, os princípios mínimos estabelecidos no Acordo (acima arrolados) precisam ser respeitados. Eis a razão da ideia de uniformização, simplificação e previsibilidade.

Portanto, partindo da ideia de que o bem jurídico tutelado é o controle sobre o comércio exterior é forçoso concluir que o Código Penal brasileiro e o Decreto-Lei Nº 37/1966 precisam ser reformados para espelhar essa proteção em sua redação.

Muito embora todo o debate doutrinário seja realmente interessante, vale destacar que tal discussão também possui um aspecto de interesse geral, qual seja a reforma da legislação aduaneira brasileira.

É que a implementação satisfatória do Acordo de Facilitação do Comércio impõe a reformulação de velhos instrumentos normativos como o Decreto-Lei Nº 37/1966, importante e cumpridor de seu papel, mas desatualizados.

E o caminho mais promissor é a elaboração de uma Lei Federal que sistematize de maneira harmônica toda a matéria aduaneira, inclusive a sancionadora, na forma de um Código Aduaneiro da República Federativa do Brasil, assim como já fizeram nossos vizinhos paraguaios, uruguaios e argentinos.

O melhor momento para a elaboração de um Código Aduaneiro

do Brasil ocorreu há cinquenta anos. Não estávamos preparados e a oportunidade passou. O segundo melhor momento é agora. Mas não se pode fechar os olhos para os compromissos internacionais assumidos, não apenas ao Acordo de Facilitação do Comércio, mas também ao Tratado de Assunção e ao Código Aduaneiro do MERCOSUL (CAM)<sup>33</sup>.

Há que atentar para a possibilidade de harmonização da estruturação normativa do crime de contrabando com os outros países do MERCOSUL, como propôs Vidal Albarracín<sup>34</sup>.

## CONCLUSÃO

Iniciando pela análise das intenções por trás da última grande reforma aduaneira em 1966 descobriu-se que a implantação do princípio autoritário foi o seu principal objetivo. Para tanto, restringiram-se garantias individuais e um modelo autoritário foi adotado. O saldo da reforma de 1966 é um sistema aduaneiro autoritário formado por decretos-lei expedidos e regulamentados pelo Poder Executivo Federal.

Não há dúvidas de que esse autoritarismo afeta a maneira pela qual o Brasil exerce o controle sobre o comércio exterior, atingindo de maneira prejudicial os compromissos internacionais já assumidos pelo Brasil, como o Tratado de Assunção e o Acordo de Facilitação do Comércio. Também não há dúvidas que a reforma aduaneira é necessária.

A redação dos tipos penais de contrabando e descaminho não refletem o bem jurídico tutelado por eles, qual seja, o controle sobre a entrada e saída de mercadorias do território nacional. O mesmo ocorre com a redação dos tipos infracionais aduaneiros no Decreto-Lei N° 37/1966.

Os recentes compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como o Acordo de Facilitação do Comércio da Organização Mundial do Comércio refletem uma mudança de postura quanto ao exercício do controle sobre o comércio exterior que não encontram aderência no Decreto-Lei N° 37/1966.

Nossa proposta passa pela reformulação legislativa por entender que os benefícios da codificação aduaneira superam as eventuais dificuldades. Muito embora nossa análise tenha se concentrado no estudo das normas aduaneiras com função repressiva é seguro afirmar

---

33 O tratamento nacional harmonizado assume maior importância pelo fato de que a versão atual do Código Aduaneiro do MERCOSUL não dispõe sobre crimes e infrações aduaneiras, um de seus pontos fracos, nas palavras de DELUCA; DELUCA, Santiago. Delitos e infracciones aduaneras en el CAM: ausencias de fondo y forma. *Revista da Secretaria da do Tribunal Permanente do MERCOSUL*. Ano 1, n. 1. 2013.

34 VIDAL ALBARRACÍN, Hector G. “El bien jurídico tutelado como médio eficaz de armonización internacional de los ilícitos aduaneros”. *Revista de Estudios Aduaneros*. 2005, n° 17, p. 30.

que a codificação beneficiaria a compreensão de todas as normas aduaneiras, até por facilitar a sua consulta.

Motivos não faltam para iniciar tal empreitada. Certamente será algo difícil e trabalhoso mas a oportunidade é única. Caso contrário corre-se o risco de que outros cinquenta anos passem sem que seja realizada a codificação aduaneira do Brasil observando-se o princípio da legalidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Marcelo de Paiva. “Inflação, estagnação e ruptura: 1961-1964”. Em: ABREU, Marcelo de Paiva (Ed.). *A ordem do progresso*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1990, p. 201.

ALAIS, Horacio Felix. *Los principios del derecho aduanero*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 414.

ASAKURA, Hironori. *World history of the customs and tariffs*. World Customs Organization, 2003.

ATALIBA, Geraldo. “Prefácio”. Em: LOPES FILHO, Osiris de Azevedo. *Regimes aduaneiros especiais*. São Paulo: RT, 1984.

BARGALLO, Miguél Ángel Sarrabayarouse. “El bien jurídico tutelado por el tipo penal de contrabando”. Em: COTTER, Juan Patricio (Ed.). *Estudios de Derecho Aduanero*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

BASALDUA, Ricardo Xavier. “La Aduana: Concepto y Funciones Esenciales y Contingentes”. *Revista de Estudios Aduaneros*, 2007, n° 18, p. 38.

BASALDÚA, Ricardo Xavier. *Introducción al Derecho Aduanero*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Universidade de Brasília, 2000, vol. 1, p. 102.

BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial*. São Paulo: Malheiros, 1999.

BORGES, José Souto Maior. *Ciência feliz*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRASIL. Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda. *A reforma do ministério da fazenda e sua metodologia: relatório final*. Rio de Janeiro: 1967, p. 277.

CARLUCCI, José Lence. *Uma introdução ao direito aduaneiro*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. “Contrabando”. Em: *Revista do Supremo Tribunal Federal*, 1923.

CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *O contrabando*. Rio de Janeiro: 1898.

CONSTANCIO, Francisco Solano. *Novo dicionário critico e etymologico da língua portuguesa*. Paris: 1836.

DELLIS, Georg. *Droit pénal et droit administratif: l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*. Paris: L.G.D.J, 1997.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri/SP: Manole, 2004.

DELUCA, Santiago. “Delitos e infracciones aduaneras en el CAM: ausencias de fondo y forma”. *Revista da Secretaria da do Tribunal Permanente do MERCOSUL*. 2013, vol 1, nº 1.

DOZY, Reinhart Pieter Anne e ENGELMANN, Willem Herman. *Glossaire des mots espagnols et portugais dérivés de l'arabe*. 1869.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FOLLONI, André Parmo. “Isonomia na tributação extrafiscal”. *Revista Direito GV* [online]. 2014, vol 10, nº 1, p. 201-220.

FOLLONI, André Parmo. “Pena de perdimento no comércio exterior e dano ao erário: intervenção estatal inconstitucional da economia”. Em: TREVISAN, Rosaldo. *Temas de direito aduaneiro II*. São Paulo: Lex, 2015. p. 399-417.

FOLLONI, André Parmo. *Tributação sobre o comércio exterior*. São Paulo: Dialética, 2005.

FORTE, Horácio S. *Das fraudes aduaneiras*. Recife: 1940.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O contrabando: uma revisão de seus fundamentos teóricos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LACOSTE, Juan José. “Tráfico internacional de mercancias”. Em: PARDO CARRERO, Germán. *El Derecho Aduanero en el siglo XXI*. Colômbia: Legis, 2009, p. 269-302.

LEAL, Augusto Soares de Azevedo Barbosa de Pinho. *Portugal Antigo e*

*moderno: dicionario*. Lisboa, 1874, v. IV.

LENCASTRE, F. Salles. *Estudos sobre portagens e alfândegas de Portugal: século XII a XVI*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1891, p. 1-5.

LOPES FILHO, Osíris de Azevedo. *Regimes aduaneiros especiais*. São Paulo: RT, 1984.

LUZ, Nícia Vilela. *A luta pela industrialização do Brasil*. São Paulo: Alfa-Omega, 1975, p. 205-210.

NASCIMENTO, Vicente Pinto de Albuquerque. *O Contrabando em face da lei*. Rio de Janeiro, 1960.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2012.

PARDO CARRERO, Gérman. “Razón de ser derecho aduanero”. Em: PARDO CARRERO, Gérman (Ed.). *El Derecho Aduanero en el siglo XXI*. Colômbia: Legis, 2009, p. 80.

RABELO, Fernanda Lima. “O DASP e o combate à ineficiência nos serviços públicos: a atuação de uma elite técnica na formação do funcionalismo público no Estado Novo (1937-1945)”. *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*. 2001, vol 3, nº 6, p. 132-142.

ROHDE PONCE, Andrés. *Derecho aduanero mexicano: fundamentos y regulaciones de la actividad aduanera*. México: ISEF, 2005.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro: parte especial*. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1932.

SOSA, Roosevelt Baldomir. *A aduana e o comércio exterior*. São Paulo: Aduaneiras, 1996.

SOSA, Roosevelt Baldomir. *Temas aduaneiros: estudos sobre problemas aduaneiros contemporâneos*. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

SOUZA, João. *Vestigios da lingua arabica em Portugal, ou Lexicon etymologico*. Lisboa: 1830.

TREVISAN, Rosaldo. *A internacionalização da disciplina do imposto de importação: contornos para uma regulação internacional da incidência* (Tese de doutorado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2016.

VIDAL ALBARRACÍN, Hector G. “El bien jurídico tutelado como médio eficaz de armonizacion internacional de los ilícitos aduaneros”. *Revista de Estudios Aduaneros*. 2005, nº 17, p. 30.

VIDAL ALBARRACÍN, Hector G. “El derecho penal aduanero y la seguridad jurídica. Necesidad de su armonización”. Em: COTTER, Juan Patricio (Ed.). *Derecho aduanero: homenaje a Cotter Moine*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

VIDAL ALBARRACÍN, Hector G. *Delitos aduaneros*. Corrientes: MAVÉ Editora, 2010.

VIEIRA, Domingos. *Grande diccionario portuguez*. Porto, 1871, v. I.

VILLAR, Mario A. “Delito de contrabando e infracción aduanera, un cercamento a su diferenciación”. *Revista de Estudios Aduaneros*, 1988, n° 12, p. 131-134.

### **RESUMO BIOGRÁFICO**

*Diogo Bianchi Fazolo* é Especialista em Direito Aduaneiro pelo Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba. Membro da Comissão de Direito Aduaneiro OAB/PR. Advogado.

*Maurício Dalri Timm do Valle* é Mestre e Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Professor da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Católica de Brasília. Professor e Coordenador do curso de especialização em Direito Aduaneiro na UniCuritiba. Advogado.

# LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL EN EL URUGUAY CON RELACIÓN AL MERCOSUR

## A QUESTÃO CONSTITUCIONAL NO URUGUAI COM RELAÇÃO A O MERCOSUL

*Jorge E. Fernández Reyes\**

---

**Resumen:** La “cuestión constitucional” de la Integración de los Estados, ha sido uno de los aspectos más interesantes de análisis por parte de la doctrina constitucionalista e internacionalista, en función de su importancia en la determinación del alcance de la participación de los Estados Partes o Miembros en un proceso o esquema de integración regional de carácter económico y comercial. Se plantean aspectos propios de la soberanía de las naciones, de la independencia de los países, etc. Este documento, pretende analizar la Constitución de la República Oriental del Uruguay en relación a la “cuestión constitucional” y la relación con el Tratado de Asunción en tanto constitutivo del MERCOSUR, y la importancia de la misma, en relación a su situación actual y su proyección futura.

**Resumo:** A “questão constitucional” da integração dos Estados, foi um dos aspectos mais interessantes do estudo pela doutrina constitucional e internacional, em função da sua importância na determinação do alcance de participação dos Estados Partes e Membros em um processo o esquema de integração regional econômico o comercial. Neste documento se estuda a Constituição do Uruguai, a questão constitucional com o Tratado de Assunção do MERCOSUL e a importância do mesmo, com a situação atual e o seu futuro.

**Palabras clave:** Cuestión constitucional, Procesos, Integración, Uruguay, MERCOSUR

**Palavras-chave:** Questão constitucional, Processo, Integração, Uruguai, MERCOSUL

---

\* Universidad de Montevideo, Uruguay.  
E-mail: jfreyes@bkzr.com.uy  
Recibido: 10/01/2018. Aceptado: 28/02/2018.



## 1. PLANTEO DEL TEMA

El tema planteado en el Título de este documento nos lleva a considerar el tratamiento de los Tratados Internacionales por parte del Derecho Constitucional de la República Oriental del Uruguay, y específicamente con la “integración de los Estados” en general y con mayor detenimiento respecto a la participación del Uruguay en el “Mercado Común del Sur” (MERCOSUR).

No obstante ello, corresponde destacar que el estudio planteado es objeto de análisis por parte de diversas disciplinas jurídicas además del Derecho Constitucional, dentro de las cuales se destaca el Derecho Internacional Público, el Derecho de la Integración, el Derecho interno de cada país, y asimismo el relacionamiento entre dichas ramas jurídicas.

Desde una óptica más particular, y dentro de las disciplinas jurídicas que tienen a su cargo el estudio de los temas planteados en el título de esta presentación, siguiendo a Esteva Galicchio, el ámbito de tratamiento se encuentra en un *“aspecto parcial de una disciplina que ha dado en llamarse “Derecho Constitucional Internacional”, con el alcance que le asignan, entre otros prestigiosos autores, Luis Favoreu y Joel Rideau, es decir, de las disposiciones incluidas en las Constituciones relativas a las relaciones internacionales y al Derecho Internacional”*<sup>1</sup>.

En ese sentido, el citado autor expresa que el Derecho Constitucional Internacional, estuvo durante mucho tiempo circunscrito a las disposiciones relativas a la competencia de los órganos del Estado para celebrar Tratados, sin embargo las relaciones internacionales han creado la necesidad para los constituyentes de establecer las bases constitucionales de esa participación, así como proceder a adaptar ciertos procedimientos internos de decisión para facilitar la puesta en ejecución de las normas que expidan dichas organizaciones internacionales.

Sobre estos aspectos, y la situación desde la óptica de la Constitución de la República Oriental del Uruguay, es que vamos a desarrollar este trabajo, teniendo en cuenta que la labor del jurista es la de describir, analizar e interpretar una situación o realidad jurídica, que en esencia es igual para todos, pero que, fruto del análisis que se propone pueden resultar conclusiones diversas.

## 2. LA CONSTITUCIÓN DEL URUGUAY

### 2.1. Aspectos generales

Las relaciones del Uruguay con otros Estados, se rigen por dos

---

<sup>1</sup> ESTEVA GALICCHIO, Eduardo. “La cuestión constitucional en los cuatro Estados Partes del MERCOSUR. Serie Congresos y Conferencias N° 11, el MERCOSUR después de Ouro Preto”. *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, p. 36 y ss.

clases de normas: (i) las de Derecho Interno, y en ese sentido la referencia es a las normas constitucionales y de rango legal; y (ii) aquellas propias del Derecho Internacional.

Al respecto, y desde la óptica constitucional, las relaciones del Estado uruguayo y los demás Estados se rigen por un principio fundamental que se encuentra consagrado en los artículos 2, 4 y 82 de la Constitución de la República, según los cuales el Uruguay es “*independiente de todo poder extranjero*”, esto es, la consagración constitucional del “principio de la soberanía” del punto de vista externo, y por lo tanto todas las obligaciones o deberes que el Estado uruguayo pueda contraer frente a otros Estados, requiere necesariamente la existencia de un Tratado o Convención Internacional que se celebre de acuerdo a las formas (aspecto formal) y a su vez que los mismos sean compatibles con las normas constitucionales (aspecto sustantivo)<sup>2</sup>.

O sea, que si bien la Constitución uruguaya afirma el principio de que la soberanía radica exclusivamente en la Nación, no puede interpretarse de forma tal que niegue la posibilidad de que la República, mediante Tratados internacionales elaborados y aprobados - formal y sustantivamente - conforme a las previsiones de la Carta Magna, cree normas de Derecho Internacional capaces de obligar al Estado uruguayo.

No corresponde ingresar al análisis de la noción de soberanía, salvo en el sentido de señalar que debe interpretarse – como lo hace la doctrina mayoritaria – en que el Estado uruguayo, en cuanto soberano, puede auto limitarse dentro de los límites formales y sustantivos que impone la Constitución de la República<sup>3</sup>.

A mayor abundamiento, y como consecuencia de lo dicho anteriormente, se puede afirmar que la soberanía del Estado no es ilimitada y absoluta en su concepción actual.

En ese sentido, al decir de Esteva Galicchio, “*la noción de soberanía importa una categoría histórica y no una categoría absoluta, conforme lo explico Jellinek – el maestro del derecho constitucional clásico alemán – porque - prescindiendo en este momento de sus antecedentes, desde sus orígenes en el Siglo XVI en Les six livres de la republique de Jean Bodin, hasta el presente, ha experimentado incuestionables mutaciones. En sus orígenes fue un concepto que tuvo por finalidad afirmar la autoridad del rey frente al Papa y los señores feudales. Pero en la actualidad se asiste a*

---

2 Dice el artículo 2 de la Constitución de la República: “*Ella es y será para siempre libre e independiente de todo poder extranjero*”, mientras que el artículo 4 expresa: “*La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará*” y por último el artículo 82 señala: “*La Nación adopta para su Gobierno la forma democrática republicana. Su soberanía será ejercida directamente por el Cuerpo Electoral en los casos de elección, iniciativa y referéndum, e indirectamente por los Poderes representativos que establece la Constitución, todo conforme a las reglas expresas en las mismas*”.

3 RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto. *MERCOSUR: Integración y Derecho*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, Intercontinental Editora, 1998, p. 153 y ss.

lo que Sagues denominó la desintegración de la soberanía, naturalmente que por vía de reformas constitucionales que aborden con realismo las relaciones de los tres géneros: ordenamientos jurídicos internos; ordenamientos jurídicos de integración y comunitarios; y ordenamiento jurídico internacional<sup>4</sup>.

A los efectos de la ubicación del tema, podemos señalar entonces, que la creación de organizaciones internacionales destinadas a asegurar la paz y la seguridad, tanto a nivel mundial como regional, que tienen en su estructura institucional órganos cuyas decisiones son obligatorias según lo disponen los Tratados respectivos, no han generado problemas desde el ámbito constitucional, ya que se refieren a decisiones adoptadas legítimamente por un órgano previsto en un Tratado, aceptado libremente por un Estado y orientado a atender una situación internacional admitida constitucionalmente, y que no reviste incidencia en el ámbito interno.

Sin embargo, en sede de los Tratados de integración comercial y económica, la necesidad de que las “decisiones” de los órganos decisorios (que constituyen el derecho derivado) establecidos en el Tratado constitutivo (derecho originario), sean aplicables en forma directa e inmediata en materias propias del derecho interno, plantea la denominada “cuestión constitucional”, vale decir, el “alcance” que se encuentra previsto en la Constitución de un Estado, para habilitar la participación de una Nación en un mecanismo de integración económico y comercial, en tanto la Carta Magna de cada Estado es al decir de MIDON la “matriz jurídica de la integración”<sup>5</sup>.

## **2.2. Disposiciones constitucionales que rigen los Tratados o Convenciones que puede celebrar la República Oriental del Uruguay**

Desde el aspecto sustantivo, la normativa constitucional referida al título de este numeral se encuentra prevista en varias disposiciones de la Constitución de la República.

La primera referencia, se encuentra en el inciso primero del artículo 6 de la Constitución (incorporado en el año 1934), se establece que: “*En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos.*” (el destacado es nuestro).

Por su parte, en el inciso 2 del artículo 6 de la Carta Magna se expresa: “*La República procurará la integración social y económica de los*

---

4 ESTEVA GALICCHIO, Eduardo. Op. cit. p. 39.

5 MIDON, Mario. *Derecho de la Integración. Aspectos Institucionales del MERCOSUR*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1998, p. 349.

*Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.”*

Este último inciso fue incorporado en la Constitución aprobada en el año 1967, es decir en la década que algunos autores denominaron la “década de la integración”<sup>6</sup> y en el mismo se consagra un deber para la República (“procurará” dice el texto), sin perjuicio de que su contenido es programático, dado que no es una disposición susceptible de aplicación inmediata, ya que su propia existencia no implica el ingreso de la Nación al ámbito latinoamericano del punto de vista económico y social.

Por otra parte, y vinculado a la temática en cuestión, se encuentra el artículo 50 de la Constitución cuyo texto en forma íntegra se incorpora en la Constitución de 1967 y no registra concordancias en las Constituciones de 1830, 1918, 1834, 1942 y 1952. En dicho artículo se expresa: *“El Estado orientará el comercio exterior de la República protegiendo las actividades productivas cuyo destino sea la exportación o que reemplacen bienes de importación. La Ley promoverá las inversiones destinadas a este fin y encauzará preferentemente con este destino el ahorro público”*.

Sin perjuicio de las dificultades interpretativas que este artículo ha traído aparejado al consagrar una suerte de “proteccionismo”, hay que tener presente que su inclusión en la Carta Magna ocurre en la época en que la tendencia imperante era la aplicación de una política de “sustitución de importaciones” promovida desde la CEPAL – Comisión Económica para América Latina dependiente de NNUU - Naciones Unidas) y por lo tanto parecería advertirse una cierta incongruencia con el inciso 2 del artículo 6 de la Constitución.

A nuestro criterio, se trata de dos normas de carácter programático, que esencia son compatibles, en el sentido que la actitud que el Uruguay deberá adoptar en sus negociaciones internacionales se debe orientar a la protección de sus industrias (actividades productivas), en el marco de una estrategia de integración regional complementaria con los Estados Latinoamericanos<sup>7</sup>.

Por último, y en una visión general de las normas sustantivas vinculadas al tema presentado, se encuentra otra norma de carácter programático, que obliga al Estado a combatir por medio de la ley y de las Convenciones Internacionales, los vicios sociales, así es que el artículo 47 de la Constitución, señala en forma sucinta: *“El Estado combatirá por medio de la Ley y de las Convenciones Internacionales,*

---

6 El Prof. KORZENIAK afirmaba que la expresión “década de la integración” era demasiado optimista pues parecería más bien ser la década de la “verborragia integracionista”.

7 Al respecto debe tenerse presente, que estamos en pleno auge de los procesos de integración regional constituidos a partir de la década del 60 del siglo pasado; y a título ilustrativo se puede mencionar a la ALALC (Alianza Latinoamericana de Libre Comercio); el Pacto Andino; el Mercado Común Centroamericano, etc.

*los vicios sociales*”, cuyo origen se encuentra en la Constitución del año 1934 manteniéndose hasta la actualidad.

En cuanto a la forma o procedimiento, que deben seguir las autoridades de la República en la elaboración y aprobación de los Tratados Internacionales, la Constitución dispone en el numeral 20 del artículo 168, que le corresponde al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros: *“Concluir o suscribir tratados, necesitando para ratificarlos la aprobación del Poder Legislativo”*.

Por su parte, el numeral 7 de la artículo 85 de la Constitución, le asigna competencias al Poder Legislativo en: *“Decretar la guerra y aprobar o reprobado por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones o contratos de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras”*.

Por ende, las etapas serían las siguientes: (a) la negociación del Tratado y firma del mismo (por parte del Poder Ejecutivo); (b) la aprobación de dicho Tratado por medio de una ley (por parte del Poder Legislativo); (c) la ratificación del Tratado (por parte del Poder Ejecutivo); y por último el canje de ratificaciones o depósito del Tratado, según surja del procedimiento establecido en el propio Tratado o del Derecho Internacional.

Válidamente, se ha planteado si toda Convención o Tratado Internacional requiere la aprobación del Parlamento, es decir si desde el texto de la norma no correspondería distinguir *“los tratados de paz, alianza, comercio...”*, de las *“convenciones o contratos de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras.”*

Varios autores nacionales han sostenido con diversos fundamentos, que ciertos contratos o convenciones que celebre el Poder Ejecutivo, no requerirían aprobación parlamentaria, básicamente atendiendo al contenido de esa convención o contrato, y las repercusiones que dicha convención o acuerdo tiene en el Derecho (esto es, si está regida por el Derecho Internacional Público o Privado).

En el ordenamiento jurídico uruguayo, corresponde mencionar la existencia del artículo 145 de la Ley N° 15.851 de 24 de diciembre de 1986, en la medida de que se trata de una regulación legal específica vinculada a la celebración de determinados *“convenios o contratos”* que no requerirían aprobación legislativa, en función de determinados criterios objetos que se contemplan por parte del legislador en forma expresa.

Dice el referido artículo:

*“Los convenios o contratos que el Poder Ejecutivo, los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados celebren con gobiernos extranjeros requieren la aprobación de la Asamblea General.*

No requieren ratificación legislativa los convenios o contratos que el Poder Ejecutivo, los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados celebren con organismos internacionales de los que el país forma parte. Respecto de los convenios o contratos que celebren los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, la materia del convenio o contrato deberá ser propia del giro que preceptivamente les asignen las leyes, conformes a los fines de sus actividades normales. El Poder Ejecutivo establecerá los casos que requerirán su autorización previa. En todo caso, se dará cuenta a la Asamblea General dentro de los 10 días siguientes al de su celebración”.

La doctrina nacional ha ingresado tenuemente al análisis de la citada disposición legal y específicamente al inciso segundo, y sin perjuicio de otras autorizadas opiniones, a nuestro juicio encuadraría dentro de la distribución del poder de “*negociar – acordar – obligar*” al Estado entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo (“*treaty making power*”), no obstante lo cual se encontraría sometido al cumplimiento de los requisitos objetivos (de carácter formal y sustantivo) que no sería aplicable al tema planteado en esta presentación (acuerdos simplificados o executive agreement).

Por último, del punto de vista constitucional, el inciso final del artículo 185 de la Constitución, recoge aspectos sustantivos y formales vinculados a los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio comercial e industrial del Estado y su relacionamiento internacional.

Al respecto, dice el inciso final aludido: “*En la concertación de convenios entre los Consejos o Directorios con Organismos Internacionales, Instituciones o Gobiernos extranjeros, el Poder Ejecutivo señalará los casos que requerirán su aprobación previa, sin perjuicio de las facultades que correspondan al Poder Ejecutivo, de acuerdo a lo establecido en la Sección V*”.

Esta disposición ha sido objeto de diversas interpretaciones acerca del alcance de la misma, y si bien reviste trascendencia en la esfera de actuación de los Entes autónomos en el Uruguay, no se relaciona con el objeto de este documento.

### **2.3. Tratados Internacionales de Integración Económica y Social**

De acuerdo a lo que viene de verse, el Uruguay por expresa disposición constitucional deberá procurar la integración social y económica latinoamericana, es más aún, se refiere a la *integración de los Estados Latinoamericanos* y no exclusivamente de Uruguay en relación a ellos.

En ese sentido Paolillo, analizando la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALAC) creada por el Tratado de Montevideo el

18 de febrero de 1960, afirmaba que las partes integrantes de dicho organismo internacional podían denunciar el Tratado constitutivo, esto es, declarar que no pertenecían más a esa organización internacional, pero ello - y para el caso de Uruguay en forma específica - debía tener una fundamentación expresa y válida, dado que de otra forma se estaría violando el precepto constitucional que obliga a la República a *procurar* la integración de los Estados Latinoamericanos<sup>8</sup>.

En un sentido similar aunque no tan categórico, BARBE PEREZ afirmaba que: *“Si bien en el texto no hay nada preceptivo, es evidente que ha habido una toma de posición que permite interpretar los textos constitucionales en una forma que no sean discordantes con la solución de la integración latinoamericana”*<sup>9</sup>.

La integración económica latinoamericana representa para el Uruguay, además de una histórica aspiración y de la asunción de reiterados compromisos internacionales, un objetivo consagrado en forma expresa en la Constitución de la República.

No obstante ello, las dificultades interpretativas se encuentran en lo que la doctrina ha denominado la *“cuestión constitucional”* o el *“problema constitucional”*, según hemos referido anteriormente y se desarrolla en el numeral siguiente.

Vale decir, la idea es observar dicha *“cuestión”* ante la realidad del ingreso de la República Oriental del Uruguay al proceso de integración denominado *“MERCOSUR”*, a través de la firma del documento constitutivo de dicho mecanismo de integración regional, esto es, el Tratado de Asunción y en su desarrollo a través de los distintos Protocolos Adicionales.

Dicho Tratado Marco para el desarrollo de un proceso de integración destinado a la conformación de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay, y la República Oriental del Uruguay, en el ámbito multilateral de comercio y a los efectos de su reconocimiento a nivel del GATT (Acuerdo General sobre Tarifas y Aranceles) utilizó el *“paraguas jurídico”* de la ALADI, a los efectos de la no aplicación del Principio de No Discriminación a través de la Cláusulas de la Nación Más Favorecida y la Cláusula del Trato Nacional, y ello específicamente para lo establecido en los Anexos I, II y IV de dicho Tratado.

#### **2.4. La *“cuestión constitucional”* y el Tratado de Asunción**

Las disposiciones constitucionales citadas son el marco institucional

---

8 PAOLILLO, Felipe. Las normas constitucionales sobre integración económica y social. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, n° 19, p. 197 y ss.

9 BARBE PEREZ, Héctor. *Aspectos administrativos en la reforma constitucional uruguaya*. Montevideo: CEN, 1967, p. 81.

del Uruguay en que se ha iniciado el proceso de integración regional MERCOSUR, a partir de la suscripción del Tratado de Asunción y sus respectivos Protocolos adicionales o complementarios ya sea en: (i) el ámbito institucional de la ALADI y siguiendo el régimen allí establecido, así como por (ii) la aprobación de la "Normativa MERCOSUR" a través de los órganos decisorios del MERCOSUR; y (iii) por la incorporación de la normativa aprobada en el seno del MERCOSUR en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes<sup>10</sup>.

En la actualidad, no se discute la compatibilidad del Tratado de Asunción con el sistema constitucional uruguayo, así como con los sistemas constitucionales de los otros Estados Partes y fundadores, que recogían - en la época de aprobación del texto constitutivo del MERCOSUR -, en forma más o menos explícita la posibilidad de su incorporación al mentado esquema de integración económica y comercial en los términos y condiciones que surgían de dicho Tratado fundacional, que en sustancia contenía disposiciones que claramente demostraban su "naturaleza intergubernamental" con las derivaciones lógicas en su institucionalidad orgánica y normativa<sup>11</sup>.

Desde la Constitución de la República vigente, es pacíficamente admitido que la República Oriental del Uruguay puede participar en procesos de integración económicos y sociales de carácter intergubernamental, esto es, que supongan la creación de órganos intergubernamentales con representación de los Estados en su integración, con el corolario lógico de que las normas emanadas de dichos órganos tendrán que ser necesariamente "incorporadas" al ordenamiento jurídico nacional de los Estados Partes para que tengan aplicación en los mismos, sin perjuicio de la importancia de la vigencia simultánea.

El planteo en esencia y que deviene problemático en el análisis del devenir y la proyección futura del proceso de integración (i.e. MERCOSUR) para nuestro país, se encuentra entonces en lo que denominamos anteriormente como "cuestión constitucional", extremo

---

10 En el sentido indicado, la referencia es en primer lugar a los más de 100 Protocolos Adicionales al Acuerdo de Alcance Parcial N° 18 de la ALADI, en segundo lugar y a vía de ejemplo al Protocolo de Ouro Preto del año 1994 sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR, el Protocolo de Olivos; y por último todas aquellas Normas MERCOSUR que fueron incorporadas por los Estados Partes en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales.

11 El Tratado de Asunción fue ratificado legislativamente por la República Argentina a través de la Ley N° 23.981, del 15 de agosto de 1991 efectuándose el depósito del instrumento de ratificación 30 de octubre de 1991; por la República Federativa del Brasil por Decreto Legislativo N° 197, del 25 de setiembre de 1991, promulgado por Decreto N° 350, del 25 de noviembre de 1991, efectuándose el depósito del instrumento de ratificación el 30 de enero de 1991; por la República del Paraguay mediante la Ley N° 9/91, del 30 de mayo de 1991, efectuándose el depósito del instrumento de ratificación el 6 de agosto de 1991; por la República Oriental del Uruguay por Ley N° 16.196, de 22 de julio de 1991, efectuándose el depósito del instrumento de ratificación el 6 de agosto de 1991.



que se aplica en el mismo sentido para la República Federativa del Brasil, mientras que - en la actualidad - no se estaría planteando a nivel constitucional en la República Argentina y en la República del Paraguay.

Vale decir, en ocasión de la suscripción del Tratado de Asunción las Constituciones de los Estados fundadores no preveían la posibilidad de ingresar o participar en mecanismos de integración de carácter supranacional o supraestatal, teniendo presente que las características de supranacionalidad se encuentran plasmadas en la institucionalidad orgánica (i.e. órganos comunitarios) y normativa (i.e. aplicación directa, inmediata y efecto directo de las normas comunitarias, esto es, emanadas de órganos comunitarios).

Dicha imposibilidad o restricción constitucional, fue superada con distinto alcance y requerimientos formales y sustantivos por las reformas constitucionales realizadas, por la República Argentina, en el año 1994 (numeral 24 del artículo 75), y por la República del Paraguay en el año 1992 (artículo 145), que en sustancia habilitan la participación de dichos Estados en esquemas de integración regionales de carácter supranacional o supraestatal.

En la República Oriental del Uruguay, y teniendo presente las disposiciones señaladas en los numerales 2.1 y 2.2 de este documento, esto es, que contemplan una escasa y ambigua regulación de la integración económica y social del Uruguay en América Latina, el tema fue objeto de un intenso y valioso debate de carácter doctrinario.

Siguiendo en este punto a Esteva Galicchio, encontramos una primera aproximación al tema, y en ese sentido afirma el citado autor: *“La doctrina del Derecho Constitucional latinoamericano general entiende por cuestión constitucional la relativa a sí los tratados que instituyen organizaciones supranacionales o supraestatales en materia de integración son compatibles a incompatibles con las Constituciones vigentes en los respectivos Estados”*<sup>12</sup>.

De manera similar, la conceptualiza Gros Espiell, refiriéndose a la “cuestión constitucional” como *“...la compatibilidad de la Constitución con una organización internacional... estructura un sistema de órganos capaces de adoptar decisiones válidas en la materia, que obliguen al Estado y que tenga, además, una aplicabilidad inmediata, erga omnes en la esfera interna”*<sup>13</sup>.

Como ya dijimos, hay coincidencia en que la Constitución uruguaya permite o habilita sin dificultades, que la República participe o forme parte de procesos o esquemas de integración que impliquen la institucionalización de una organización intergubernamental.

Al respecto, y de acuerdo a prácticamente toda la doctrina

---

12 ESTEVA GALICCHIO, Op. cit., p. 36.

13 GROS ESPIELL, Héctor. La integración económica de Latinoamérica y la Constitución uruguaya. *Temas Jurídicos*, n° 1, 1968, p. 37.

nacional que se ha ocupado del tema – con algunas excepciones – el inciso 2 del artículo 6 de la Constitución es una norma de carácter programático, de directiva o de directiva política, y como se trata de una norma programática contiene un criterio de interpretación de la Constitución, que sin lugar a dudas habilita la participación de Uruguay en procesos de integración económicos y sociales que impliquen una institucionalidad orgánica y normativa de tipo intergubernamental<sup>14,15</sup>.

Esto no significa que no existan otras posiciones doctrinarias a partir del mismo texto constitucional, es decir, que estimen que el constituyente fue más allá y habilitó la participación de la Nación en procesos de integración cuya institucionalidad orgánica y normativa incorporara aspectos comunitarios o supranacionales.

Con la finalidad de ordenar este tema, esto es, en cuanto al alcance de la disposición constitucional antes referida (i.e. inciso 2 del artículo 6 de la Carta Magna), en el marco de los procesos de integración económicos y sociales, se han planteado tres corrientes doctrinarias que han sido resumidas acertadamente por Delpiazzo en su trabajo sobre los “Alcances y Límites del Derecho de la Integración”<sup>16</sup>.

En una interpretación amplia, se ha considerado que la expresión “integración económica y social” debe considerarse abarcativa y comprensiva de *“todas la formas institucionales que puede adoptar la integración, desde aquellas que se basan sobre esquemas predominantemente intergubernamentales, hasta la forma más avanzada de supranacionalidad”*<sup>17</sup>.

Por su parte en una interpretación restringida, se ha estimado que dicho artículo *“no autoriza la formación de “órganos extranacionales para gobernar la actuación social o económica de América Latina, es decir, no permite que el Uruguay admita la existencia de órganos latinoamericanos extranacionales que asuman competencia en materia económica o social que, de acuerdo con las disposiciones de la Constitución nacional, deben ser cumplidas por órganos del Estado uruguayo”*<sup>18</sup>.

Abundando en la posición aludida, y con especial referencia al MERCOSUR (i.e. Tratado de Asunción y Protocolos complementarios), se ha dicho que no es admisible *“la delegación o transferencia a órganos supranacionales creados por tratados”*, por lo que *“para que la*

---

14 En contra de esta posición y aceptando la posibilidad de la supranacionalidad a partir del texto constitucional, se puede ver – con una importante fundamentación – a VIEIRA, Manuel. “La integración latinoamericana”. En *Alcances y aplicaciones de la nueva Constitución uruguaya*. Montevideo: IEPAL, 1967, p. 164.

15 Al respecto, PAOLILLO, Op. cit., p. 198-200; GROS ESPIELL, Op. cit., p. 37; FRUGONE SCHIAVONE. “Solución de controversias en el MERCOSUR”. *Serie Congresos y Conferencias de la Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Política*, p. 70.

16 DELPIAZZO, Carlos. “Alcances y límites del Derecho de la Integración”. *Revista de Derecho Público*, n° 13, 1998, p. 45 y ss.

17 VIEIRA, Manuel, Op. cit., y CORREA FREITAS, Ruben. “El MERCOSUR ante la Constitución uruguaya”. *La Justicia Uruguaya*, Tomo CIII, Sección Doctrina, p. 13.

18 KORZENIAK, José citado por DELPIAZZO en la obra referida en la cita número 16.

*institucionalización definitiva del proceso de integración se concrete en la existencia de un órgano u órganos supranacionales cuyas decisiones sean directamente aplicables a los sujetos internos de los Estados miembros será menester realizar reformas constitucionales*<sup>19</sup>.

En una tesis intermedia, Gros Espiell, ha señalado que es deber del intérprete, “*proceder a una racional adaptación de la Constitución a la nueva realidad, mediante una interpretación evolutiva y lógica*”<sup>20</sup>.

La interpretación antes aludida, a juicio del citado autor le permite concluir que si bien “*nada impide que los órganos comunitarios adopten decisiones y que éstas sean directamente aplicables en el Uruguay...*”, reconoce como límites que éstas “*...supongan o impliquen una situación internacional o vinculada con una relación externa o interestatal...*”

Y abundando en esta posición, afirma que “*... no podrán sustituir a las autoridades expresamente previstas por la Constitución en el ejercicio de competencias que se refieren estrictamente a cuestiones internas, no vinculadas con una situación internacional*”<sup>21</sup>.

En consecuencia, y dentro de esta tesis intermedia, se sostiene que del punto de vista constitucional, nada impide que las autoridades internacionales o supranacionales puedan actuar en forma directa e inmediata, frente a cuestiones relativas directa o indirectamente a la integración económica, esto es, cuestiones que por su naturaleza implican directa o indirectamente una relación internacional.

La interpretación flexible de la Constitución vigente, se fundamenta además, en la orientación del constituyente plasmada en el inciso 2 del artículo 6, en la medida que a partir de dicha disposición constitucional se admitirían todos los instrumentos jurídicos necesarios para “la integración económica y social”, al igual que una vez iniciada ésta, no podría ser obstaculizada por ningún otro órgano del Estado Parte.

No obstante ello, y por la importancia de los autores que postulan esta interpretación, bueno es señalar que el Tratado de Asunción ni sus Protocolos adicionales dotaron al proceso de integración una institucionalidad orgánica (i.e. creación de órganos supranacionales o supraestatales), o una institucionalidad normativa (i.e. normas de carácter supranacional) existiendo al decir de Duran Martínez, un embrión de supranacionalidad en el Protocolo de Brasilia (actualmente en el Protocolo de Olivos) y en la Secretaría del MERCOSUR<sup>22,23,24</sup>.

---

19 ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo y FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, citados por DELPIAZZO, en la obra referida en la cita número 16.

20 GROS ESPIELL, Héctor, citado por DELPIAZZO, en la obra referida en la cita número 11.

21 DELPIAZZO, Carlos, Op. cit., p. 47.

22 El artículo 2 del Protocolo de Ouro Preto, establece que los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR (Consejo del Mercado Común – CMC; Grupo Mercado Común – GMC; y Comisión de Comercio del MERCOSUR – CCM) son de naturaleza intergubernamental.

23 DURAN MARTINEZA, Augusto. “Estructura Orgánica del MERCOSUR. El MERCOSUR después de Ouro Preto”. *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, 1995, p. 57.

24 FERNANDEZ REYES, Jorge. La Secretaría del MERCOSUR. *Revista de Derecho del*

Por último, y a los efectos de contar con un panorama completo de la normativa vigente en esta materia objeto de análisis, y específicamente en relación al Tratado de Asunción, o para ser más exactos, en el marco del proceso de integración en que se encuentra involucrado el Uruguay, orientado a la conformación de un “Mercado Común” de carácter regional, corresponde referirnos a la existencia del Decreto N° 663/985, de 27 de noviembre de 1985.

A los efectos de justificar la inclusión de este Decreto en este documento, corresponde señalar que el Tratado de Asunción si bien fue objeto de ratificación legislativa por los cuatro Estados fundadores, como decíamos anteriormente requirió del “paraguas jurídico” de la ALADI para poder exceptuarse de la aplicación del “Principio de No Discriminación” del GATT en lo que respecta a lo dispuesto en los Anexos I (Programa de Liberación Comercial), II (Régimen General de Origen) y IV (Cláusulas de Salvaguarda), dado que la ALADI ya se encontraba “exceptuada” de la aplicación del mencionado principio.

Es a partir de la aprobación del Acuerdo de Alcance Parcial – Acuerdo de Complementación Económica (AAP N° 18) suscrito entre los cuatro países fundadores del MERCOSUR, que se han incluido más de 100 Protocolos Adicionales al AAP N° 18 que se han ido incorporando al ordenamiento jurídico nacional de Uruguay, en forma prácticamente “automática” al amparo de lo dispuesto en el Decreto referido<sup>25</sup>.

La relevancia entonces radica en que por el mecanismo previsto en el Decreto referido, el Uruguay ha viabilizado la “incorporación” al ordenamiento jurídico nacional de la normativa aprobada a través de los instrumentos de política comercial establecidos en el Tratado de Montevideo de 1980.

No obstante lo expresado anteriormente, y que si bien ese mecanismo se ha venido aplicando desde la aprobación del Decreto, desde nuestro punto de vista, es importante relativizar el alcance de dicha norma reglamentaria.

Claramente se trata de acto administrativo de carácter general, aprobado por el Poder Ejecutivo mediante el cual se dispone en su artículo 1 que: “*Los compromisos internacionales suscritos en el marco jurídico de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), en materia de Acuerdos de Alcance Regional y Acuerdos de Alcance Parcial (comerciales, de complementación económica, agropecuarios, de promoción del comercio o de otras modalidades tendrán vigencia plena a partir de la fecha que se haya establecido en los respectivos protocolos*”, y a partir de esa premisa se faculta en el artículo 2 al Ministerio de Relaciones Exteriores a través de la Representación ante la ALADI a comunicar a

---

MERCOSUR, vol 3, n° 4, 1999, p. 74.

25 Este procedimiento ha sido utilizado por otros Estados integrantes de la ALADI a través de los instrumentos legales propios de cada una de las legislaciones de los distintos países.

las dependencias de la Administración Pública que correspondan, los instrumentos internacionales aprobados para su aplicación.

Se trataría de una incorporación al orden jurídico interno, sin que sea necesario, otro acto jurídico en la esfera interna - según se desprende del Considerando VI del Decreto en vista - de los Acuerdos de Alcance Parcial suscritos en el marco del Tratado de Montevideo de 1980 y sus Protocolos Adicionales<sup>26</sup>.

Sin embargo, desde lo establecido en el Considerando VIII del mismo Decreto, se podría interpretar válidamente dos aspectos: (i) que la notificación realizada a través de la Representación ante ALADI a los organismos nacionales encargados de su aplicación no inhibe el “*dictado de los correspondientes decretos*” (sic), y (ii) que no sería válida la notificación si el contenido del acto fuera de jerarquía superior a una norma reglamentaria (i.e. decreto), es decir una norma legal o constitucional.

En base a lo expresado anteriormente, y dado que éste ha sido el mecanismo utilizado para la internación de varias normas “MERCOSUR”, a través de los Protocolos Adicionales al Acuerdo de Alcance Parcial N° 18 (que aprueba el Tratado de Asunción y sus Anexos), se ha planteado la posibilidad de acudir a ese mecanismo de la ALADI para internalizar la “normativa MERCOSUR” en general.

En nuestro país el temperamento descrito, ha tenido opiniones doctrinarias contradictorias.

En ese sentido, Perez Otermin se manifiesta en forma favorable en la aplicación de esta vía para su internación al derecho nacional<sup>27</sup>, mientras que la opinión contraria es sostenida por FRESNEDO de AGUIRRE, la que ha tenido una Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo a favor de esta última posición<sup>28</sup>.

Por otra parte, Gamio<sup>29</sup>, señala que “... *algunos autores sostuvieron que, al haber obtenido el Tratado de Asunción su legitimación en ALADI como Acuerdo de Complementación Económica (Acuerdo N° 18), como consecuencia de ello los actos de los órganos del MERCOSUR tendrían efecto directo en los Estados miembros*”<sup>30</sup>.

---

26 Como fundamento de la posición sustentada si cita en el Considerando VI del Decreto, las opiniones doctrinarias de JIMENEZ DE ARECHAGA, E. *Introducción al problema de las relaciones entre el Derecho Internacional y Derecho Interno*; y de BLUTH, Elías. “El Uruguay y la aplicación en la esfera interna del Tratado de Montevideo”. *Anuario de Derecho Internacional*, vol 4, n° 66, 1965, p. 299 y en Suprema Corte de Justicia, Sentencia de 17 de enero de 1941.

27 PEREZ OTERMIN, Jorge. *El Mercado Común desde el Sur: desde Asunción a Ouro Preto. MERCOSUR*: FCU, Montevideo, 1995, página 103.

28 FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia. “El sistema normativo del MERCOSUR y el uso de los Acuerdos de Alcance Parcial de ALADI para regular el transporte regional”. En *La Integración rumbo al Siglo XXI*. Edición EDUCAT, 1996, p. 458.

29 GAMIO, José. “Ordenamiento Jurídico del MERCOSUR. El MERCOSUR después de Ouro Preto”. *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, 1995, p. 79 y 80.

30 Se refiere a los autores BIZZOZERO, Lincol, VAILLANT, Marcel, y VERA, Tabaré en “La

El citado autor, se cuestiona entonces: “¿ por que no inscribir tales actos (se refiere a las decisiones, resoluciones y directivas emanadas de los órganos decisorios del MERCOSUR) en ALADI como Acuerdos de Alcance Parcial en el marco del Acuerdo de Complementación Económica N° 18. ¿ (v.g. protocolos adicionales al Acuerdo de Alcance Parcial)”.

A su juicio, “tal iniciativa habría sido de interés considerarla si los demás Estados miembros del MERCOSUR hubieran sancionado una norma similar a la que nuestro país adoptó por el Decreto N° 663/985, de 27 de noviembre de 1985, estableciendo la aplicación inmediata en el ámbito interno, de los Acuerdos de Alcance Parcial”.

Pues bien, si bien puede considerarse un tema discutible, desde nuestro punto de vista y del análisis realizado, dos aspectos parecen claros que limitan en forma ostensible la utilización de dicho mecanismo.

En primer lugar, los Estados Partes al aprobar el Tratado de Asunción en tanto documento constitutivo de un proceso de integración que tiene como objetivo la conformación de un Mercado Común, han utilizado el Acuerdo de Alcance Parcial a los efectos de lograr su compatibilidad con el Principio de No Discriminación del GATT, en aquellos aspectos vinculados con los instrumentos de política comercial, y es sobre ellos que es posible aplicar el mecanismo de incorporación previsto en el Decreto N° 663/985 y solamente en esas situaciones; y en segundo lugar, el mecanismo solamente sería aplicable en el caso de normas reglamentarias y complementariamente ello no inhibe el dictado de los actos jurídicos correspondientes en el orden interno.

A mayor abundamiento y en función de lo expresado, cuando se trate de cualquier disposición incluida en una convención internacional, que invada la esfera de la “reserva de la ley” (o de rango superior al Decreto), no sería válido el mecanismo de internación de las normas por la vía señalada, dado que la modificación de éstas requiere aprobación parlamentaria (o modificación constitucional), y no es suficiente la instancia administrativa genérica.

Por otra parte, y con claridad meridiana, el Protocolo de Ouro Preto, establece en forma expresa cual es el procedimiento para la incorporación o nacionalización de las normas emanadas de los órganos decisorios del MERCOSUR (artículos 38 a 40 del citado Protocolo), y por ende – a nuestro juicio – no es válido considerar una interpretación normativa que avale una aplicación inmediata y directa de dichas normas.

Por lo tanto, la responsabilidad de “adecuar” el ordenamiento jurídico de cada Estado Parte a las normas aprobadas en el esquema de integración regional del MERCOSUR (internalizar, incorporar o nacionalizar), no solamente responde a la naturaleza intergubernamental del proceso; al contenido expreso del Tratado de Asunción y del Protocolo de Ouro Preto, sino también a la vigencia y aplicabilidad de la

---

construcción del MERCOSUR: diagnóstico y evaluación de lo acordado”, 1993, páginas 15 y 22.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (v.g. artículo 26).

## **COROLARIO**

La “cuestión constitucional” en el Uruguay se encuentra contemplada en la Constitución de la República del año 1967, en función de una realidad propia de las características de la “integración latinoamericana” de la época de su aprobación, es decir la década del 60 del siglo pasado (i.e. incorporación del inciso segundo del artículo 6).

A nuestro criterio, en forma clara e indubitable, la misma no habilita a que el Estado uruguayo participe en “procesos de integración” o “esquemas de integración” que tengan características de “supranacionalidad o supraestatalidad”, es decir, sin perjuicio de una clara orientación o vocación integracionista de la Carta Magna uruguaya, la misma responde a la naturaleza “intergubernamental” de los procesos o mecanismos de integración, independientemente de cualquier elaboración doctrinaria que en términos interpretativos se pudiera hacer del texto constitucional, la conclusión no puede ser otra, esto es, la “intergubernamentalidad” en toda su dimensión (i.e. orgánica institucional y normativa).

Vale decir, la Constitución de la República Oriental del Uruguay no autoriza o no es compatible con la participación del Uruguay en una organización internacional dotada de personería jurídica, que se estructure en base a un sistema de órganos capaces de adoptar actos decisorios válidos en el proceso de integración que obliguen al Estado, y que tengan además una aplicabilidad inmediata, erga omnes en la esfera interna<sup>31</sup>.

En ocasión de la firma del Tratado de Asunción ninguno de los Estados Partes tenían resuelta en forma expresa la “cuestión constitucional” de forma tal que su participación en un proceso de integración de carácter económico y comercial pudiera ser objeto de una definición clara en cuanto al alcance de la “profundidad” de su grado de involucramiento en un esquema de integración regional, esto es, afectar espacios de su soberanía en una organización internacional y posibilitar su ingreso en un proceso de carácter supranacional o supraestatal<sup>32</sup>.

Vale decir, en ocasión de la aprobación del Tratado de Asunción (fundacional del Mercado Común del Sur), ninguno de los Estados Partes fundadores, tenían la previsión normativa constitucional que le permitiera “ingresar” a un esquema de integración de carácter supranacional o supraestatal, extremo que en la actualidad se mantiene

---

31 En esta afirmación debe tenerse presente el régimen previsto por el ordenamiento jurídico nacional en el marco de la ALADI, según fue desarrollado ampliamente en este documento,

32 El MERCOSUR, como proceso de integración en que se encuentran comprometidos la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, desde sus orígenes hasta la actualidad, ha adoptado la intergubernamentalidad como característica propia del esquema de integración.

con plena vigencia en el caso de la República Federativa del Brasil y de la República Oriental del Uruguay.

Pues bien, es sabido que la ausencia de la supranacionalidad o supraestatalidad en el MERCOSUR, ha tenido impacto en el proceso de incorporación de la Normativa MERCOSUR en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes, es decir, la aplicación de los artículos 38 a 40 del Protocolo de Ouro Preto no ha sido utilizada en tiempo y forma de acuerdo a la intención de los negociadores, aunque debe señalarse que su análisis en términos cuantitativos (normas aprobadas y normas incorporadas en los Estados Partes) no es válido para una opinión certera al respecto, ya que del punto de vista cualitativo – aún con reservas – el resultado es mas auspicioso en términos de su cumplimiento.

No obstante ello, la relevancia de la supranacionalidad orgánica y normativa de un esquema de integración siempre ha estado presente en el MERCOSUR, ya sea en el desarrollo actual del proceso, y obvio es decirlo, en su proyección futura.

Como consecuencia de lo expresado anteriormente, nuestra opinión, es ciertamente favorable a la necesidad de adecuar la Constitución actualmente vigente en el Uruguay, a los efectos de posibilitar por medio de un Tratado Internacional, la posibilidad de que la República participe en un proceso de integración que contenga órganos con capacidad jurídica propia de la “supranacionalidad o supraestatalidad”, y por ende, sean capaces de crear un ordenamiento jurídico comunitario, con el alcance y las características que la doctrina especializada le ha asignado a dicha concepción jurídica.

Esto no significa que la posibilidad de hacerlo del punto de vista constitucional se transforme en una obligatoriedad, pero parece necesario abordar el tema planteado, en aras de la consonancia o concordancia entre el discurso político y la manifiesta voluntad integracionista, con la imprescindible adecuación de los instrumentos jurídicos con que se cuenta para avanzar y profundizar – en su oportunidad – cualquier instancia integracionista en la que el país esté dispuesto a participar en esos términos. MERCOSUR.

En suma, abordemos honestamente la necesidad de modificar la Constitución uruguaya, sin adoptar interpretaciones evidentemente forzadas, que se transforman en inaceptables y que solo llevan al desconocimiento del texto constitucional.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARBE PEREZ, Héctor. *Aspectos administrativos en la reforma constitucional uruguaya*. Montevideo: CEN, 1967.

BLUTH, Elías. “El Uruguay y la aplicación en la esfera interna del Tratado de Montevideo”. *Anuario de Derecho Internacional*, vol 4, n° 66,



1965, p. 299.

CORREA FREITAS, Ruben. “El MERCOSUR ante la Constitución uruguaya”. *La Justicia Uruguaya*, Tomo CIII, Sección Doctrina, p. 13.

DELPIAZZO, Carlos. “Alcances y límites del Derecho de la Integración”. *Revista de Derecho Público*, n° 13, 1998, p. 45.

DURAN MARTINEZA, Augusto. “Estructura Orgánica del MERCOSUR. El MERCOSUR después de Ouro Preto”. *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, 1995, p. 57.

ESTEVA GALICCHIO, Eduardo. “La cuestión constitucional en los cuatro Estados Partes del MERCOSUR. Serie Congresos y Conferencias N° 11, el MERCOSUR después de Ouro Preto”. *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, p. 36

FERNANDEZ REYES, Jorge. La Secretaría del MERCOSUR. *Revista de Derecho del MERCOSUR*, vol 3, n° 4, 1999, p. 74.

FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia. “El sistema normativo del MERCOSUR y el uso de los Acuerdos de Alcance Parcial de ALADI para regular el transporte regional”. En *La Integración rumbo al Siglo XXI*. Edición EDUCAT, 1996.

FRUGONE SCHIAVONE. “Solución de controversias en el MERCOSUR”. *Serie Congresos y Conferencias de la Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Política*, p. 70.

GAMIO, José. “Ordenamiento Jurídico del MERCOSUR. El MERCOSUR después de Ouro Preto”. *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, 1995, p. 79 y 80.

GROS ESPIELL, Héctor. La integración económica de Latinoamérica y la Constitución uruguaya. *Temas Jurídicos*, n° 1, 1968, p. 37.

MIDON, Mario. *Derecho de la Integración. Aspectos Institucionales del MERCOSUR*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1998.

PAOLILLO, Felipe. Las normas constitucionales sobre integración económica y social. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, n° 19, p. 197.

PEREZ OTERMIN, Jorge. *El Mercado Común desde el Sur: desde Asunción a Ouro Preto. MERCOSUR*: FCU, Montevideo, 1995.

RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto. *MERCOSUR: Integración y Derecho*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, Intercontinental Editora, 1998.

VIEIRA, Manuel. “La integración latinoamericana”. En *Alcances y aplicaciones de la nueva Constitución uruguaya*. Montevideo: IEPAL, 1967, p. 164.

## **RESUMEN BIOGRÁFICO**

*Jorge E. Fernández Reyes* es Profesor Titular de la Cátedra de Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo desde el 2000 hasta la fecha, asimismo se desempeña como Director de la Maestría en Integración y Comercio Internacional en la misma facultad. Representante Alternativo de Uruguay ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR (2017). Ex Director de la Secretaría del MERCOSUR (1997 – 1998). Ex Director General del Ministerio de Relaciones Exteriores (1995 – 1996).

# O PRINCÍPIO DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL: EM BUSCA DO TERRENO COMUM

## EL PRINCIPIO DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL: BUSCANDO TERRENO COMÚN

*Cláudio Cerqueira Bastos Netto\**

---

**Resumo:** No presente trabalho, busca-se levantar uma reflexão sobre a aplicação do princípio da margem de apreciação nacional, e expor diferentes posições doutrinárias sobre o tema. Ressalta-se a ligação desse princípio com a subsidiariedade da jurisdição internacional. Após buscar uma definição do princípio e analisar brevemente as jurisprudências do Sistema Europeu de Direitos Humanos e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no tema, são feitas observações sobre a compatibilidade do princípio com as teorias do universalismo e do relativismo cultural dos direitos humanos. Por fim, é feita uma análise crítica do princípio, da necessidade de sua aplicação e de formas de aplicá-lo corretamente.

**Resumen:** En este trabajo, se intenta empezar una reflexión sobre el principio del margen de apreciación nacional, y exponer diferentes posiciones doctrinarias sobre el tema. Es subrayada la conexión de esta doctrina a la subsidiariedad de la jurisdicción internacional. Después de buscar una definición de la doctrina y analizar brevemente las jurisprudencias del Sistema Europeo de Derechos Humanos y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se harán observaciones sobre la compatibilidad del principio con las teorías del universalismo y del relativismo cultural de los derechos humanos. Finalmente, se hará un análisis crítico del principio, de la necesidad de su aplicación y de maneras de aplicarlo correctamente.

**Palavras-chave:** Margem de apreciação nacional, Subsidiariedade, Jurisdição Internacional, Direitos Humanos

**Palabras clave:** Margen de Apreciación Nacional, Subsidiariedad, Jurisdicción Internacional, Derechos Humanos

---

\* Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.  
E-mail: cbastosn@gmail.com  
Recibido: 23/03/2017. Aceptado: 08/01/2018.

## **1. INTRODUÇÃO**

A jurisdição internacional tem a subsidiariedade como uma de suas principais características. O princípio da margem de apreciação nacional está diretamente ligado a tal característica. Ele impõe que o Estado possuirá certa margem para definir o alcance de certos direitos humanos no seu ordenamento interno, desde que os standards internacionais de proteção sejam respeitados. Contudo, surgem problemas na aplicação desse princípio. O quão ampla deve ser a margem concedida ao Estado para que este defina a amplitude de direitos fundamentais, diante do seu contexto político, social, econômico e cultural interno?

Ademais, pode ser questionado se este princípio será usado para que se chancela uma situação de denegação de justiça, no caso de violações de direitos humanos que não sejam sanadas por organismos internacionais sob o fundamento de que o Estado violador dos direitos humanos agiu dentro de sua margem de apreciação nacional. Por outro lado, também pode ser sustentado que o desrespeito à margem de apreciação nacional acarreta em usurpação de competência por parte do organismo internacional que estende sua jurisdição de forma ampla, de modo a alcançar questões que poderiam ser resolvidas de forma satisfatória por autoridades locais.

Ao longo desse trabalho, a importância da margem de apreciação poderá ser percebida nos dispositivos dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos que preveem certa abertura para a ação dos Estados. Também no desafio de limitar corretamente o alcance dos direitos humanos, e na dificuldade de traçar standards mínimos. Analisaremos as jurisprudências do Sistema Europeu de Direitos Humanos e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no tema. Serão citados os casos mais importantes, além da opinião de doutrinadores mais relevantes.

Então, faz-se uma análise crítica do princípio, seus desafios e são expostas opiniões doutrinárias sobre o assunto. Busca-se expor opiniões diversas, a fim de problematizar a questão e, então, propor maneiras de melhorar a aplicação do princípio da margem de apreciação, com o escopo de encontrar um ponto de equilíbrio entre o respeito à subsidiariedade da jurisdição internacional e a efetiva proteção dos direitos humanos.

## **2. O QUE É O PRINCÍPIO DA MARGEM DE APRECIACÃO NACIONAL?**

A doutrina da margem de apreciação nacional busca conferir limites e determinar os fins da jurisdição internacional. Desenvolvida no Sistema Europeu de Direitos Humanos (doravante SEDH), a doutrina

sustenta que as autoridades internas, em alguns casos específicos, podem estar em melhor posição para definir as medidas internas necessárias para cumprir um tratado internacional de direitos humanos<sup>1</sup>. Apesar de ser concedido um âmbito de discricionariedade ao Estado, a sua conduta será fiscalizada pelos órgãos internacionais, que determinarão se o Estado agiu de boa fé, respeitou standards mínimos e não impôs condições injustas para o exercício do direito.

Como ensina Manuel Núñez Poblete<sup>2</sup>, esta doutrina admite que, em certos casos, haja uma pluralidade de concepções dos direitos fundamentais, e recomenda que os órgãos jurisdicionais internacionais não assumam o papel de avaliar as circunstâncias que dão base a tais concepções locais de direitos fundamentais, dado que esse é um papel que deve ser exercido pelas autoridades domésticas. O autor<sup>3</sup>, ao escrever sobre esse princípio, cita a seguinte frase de Montesquieu<sup>4</sup>: “¿Acaso no podía consistir la grandeza del genio en saber en qué conviene la uniformidad y en cuál las diferencias?”.

Dessa maneira, podemos dizer que os direitos humanos podem estar sujeitos a diferentes limitações, de acordo com uma concepção local específica desse direito. É o caso, por exemplo, da liberdade de expressão, que é um direito reconhecido por toda a comunidade internacional como um direito humano. No entanto, é possível que esse direito seja entendido de forma diferente em países diferentes, por força de aspectos próprios de cada localidade.

Isto pode ser facilmente notado pela maneira que os Estados tratam o discurso de ódio<sup>5</sup>. No Brasil, há julgados do Supremo Tribunal Federal que apresentam uma postura mais repressiva do Judiciário a esse tipo de discurso, enquanto os tribunais estadunidenses tendem a uma defesa quase incondicional da liberdade de expressão. Podemos notar esse contraste comparando o caso *Ellwanger*, julgado pelo STF, com o caso *Nationalist Socialist Party of America vs. Village of Skokie*, julgado pela Suprema Corte do estado de Illinois. No primeiro, o sr. Sigfried Ellwanger foi condenado pelo crime de racismo por ter publicado,

---

1 GONZÁLEZ, Felipe. “La OEA y los derechos humanos después del advenimiento de los gobiernos civiles: expectativas (in)satisfechas”. *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, 2001, n° 1, p. 46-47. Disponível em: <[http://w1.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc\\_view/2723-la-oea-y-los-derechos-humanos-despues-del-advenimiento-de-los-gobiernos-civiles-expectativas-insatisfechas.html](http://w1.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/2723-la-oea-y-los-derechos-humanos-despues-del-advenimiento-de-los-gobiernos-civiles-expectativas-insatisfechas.html)>

2 NÚÑEZ POBLETE, Manuel. “Sobre la doctrina de margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En: ACOSTA ALVARADO, P. e NÚÑEZ POBLETE, M. (Ed.). *El margen de apreciación en el SIDH: proyecciones regionales y nacionales*, México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 3.

3 *Ibid.*, p. 1

4 MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*, Libro XXIX, cap. XVIII.

5 Para um estudo mais aprofundado do tema: PORTO MACEDO Jr., Ronaldo. *Freedom of Expression: What lessons should we learn from US experience?* Disponível em: <[https://www.law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela16\\_macedo\\_cv\\_eng\\_20160401.pdf](https://www.law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela16_macedo_cv_eng_20160401.pdf)>

vendido e distribuído material antissemita. Nesse caso, entendeu-se que a liberdade de expressão não é absoluta, e foi retraída para proteger a dignidade da pessoa humana. Já no segundo caso, o Partido Nazista foi autorizado a fazer uma passeata numa localidade de maioria de habitantes judeus, usando a suástica como símbolo da liberdade de expressão protegida pela Primeira Emenda à Constituição Americana.

Há grande disparidade na maneira com o que os tribunais agiram para defender a liberdade de expressão nas decisões citadas, e diversas críticas são feitas a ambas as decisões. Exploraremos posteriormente algumas formas de aproximar ideias diferentes, a fim de melhorar a forma a qual interpretamos os direitos humanos. No entanto, podemos dizer que impor uma concepção uniforme desse direito específico a todos os diferentes povos e culturas não parece ideal, senão irrealista. Os direitos humanos não se pretendem ser um bloco monolítico de direitos que não admitem qualquer tipo de abertura a uma interpretação local, baseado em uma teoria universalista radical. Portanto, o princípio da margem de apreciação nacional pode vir a ser utilizado em casos em que as particularidades das concepções locais de direitos humanos precisem ser respeitadas.

Ademais, como veremos posteriormente, esse princípio tem importante relação com a subsidiariedade da jurisdição internacional. A própria ideia de margem de apreciação é sustentada pela referida subsidiariedade no plano jurisdicional internacional, especialmente no caso dos direitos humanos<sup>6</sup>. A subsidiariedade não se confunde com as funções de controle e/ou investigação, desempenhadas por órgãos como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a ela atribuída pelos instrumentos que a constituem. Observa-se que a subsidiariedade é fundamento de existência dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, que só reconhecerão a responsabilidade internacional do Estado pela violação de um direito protegido internacionalmente caso a violação não venha a ser sanada na ordem interna, como se nota pela exigência de esgotamento das vias judiciais internas para que uma denúncia seja admissível.

### **3. A MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL NO SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS**

Trata-se de princípio de grande importância para o Sistema Europeu, como se nota pelo Protocolo nº 15 à Convenção Europeia de Direitos Humanos (doravante CEDH), que visa a alterar, *inter alia*, o preâmbulo do tratado, para incluir em sua redação uma menção ao princípio da subsidiariedade e à margem de apreciação nacional. Observa-se que o Protocolo nº 15 só entrará em vigor quando todos

---

<sup>6</sup> NÚÑEZ POBLETE, Manuel. Op. cit., p. 42.

os Estados partes da CEDH o assinarem e ratificarem, o que ainda não aconteceu<sup>7</sup>. O seu artigo 1º prevê:

Artigo 1º

No fim do preâmbulo da Convenção, é aditado um novo considerando, cuja redação é a seguinte:

«Afirmando que, em conformidade com o princípio da subsidiariedade, incumbe em primeiro lugar às Altas Partes Contratantes assegurar os direitos e liberdades definidos nesta Convenção e nos respetivos Protocolos, e que ao fazê-lo elas gozam de uma margem de apreciação, sob a supervisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos criado por esta Convenção,»

O caso *Handyside vs. United Kingdom*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (doravante Corte EDH) em 1976, é um caso paradigmático, pois aplicou o princípio da margem de apreciação pela primeira vez no Sistema Europeu. Trata-se da censura e apreensão do livro *The Little Red Schoolbook*, publicado e distribuído no Reino Unido pelo peticionário, o sr. Richard Handyside, editor de livros. Foram aplicadas multas ao sr. Handyside, além do confisco de mais de mil exemplares, sob o argumento de que o livro possuía conteúdo obsceno – a publicação era destinada a jovens, e os estimulava a questionar tabus da sociedade, incluindo capítulos que discutiam temas como sexo e drogas.

Nesse caso, a Corte localizada em Estrasburgo entendeu que a censura imposta ao editor de livros estava consoante com as normas da CEDH, pois foi prescrita por lei e tinha um objeto legítimo. Para tal, invoca-se o artigo 10.2 desse diploma, que dispõe:

ARTIGO 10º

Liberdade de expressão

2. O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

---

<sup>7</sup> De acordo com consulta realizada em 17 de dezembro de 2017, 38 Estados já ratificaram o Protocolo N° 15. Contudo, estão pendentes as ratificações de: Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Croácia, Grécia, Itália, Luxemburgo, Malta, Espanha e Ucrânia. Consulta realizada em: <[https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213/signatures?p\\_auth=ik0yBL1s](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213/signatures?p_auth=ik0yBL1s)>

O dispositivo em questão trata especificamente da liberdade de expressão, e prevê certa margem para que os Estados limitem o exercício destas liberdades, de acordo com aspectos próprios de suas ordens internas. Na sentença do caso *Handyside*, a Corte EDH entende de forma majoritária que caberia apenas ao Tribunal de Estrasburgo analisar se os tribunais ingleses não ultrapassaram o alcance imposto pelo dispositivo supra sobre a margem de apreciação concedida aos Estados partes da CEDH, em que pese a posição minoritária de que o julgamento do tribunal doméstico não deveria ser considerado, mas apenas a CEDH deveria ser usada para avaliar a censura do livro. Isso pode ser notado no trecho a seguir<sup>8</sup>:

According to the Government and the majority of the Commission, the Court has only to ensure that the English courts acted reasonably, in good faith and within the limits of the margin of appreciation left to the Contracting States by Article 10 para. 2 (art. 10-2). On the other hand, the minority of the Commission sees the Court's task as being not to review the Inner London Quarter Sessions judgment but to examine the Schoolbook directly in the light of the Convention and of nothing but the Convention.

The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights (judgment of 23 July 1968 on the merits of the "Belgian Linguistic" case, Series A no. 6, p. 35, para. 10 in fine). The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted (Article 26).

Ademais, no trecho supra, ressalta-se que o sistema de proteção aos direitos humanos emanado da CEDH é subsidiário, de modo que se permite a aplicação do princípio da margem de apreciação. Para tal, apoia-se na máxima de que os Estados partes tem o dever de proteger os direitos humanos, e o sistema europeu só deve agir caso o Estado falhe nesse dever, dada sua subsidiariedade.

De igual forma decide o Tribunal de Estrasburgo no caso *James vs. Reino Unido*, no qual os petionários alegam que seu direito à propriedade foi violado pelo *Leasehold Reform Act 1967* - lei aprovada pelo Parlamento britânico que permite que locatários adquiram a propriedade do imóvel que vivem de forma compulsória, em nome do benefício público/social. Os petionários alegam que tal lei não pode

---

<sup>8</sup> Case of *Handyside v. The United Kingdom*. Application N° 5493/72, 7 December 1976, Parágrafo. 47-48



ser considerada de interesse público, pois concede vantagem apenas a certos indivíduos, em sua esfera privada, a terem acesso à propriedade de um imóvel. A Corte EDH não acolheu esse argumento, e entendeu que a perda do direito de propriedade pode ser utilizada com fins legítimos destinados a benefício público, mesmo que a comunidade como um todo não tenha um uso ou vantagem diretamente obtida por essa perda de propriedade. Ainda, destaca-se:

[b]ecause of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is “in the public interest”. [...] Here, as in other fields to which the safeguards of the Convention extend, the national authorities accordingly enjoy a certain margin of appreciation<sup>9</sup>.

A definição desse limite da atuação estatal pode vir a ser tema de controvérsia entre Estados e a Corte Europeia. Cabe a esta defini-lo. No caso *Dudgeon vs. Reino Unido*, por exemplo, a Corte EDH entendeu que era incompatível com a CEDH a lei penal britânica que criminalizava relações sexuais homossexuais consentidas entre homens adultos na Inglaterra, no País de Gales e na Irlanda do Norte. O Tribunal afirma que as autoridades nacionais podem fazer uma avaliação inicial das circunstâncias sociais de cada caso, e há uma margem de apreciação deixada a elas. No entanto, sua decisão está sujeita à revisão pela Corte EDH, que levará em consideração o objetivo da restrição do direito e a natureza das atividades proibidas para definir o alcance da margem de apreciação.

Assim, nesse caso, entendeu-se que: “[t]he present case concerns a most intimate aspect of private life. Accordingly, there must exist particularly serious reasons before interferences on the part of the public authorities can be legitimate for the purposes of Article 8 (2)”<sup>10</sup>. E assim, o veredito foi de que a referida lei causava interferência injustificada ao direito de respeito à vida privada, previsto no artigo 8 da CEDH - logo, não se aplicou o princípio da margem de apreciação.

#### **4. A MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

Assim como o artigo 10.2 da CEDH, alguns dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante CADH) dão certa margem para os Estados partes definirem o alcance de alguns direitos na ordem interna. É o que se entende, por exemplo, na Opinião

---

9 Case *James and Others v. The United Kingdom*. Application N° 8793/79. 21 February 1986.

10 Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso *Dudgeon vs. Reino Unido*. Sentença de 23 de setembro de 1981. Serie A, no 45. Par. 52

Consultiva N° 7, expedida pela Corte Interamericana de Derechos Humanos (doravante Corte IDH) em 1986, sobre o direito de retificação ou resposta, previsto no art. 14.1 da CADH, como se vê no trecho a seguir:

El artículo 14.1 no indica si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en qué lapso puede ejercerse el derecho, qué terminología es admisible, etc. De acuerdo con el artículo 14.1, estas condiciones serán las “que establezca la ley”, frase que implica un lenguaje que, a diferencia del utilizado en otros artículos de la Convención (“estará protegido por la ley”, “conforme a la ley”, “expresamente fijadas por ley”, etc.), requiere el establecimiento de las condiciones para el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta por medio de la “ley”, cuyo contenido podrá variar de un Estado a otro, dentro de ciertos límites razonables y en el marco de los conceptos afirmados por la Corte.<sup>11</sup> (grifo acrescentado)

Nota-se que, ao dar tal opinião, a Corte não menciona o conceito de margem de apreciação nacional. Contudo, a interpretação concedida admite que condições para o exercício do direito sejam definidas na ordem interna, e podem variar entre Estados diferentes. Eis a manifestação da subsidiariedade da jurisdição internacional.

Curiosamente, em ocasião anterior, a Corte IDH usa o conceito de margem de apreciação para conceder sua opinião. Isso ocorreu na Opinião Consultiva N° 4, sobre a interpretação do artigo 20 da CADH, que garante o direito à nacionalidade. Foi solicitada pela Costa Rica, que questionava se seu projeto reforma constitucional que alterava os dispositivos sobre naturalização estava de acordo com a CADH. Entendeu-se que o Estado está autorizado a estabelecer os requisitos para aquisição da nacionalidade. No entanto, é necessário que se observe a igualdade perante a lei e a não discriminação, que estão previstas no art. 1 (1) e 24, do Pacto de San José. Assim entende o Tribunal:

Esta conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados. La mayoría de estas hipótesis, no sometidas por cierto a la consideración de la Corte, constituyen verdaderos casos de discriminación en razón del origen o del lugar de nacimiento que crean injustamente dos grupos

---

11 Corte IDH. Opinião Consultiva N° 7. Publicada em 29 de agosto de 1986. Serie A, n° 7. Parágrafo 27

de distintas jerarquías entre nacionales de un mismo país<sup>12</sup>. (grifo acrescentado)

A aplicação do princípio também está presente na Comissão IDH. Isso se nota, por exemplo, em casos sobre participação política, especialmente na interpretação do artigo 23 da CADH. Assim ocorreu no caso José Efraín Ríos Montt vs. Guatemala<sup>13</sup>. Trata-se de denúncia submetida à CIDH pelo ex-presidente *de facto* da Guatemala, que governou o país entre 1982 e 1983, período no qual foi suspensa a vigência da Constituição guatemalteca. Ele alega que foram violados seus direitos protegidos pela CADH, em seus artigos 8 (garantias judiciais), 25 (proteção judicial), e 32 (imparcialidade na administração da justiça), em razão dos atos de autoridades públicas guatemaltecas que declararam inadmissível sua candidatura à presidência da referida república. Tal inadmissibilidade foi baseada no artigo 186.a da Constituição política então vigente na Guatemala, que disciplinava a eleição presidencial e tinha a seguinte redação:

[N]o podrán optar a ese cargo,

a. El caudillo ni los jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento similar, que haya alterado el orden constitucional, ni quienes como consecuencia de tales hechos asuman la Jefatura de Gobierno...

A CIDH, ao examinar a admissibilidade da denúncia submetida por Ríos Montt ao SIDH, entende que a disposição da Constituição guatemalteca não vulnera qualquer direito protegido pela CADH, levando em conta que a referida restrição ao direito se insere dentro de um contexto não-discriminatório, no qual se aplica a margem de apreciação:

[...] considera la Comisión que el contexto del derecho constitucional guatemalteco e internacional en que se ubica esta condición de inelegibilidad es la dimensión apropiada para el análisis de la aplicabilidad de la Convención en general, y de sus artículos 23 y 32 al caso sub-judice, y de la cual puede surgir el margen de apreciación permitido por el derecho internacional<sup>14</sup>. (grifo acrescentado)

---

12 Corte IDH. Opinión Consultiva n° 4. Expedida em 19 de janeiro de 1984. Serie A, N° 4. Parágrafo 62.

13 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório n° 30/93, caso n° 10.804, José Efraín Montt vs. Guatemala, 12 de outubro de 1993, parágrafo 24, disponível em <http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.III.guatemala10.804.htm>, acesso em 22/03/2017.

14 *Ibid.*, §24.

Nesse caso, cita-se o artigo 32 da CADH, que trata dos direitos e deveres, e, *inter alia*, dispõe: “Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática”. Nesse ponto, cabe ressaltar que não há nenhum dispositivo do Pacto de San José que preveja expressamente a aplicação do princípio da margem de apreciação, mas a discussão sobre a melhor posição dos órgãos nacionais fez parte de seus trabalhos preparatórios. Sobre o tema, Núñez Poblete<sup>15</sup> destaca:

En este último ámbito hay que recordar que, la “mejor posición” de los órganos nacionales para pronunciarse sobre el alcance de ciertos derechos, si bien no fue explicitada en el texto del Pacto de San José, atravesó parte de los trabajos preparatorios de dicho instrumento, lo que hace pensar que en algún sentido ella estuvo en la mente de los representantes. (grifo acrescentado)

O autor também ressalta que a própria Corte IDH afirma que a “jurisdição internacional é subsidiária e complementária”<sup>16</sup>. Ademais, aponta, de forma não exaustiva, seis áreas nas quais se aplicou de alguma forma a doutrina aqui estudada, sendo essas:

- a) el desarrollo normativo interno de los derechos reconocidos en la CADH;
- b) la configuración de las instituciones nacionales que inciden en el desarrollo o ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención;
- c) la valoración de las circunstancias materiales que justifican la limitación de los derechos reconocidos en la Convención;
- d) la regulación de los derechos no reconocidos en la Convención;
- e) el alcance de la jurisdicción de la Corte IDH en los casos contenciosos;
- f) el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH.<sup>17</sup>

No entanto, há um número muito menor de casos nos quais se aplicou o princípio da margem de apreciação no SIDH quando comparado com o SEDH. Por outro lado, podemos ver que esse princípio

---

15 NÚÑEZ POBLETE, Manuel, Op. cit., p. 41-42.

16 *Ibid.*, p. 43. São apontados como precedentes nesse sentido: Corte IDH. Caso Perózo y otros vs. Venezuela, sentencia del 28 de enero de 2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 64, notas marginales omitidas. De acordo com Núñez Poblete: “La Corte se remite a la jurisprudencia sobre subsidiariedad de los casos Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, sentencia del 24 de noviembre de 2006 (interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 66, y Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, sentencia del 4 de julio de 2007 (fondo, reparaciones y costas), párr. 47. El carácter complementario aparece en esta sentencia fundamentado en el Preámbulo de la CADH y también en las opiniones consultivas OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, párr. 31; OC-6/86 9 de mayo de 1986, párr. 26; y el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988 (fondo), párr. 61.”

17 NÚÑEZ POBLETE, Manuel, Op. cit., p. 22-23.

não está inteiramente ausente do SIDH, como afirmam alguns autores<sup>18</sup>.

## 5. ANÁLISE CRÍTICA

### 5.1. O problema da demasiadamente ampla margem de apreciação nacional

Apesar de gozar de apoio de expressiva parte da comunidade acadêmica, a aplicação do princípio também sofre críticas. Uma dessas é a observação de Eyal Benvenisti<sup>19</sup>, que critica a adoção dessa doutrina pela Corte EDH, e aponta que esta desenvolveu uma teoria do consenso mínimo para determinar o alcance da margem de apreciação. O autor explica:

The adjudicating organ must either adopt a moral standard or defer to a relativistic approach based on a comparative analysis. The ECHR has opted for the latter approach by developing the doctrine of consensus. This doctrine, coupled with the margins doctrine, poses another serious obstacle to the international protection of minority values. In the jurisprudence of the ECHR, consensus is inversely related to the margins doctrine: the less the court is able to identify a European-wide consensus on the treatment of a particular issue, the wider the margins the court is prepared to grant to the national institutions. Minority values, hardly reflected in national policies, are the main losers in this approach.<sup>20</sup> (grifo acrescentado)

Como consta no trecho grifado, Benvenisti ressalta que minorias ou grupos vulneráveis<sup>21</sup> podem ser os mais prejudicados. O autor afirma que a Corte deixa de cumprir seu papel de guardião externo contra a tirania das maiorias<sup>22</sup>. Afinal, muitos conjuntos de minorias, que podem ser grupos étnicos, nacionais ou religiosos que são numericamente

---

18 CONTESSÉ, Jorge. "Subsidiarity in inter-American human rights law", p. 20. Trabalho apresentado no *Seminar in Latin America on Constitutional and Political Theory (SELA)* 2015. Disponível em: <[https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15\\_Contesse\\_CV\\_Eng.pdf](https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15_Contesse_CV_Eng.pdf)>

19 BENVENISTI, Eyal. "Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards". *New York University Journal of International Law and Politics*. 1998, n° 31, p. 843-854.

20 *Ibid.*, p. 851.

21 Benvenisti usa o termo 'minorias'. No entanto, acreditamos que a nomenclatura 'grupos vulneráveis' é mais acertada, já que alguns grupos podem estar, dentro do contexto de uma sociedade, em situação de vulnerabilidade, mas não serem uma minoria numérica em relação a demais grupos. É o caso, por exemplo, das mulheres, que, mesmo estando em paridade numérica com os homens, podem vir a estar em situação de vulnerabilidade em uma sociedade, além de não estarem devidamente representadas no poder público. Isso pode ser notado, no contexto brasileiro, na baixa representação de mulheres na política. Apesar de já ter tido uma mulher presidente, nas eleições de 2014, a percentagem de mulheres entre os parlamentares eleitos ao Congresso Nacional foi de apenas 10%.

22 BENVENISTI, Eyal, *Op. cit.*, p. 852.

inferiores à maioria e/ou estão em condição de vulnerabilidade, podem vir a ser pouco representados ou até mesmo perseguidos no contexto político nacional. Caso os poderes públicos, na ordem interna desses Estados, falhem em proteger os direitos de tais minorias, a jurisdição internacional será o último recurso disponível para que essas pessoas busquem a proteção de seus direitos humanos, e talvez a única opção para obter reparação em caso de direitos violados<sup>23</sup>.

Paolo Carozza<sup>24</sup> ao criticar a teoria do consenso mínimo, aplicada no SEDH, aponta: “*Surely the Convention did not mean to efface all national differences in the name of uniformity, but instead to set a minimum level of compatibility*”. Assim, o autor rejeita um universalismo radical, e admite que haja certa abertura para a ação dos Estados partes da CEDH na ordem interna. Contudo, a Convenção deve estabelecer padrões mínimos de compatibilidade. Não é necessário que a Corte EDH sempre busque um consenso entre os demais Estados para definir o conteúdo de um direito. Afinal, essa prática seria um desserviço à primeira convenção concebida como instrumento internacional vinculante aos Estados partes e gerador de obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos dos indivíduos sujeitos às suas jurisdições.

O eminente jurista Antônio Augusto Cançado Trindade critica a proposta de adoção do princípio na margem de apreciação no sistema interamericano, e questiona:

How could we apply [the margin of appreciation doctrine] in the context of a regional human rights system where many countries' judges are subject to intimidation and pressure? How could we apply it in a region where the judicial function does not distinguish between military jurisdiction and ordinary jurisdiction? How could we apply it in the context of national legal systems that are heavily questioned for the failure to combat impunity? ... We have no alternative but to strengthen the international mechanisms for protection ... Fortunately, such doctrine has not been developed within the inter-American human rights system<sup>25</sup>.

De certo modo, à crítica do ex-juiz da Corte IDH assiste razão. Podemos tomar como exemplo os casos julgados contra Honduras, nos quais a aplicação dessa doutrina foi um dos argumentos de defesa do

---

23 *Ibid.*, p. 848.

CAROZZA, Paolo G. “Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”. *Notre Dame Rev.* 1998, p. 1217-1238.

25 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. 2008, 390.

Estado. Como aponta Jimena Bonilla Cabañas<sup>26</sup>, tais casos tratam de flagrantes violações de direitos humanos, como execuções extrajudiciais, detenções ilegais, suposta falta de celeridade em investigações ou negligência de autoridades judiciais. “*Por lo tanto, ninguno de los casos contenciosos resueltos hasta ahora por la Corte IDH ha implicado diferencias de interpretación jurídica entre el ordenamiento jurídico interno hondureño y la Corte IDH*”<sup>27</sup>, conclui a jurista. Dessa maneira, devemos levar em consideração a realidade dos Estados partes da CADH, dada a gravidade das violações de direitos humanos ocorridas no continente, se comparadas com os casos do Sistema Europeu.

Na mesma linha, Felipe González<sup>28</sup>, um dos atuais comissários da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, afirma que a doutrina é criticada mesmo por especialistas no SEDH, e que este a aplica de forma errática e imprevisível. Também afirma que os limites do poder discricionário do Estado não são estão absolutamente definidos no SEDH, pois este já aplicou um standard europeu comum a todos os Estados em vez de aplicar essa doutrina.

Por outro lado, outros doutrinadores possuem opinião divergente. Jorge Contesse<sup>29</sup> classifica como expansiva a postura da Corte IDH, e acredita que o referido princípio deveria ser adotado. Contesse afirma que o posicionamento de Cançado Trindade faria sentido no fim dos anos 80, quando eram julgados casos de graves violações de direitos humanos cometidas por Estados autoritários. Hoje, depois de duas décadas de evolução da jurisprudência e do surgimento de democracias nestes Estados que passaram por regimes ditatoriais, poderia ser adotada uma posição mais moderada, segundo o jurista.

Pode-se dizer que Contesse e Cançado Trindade têm opiniões divergentes por terem percepções diferentes da realidade do continente nos dias de hoje. É verdade que houve uma transição de regimes autoritários para regimes democráticos em vários dos Estados partes nas últimas décadas, como destaca Contesse. No entanto, nota-se que graves violações de direitos humanos ainda são denunciadas ao sistema interamericano até os dias de hoje<sup>30</sup>.

---

26 BONILLA CABAÑAS, Jimena. “Casos Hondureños ante el Sistema Interamericano y el uso de la doctrina del margen de apreciación”. En: ACOSTA ALVARADO, P. e NÚÑEZ POBLETE, M. (Ed.) *El margen de apreciación en el SIDH: proyecciones regionales y nacionales*, México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 271-284. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3160/13.pdf>>

27 *Ibid.*, p. 279.

28 GONZÁLEZ, Felipe. *Op. cit.*, p. 47.

29 CONTESSE, Jorge (2015). *Op. cit.* p. 17.

30 Dois casos recentemente julgados pela Corte IDH contra o Estado brasileiro são bons exemplos, sendo esses: o caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, no qual foi denunciada a manutenção de pessoas em situação análoga à escravidão em uma fazenda no estado do Pará, além do desaparecimento de duas dessas; e o caso Favela Nova Brasília, que trata de um caso de violência policial numa favela do Rio de Janeiro que envolve execuções sumárias e estupro de moradores da localidade.

## 5.2. Margem de apreciação e relativismo cultural

O jurista Roberto Gargarella critica a postura da Corte IDH no caso *Gelman vs. Uruguai*, no qual este país foi condenado pelo desaparecimento forçado de María Claudia de Gelman e o sequestro de sua filha Macarena Gelman durante a ditadura militar uruguaia. Na sentença, condenou-se o país a remover todos os obstáculos que permitissem a impunidade daqueles responsáveis pelos referidos crimes. Ainda, declarou-se que a lei de anistia uruguaia, que proíbe a persecução penal de indivíduos que cometeram graves violações de direitos humanos, era incompatível com a CADH e a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, sendo, portanto, sem efeito legal.

O autor ressalta que a referida lei uruguaia foi aprovada democraticamente em 1986, e teve sua validade confirmada por referendo em duas ocasiões diferentes, nas quais a população do Uruguai decidiu manter a vigência da lei de anistia. Contudo, de acordo com o posicionamento da Corte IDH, as leis de anistia são expressamente incompatíveis com a CADH e seu espírito, por impedirem a persecução penal dos responsáveis por graves violações de direitos humanos. Assim se entendeu nos casos *Barrios Altos vs. Peru*, *La Cantuta vs. Peru*, *Almonacid Arellano vs. Chile*, e *Gomes Lund vs. Brasil*.

Gargarella afirma que as leis de anistia de cada país guardam um grau de legitimidade democrática diferente, e a Corte IDH falha ao não considerar as nuances de cada uma destas. Nos casos da Argentina e do Peru, há ausência de legitimidade democrática das referidas leis, dado que foram impostas por regimes ditatoriais, em seu próprio favor. A lei de anistia uruguaia de fato possui maior grau de legitimidade quando comparada com as demais leis que foram objeto dos casos supra citados, por ter sido aprovada pelo voto popular em dois referendos.

O jurista argentino então afirma que a Corte IDH deveria ao menos ter elaborado um esforço argumentativo diferenciado, dadas as diferenças do caso *Gelman* em relação aos demais casos. Contudo, a Corte entendeu que o processo de adoção da lei era irrelevante, pois é incompatível com a CADH sua *ratio legis*, ou seja, a manutenção de impunidade a graves violações de direitos humanos<sup>31</sup>.

Ao analisar o caso em questão e a opinião de Gargarella, diferentes posturas quanto à decisão da Corte IDH podem ser tomadas. No entanto, nosso objetivo ao levantar este debate é mostrar que o princípio da margem de apreciação não dá abertura apenas a questões culturais próprias de certa comunidade.

No caso da lei de anistia uruguaia, por exemplo, os que defendem

---

31 Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguai*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011 (Mérito, Reparação e Julgamento). Série C, N° 221, para. 229.



a aplicação do princípio da margem de apreciação não o fazem porque existem características culturais exclusivas do Estado uruguaio em relação aos demais países latino-americanos, mas pelo processo político-democrático ocorrido naquele país que manteve a vigência da lei de anistia. A teoria do relativismo cultural é incompleta, já que desconsidera o fato de a construção dos direitos humanos não levar em conta apenas aspectos culturais, mas também a realidade econômica, social e política de uma sociedade.

### **5.3. O respeito à diversidade na jurisdição internacional: em busca do terreno comum**

As relações entre subsidiariedade e direitos humanos são muito importantes e não podem ser deixadas de lado na busca de um direito internacional que proteja a dignidade da pessoa humana e a diversidade da sociedade humana simultaneamente. Como leciona Paolo Carozza, pode ser feito uso do direito comparado para identificar uma tradição legal que dá origem aos standards internacionais de direitos humanos, que não são um conjunto de normas desvinculados ou sem contexto<sup>32</sup>. Por outro lado, as comparações podem servir para se buscar um entendimento mais universalizado de normas abrangentes de direitos humanos ao se questionar suas similaridades dentre as diferentes culturas.

Dessa maneira, o ideal é buscar terreno comum entre as posições divergentes. Não se deve adotar um modelo *bottom-up*, como propõe Contesse<sup>33</sup>, pois esse modelo reduz drasticamente o papel dos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, o que pode causar prejuízos ao indivíduo, especialmente no caso de proteção de minorias e grupos vulneráveis, como foi exposto anteriormente.

Por outro lado, o unilateralismo internacionalista não parece o melhor modelo a ser adotado. É necessário que haja diálogo entre os órgãos internacionais e as autoridades nacionais, o que não exclui a capacidade daquelas de impor standards mínimos de proteção a estas, além de analisar sua conduta.

Nesse ponto, deve ser levada em consideração a observação de Anne-Marie Slaughter, que prescreve a existência de uma comunidade global de cortes. Para a jurista, houve uma transição de dois sistemas jurídicos diferentes (internacional e doméstico) para apenas um. Em suas próprias palavras:

The underlying conceptual shift is from two systems-international

---

32 CAROZZA, Paolo. Op. cit., p. 1236.

33 CONTESSÉ, Jorge. "The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights". *International Journal of Constitutional Law* (forthcoming 2016) Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2795312](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2795312)>

and domestic-to one; from international and national judges to judges applying international law, national law, or a mixture of both. In other words, the institutional identity of all these courts, and the professional identity of the judges who sit on them, is forged more by their common function of resolving disputes under rules of law than by the differences in the law they apply and the parties before them. It stretches too far to describe them all as part of one global legal system, but they certainly constitute a global community of courts<sup>34</sup>.

A tese de Slaughter se insere no contexto de novas teorias, que deixam para trás o debate entre monismo e dualismo, e passam a enxergar um pluralismo de ordens jurídicas. É o que desenvolve Mireille Delmas-Marty, em sua obra “Por um direito comum”, na qual defende a harmonização entre diferentes ordens jurídicas. A francesa afirma ser necessária buscar uma integração que visa a estabelecer um direito comum a todos, em detrimento da submissão de uma à outra<sup>35</sup>. Ela questiona o modelo kelseniano, afirmando que se trata de uma pirâmide inacabada:

Por mais tranquilizante que seja, a metáfora da pirâmide dificilmente dá conta da paisagem observada.

Pouco compatível, por sua própria permanência, com a instabilidade do tempo normativo, ela também não se adapta à heterogeneidade espacial: onde colocar as normas internacionais em relação às normas constitucionais? E como situar, umas relativamente às outras, as normas do direito comunitário e as da Convenção Europeia de Direitos do Homem? [...]

Se pirâmide há, impõem-se o plural e o matiz: é de “pirâmide inacabada” que conviria falar. Resta a dificuldade, praticamente insuperável, de colocar nessa – ou nessas – hierarquia(s) normativa(s) os princípios gerais do direito que foram descritos a um só tempo fora do sistema como o direito natural e integrados a ele, pois de direito positivo; de direito interno e de direito internacional; escritos e não escritos; superiores e iguais às leis. E, finalmente, ao mesmo tempo iguais e desiguais entre si. [...] Em resumo, poderíamos dizer que, se o plano de composição se embaralhou, não é porque tenha desaparecido toda hierarquia, mas porque mudou o desenho. Em vez de hierarquia contínua e linear que a imagem da pirâmide expressava, aparecem hierarquias descontínuas, como outras tantas pirâmides inacabadas e hierarquias enredadas que formam “anéis estranhos”, retomando a imagem de Hofstadter.<sup>36</sup>

---

34 SLAUGHTER, Anne-Marie. “A Global Community of Courts”. *Harvard International Law Journal*, 2003, vol 44, nº 1, p. 191- 219.

35 DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 2004.

36 *Ibid.*, p. 86-87

Assemelha-se à teoria dos autores belgas François Ost e Michel Van De Kerchove, que defendem que a alegoria da pirâmide kelseniana foi transformada, e a forma atual de se produzir o Direito mais se assemelha a uma pirâmide. Em vez de subordinação da ordem interna à ordem internacional, ou vice-versa, note-se que há certa coordenação e coexistência entre as diferentes ordens jurídicas. Não persiste a ideia de subordinação e linearidade entre diferentes ordens jurídicas, como defendeu Kelsen<sup>37</sup>.

Na mesma linha, Rafael Bustos Gisbert desenvolve uma teoria da liga de constituições ou rede de constituições<sup>38</sup>. A teoria do jurista espanhol ressalta que não há hierarquia entre essas distintas constituições, e, no caso do ordenamento jurídico espanhol, indica que há três lugares constitucionais dentro de sua rede: a Constituição espanhola, as normas provenientes da União Europeia e as normas provenientes do Conselho da Europa. Gisbert rejeita a terminologia ‘constitucionalismo multinível’, utilizada por Ingolf Pernice<sup>39</sup>, por entender que o uso de níveis remete a uma estrutura hierárquica, e sua ideia não é a de estabelecer níveis territoriais homogêneos.

A teoria do autor descreve uma rede de constituições incompletas, que é reflexo de um cenário de pluralismo constitucional, que não possui hierarquia entre as distintas constituições. Cada ponto da rede representa um lugar metaconstitucional com sua correspondente metaconstituição.

Para ilustrar seu exemplo, o autor ressalta que a UE não está sujeita às normas do Conselho da Europa, nem deve se submeter à jurisdição da Corte EDH. Contudo, existe interação entre ambas as ordens, com o interesse de um enriquecimento mútuo.

Debe notarse que las relaciones entre los diferentes lugares metaconstitucionales tendrán diferente intensidad y naturaleza. [...] [L]as formas de relación son variables y denotan interacciones más o menos poderosas en función del grado de reconocimiento de las metaconstituciones entre sí. Formas de relación que a menudo no son jurídico-formales, pero no por ello dejan de ser igualmente eficaces y condicionantes del propio discurso constitucional. Así, no es extraño comprobar cómo determinados contenidos constitucionales desarrollados en un lugar metaconstitucional supranacional están condicionados por los actos de otro del que no son, formalmente,

---

37 KELSEN, Hans. “As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público”. *Revista de Direito Internacional*, 2011, vol 8, n° 2 2011.

38 GISBERT, Rafael Bustos. “Elementos constitucionales en la red global”. *Estudios de Deusto*, 2012, vol 60, n° 2, p. 21-44.

39 Utilizada por: PERNICE, I. Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making revisited? In.: *Common Market Law Review*, 36, 1999. Apud GISBERT, Rafael Bustos, Op. cit.

parte. Así, por ejemplo, es habitual que el TEDH se apoye en el Alto Comisionado de Naciones Unidas contra la tortura a la hora de establecer si la extradición de un extranjero detenido en alguno de los Estados miembros es o no conforme con la prohibición de tratos inhumanos o degradantes<sup>40</sup>.

Nesse contexto, é relevante a observação de Slaughter, que afirma existir, nos dias de hoje, um fenômeno que chama de “*constitutional cross-fertilization*”, no qual os tribunais domésticos de diferentes países citam uns aos outros, usando as decisões estrangeiras não como precedentes vinculantes, mas como autoridade persuasiva. O uso dessa autoridade persuasiva pode ser útil para que os juízes possam proferir decisões melhores. Nesse ponto, Slaughter cita um voto do juiz da Suprema Corte Americana Stephen Breyer, que afirma que a experiência de outras Cortes: “*cast an empirical light on the consequences of different solutions to a common legal problem*”<sup>41</sup>.

Na mesma linha, a juíza Ruth Bader Ginsburg, também da Suprema Corte Americana, afirma que problemas como discriminação e preconceito são fenômenos globais, e todas as sociedades podem aprender umas com as outras sobre soluções para tais problemas. Dessa maneira, olhar para o direito comparado ajuda os juízes a cumprir o seu trabalho de forma melhor no âmbito doméstico. Slaughter justifica: “*Foreign authority is persuasive because it teaches them something they did not know or helps them see an issue in a different and more tractable light*”<sup>42</sup>.

Portanto, o diálogo entre as cortes pode ser benéfico para a construção de melhores decisões judiciais, especialmente em casos de difícil solução, como são os casos sobre liberdade de expressão citados anteriormente. Esta interação deve ser usada pelos juízes não só no âmbito interno, mas também na esfera internacional, a fim de garantir uma tutela de excelência dos direitos humanos, e que possam ser traçados standards mínimos de maior qualidade, evitando a aplicação errática e irregular do princípio da margem de apreciação nacional.

O princípio da integridade desenvolvido por Ronald Dworkin<sup>43</sup> também pode ser levado em consideração para avaliar se a conduta do Estado está dentro dos standards mínimos de proteção. Podemos definir a integridade da seguinte forma:

A integridade é uma terceira virtude política, ao lado da justiça e do devido processo legal, a qual se refere ao compromisso de que o governo aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus

---

40 Ibidem.

41 SLAUGHTER, Op. cit., p. 200

42 SLAUGHTER, Op. cit., p. 201

43 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. (Trad. de Jefferson Ruiz Camargo). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

cidadãos, a fim de estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade<sup>44</sup>.

Ainda, nas palavras de Ronald Dworkin:

A integridade detém seu olhar sobre essas questões de princípio: o governo deve ter uma só voz ao se manifestar sobre a natureza desses direitos, sem negá-los, portanto, a nenhuma pessoa em momento algum. O efeito da integridade sobre as decisões políticas é mais difuso. Exige, como afirmei, que o governo persiga alguma concepção coerente daquilo que significa tratar as pessoas como iguais, mas esta é, sobretudo, uma questão de estratégias gerais e de testes estatístico preliminares. Quanto ao mais, não exige uma coerência limitada no âmbito das políticas: não exige que programas específicos tratem todos da mesma maneira. Contudo, o interesse da integridade pelos direitos e princípios às vezes desqualifica um certo tipo específico de incoerência. Uma legislatura norte-americana não poderia decidir que nenhum agricultor católico recebesse subsídios mesmo que, inacreditavelmente, houvesse sólidas razões políticas para tal discriminação<sup>45</sup>.

Assim, o respeito ao princípio da integridade poderia ser usado pelos organismos internacionais para avaliar se a conduta do Estado está descumprindo os deveres de proteção estabelecidos no direito internacional. Afinal, a integridade impõe obrigação de tratar as pessoas com coerência, e define alguns tipos de incoerências permitidas, mas sempre o faz com o fim de garantir que o Estado cumpra com seu dever de tratar as pessoas de forma igual. Nota-se que o direito a igual proteção da lei é bem estabelecido na ordem internacional, e está previsto no artigo VII na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948.

## CONCLUSÃO

Nota-se que tanto a visão universalista radical quanto o relativismo cultural falharam em estabelecer uma concepção ideal de direitos humanos. Não pretendemos aprofundarmos neste debate, mas apenas tomar uma visão moderada, e evidenciar a necessidade de buscar um ponto de equilíbrio entre as teorias que dê ensejo à aplicação adequada do princípio da margem de apreciação nacional.

Podemos perceber que há diferentes concepções do princípio da

---

44 FERRI, Carolina F. Sarraf. “Teoria da integridade: Uma abordagem da sistematização de Ronald Dworkin”. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13123](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13123)>

45 DWORKIN, Ronald, Op. cit., p. 268

margem de apreciação. Buscar uma concepção idêntica dos direitos humanos, com base em um universalismo radical, não parece ser a postura mais adequada. Por outro lado, como mostra a crítica de Benvenisti, uma abertura demasiada ao Estado pode gerar prejuízo à proteção dos direitos humanos, especialmente no caso de proteção de minorias.

A fim de evitar que violações de direitos humanos ocorram, devemos buscar o cumprimento do direito internacional em sua totalidade, de forma efetiva e de boa-fé. Ao mesmo tempo, deve haver diálogo entre as esferas doméstica e internacional, a fim de evitar o unilateralismo de qualquer uma das partes, e que certa margem de atuação do Estado seja respeitada. Para alcançar esse objetivo, deve-se buscar uma *via di mezzo*, um ponto de equilíbrio no qual a subsidiariedade da jurisdição internacional seja respeitada e, concomitantemente, o princípio da margem de apreciação não seja tão amplo que venha a potencialmente diminuir a proteção ao indivíduo.

Em busca de melhoras a essa doutrina, propomos o diálogo entre cortes, a fim de melhorar a qualidade das decisões dos tribunais nacionais e internacionais, através da autoridade persuasiva encontrada no direito comparado. Ademais, princípios como a integridade de Dworkin também podem ser ferramentas úteis na construção de um modelo de interação melhor entre as esferas nacional e internacional.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BENVENISTI, Eyal. “Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards”. *New York University Journal of International Law and Politics*. 1998, nº 31, p. 843-854.

BONILLA CABAÑAS, Jimena. “Casos Hondureños ante el Sistema Interamericano y el uso de la doctrina del margen de apreciación”. En: ACOSTA ALVARADO, P. e NÚÑEZ POBLETE, M. (Ed.) *El margen de apreciación en el SIDH: proyecciones regionales y nacionales*, México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 271-284. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3160/13.pdf>>

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. 2008, 390.

CAROZZA. Paolo G. “Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”. *Notre Dame. Rev.* 1998, p. 1217-1238.

CONTESSE, Jorge. “Subsidiarity in inter-American human rights law”. *Trabalho apresentado no Seminar in Latin America on Constitutional and*

*Political Theory (SELA)*, 2015. Disponível em <[https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15\\_Contesse\\_CV\\_Eng.pdf](https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15_Contesse_CV_Eng.pdf)>

CONTESSÉ, Jorge. “The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights”. *International Journal of Constitutional Law* (forthcoming 2016) Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2795312](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2795312)>

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 2004.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. (Trad. de Jefferson Ruiz Camargo). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRI, Carolina F. Sarraf. “Teoria da integridade: Uma abordagem da sistematização de Ronald Dworkin”. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13123](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13123)>

GONZÁLEZ, Felipe. “La OEA y los derechos humanos después del advenimiento de los gobiernos civiles: expectativas (in)satisfechas”. *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, 2001, n° 1, p. 46-47. Disponível em: <[http://w1.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc\\_view/2723-la-oea-y-los-derechos-humanos-despues-del-advenimiento-de-los-gobiernos-civiles-expectativas-insatisfechas.html](http://w1.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/2723-la-oea-y-los-derechos-humanos-despues-del-advenimiento-de-los-gobiernos-civiles-expectativas-insatisfechas.html)>

KELSEN, Hans. “As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público”. *Revista de Direito Internacional*, 2011, vol 8, n° 2 2011.

NÚÑEZ POBLETE, Manuel. “Sobre la doctrina de margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En: ACOSTA ALVARADO, P. e NÚÑEZ POBLETE, M. (Ed.). *El margen de apreciación en el SIDH: proyecciones regionales y nacionales*, México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

PORTO MACEDO Jr., Ronaldo. *Freedom of Expression: What lessons should we learn from US experience?* Disponível em: <[https://www.law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela16\\_macedo\\_cv\\_eng\\_20160401.pdf](https://www.law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela16_macedo_cv_eng_20160401.pdf)>

SLAUGHTER, Anne-Marie. “A Global Community of Courts”. *Harvard International Law Journal*, 2003, vol 44, n° 1, p. 191-219.

## **RESUMO BIOGRÁFICO**

*Cláudio Cerqueira Bastos Netto* é Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela UERJ.



# MERCOSUL: A DICOTOMIA ENTRE A MANUTENÇÃO DAS LISTAS DE EXCEÇÕES E O SONHO DA CONSTITUIÇÃO DE UM MERCADO COMUM

## MERCOSUR: LA DICOTOMÍA ENTRE EL MANTENIMIENTO DE LAS LISTAS DE EXCEPCIONES Y EL SUEÑO DE LA CONSTITUCIÓN DE UN MERCADO COMÚN

*Bruna Cunha Costa Cardoso\**  
*Fernanda Burle\*\**

---

**Resumo:** O objetivo desse artigo é analisar as listas de exceções vigentes no MERCOSUL para avaliar em que medida essas normas podem ser consideradas um entrave à formação de um bloco econômico integrado, de forma a criar um Mercado Comum, conforme previsto no Tratado de Assunção.

**Resumen:** El objetivo de este artículo es analizar las listas de excepciones vigentes en el MERCOSUR para evaluar en qué medida esas normas pueden ser consideradas un obstáculo a la formación de un bloque económico integrado para crear un Mercado Común conforme a lo previsto en el Tratado de Asunción.

**Palavras-chave:** MERCOSUL, Processo de integração, Lista, Exceções  
**Palabras clave:** MERCOSUR, Proceso de integración, Lista, Excepción

---

## 1. INTRODUÇÃO

Desde a entrada em vigor do MERCOSUL, já foram estabelecidos diversos fatores que se situam como entraves à completa integração do bloco econômico. Este artigo tem como base de pesquisa às exceções

---

\* Centro Universitário de Brasília, Brasil.

\*\* Hautes Etudes International, Université de Genève, Suíça.

E-mail: bcunhacosta@advocacybrasil.adv.br

Recibido: 21/12/2016. Aceptado: 30/01/2018.

à Tarifa Externa Comum, buscando analisar o impacto desta política econômica no processo de formação do MERCOSUL.

Foi feito um exame detalhado das exceções apostas à Tarifa Externa Comum (TEC), para determinar em que medidas estas podem ser consideradas uma barreira à plena constituição do bloco, como disposto no Tratado de Assunção. O escopo ao final do trabalho é determinar se as exceções tornaram-se ao longo dos anos parte da legislação do MERCOSUL, não sendo um entrave à integração, ou se estas continuam sendo normas de transição cujo estabelecimento impede a formação do bloco como este havia sido idealizado.

No primeiro capítulo, foram analisados quais seriam os elementos constituidores do MERCOSUL, segundo o Tratado de Assunção. Foram também elencadas as possíveis conformações dos blocos econômicos, a partir do nível de integração entre os países membros, destacando-se as diferenças existentes entre cada um dos modelos, para assim determinar o enquadramento atual do MERCOSUL.

Em seguida, foi feito um estudo do modo como ocorreu o processo de formação do bloco. No capítulo três buscou-se compreender a metodologia adotada para a transição de um regime econômico autônomo, vigente em cada país, para a conformação do MERCOSUL. O ponto de partida para esta análise foram as normas de transição adotadas pelo Tratado de Assunção, de modo a estabelecer um paralelo entre o que estava proposto no texto e a forma como as medidas foram efetivamente implementadas.

Por fim, no quarto capítulo, dispôs-se sobre o momento atual do bloco econômico, interpretado à luz do seu processo de formação. Buscou-se definir a atual relevância das listas de exceções à TEC, tanto no âmbito do MERCOSUL, como com relação aos países membros. O enfoque desse capítulo foi na dicotomia entre as normas que garantem elementos de autonomia aos países membros e normas que buscam a plena integralização do bloco.

## **2. MERCOSUL: UM BLOCO ECONÔMICO IDEALIZADO PELO TRATADO DE ASSUNÇÃO**

O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) foi criado em 1991 a partir da assinatura do Tratado de Assunção pelo Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. Os quatro países se associaram para compor um bloco econômico com elevado nível de integração, classificado como Mercado Comum. Apesar do intuito para o qual foi criado, ainda faltam elementos essenciais na formação do bloco e na integração entre os países membros, para que o MERCOSUL possa ser classificado como um Mercado Comum.

Os blocos econômicos estão divididos em cinco categorias. A zona

de preferência tarifária é o nível mais básico de integração comercial, sendo criada unicamente para garantir a preferência tarifária entre os países associados. A Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) é um exemplo de uma zona de preferência vigente no continente americano, a qual precedeu a criação do MERCOSUL, tendo sido constituída em 1980.

A zona de livre comércio é formada a partir da redução das barreiras comerciais entre os países membros. A União Aduaneira ocorre quando os produtos que são comercializados entre os países do bloco não têm entraves para sua livre circulação e os produtos fabricados por países que não compõem o bloco são taxados de forma igual pelos Estados membros, de acordo com uma tarifa externa comum.

O próximo estágio de integração é o Mercado Comum, existente quando há a livre circulação de pessoas, bens, serviços, capitais e a coordenação de políticas macroeconômicas entre os Estados membros do bloco. O único bloco que conseguiu atingir o nível de integração para ser classificado como Mercado Comum foi o dos países do continente europeu, que precedeu a constituição da União Europeia.

O último nível de integração é a união econômica e monetária, que se constitui com o estabelecimento de uma moeda única, um Banco Central unificado e uma política monetária singular para todos os membros<sup>1</sup>. Em todos estes cinco estágios de integração estão presentes elementos constitutivos específicos e indispensáveis para o enquadramento em cada uma dessas classificações.

Dessa forma, para que um bloco econômico seja caracterizado como um Mercado Comum é imprescindível, no que concerne ao comércio entre os países integrantes do bloco, que não haja barreiras internas (tributárias ou não). Com relação aos países que não compõem o bloco é necessário que haja unicidade na tarifação dos produtos e uma coordenação da política cambial, monetária e fiscal dos Estados membros.

O Tratado de Assunção previu que o bloco econômico a ser formado deveria ter a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos (capitais e mão-de-obra<sup>2</sup>); uma Tarifa Externa Comum; a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais e a busca da harmonização de legislações nas áreas pertinentes ao comércio exterior<sup>3</sup>. Portanto, da forma como foi disposto no Tratado, o bloco cumpriria todos os requisitos necessários para ser classificado como um Mercado Comum.

Na prática, no entanto, após quase vinte e dois anos da data instituída pelo Tratado de Assunção para seu estabelecimento, o MERCOSUL ainda enfrenta problemas para a constituição de uma

---

1 BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. “Globalização e integração” [online] [acesso: 14/12/2016]. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/MERCOSUL/blocos/introd.htm>>

2 Idem.

3 Idem.

integração comercial e econômica como havia sido idealizada. O bloco ainda está enquadrado como uma União Aduaneira, pois este ainda não foi apto a implementar a livre circulação de bens e a unificação das taxas, havendo diversas exceções à TEC ainda vigentes. Tampouco foi estabelecida uma coordenação de políticas macroeconômicas entre os países membros.

Atualmente, todos os países que compõem a América do Sul estão associados, de alguma forma, ao MERCOSUL. A Venezuela foi incorporada à composição original do bloco em 2012, passando a ser um membro definitivo, e a Bolívia iniciou seu processo de adesão como membro pleno no mesmo ano, ainda estando pendente sua aprovação. Além disso, Chile, Peru, Colômbia, Equador, Guiana e Suriname são membros associados ao MERCOSUL<sup>4</sup>.

Apesar da relevância na região, o MERCOSUL ainda precisa se desenvolver para se tornar um bloco econômico relevante no cenário internacional, à semelhança do que ocorre com a União Europeia. Faz-se necessário, portanto, entender como se deu o processo de formação do MERCOSUL e o seu desenvolvimento, para determinar quais são os principais entraves ainda existentes para que haja a criação de um verdadeiro Mercado Comum no bloco.

### **3. A FORMAÇÃO DO MERCOSUL: UM PROCESSO DE TRANSIÇÃO ENTRE A PLENA AUTONOMIA DOS PAÍSES MEMBROS E SUA UNIFICAÇÃO COMERCIAL**

Entre os anos de 1991 e 1994, deu-se início, em todos os países signatários do Tratado de Assunção, um processo de transição de seus ordenamentos jurídicos, regimes comerciais e políticas de comércio exterior para um novo modelo de organização, que foi denominado de MERCOSUL. O Tratado previu que, entre sua assinatura<sup>5</sup> e o dia 31/12/1994, deveria estar estabelecido o novo bloco econômico dos países da América do Sul.

O plano do bloco econômico era audacioso: constituir em apenas quatro anos uma integração avançada entre quatro países com economias e realidades distintas. Para tanto, foram estabelecidas regras conformadoras, que deveriam balizar o processo de transição entre os regimes<sup>6</sup>. O objetivo dessas regras era a substituição gradual da legislação de cada país pelo modelo do MERCOSUL, de forma a gerar o menor impacto possível sobre a economia dos países membros, ao

---

4 MERCOSUL. MERCOSUL. "Saiba mais sobre o MERCOSUL" [online] [acesso: 14/12/2016] Disponível em: <<http://www.MERCOSUL.gov.br/saiba-mais-sobre-o-MERCOSUL>>

5 Datada do 26/03/1991.

6 PRAZERES, Tatiana. *A OMC e os Blocos Regionais*. São Paulo: Aduaneiras, 2008, p. 224.

mesmo tempo em que evitavam as incertezas jurídicas decorrentes da transição e garantiam um período de adequação econômica, política e social ao novo modelo econômico<sup>7</sup>

As normas dispostas no Tratado de Assunção para o período de adequação muito se assemelham ao que ocorreu no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em que foram criados Atos de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). O legislador valeu-se desse instrumento como um meio de ajuste paulatino do ordenamento jurídico à então nova Constituição<sup>8</sup>. Tais normas, tanto no ADCT como no Tratado, tinham o objetivo de garantir segurança jurídica e econômica aos países e à população durante as mudanças de regime.

As normas conformadoras compõem uma classe de normas *sui generis*, que têm natureza jurídica própria. Elas são classificadas pela doutrina brasileira como atos de natureza jurídica de transição<sup>9</sup>, algumas com eficácia restrita no tempo e outras eficazes até que outra norma de mesma hierarquia, ou hierarquia superior, as revoguem.

A este respeito:

Desse modo, tendo em vista tudo que foi acima aludido, chegamos à conclusão que os dispositivos do ADCT têm natureza jurídica de normas constitucionais de transição, sejam temporárias ou não, fazendo parte do que Raul Rocha Machado chama de Direito Transitório (HORTA, 1995, P.321), apesar de reconhecermos que muitas de suas regras só vigoram durante certo espaço de tempo<sup>10</sup>.

E qual seria a sua finalidade? A finalidade do ADCT é estabelecer regras de transição entre o antigo ordenamento jurídico e o novo, instituído pela manifestação do poder constituinte originário, providenciando a acomodação e a transição do antigo e do novo direito edificado<sup>11</sup>.

Dessa forma, sempre que for feito menção às normas de transição está-se referenciando as normas que foram implementadas com o intuito

---

7 BÖHLKE, Marcelo. *O processo de integração regional e a autonomia do seu ordenamento jurídico*. 2002. 264f. Tese Mestrado. Programa de mestrado em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002, p. 160

8 SALLES, Marcus Maurer de. *O regionalismo desenvolvimentista sul-americano frente ao sistema multilateral de comércio: uma análise jurídica do policy space pelas organizações de integração regional da América do Sul*. Tese Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 181-182.

9 BAPTISTA, Luiz Olavo. *O MERCOSUL, suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1998, p. 30

10 CAVALCANTI, Ricardo Russel Brandão. "ADCT: função e interpretações práticas" [online] [acesso 12/12/2016]. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9457](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9457)>

11 LENZA, Pedro. "Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e seu desvirtuamento". [online] [acesso 12/12/2016] Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ato-das-disposicoes-constitucionais-transitorias-adct-e-o-seu-desvirtuamento/11952>>

precípua de promover a adequação de um regime a outro. O escopo dessas regras é garantir que o processo de revogação de um modelo econômico não impacte negativamente a economia e a população que estavam sendo regidas por outro sistema.

Com base nisso, o Tratado de Assunção estabeleceu regras diferentes de transição entre os quatro países membros, de acordo com a realidade econômica de cada um. Por serem a Argentina e o Brasil as maiores economias, foram estabelecidos prazos mais exíguos para a adaptação desses países, até a entrada em vigor definitiva da legislação do MERCOSUL, e prazos mais profícuos para o Paraguai e para o Uruguai<sup>12</sup>.

O Tratado é expresso ao disciplinar no artigo 6º que “os Estados Partes reconhecem diferenças pontuais de ritmo para a República do Paraguai e para a República Oriental do Uruguai, que constam no Programa de Liberação Comercial”<sup>13</sup>. Tais diferenças implicaram um prazo maior de vigência das normas conformadoras e um maior número de mercadorias que foram excepcionadas à TEC.

### **3.1. As normas de transição do Tratado de Assunção**

Todas as normas de transição concernentes ao processo de formação do MERCOSUL estão dispostas nos artigos três e cinco do Tratado de Assunção e em seus anexos. No artigo três foi disposto que, durante o período de transição, os países deveriam adotar um regime geral de origem, um sistema de solução de controvérsia e cláusulas de salvaguarda<sup>14</sup>. Já no artigo cinco foram enumerados os principais instrumentos para a constituição do Mercado Comum no período de transição, que foram: o programa de liberação comercial; a coordenação de políticas macroeconômicas; a criação de uma tarifa externa comum e a adoção de acordos setoriais<sup>15</sup>.

O regime geral de origem foi um meio criado para estabelecer, juridicamente, em que país as mercadorias foram produzidas, para assim determinar qual legislação e taxação deveriam ser aplicadas ao produto. Dessa forma, é estabelecido, para todos os Estados membros do bloco, um único critério quanto à certificação de origem dos produtos. Trata-se de uma norma com eficácia além do período de transição, que estabeleceu critérios que balizaram o sistema de comércio

---

12 PEROTT, Alejandro Daniel. La Integración Regional en el Mercosur sobre la base del Tratado de Asunción, Criterio Jurídico, nº 1, cit., p. 122 [online] [acesso 29/07/2017] Disponível em: <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/190/900>

13 MERCOSUL. Tratado de Assunção, firmado em Assunção, República do Paraguai, dia 26 de março de 1991.

14 CAVALCANTI, Ricardo Russel Brandão. Op. Cit.

15 MERCOLSUL. Tratado de Assunção. Op. Cit.

do MERCOSUL, mesmo após sua entrada em vigor definitiva<sup>16</sup>.

A implementação dessa norma, ainda no processo de estabelecimento do MERCOSUL, fez-se necessária pois o tratamento concedido para os produtos originários nos países membros e nos países “extrabloco” seria diferente. Para os Estados-parte a circulação deveria ser livre e para aqueles que não estavam integrados ao bloco a taxação deveria ser igualitária. Portanto, foi essencial a criação de uma sistemática única, para possibilitar a aplicação das regras do programa de liberação comercial e da TEC.

De forma geral, a existência de critérios jurídicos únicos aplicáveis a todos os Estados membros e produtos comercializados entre eles é essencial para a formação de qualquer bloco econômico mais complexo, ao passo que a adoção de exceções e padrões variados entre os Estados representam problemas na formação do bloco. Todo regime de associação entre países que visam à integração comercial pressupõe a unidade das legislações relacionadas ao comércio exterior<sup>17</sup>.

O sistema de solução de controvérsias, outra norma de transição, teve o objetivo de criar no âmbito do MERCOSUL uma instância para a resolução de conflitos adjacentes ao processo de integração. Desse modo, quando os Estados membros não conseguissem resolver as controvérsias em negociações diretas, o sistema seria acionado para dirimir o conflito de forma legítima, imparcial e técnica. Esta norma está detalhada no Anexo III do Tratado, sendo sua eficácia temporal restrita ao período de transição. Quando houvesse a efetiva criação do MERCOSUL, estava previsto que deveria ser formulado um sistema permanente de solução de controvérsias.

A cláusula de salvaguarda, explicada no anexo IV do tratado, teve eficácia restrita a um lapso temporal, sendo aplicada até o final do período de transição. Essa cláusula dispôs que, nos casos em que a implementação do programa de liberação comercial implicasse aumento desarrazoado de importações de um determinado produto, seria possível solicitar uma medida excepcional. O requerimento de manutenção das barreiras protecionistas deveria ser analisado pelo Grupo de Mercado Comum do MERCOSUL, podendo ser concedido pelo prazo improrrogável de até 2 anos<sup>18</sup>.

Atualmente, existe no MERCOSUL uma cláusula que se assemelha à salvaguarda: a alteração temporária da TEC por razões de desabastecimento. Trata-se da Resolução GMC N° 08/08, que dispõe que, em casos de desequilíbrio entre a oferta e a demanda nos países membros, é possível que o Estado afetado reduza, de forma unilateral,

---

16 Idem.

17 ALMEIDA, Paulo Roberto de. “Como são os acordos regionais? Que tipos de integração econômica existem?”. LESSA, Antônio Carlos e OLIVEIRA, Henrique A.(Eds.). *Integração Regional: uma introdução*, p. 71.

18 MERCOSUL. Tratado de Assunção. Op. cit.

as alíquotas da TEC para até 2%. Apesar de a cláusula de salvaguarda manter o imposto de importação e a Resolução diminuir sua alíquota, o princípio que rege os dois instrumentos é semelhante: um desequilíbrio pontual de mercado, entre oferta e demanda, que exige a adoção de medidas excepcionais.

É interessante destacar que o fim da salvaguarda e sua substituição pela Resolução GMC N° 08/08 pode ser um indicativo de que o mercado “intrabloco” atingiu um patamar de equilíbrio. Isto, pois, havendo mudanças inesperadas entre o fluxo de ofertas e demandas de alguns produtos em algum país do bloco, não mais faz-se necessário alterar as regras comerciais vigentes no MERCOSUL, mas apenas as taxas relativas ao seu mercado externo.

Dessa forma, é possível presumir que a liberação das barreiras comerciais intrabloco não representam mais risco às economias dos Estados-parte, de modo que a instituição do modelo de salvaguarda, mecanismo de defesa comercial *interna corporis*, não é mais necessário. Pelo contrário, foi instituído pelo MERCOSUL um mecanismo de defesa da zona de livre comércio dos Estados membros, mediante estabelecimento de benesses fiscais para incentivar o comércio com os países que não compõem o MERCOSUL, quando houver desabastecimento em uma ou mais regiões do bloco.

Portanto, analisando apenas estes mecanismos, isoladamente, poder-se-ia inferir que o MERCOSUL atingiu o ponto de equilíbrio. A partir de um mesmo princípio, um instrumento que protegia os mercados de cada país da criação do MERCOSUL foi transformado em um instrumento de defesa do mercado livre do bloco, composto por todos os seus países membros. Onde antes havia a necessidade de resguardo da produção nacional, devido à criação de um mercado livre, hoje existe um mercado livre e equilibrado que precisa ser resguardado.

No entanto, apesar de as cláusulas de salvaguarda terem sido substituídas por um mecanismo de proteção interna, ainda estão vigentes outras normas de transição que têm o objetivo de proteger a autonomia nacional, em detrimento da implementação integral do MERCOSUL. Ainda existem diversas exceções à TEC e à liberação comercial e ainda não foi corretamente implementada no bloco a unificação da taxa de taxa externa dos produtos.

No mesmo sentido, outra norma de transição, o programa de liberação comercial, buscou eliminar até o final do período de adequação “os gravames e restrições aplicadas ao comércio recíproco”<sup>19</sup>. O programa possuía um cronograma para que os produtos destinados ao comércio exterior entre os países membros se adaptassem às regras do MERCOSUL. Este programa permitia que os Estados formassem uma lista, de forma unilateral, com alguns produtos que seriam

---

19 MERCOSUL. Tratado de Assunção. Op. Cit.



excepcionados a esta regra. O programa de liberação é uma norma de eficácia temporal não determinada<sup>20</sup>.

A lista de exceções foi uma forma criada para permitir que os países priorizassem determinados mercados importantes para seu desenvolvimento regional, mantendo, em alguma medida, a autonomia dos Estados quanto às suas estratégias de mercado. Nas normas estavam dispostos quantos produtos cada país poderia ter na lista de exceções ao programa de liberação comercial. Por meio dessa lista, cada um deles, sem a aprovação do MERCOSUL, poderia estipular a tarifação incidente sobre o produto, sem respeitar a tarifação imposta aos outros países membros.

A quantidade de itens constantes na lista de exceção deveria ser gradualmente reduzida, na medida em que houvesse um fortalecimento dos mercados internos e uma maior paridade entre as economias<sup>21</sup>. Portanto, esta norma deveria ter eficácia temporal determinada e adstrita ao período de transição. No entanto, a lista de exceções continua vigente em todos os países membros.

Quanto à Tarifa Externa Comum, a norma disciplinava que até 31 de dezembro de 2014 deveria ser criada a TEC no MERCOSUL. A implementação da TEC consistiu na criação de um sistema uniforme e simples de tarifação que deveria ser aplicado a todos os produtos e países do MERCOSUL. O sistema foi implementado em 1994, como previsto, quando cerca de 80% dos produtos haviam sido unificados em sua tarifação e liberados de encargos para o comércio entre os Estados partes<sup>22</sup>. Apesar da celeridade com que a TEC foi constituída, ainda não houve a efetiva implementação de suas alíquotas a todos os produtos comercializados no MERCOSUL, remanescendo exceções à TEC em todos os países.

Com a criação dos níveis tarifários da TEC, buscou-se evitar oligopólios e reservas de mercado, de forma que as alíquotas deveriam ser organizadas na lista de produtos com pequena variação, baixa dispersão e maior homogeneidade possível<sup>23</sup>. A TEC organiza-se a partir da Nomenclatura Comum do MERCOSUL, que é um sistema de classificação de produtos através de sua descrição, de forma que todos

---

20 SALLES, Marcus Maurer de. *O regionalismo desenvolvimentista sul-americano frente ao sistema multilateral de comércio: uma análise jurídica do policy space pelas organizações de integração regional da América do Sul*. Tese Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 178

21 ROZEMBERG, Ricardo e SVARZMAN, Ricardo. "O MERCOSUL na década de 1990: da abertura à globalização". In: CAMPBELL, Jorge. *MERCOSUL: entre a realidade e a utopia*. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 2000, p. 118-119.

22 RAMALHO, JOSÉ EVERALDO. "Objetivos do MERCOSUL" [online] [acesso 17/12/2016] Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/oqueeoMERCOSUL.html/processonegociador.html>>

23 BRASIL. SISCOMEX. "Tarifa Externa Comum - TEC" [online] [acesso 17/12/2016]. Disponível em: <<http://portal.siscomex.gov.br/informativos/tarifa-externa-comum-tec>>

os países possam enquadrar e taxar os itens comercializados da mesma forma.

Por fim, foi estabelecido que deveriam ser criados, no período de transição, dez subgrupos com o intuito de coordenação das políticas macroeconômicas e setoriais do bloco. O objetivo desses subgrupos era incentivar a interlocução entre os países e setores produtivos que integrariam o MERCOSUL<sup>24</sup>. A eficácia dessa norma não foi predeterminada.

Ainda está em vigor um acordo setorial<sup>25</sup>, instituído juntamente com a TEC, que disciplina que os bens de capital e de informática e telecomunicações serão submetidos a um regime especial, mais benéfico, de conformação, para se adequarem à TEC. Até hoje esses produtos não foram enquadrados às alíquotas previstas na TEC - eles compõem uma lista de exceção setorial<sup>26</sup>.

Com exceção dessa lista, não existem muitas políticas macroeconômicas e setoriais em curso no MERCOSUL. Outra iniciativa de desenvolvimento do mercado comum em escala macroeconômica foi a criação de um Fundo para a Convergência Estrutural do MERCOSUL (FOCEM), cujo objetivo é:

“financiar programas para promover a convergência estrutural, desenvolver a competitividade e promover a coesão social, em particular das economias menores e regiões menos desenvolvidas; apoiar o funcionamento da estrutura institucional e o fortalecimento do processo de integração”<sup>27</sup>.

Os principais beneficiados pelo programa são os países com as menores economias do MERCOSUL: o Uruguai e o Paraguai. Em 2015, a partir da Decisão CMC N° 22/15<sup>28</sup>, o prazo para o funcionamento

---

24 SALLES, Marcus Maurer de. “O regionalismo desenvolvimentista sul-americano frente ao sistema multilateral de comércio: uma análise jurídica do *policy space* pelas organizações de integração regional da América do Sul”. Tese Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p.

25 MERCOSUL. Decisão. MERCOSUL/CMC/DECISÃO. N° 25/15. *Bens de capital e bens de informática e telecomunicações*, firmada em Brasília-DF, República Federativa do Brasil, dia 16 de julho de 2015. [online] [acesso 18/12/2016] Disponível em: <[http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/DEC\\_025-2015\\_p.pdf](http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/DEC_025-2015_p.pdf)>

26 Para mais informações sobre o tema acessar: A agenda econômica e comercial do MERCOSUL: documento de posição da indústria, elaborada pela CNI, 2017 [online] [acesso em 29/07/2017] Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/wp-content/uploads/2017/05/cniMERCOSUL.pdf>>

27 MERCOSUL. MERCOSUL. “Fundo para a Convergência Estrutural do MERCOSUL (FOCEM)” [online] [acesso 18/12/2016]. Disponível em: <<http://www.MERCOSUL.gov.br/fundo-para-a-convergencia-estrutural-do-MERCOSUL-focem>>

28 MERCOSUL. Decisão. MERCOSUL/CMC/DECISÃO N° 22/15. *Continuidade do funcionamento do Fundo para a convergência estrutural do MERCOSUL*, firmada em Brasília-DF, República Federativa do Brasil, dia 16 de julho de 2015. [online] [acesso 17/12/2016] Disponível em: <[http://focem.mercosur.int/uploads/normativa/DEC\\_022-2015\\_PT\\_Renovacao%20](http://focem.mercosur.int/uploads/normativa/DEC_022-2015_PT_Renovacao%20)

do fundo foi renovado por mais 10 anos. De acordo com essa decisão, cada país membro do bloco tem uma quota de contribuição anual para o fundo, estando preestabelecidas as quotas que serão investidas no desenvolvimento de cada um deles.

### 3.2. As classificações das norma de transição

A partir da análise de todas as normas de transição dispostas no Tratado de Assunção, é possível distinguir o perfil de dois tipos de regras de adequação, que possuem diferenças essenciais entre si. Os dois elementos de diferenciação entre essas normas são: a finalidade e a eficácia temporal. No que concerne a sua eficácia no tempo, existem normas que são dotadas de efetividade atemporal, pois não é estabelecido prazo para o final de sua produção de efeitos, e normas cuja efetividade está adstrita a um lapso temporal, conforme prazo descrito no próprio dispositivo que as contém<sup>29</sup>.

Quanto à sua finalidade, todas as regras de transição têm como objetivo a promoção da migração de um sistema jurídico para outro de forma gradual e segura, sem que haja uma ruptura brusca que resulte em insegurança e no desequilíbrio econômico. Essas características são intrínsecas à sua natureza jurídica. É possível, no entanto, dividir em dois núcleos esse conceito. O primeiro seria a busca pela implementação de um novo sistema e o segundo a busca pelo equilíbrio jurídico e econômico durante o processo de adequação. São esses dois núcleos que diferenciam as normas de transição entre as que procuram garantir a segurança e as que buscam colocar em prática o novo regime.

As duas classificações das normas de transição, quanto à sua eficácia e à sua finalidade, estão diretamente relacionadas. Todas as vezes em que uma norma de transição não tiver eficácia preestabelecida, tratar-se-á de uma regra cuja finalidade precípua é a implementação de um novo regime. Enquanto que todas as normas de transição que tiverem um lapso temporal predeterminado para sua eficácia, disciplinarão regras que objetivam a estabilidade e a segurança jurídica durante o período de conformação<sup>30</sup>.

No caso concreto, um exemplo da correlação entre as duas classificações das normas de transição são a TEC e as cláusulas de salvaguarda. A TEC, uma norma de eficácia “atemporal”, não restrita no tempo, foi essencial para a formação do regime do MERCOSUL. Foi

---

FOCEM-4.pdf>

29 BÖHLKE, Marcelo. “O processo de integração regional e a autonomia do seu ordenamento jurídico”. 2002, 264 f. Tese Mestrado. Programa de mestrado em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. p. 159 e 160.

30 ROZEMBERG, Ricardo e SVARZMAN, Ricardo. “O MERCOSUL na década de 1990: da abertura à globalização”. In: CAMPBELL, Jorge. *MERCOSUL: entre a realidade e a utopia*. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 2000, p.119

através de sua sistemática que os países criaram um método único de taxação e foi a partir da implementação da TEC que o MERCOSUL passou a ter *status* de União Aduaneira. Trata-se, portanto, de uma norma de eficácia não limitada no tempo cujo objetivo precípua é a implementação do novo regime.

De outro lado, a cláusula de salvaguarda, que possui eficácia temporal restrita ao período de transição de regimes, foi importante para garantir que as barreiras de proteção essenciais para o desenvolvimento dos países fossem mantidas durante o processo de transição, para que assim não houvesse o enfraquecimento das economias, garantindo que o mercado pudesse se adequar, dentro de um lapso temporal mínimo, à nova realidade do MERCOSUL. Trata-se de uma norma com eficácia temporal limitada, que busca a proteção da economia e da segurança jurídica<sup>31</sup>.

A relevância dessa divisão de categorias das normas através de sua eficácia e finalidade é entender como ocorre o processo de transição de regimes e quando este se encerra. É possível aferir que, quando o novo sistema for implementado em sua totalidade, não mais será necessária a existência de regras de transição para a garantia da segurança jurídica e econômica do país, pois o novo ordenamento possuirá mecanismos de regulação para resolver eventuais desequilíbrios.

O mesmo não ocorre com as normas de transição que buscam implementar o novo sistema econômico e/ou jurídico, pois estas são parte essencial do novo ordenamento ou seja, sua implementação é necessária para a efetivação do novo regime.

Assim, em resumo, as regras que visam a garantir a adequação e segurança do ordenamento e da economia durante o período de transição não integram o regime jurídico que está sendo revogado, ou o regime jurídico que está sendo consolidado. Tratam-se de regras que compõem o que se poderia classificar de regime jurídico de transição, passando a ser obsoletas no momento em que se encerra o processo de adaptação. Portanto, quando se exaure a eficácia temporal dessas normas é encerrado o período de adequação e o novo regime jurídico torna-se o único mecanismo de defesa da segurança jurídica e econômica do país ou do bloco.

No entanto, quando não se encerra a vigência das normas de transição que têm o objetivo de promover a segurança jurídica e a estabilidade, passa-se a conviver em um regime híbrido, em que as normas dispostas no novo ordenamento não podem ser plenamente eficazes, pois regras de conformação e adequação estão em voga, mas o prazo delimitado para a adequação do sistema foi finalizado e não se

---

31 ROZEMBERG, Ricardo e SVARZMAN, Ricardo. O MERCOSUL na década de 1990: da abertura à globalização. In: CAMPBELL, Jorge. *MERCOSUL: entre a realidade e a utopia*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000, p. 119.

está mais no período de transição de regimes, tendo sido revogadas as normas referentes ao antigo sistema vigente.

#### **4. O MERCOSUL AINDA EM CONSTRUÇÃO: AS SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES DE EFICÁCIA DAS NORMAS DE TRANSIÇÃO**

Mais de duas décadas após a criação do MERCOSUL, estão em voga diversas normas que são próprias do período de transição, pois visam a garantir a adequação e segurança jurídica no decorrer da transformação de regime, tendo um lapso temporal predeterminado para sua eficácia. A existência dessas normas de transição, que deveriam ter eficácia temporal determinada e adstrita ao período de conformação, torna-se um entrave à correta constituição do bloco, pois torna o regime vigente híbrido entre as normas próprias do novo sistema e as normas de conformação de um sistema que, em tese, já deveria ter sido revogado.

No caso do MERCOSUL, as regras de transição disciplinam medidas que excepcionam produtos ao cumprimento da sistemática de unificação de taxas e de impostos. Essa situação impede o avanço do processo de integração e inviabiliza o desenvolvimento do bloco econômico, ao passo que permite relativa autonomia aos países membros em relação a matérias afetas ao MERCOSUL<sup>32</sup>.

Enquanto existirem regras com natureza jurídica de transição, que permitam que os países membros, de forma unilateral, excepcionem seus produtos e serviços das regras únicas dispostas no MERCOSUL, o bloco não estará apto a classificar-se como um verdadeiro Mercado Comum. Portanto, o processo de integração comercial total dos Estados-partes está estagnado devido à manutenção de normas que permitem a autonomia dos países em temas que deveriam estar sob a alçada do bloco econômico<sup>33</sup>.

##### **4.1. As listas de exceção como o maior exemplo de regras de transição ainda em vigência no MERCOSUL**

O maior exemplo de uma regra com natureza jurídica de transição ainda vigente é a Lista de Exceções à Tarifa Externa Comum. “Desde o estabelecimento do MERCOSUL, previu-se um período de convergência das tarifas nacionais à TEC. Esta convergência foi traduzida na criação de Listas de Exceção Setoriais e Listas de Exceções Nacionais”<sup>34</sup>. Na

---

32 ALMEIDA, Paulo Roberto de. Por que não integrar: razões antigas e modernas, boas e más. In: LESSA, Antônio Carlos e OLIVEIRA, Henrique A.(Eds.). In: *Integração Regional: uma introdução*. 3ª ed. p. 104 e 105

33 GUSSEI, Evandro Herrera Bertone. Soberania e supranacionalidade In: CASELLA, Paulo Borba e VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia (Eds.). *Direito da integração*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 126-127

34 BRASIL. MINISTÉRIO DA AGRICULTURA. “Lista de Exceções à TEC” [online]

decisão que instituí a TEC já estavam previstas as listas de exceções, de forma que nunca houve a plena implementação do sistema comum de tarifas no MERCOSUL.

A Decisão Conselho de Mercado Comum (CMC) nº 7/94<sup>35</sup>, que criou a TEC, preceituou um período de conformação para que algumas alíquotas passassem a seguir a tarifação comum disposta. O método adotado para a adequação de alguns mercados ao MERCOSUL foi a criação das listas de exceções. Foram excepcionados à TEC: os bens de capital (BK); os bens de informática e telecomunicações (BIT); e também alguns, itens de forma discricionária por cada um dos Estados parte, de acordo com a descrição no Código de Nomenclatura Comum do MERCOSUL (NCM)<sup>36</sup>.

A Decisão CMC nº 74 estabeleceu que Brasil, Argentina e Uruguai poderiam manter 300 NCM e o Paraguai 399 NCM excepcionados à TEC, todos até 01/01/2001, além dos BK e BIT. Esses NCM foram escolhidos, de forma discricionária por cada um dos Estados parte por cada um dos países membros do bloco, permitindo que no período de conformação os Estados pudessem implementar de forma unilateral algumas medidas estratégicas de fortalecimento setorial<sup>37</sup>.

Na mesma decisão foi disposto que os bens de capital deveriam convergir de forma linear e automática para uma alíquota de 14%. Para o Brasil e a Argentina, o prazo de convergência seria até 01/01/2001 e para o Uruguai e o Paraguai, até 01/01/2006. Com relação aos bens de informática e telecomunicações, a convergência das tarifas para todos os países deveria ocorrer até 01/01/2006, de forma a alcançar uma tarifa máxima comum de 16%. Em ambos os casos, seria criado um Grupo *ad hoc*, no âmbito do MERCOSUL, para fixar alíquotas menores do que o estabelecido na TEC, em casos específicos e por consenso dos países.

Apesar dos prazos preestabelecidos para a vigência das listas de exceções, o CMC, antes do vencimento da decisão anterior, publicou novas decisões prorrogando o prazo das listas de exceções. Dessa forma, o benefício instituído como uma norma de transição continua vigente no MERCOSUL, garantindo autonomia aos Estados membros quanto às decisões que deveriam ser tomadas de forma colegiada pelo órgão

---

[acesso 18/12/2016]. Disponível em: <<http://www.agricultura.gov.br/internacional/acordos-comerciais/MERCOSUL/tarifas/lista-de-excecoes>>

35 MERCOSUL. Decisão. MERCOSUL/CMC/DECISÃO. Nº 7/1994. Tarifa Externa Comum, firmada em Buenos Aires, República Argentina, dia 5 de agosto de 1994. [online] [acesso 17/12/2016] Disponível em: <[http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas\\_web/Decisiones/PT/CMC\\_DEC\\_1994-007\\_PT\\_TEC.PDF](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Decisiones/PT/CMC_DEC_1994-007_PT_TEC.PDF)>

36 SALLES, Marcus Maurer de. "O regionalismo desenvolvimentista sul-americano frente ao sistema multilateral de comércio: uma análise jurídica do *policy space* pelas organizações de integração regional da América do Sul" [Tese Doutorado]. Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 201

37 ANAS, Vera Sterman. "O MERCOSUL não deve ser esquecido". In: *Âmbito Jurídico*, 2006, vol 9, nº 27. [acesso em 29/07/2017]. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1019&revista\\_caderno=19](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1019&revista_caderno=19)>

competente na estrutura do bloco econômico<sup>38</sup>.

Atualmente, está em vigência a Decisão nº 26/15 do CMC<sup>39</sup>, que prorroga a lista de exceções para todos os Estados membros do MERCOSUL. Até 2021, o Brasil e a Argentina têm a possibilidade de manter uma lista com 100 NCM excepcionados à TEC. O Uruguai e a Venezuela poderão manter uma lista de 225 NCM até o ano de 2022 e o Paraguai poderá manter uma lista de 649 NCM até o ano de 2023.

Da mesma forma, a Decisão nº 25/15 do CMC<sup>40</sup> prorrogou a vigência das condições de alíquota especiais para os produtos classificados como BK e BIT. Os produtos classificados como BK redução da alíquota nos níveis estabelecidos para a TEC e os produtos classificados como BIT terão alíquotas distintas da TEC, podendo inclusive ser 0%.

É preciso, diferenciar as exceções quanto aos seus impactos sobre as estratégias de governo. A Lista de Exceções à TEC é o instrumento por meio do qual o MERCOSUL concedeu maior autonomia aos Estados partes. Qualquer NCM pode ser incluído na lista de exceções de forma completamente discricionária, limitado apenas à quantidade de códigos autorizada<sup>41</sup>. Segundo a Decisão nº 58/10 do CMC<sup>42</sup>, os NCMs constantes na lista podem ser alterados em até 20% dos códigos, a cada seis meses, de acordo com os padrões estabelecidos pelos países em sua legislação. A única regra imposta para efetivar a alteração é que o CMC seja informado.

No que se refere aos BK e BIT, que são denominados no Brasil de Ex-Tarifários, por serem exceções às tarifas únicas da TEC, deve observar o enquadramento dos produtos nos setores de bens de capital, informática e telecomunicações e a produção nacional para solicitar a modificação da alíquota da TEC. O processo de concessão do benefício é complexo e envolve a análise técnica, a aferição da existência de produtos equivalentes nacionais e uma consulta pública<sup>43</sup>. Conforme disposto na Resolução Camex nº 66/14<sup>44</sup>, não é possível a alteração periódica das

---

38 BARNABÉ, Israel Roberto. "O MERCOSUL e a integração regional" [Tese Doutorado]. Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2003.

39 MERCOSUL. *MERCOSUL/CMC/DECISÃO Nº 26/15. Modificação da decisão CMC Nº 58/10*, 16 de julho de 2015. [acesso 19/12/2016]. Disponível em: <[http://imexconsultoria.com.br/site/wp-content/uploads/2015/07/DEC\\_026-2015\\_PT\\_Modific-Dec-58-10\\_c.pdf](http://imexconsultoria.com.br/site/wp-content/uploads/2015/07/DEC_026-2015_PT_Modific-Dec-58-10_c.pdf)>

40 MERCOSUL. *MERCOSUL/CMC/DECISÃO. Nº 25/15. Bens de capital e bens de informática e telecomunicações*, dia 16 de julho de 2015. [acesso 18/12/2016]. Disponível em: <[http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/DEC\\_025-2015\\_p.pdf](http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/DEC_025-2015_p.pdf)>

41 CAMEX, Ministério das Relações Exteriores. Lista de Exceções à Tarifa Externa Comum. Disponível em: <<http://www.camex.itamaraty.gov.br/tarifa-externa-comum-tec/alteracoes-temporarias/lista-de-excecoes-a-tarifa-externa-comum>>

42 MERCOSUL. *MERCOSUL/CMC/DECISÃO. Nº 58/10. Listas nacionais de exceções à tarifa externa comum*, dia 16 de julho de 2010. [acesso 19/12/2016] Disponível em: <[http://www.mda.gov.br/sitemda/sites/sitemda/files/user\\_arquivos\\_64/dwnl\\_1309183291.doc](http://www.mda.gov.br/sitemda/sites/sitemda/files/user_arquivos_64/dwnl_1309183291.doc)>

43 CAMEX, Ministério das Relações Exteriores. Lista de Exceções à Tarifa Externa Comum. Disponível em: <<http://www.camex.itamaraty.gov.br/tarifa-externa-comum-tec/alteracoes-temporarias/lista-de-excecoes-a-tarifa-externa-comum>>

44 BRASIL. *Resolução CAMEX nº 66/14. Dispõe sobre a redução, temporária e excepcional, da*

alíquotas estabelecidas para esses produtos. Assim como na lista de exceções, os países também recebem e analisam os pleitos de inclusão do regime de BK e BIT de forma autônoma, não sendo necessária a intervenção do MERCOSUL.

#### **4.2. A autonomia e discricionariedade dos países na aplicação das normas de transição**

O que diferencia as normas de transição ainda vigentes das demais regras que compõem o MERCOSUL é a instância à qual foi conferida legitimidade para a implementação do dispositivo. Enquanto nas regras do MERCOSUL os órgãos que compõem o bloco são os legitimados para decidir, de forma única, para todos os países, nas normas de transição, a competência é estabelecida por cada um dos Estados partes, de forma autônoma e discricionária, o que resulta na criação de normas distintas para diferentes países e produtos.

A existência dessas normas é um entrave ao desenvolvimento do MERCOSUL, pois permite que sejam criadas diversas regras que ficam à margem dos sistemas e enquadramentos que para garantir a unidade dos blocos. Para resolução de questões, enquanto que os países detiverem autonomia para resolução de questões que foram delegadas ao MERCOSUL pelo Tratado de Assunção, não haverá o pleno desenvolvimento do bloco econômico.

Além de representar um método alternativo ao sistema disposto, a manutenção de exceções às regras do Tratado de Assunção permite que os países implementem políticas de comércio de interesse particular de cada um dos países, sem que haja um consenso ou a eleição de prioridades no âmbito do MERCOSUL. Isso impacta diretamente o desenvolvimento das políticas macroeconômicas do bloco. A criação de medidas e programas de interesse comum dos países membro, se tornam um meio moroso e ineficaz para o desenvolvimento dos Estados, diante da necessidade de atingimento de consenso, em contraponto ao estabelecimento de políticas próprias no âmbito interno de cada país, através da lista de exceções<sup>45</sup>.

Portanto, enquanto ainda existirem meios alternativos de desenvolvimento de políticas e estratégias econômicas, que não necessitem do consenso de todos os Estados membros, o desenvolvimento

---

*alíquota do Imposto de Importação, por meio do Regime de Ex-tarifário, para bens de capital (BK) e bens de informática e de telecomunicações (BIT) sem produção nacional equivalente, e estabelece regras procedimentais*, publicada no Diário Oficial da União na República Federativa do Brasil em 15 de agosto de 2014 [acesso 19/12/2016]. Disponível em: <<http://www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/1258>>

<sup>45</sup> ALMEIDA, Paulo Roberto de. “Como são os acordos regionais? Que tipos de integração econômica existem?”. LESSA, Antônio Carlos e OLIVEIRA, Henrique A. (Eds.). In: *Integração Regional: uma introdução*. 3ª ed., p. 80 a 83.



do MERCOSUL ficará em segundo plano. A relação entre a autonomia dos países e o desenvolvimento do bloco é inversamente proporcional: quanto maior a autonomia dos Estados, menor o desenvolvimento do MERCOSUL e quanto menor a autonomia dos países, maior o desenvolvimento do MERCOSUL.

Por fim, é necessário destacar que existem meios de garantir relativa autonomia aos Estados sem comprometer o desenvolvimento do bloco. Isto é possível, pois aos países foi garantida autonomia para implementação das normas. Não se permite aos Estados dispor sobre a sistemática e a forma de aplicação dos dispositivos, que foram preestabelecidos pelo bloco de forma consensual, mas apenas dispor sobre a implementação da norma no âmbito interno. Tal modelo busca garantir celeridade e efetividade ao sistema, de forma que as normas sejam, reguladas pelo MERCOSUL, mas executadas por cada um dos países membros.

Um exemplo prático da autonomia concedida a cada um dos países para implementação das normas regulamentadas pelo bloco pode ser vislumbrado a partir da análise da Resolução GMC N° 08/08<sup>46</sup>, que prevê a redução da TEC em caso de desabastecimento. A resolução dispõe que cada país poderá estabelecer simultaneamente 15 NCM com redução de alíquota, caso haja desabastecimento dos produtos. Também está previsto ser lapso temporal máximo em que as alíquotas de cada NCM poderão ser reduzidas e as hipóteses de prorrogação do prazo, cabendo aos Estados-Parte apenas verificar as hipóteses em que a legislação pode ser aplicável ao seu país.

As normas de transição ainda vigentes, que disciplinam as listas de exceções de produtos indiscriminados e dos BK e BIT, representam verdadeiros entraves ao estabelecimento do mercado comum. Elas conferem autonomia aos Estados Partes para a formulação das estratégias de mercado, restando o desenvolvimento das políticas macroeconômicas do MERCOSUL.

## CONCLUSÃO

Vinte e cinco anos após a assinatura e ratificação do Tratado de Assunção, o MERCOSUL ainda não se estabeleceu como um Mercado Comum. Esse fato está relacionado à manutenção das normas de transição após o término do período de adaptação dos países ao novo regime econômico. Está vigente hoje no MERCOSUL um regime híbrido, em que normas que regulam o bloco econômico coexistem com as normas de transição que garantem plena autonomia aos países,

---

<sup>46</sup> MERCOSUL. Resolução MERCOSUL/GMC/RES. N° 08/08. *Ações pontuais no âmbito tarifário por razões de abastecimento*, dia 20 de agosto de 2008. [acesso 19/12/2016] Disponível em: <[https://www1.fazenda.gov.br/carta/carta-spoa\\_arquivos/dwnl\\_1304451632.doc](https://www1.fazenda.gov.br/carta/carta-spoa_arquivos/dwnl_1304451632.doc)>

em detrimento do processo de unificação.

Ainda são plenamente eficazes normas que buscam garantir a segurança jurídica e econômica aos países e à população durante o processo de troca de regimes, excepcionando o cumprimento das normas únicas do bloco. Tais normas possuem natureza jurídica de transição e nunca serão integradas ao regime jurídico do MERCOSUL, pois disciplinam plena autonomia organizacional e de gestão aos Estados membros em matérias que deveriam estar sob a alçada do bloco. São normas contrárias ao modelo econômico que busca ser implementado pelo MERCOSUL.

Dessa forma, as listas de exceções e os Ex-Tarifários são antagônicas ao sistema econômico do Mercado Comum, pois constituem-se como empecilhos à instituição plena das alíquotas da TEC e à formação de um sistema único e integrado de políticas macroeconômicas relacionadas ao comércio exterior. Elas podem ser definidas, portanto, como fatores de entrave à plena constituição de um Mercado Comum no MERCOSUL.

Conquanto não sejam as exceções o único fator de entrave à integração do MERCOSUL, elas podem ser definidas como sua principal causa. A inexistência de liderança no bloco, as disparidades econômicas irreconciliáveis entre os países membros e a inexistência de planejamento macroeconômico no âmbito do MERCOSUL podem, inclusive, ser as causas que levaram à manutenção da eficácia das listas de exceção após duas décadas da constituição do MERCOSUL.

Porém, ainda que fossem estabelecidas políticas macroeconômicas no âmbito do MERCOSUL, que um dos países despontasse como uma liderança para o bloco, ou que as diferenças econômicas fossem aplacadas; sem o fim das listas de exceção, o MERCOSUL continuaria classificado como uma União Aduaneira.

Resta claro, portanto, que as listas que conferem plena autonomia aos países para regular exceções, às margens das regras dispostas pela sistemática do MERCOSUL, são o maior entrave à integração do bloco econômico do Mercado Comum do Sul<sup>47</sup>.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Paulo Roberto de. Por que não integrar: razões antigas e modernas, boas e más. In: LESSA, Antônio Carlos e OLIVEIRA, Henrique A.(Coords). Integração Regional: uma introdução. Ed. 3. Edição online.

AMADO, Adriana M. e MOLLO, Maria de Lourdes R. Ortodoxia e

---

47 SALLES, Marcus Maurer de. "O regionalismo desenvolvimentista sul-americano frente ao sistema multilateral de comércio: uma análise jurídica do *policy space* pelas organizações de integração regional da América do Sul" [Tese Doutorado]. Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 184-185.

Heterodoxia na Discussão sobre Integração Regional : A origem do pensamento da CEPAL e seus desenvolvimentos posteriores., 2004 [online] [acesso em 29/07/2017] Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2003/artigos/A34.pdf>>

AMARAL, Alberto Junior do. Mercosul: características e perspectivas, 2000. [acesso em 29/07/2017] Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/599/r146-22.pdf?sequence=4>>

ANAS, Vera Sterman. O MERCOSUL não deve ser esquecido. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 27, mar 2006. [online] [acesso em 29/07/2017]. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1019&revista\\_caderno=19](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1019&revista_caderno=19)>

BAPTISTA, Luiz Olavo. O MERCOSUL, suas instituições e ordenamento jurídico. São Paulo: LTr, 1998.

BARNABÉ, Israel Roberto. O Mercosul e a integração regional. 2003. Tese (Doutorado) – Ciências Sociais, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2003.

BÖHLKE, Marcelo. O processo de integração regional e a autonomia do seu ordenamento jurídico. 2002. 264f. Tese (Mestrado) – Programa de mestrado em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. “Globalização e integração” [online] [acesso 14/12/2016]. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/mercosul/blocos/introd.htm>>

BRASIL. Resolução CAMEX nº 66/14. Dispõe sobre a redução, temporária e excepcional, da alíquota do Imposto de Importação, por meio do Regime de Ex-tarifário, para bens de capital (BK) e bens de informática e de telecomunicações (BIT) sem produção nacional equivalente, e estabelece regras procedimentais, publicada no Diário Oficial da União na República Federativa do Brasil em 15 de agosto de 2014.

CAMPBELL, Jorge. MERCOSUL: entre a realidade e a utopia. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 2000.

CAVALCANTI, Ricardo Russel Brandão. “ADCT: função e interpretações práticas” [online]. *Âmbito Jurídico* 2011, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9457](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9457)>

GUSSI, Evandro Herrera Bertone. Soberania e supranacionalidade In: CASELLA, Paulo Borba e VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia (coord.) Direito da integração. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LENZA, Pedro. “Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e seu desvirtuamento”. [online] [acesso 12/12/2016] Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ato-das-disposicoes-constitucionais-transitorias-adct-e-o-seu-desvirtuamento/11952>.

LESSA, Antônio Carlos e OLIVEIRA, Henrique A. Integração Regional: uma introdução. Ed. 3. Edição online

MERCOSUL. Tratado de Assunção, firmado em Assunção, República do Paraguai, dia 26 de março de 1991.

MERCOSUL. Decisão. MERCOSUL/CMC/DECISÃO N° 22/15. Continuidade do funcionamento do Fundo para a convergência estrutural do MERCOSUL, firmada em Brasília-DF, República Federativa do Brasil, dia 16 de julho de 2015

MERCOSUL. Decisão. MERCOSUL/CMC/DECISÃO. N° 25/15. Bens de capital e bens de informática e telecomunicações, firmada em Brasília-DF, República Federativa do Brasil, dia 16 de julho de 2015.

MERCOSUL. Decisão. MERCOSUL/CMC/DECISÃO. N° 26/15. Modificação da decisão CMC n° 58/10, firmada em Brasília-DF, República Federativa do Brasil, dia 16 de julho de 2015.

MERCOSUL. Decisão. MERCOSUL/CMC/DECISÃO. N° 58/10. Listas nacionais de exceções à tarifa externa comum, firmada em Foz do Iguaçu-PR, República Federativa do Brasil, dia 16 de julho de 2010.

MERCOSUL. Decisão. MERCOSUL/CMC/DECISÃO. N° 7/1994. Tarifa Externa Comum, firmada em Buenos Aires, República Argentina, dia 5 de agosto de 1994.

MERCOSUL. MERCOSUL. “Fundo para a Convergência Estrutural do MERCOSUL (FOCEM)” [online] [acesso 18/12/2016]. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/fundo-para-a-convergencia-estrutural-do-mercoul-focem>>

MERCOSUL. MERCOSUL. “Saiba mais sobre o Mercosul” [online] [acesso 14/12/2016]. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-mercoul>>

MERCOSUL. Resolução MERCOSUL/GMC/RES. N° 08/08. Ações

Pontuais no âmbito tarifário por razões de abastecimento, firmada em Buenos Aires, República Argentina, dia 20 de agosto de 2008;

PEROTTI, Alejandro Daniel. La Integración Regional en el Mercosur sobre la base del Tratado de Asuncion, Criterio Jurídico, nº 1, cit., p. 122 [online] [acesso 29/07/2017] Disponível em: <<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/190/900>>

PRAZERES, Tatiana. A OMC e os Blocos Regionais. São Paulo: Aduaneiras, 2008.

RAMALHO. JOSÉ EVERALDO. “Objetivos do Mercosul” [online] [acesso 17/12/2016]. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/oqueomercosul.html/processonegociador.html>>

SALLES, Marcus Maurer de. O regionalismo desenvolvimentista sul-americano frente ao sistema multilateral de comércio: uma análise jurídica do policy space pelas organizações de integração regional da América do Sul. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

## **RESUMO BIOGRÁFICO**

*Bruna Cunha Costa Cardoso* é Graduanda em Graduada em direito pelo Centro Universitário de Brasília, atua no Advocacy Brasil como associada.

*Fernanda Burle* é sócia do Advocacy Brasil e DEA em Direito Internacional pela Hautes Etudes International, Université de Genève, Suíça.

# DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA DOS BRICS

## DESARROLLO SOSTENIBLE: UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL BRICS

*Renato Pinto Cavalcanti\**

---

**Resumo:** *O seguinte estudo visa analisar de forma objetiva a relação entre os países que compõem o agrupamento conhecido como BRICS – Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul – e o desenvolvimento sustentável, questionando se existe uma dissonância entre este elemento e as políticas adotada pelos referidos países. Para isto, busca explorar elementos essenciais ao entendimento do problema, como o meio ambiente, o desenvolvimento sustentável e a governança ambiental internacional. Este artigo fez uso do estudo exploratório, mediante pesquisa bibliográfica e documental, através da análise e obtenção de informações constantes em livros, artigos, relatórios e resoluções, constantes em bibliotecas e na internet. Quanto aos objetivos foi utilizado o método analítico-descritivo, com uma abordagem qualitativa, visando à análise do atual contexto do Direito Internacional, especificamente voltado ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável, e a comparação de seus ditames com a realidade dos países que compõem o BRICS.*

**Resumen:** *El siguiente estudio tiene como objetivo analizar objetivamente la relación entre los países que conforman la agrupación conocida como BRICS - Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica - y el desarrollo sostenible, cuestionando si hay una disonancia entre este elemento y las políticas adoptadas por estos países. Para ello, se busca explorar esenciales para la comprensión del problema, tales como el medio ambiente, el desarrollo sostenible y la gobernanza ambiental a nivel internacional. En este artículo se hace uso del estudio exploratorio de la investigación bibliográfica y documental, mediante el análisis y la obtención de la información contenida en libros, artículos, informes y resoluciones, que figuran en las bibliotecas y en Internet. En cuanto a los objetivos se utilizó el método de análisis descriptivo, con enfoque cualitativo, cuyo objetivo es analizar el contexto actual del derecho internacional, orientado específicamente*

---

\* Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas, Brasil.  
E-mail: renatopintoster@gmail.com  
Recibido: 21/12/2016. Aceptado: 30/01/2018.

*para el medio ambiente y el desarrollo sostenible, y la comparación de sus dictados con la realidad de los países que conforman la BRICS.*

**Palavras-chave:** Meio ambiente, Direito ambiental internacional, Desenvolvimento sustentável, Governança, BRICS

**Palabras clave:** Medio Ambiente, Derecho ambiental internacional, Desarrollo sostenible, Gobernanza, BRICS

---

## 1. INTRODUÇÃO

Em sua missão incansável para atingir o ápice do desenvolvimento econômico, a humanidade atuou de forma predatória e destrutiva sobre o meio-ambiente. Antes por ignorância e, atualmente, pelo capitalismo desenfreado, é certo que as políticas adotadas pelos Estados e demais agentes impactantes apenas nos levarão rumo à condições ambientais cada vez mais precárias.

Tendo em vista esta desgraça iminente, faz-se necessário a elaboração e implementação de diretrizes e normas *lato sensu* que tenham como objetivos a preservação da natureza e amenização dos impactos causados pelo homem. Assim, a criação de agrupamentos políticos visando à cooperação internacional na adoção de medidas e tomada de decisões conjuntas, surge como uma excelente alternativa para efetivação de tais políticas positivas.

Dentre estes agrupamentos, destacam-se os BRICS, grupo composto por cinco Estados emergentes: Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul; que, devido às suas semelhanças nas searas político, econômico e social, apresentam enorme potencial na representação da governança global, podendo contribuir consideravelmente na temática sustentável.

Desta feita, existe por parte destes Estados o compromisso de disciplinar e definir padrões de conduta adequados para alcançarem a conservação do meio-ambiente no cenário internacional, invocando, para tanto, as reflexões e ensinamentos do Direito Internacional do Meio Ambiente; enquanto garantem o desenvolvimento social de suas populações, através de políticas públicas destinadas a esta finalidade.

Em face dos aspectos suscitados, é válido o seguinte questionamento: na conjuntura atual de uma sociedade marcada pelo desenvolvimento econômico, é possível determinar a presença de políticas nos países que compõem os BRICS voltadas à consolidação do desenvolvimento sustentável? Como se dá a atuação daqueles países com relação a este tema?

Contudo, primeiramente, faz-se necessária a explanação de alguns temas para entendermos melhor a presente pesquisa, quais

sejam: o meio ambiente e o Direito Internacional do Meio Ambiente, introduzindo aspectos de sua natureza e alguns princípios importantes; o desenvolvimento sustentável, conceito chave para a nossa pesquisa e; a Governança ambiental internacional, expondo sua importância na elaboração de políticas eficazes. Por estarem interligados, são imprescindíveis na compreensão da problemática apresentada, e então, poderemos ingressar nas perspectivas dos países que compõem o BRICS.

Assim, temos como objetivo esclarecer aqueles conceitos, facilitando o entendimento e a percepção da relevância deles para a nossa análise. A finalidade da presente pesquisa é doutrinária, explorando e discutindo tais temas e contextualizando-os na realidade dos BRICS, elaborando uma breve análise de cada caso, em particular.

Nosso estudo é de suma importância para o debate jurídico acerca deste tema, pouco explorado no nosso cotidiano enquanto apreciadores do Direito. Além de ser um objeto de estudo ainda em crescimento devido à sua atualidade e complexidade, a reflexão sobre como as nossas ações influenciam no mundo ao nosso redor é totalmente necessária.

## **2. MEIO AMBIENTE E O DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL**

Definir objetivamente o Meio Ambiente não é tarefa fácil, haja vista existirem diversas interpretações para seu conceito. Basicamente, Meio Ambiente é o conjunto de condições externas de natureza química, física e biológica, que regem e abrigam todas as formas de vida e seus organismos. Além do sentido natural, pode-se também ser definido de uma forma mais ampla, como um conjunto de ações ou circunstâncias, de origens culturais, sociais e econômicas.

O desenvolvimento sustentável está no cerne do meio ambiente, sendo impossível abordar ambos os termos sem entendê-los em suas totalidades. Conforme será explanado adiante, a ideia central do desenvolvimento sustentável é a obtenção de um crescimento econômico e social garantindo a preservação do meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

Sendo a base de existência da vida no nosso planeta, ao meio ambiente passou a ser reconhecida a necessidade de criação de um ramo especial de doutrinas e legislações a nível internacional, a fim de protegê-lo e preservá-lo. Apesar de já existirem algumas legislações esparsas visando à preservação ambiental, foi tão somente em junho de 1972, em Estocolmo, na Suécia, durante a 1ª Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente, que o Direito Ambiental consolidou-se. Com a Declaração Universal do Meio Ambiente, aprovada naquela Conferência, o ar, a água, o solo, a fauna e a flora passaram a ser objeto de preservação pelas mais diversas legislações que viriam a surgir mundo



afora. Nos dizeres de Dinh:

O direito internacional do ambiente é então constituído pelo conjunto de normas jurídicas internacionais necessárias à protecção deste espaço, a biosfera (ou ecossistema global) definição que coloca claramente ao mesmo tempo em evidência o seu carácter funcional – trata-se de enquadrar as actividades humanas que degradam o ambiente, ou sejam susceptíveis de atentar contra ele – e a sua integração no direito internacional geral<sup>1</sup>.

Assim, com o processo de globalização e de internacionalização dos direitos, o Direito Ambiental Internacional tornou-se um ramo essencial e o seu objeto, o meio ambiente, mais especificamente no que se refere à sua protecção e melhoramento, passou a ser considerado como uma questão fundamental na manutenção da dignidade da pessoa humana, sendo a principal agenda do século XXI.

Como em toda área do Direito, que apresenta natureza autônoma, há uma base principiológica, o Direito Ambiental Internacional também a possui. Tais princípios atuam tanto como norte na criação de normas como na interpretação e no preenchimento de lacunas presentes nos ordenamentos já existentes. Dentre inúmeros destes, podemos destacar os mais importantes, quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana, do poluidor-pagador e da prevenção e precaução; a serem explanados a seguir.

### **2.1. Princípio da dignidade humana**

Talvez o princípio mais importante de qualquer ramo do direito, a dignidade da pessoa humana deve existir em qualquer ambiente que prestigie os direitos humanos e o ideal da democracia. Tal princípio é invocado tão longo nos primeiros dois artigos da Declaração Universal do Meio Ambiente, bem como na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, documento elaborado durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - Rio 92. Seu Princípio 1 alude que: “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Tem direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”.

Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet, citada por Guerra, podemos extrair que:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste

---

<sup>1</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick e PELLET, Allain. *Direito Internacional Público*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 1297.

sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos<sup>2</sup>.

Já Barroso revela outros aspectos da dignidade da pessoa humana que merecem ser citados:

[...] a dignidade da pessoa humana é parte do conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, mas não se confunde com qualquer deles. Nem tampouco é a dignidade um direito fundamental em si, ponderável com os demais. Justamente ao contrário, ela é o parâmetro da ponderação, em caso de concorrência entre direitos fundamentais. Em segundo lugar, embora seja qualificada como um valor ou princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana não tem caráter absoluto. [...] Uma última anotação: a dignidade da pessoa humana, conforme assinalado acima, se aplica tanto nas relações entre indivíduo e Estado como nas relações privadas<sup>3</sup>.

Resta demonstrada, então, a verdadeira importância do referido princípio nas relações humanas. É certo que sua constante presença em discussões, convenções, debates etc. ajudam a fortalecer os ideais democráticos e evitar políticas, por parte dos Estados, que configurem retrocessos aos direitos humanos.

## **2.2. Princípios da prevenção e precaução**

Estes princípios apresentam certa semelhança no tocante às suas definições, contudo, não devem ser confundidos. Enquanto que, utilizando uma definição breve, o princípio da precaução visa evitar ao máximo a possibilidade de que ocorra algum dano ao meio ambiente, o princípio da prevenção reina em um contexto mais concreto, quando já são conhecidos os impactos ambientais e deve-se agir de maneira a evitar impactos futuros.

Quanto ao princípio da precaução, é válido salientar que este sofre certa limitação, pois depende da tecnologia disponível no momento

---

2 SARLET, 2001 *apud* GUERRA, Sidney e EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. 2006, vol 9, p. 382. Disponível em <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>>

3 BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. [s.l.], 2010, BARROSO, 2010, p. 14-15. Disponível em: <[https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12;Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12;Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>

e também da percepção dos encarregados de aferir os riscos em uma determinada situação fática, em decorrência da sua natureza de imprevisibilidade e incerteza. Como bem diz Antunes:

Em vários casos, a norma deve incidir sobre realidades factuais e se localizam na fronteira da investigação científica e, por isso, nem sempre a ciência pode oferecer ao Direito a tranquilidade da certeza. Aquilo que hoje é visto como inócuo amanhã poderá ser considerado extremamente perigoso e vice-versa<sup>4</sup>.

Em contrapartida, o princípio da prevenção, contando com o dom da certeza, pode ser mais facilmente invocado. Ferramentas como o licenciamento ambiental e o estudo e relatório de impacto ambiental (EIA/RIMA) ajudam na identificação de prováveis impactos futuros, para que sejam estes efetivamente evitados.

### 2.3. Princípio do poluidor-pagador

Introduzido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, em 25 de maio de 1972, através da Recomendação C(72) 128<sup>5</sup>, o princípio do poluidor-pagador surge como um meio de minimizar ou mitigar o impacto causado por determinada atividade danosa ao ambiente, ao transferir da sociedade o ônus da degradação para o degradante, ou seja, o utilizador dos recursos ambientais.

Pode-se dizer que o referido princípio está concatenado no da prevenção, explanado anteriormente, haja vista possuir um caráter dúplice, quais sejam: prevenir a ocorrência do dano (caráter preventivo), e, quando este já tem ocorrido, repará-lo (caráter repressivo).

Por fim, como bem observa Fiorillo<sup>6</sup>, deveras errônea é a noção de que este princípio serve como uma espécie de “permissão para poluir”, como se o pagamento pela poluição autorizasse o poluidor a utilizar os recursos naturais a seu bel-prazer.

---

4 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 30.

5“Cost Allocation: the Polluter-Pays Principle Environmental resources are in general limited and their use in production and consumption activities may lead to their deterioration. When the cost of this deterioration is not adequately taken into account in the price system, the market fails to reflect the scarcity of such resources both at the national and international levels. Public measures are thus necessary to reduce pollution and to reach a better allocation of resources by ensuring that prices of goods depending on the quality and/or quantity of environmental resources reflect more closely their relative scarcity and that economic agents concerned react accordingly” Organization for Economic co-operation and Development – OECD. *Guiding Principles Concerning International Economic Aspects of Environmental Policies*. Recommendation C(72) 12. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>

6 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 81-82.

### 3. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Considerado por muitos doutrinadores como um princípio do meio ambiente, o desenvolvimento sustentável merece um tópico à parte devido a sua importância no presente trabalho.

Desde o início de nossa breve história neste planeta, a humanidade tem causado impactos na natureza. Antes apenas objetivando sua subsistência, o ser humano tinha a capacidade de coexistir com um meio ambiente equilibrado. Contudo, com o surgimento de novas tecnologias e uma cultura que incentiva o consumo exagerado de bens e serviços, passamos a ter mais acesso aos recursos ambientais, gerando, conseqüentemente, uma exploração desenfreada e um verdadeiro predatismo ambiental.

Conforme Carvalho:

A crise ambiental surgiu a partir do momento em que a humanidade passou a se considerar em um plano isolado, sem qualquer interdependência em relação ao meio ambiente natural. Essa concepção de sociedade mecanicista gerou a atividade predatória e inconsciente com a percepção de que o ser humano não seria afetado pela escassez e degradação ambiental<sup>7</sup> [...].

A desconsideração, por uma grande parcela dos seres humanos, de que fazemos parte do meio ambiente, gera certa apatia ou indiferença ante os cada vez mais comuns desastres e impactos ambientais causados pela irresponsabilidade de certas pessoas. Há uma clara letargia dos governantes e demais autoridades, muitas vezes em decorrência de interesses pessoais. Para Jonas<sup>8</sup>, “a solidariedade de destino entre o ser humano e a natureza faz igualmente redescobrir a dignidade autônoma da natureza e obriga a respeitar a sua integralidade, além do aspecto utilitário”.

Tendo em vista esta problemática, passou-se a ser discutida pela comunidade internacional a ideia do desenvolvimento sustentável. Introduzida em certos pontos na Declaração de Estocolmo, tal instituto só passou a ser expresso solenemente na Rio-92. Nesta ocasião, foi elaborado um plano de ação, voltado a viabilizar a adoção de medidas que promovam o desenvolvimento sustentável, a Agenda 21, reforçando a “ideia de que o desenvolvimento e a preservação do meio ambiente devem andar *pari passo*”<sup>9</sup>. Sobre a Declaração do Rio, merecem destaque os seguintes princípios:

---

<sup>7</sup> CARVALHO, Sonia Aparecida e ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Sustentabilidade e tecnologia: perspectivas para o direito contemporâneo. Direito e desenvolvimento sustentável: a (necessária) proteção jurídica da biotecnologia e a (necessária) regulamentação do acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais*. Passo Fundo: IMED, 2013, p. 171.

<sup>8</sup> JONAS, 2006 *apud* CARVALHO, 2013, p. 172.

<sup>9</sup> NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Desenvolvimento sustentável do Brasil e o Protocolo de Quioto*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, vol 6, p. 57.

Princípio 1. Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.

[...]

Princípio 3. O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras.

Princípio 4. Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste<sup>10</sup>.

Sendo assim, o conceito de desenvolvimento sustentável é exatamente aquele expresso no Princípio 3, que, em outras palavras, quer dizer que a satisfação das necessidades das gerações presentes não devem comprometer a possibilidade de igual satisfação das necessidades das gerações futuras. A este conceito basilar, foi dado o nome de equidade intergeracional. Ademais, Nusdeo lembra que o desenvolvimento sustentável

Relaciona-se, assim, com todas as políticas públicas voltadas ao estímulo de formas de utilização dos recursos naturais no processo de produção econômica e reprodução social que permita sua conservação ou renovação para o uso futuro das presentes e próximas gerações<sup>11</sup>.

Consoante a lição de Diniz, ao discorrer sobre a equidade intergeracional, tem-se que

Fundamentado na constatação fundamental de que os recursos naturais do globo são esgotáveis e não renováveis, este princípio tem por consequência que todo o Estado “tem o dever de cuidar que as actividades exercidas nos limites da sua jurisdição ou sobre o seu controlo não causem danos que possam afectar a vida das gerações presentes e futuras” (resolução supracitada do IDI, artigo 6º). A exigência de uma exploração racional e equitativa dos recursos naturais, em particular mas não exclusivamente os “recursos partilhados”, encontra o seu prolongamento e a sua concretização nos princípios da prevenção e da precaução, cujo respeito é indispensável à realização do desenvolvimento sustentado<sup>12</sup>.

Ocorre que, para alcançar o pleno desenvolvimento sustentável, são

---

10 Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992, Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>> Acesso em 17 de novembro de 2015.

11 NUSDEO. Op. cit., 2005, p. 58.

12 DINIZ. Op. cit., 2003, p. 1333.

necessárias, em muitos casos, a adoção de políticas públicas por demais onerosas e a facilidade no acesso a tecnologias avançadas. Sendo assim, os países de terceiro mundo, com seus problemas sociais e econômicos, encontram vários óbices na persecução deste desenvolvimento.

Assim, também faz parte da agenda desenvolvimentista a cooperação entre os Estados, de modo que os países de primeiro mundo têm a obrigação de auxiliar os países menos desenvolvidos a conciliar o desenvolvimento com a preservação ambiental, reconhecendo suas responsabilidades comuns. Din, em sua obra, descreve muito bem este conceito:

A primeira função do conceito está então em reconciliar os pontos de vista dos países industrializados, preocupados com o futuro ecológico do planeta – que a sua industrialização quase não poupou – e os Estados do Terceiro Mundo, preocupados em primeiro plano com o seu próprio desenvolvimento econômico [...]. Nesta perspectiva, ele traduz-se no reconhecimento de responsabilidades comuns, mas diferenciadas dos Estados em matéria de protecção do ecossistema mundial<sup>13</sup>.

Portanto, o desenvolvimento sustentável agrega diversas qualidades essenciais aos seres humanos, no momento em que se deve haver um equilíbrio entre os fatores ecológicos, econômicos, sociais e tecnológicos para que aquele seja efetivado. Nesta ótica, podemos perceber que o desenvolvimento sustentável e um meio ambiente equilibrado se caracterizam como direitos fundamentais inerentes às pessoas humanas, e a proteção do meio ambiente é dever do Estado e da sociedade civil<sup>14</sup>.

#### **4. GOVERNANÇA AMBIENTAL INTERNACIONAL**

Devido ao fato dos Estados possuírem independência nas suas relações com as organizações internacionais e com outros Estados, não é raro que algum governo encontre dificuldades ao lidar com os demais. Contudo, para alcançar a máxima efetividade na elaboração, condução, gerenciamento etc. das políticas voltadas à proteção do meio ambiente e efetivação do desenvolvimento sustentável, é de extrema importância a criação de núcleos de cooperação entre nações.

Tais grupos fortalecem a união entre os Estados, fundada em interesses comuns, se diferenciado dos governos propriamente ditos na maneira informal de alcançar seus objetivos, prescindindo do poder de polícia para que os indivíduos aceitem suas políticas e resistam a suas proposições. A este tipo de governo (*lato sensu*, diga-se de passagem),

---

13 DINH, 2003, p. 1333.

14 CARVALHO, 2013, Op. cit., p. 179.

foi dado o nome de Governança Global. Sua definição, dada pela Organização das Nações Unidas – ONU é a de que seria:

A soma de leis, normas, políticas e instituições que definem, constituem e mediam as relações transfronteiriças entre Estados, culturas, cidadãos, governamentais ou não-governamentais, e o mercado. Abrange a totalidade de instituições, políticas, regras, práticas, normas, procedimentos e iniciativas nas quais Estados e seus cidadãos [...] tentam trazer mais previsibilidade, estabilidade e ordem nas suas respostas frente a desafios transnacionais – como mudança climática, degradação ambiental, proliferação nuclear e terrorismo – que vão além da capacidade de um único Estado resolver<sup>15</sup>.

Ainda, conforme James Rosenau, em sua brilhante visão sobre a governança global, diz que:

[...] governança não é o mesmo que governo. Os dois conceitos referem-se a um comportamento visando a um objetivo, a atividades orientadas para metas, a sistemas de ordenação; no entanto, o governo sugere atividades sustentadas por uma atividade formal, pelo poder de polícia que garante a implementação das políticas devidamente instruídas, enquanto governança refere-se a atividades apoiadas em objetivos comuns, que podem ou não derivar de responsabilidades legais e formalmente prescritas e não dependem, necessariamente, do poder de polícia para que sejam aceitas e vençam resistências. Em outras palavras, governança é um fenômeno mais amplo do que governo; abrange as instituições governamentais, mas implica também mecanismos informais, de caráter não-governamentais, que fazem com que as pessoas e as organizações dentro de sua área de atuação tenham uma conduta determinada, satisfaçam suas necessidades e respondam às suas demandas<sup>16</sup>.

Analisando a conceituação feita por Rosenau, a governança global surge como uma forma de descentralizar a condução das políticas globais das mãos dos Estados. Seria uma diluição dos poderes decisórios, aumentando as possibilidades de surgirem novos atores globais, como

---

15 WEISS, Thomas G. The UN's Role in Global Governance. Briefing Note Number 15. Nova Iorque, 2009. Disponível em: <<http://www.unhistory.org/briefing/15GlobalGov.pdf>>. Acesso em 19 de novembro de 2015. Tradução nossa.

16 Rosenau, 2000 *apud* NÓBREGA, NÓBREGA, Mariana de Oliveira e LACERDA, Jan Marcel de Almeida Freitas. Governança global ambiental e os BRICS: perspectivas e desafios para uma futura agenda sustentável. In: *2º Seminário de Relações Internacionais: Graduação e Pós-graduação "Os BRICS e as Transformações da Ordem Global"*. João Pessoa - PB: Associação Brasileira de Relações Internacionais, 2014., p. 2-3. Disponível em <[http://www.seminario2014.abri.org.br/resources/anais/21/1412110561\\_ARQUIVO\\_Artigo-ABRI-BRICSeGovernancaGlobalAmbiental.pdf](http://www.seminario2014.abri.org.br/resources/anais/21/1412110561_ARQUIVO_Artigo-ABRI-BRICSeGovernancaGlobalAmbiental.pdf)>. Acesso em 07 de julho de 2015.

as ONGs e demais organizações internacionais, atuando diretamente nos processos de tomada de decisões, regulação e elaboração de tais políticas.

Especificamente na área do Direito Internacional do Meio Ambiente, a Governança Ambiental é considerada, nas palavras de Agrawal e Lemos, citados por Nóbrega, como sinônimo de:

[...] intervenções visando à troca de incentivos relacionados com o ambiente, o conhecimento, as instituições, a tomada de decisões e os comportamentos. [...] usamos ‘governança ambiental’ para se referir ao conjunto de processos regulatórios, mecanismos e organismos através dos quais atores políticos influenciam ações ambientais e resultados [...]. A chave para as diferentes formas de governança ambiental são as relações político-econômicas que encarnam e como essas relações compartilham identidades, ações e resultados. Acordos internacionais, políticas e legislação nacionais, as estruturas locais de tomada de decisão, instituições transnacionais e ONGs ambientais são exemplos de formas através dos quais governança ambiental ocupa lugar [...]. Governança ambiental é variada em forma, fundamental em importância, e quase onipresente em propagação<sup>17</sup>.

Portanto, como Barros-Platiau bem lembra, para que seja alcançada a governança descrita por Rosenau, é necessário considerarmos a questão do multilateralismo jurídico, político e econômico, causada pela fragmentação do poder e das fontes reguladoras globais, podendo ser uma possível contribuição ao desenvolvimento do direito internacional ambiental<sup>18</sup>.

Nesse sentido, é válido salientar que não só os Estados são responsáveis pela tomada de decisões e formação de políticas internacionais. Existem diversas organizações extra-governamentais que exercem influência nas questões ambientais globais. Talvez a mais importante destas organizações seria o Programa das Nações Unidas sobre Meio Ambiente – PNUMA, que surge no momento em que a ONU, mediante sua resolução N° 2997 de dezembro de 1972, reconhece a “necessidade de elaborar prontamente e efetivamente a implementação, pelos governos e pela comunidade internacional de medidas destinadas a salvaguardar e melhorar o ambiente em prol das gerações presentes e futuras da humanidade”<sup>19</sup>.

Conforme Diniz, o PNUMA tem como principais funções

---

17 Agrawal e Lemos, 2006 *apud* NÓBREGA, 2014, Op. cit., p. 5.

18 BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. Novos atores, governança global e o direito internacional ambiental. 2001, p. 6. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31997-37543-1-PB.pdf>>. Acesso em 21 de novembro de 2015.

19 Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a27r2997.htm>>. Acesso em 25 de novembro de 2015. Tradução nossa.



[...] a promoção da cooperação internacional no domínio do ambiente e as de recomendar as políticas para este fim (numerosos instrumentos jurídicos foram negociados sob os seus auspícios ou por sua iniciativa); de recomendar os programas relativos ao ambiente no quadro das Nações Unidas e de supervisionar a sua aplicação; de “seguir a situação do ambiente no mundo” e de encorajar a pesquisa e a difusão de informação neste domínio; de avaliar os incidentes políticos e as medidas nacionais e internacionais em matéria de ambiente sobre os países em desenvolvimento e problemas de custos suplementares resultante para estes países; e de gerar os programas do Fundo do ambiente<sup>20</sup>.

Contudo, em sentido contrário, há quem questione se seria vantajosa a admissão de vários atores no tratamento das questões ambientais. Conforme explanado anteriormente, o desenvolvimento sustentável baseia-se em três pilares: o desenvolvimento ambiental, o social e o econômico; havendo o desbalanceamento de algum destes parâmetros, existiria o risco de que alguma nação em desenvolvimento fosse prejudicada. Argumenta-se que “toda essa gama de processos, ações e aparatos institucionais nem sempre se complementam, o que acaba por dificultar os propósitos pelos quais foram criados [...]: proteção ambiental, crescimento econômico sustentável e desenvolvimento socialmente justo”<sup>21</sup>.

O FBOMS – Fórum Brasileiro de ONGs e Movimentos Sociais para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, em conjunto com o Vitae Civilis Instituto para o Desenvolvimento, Meio Ambiente e Paz, debatendo sobre o tema, suscita que

Um dos motivos para esta situação pode ser identificado na complexa fragmentação da governança ambiental internacional, demonstrando múltiplas atribuições e papéis, distribuídos em instituições de várias esferas e segmentos e a falta de coordenação. A maioria dos acordos ambientais não tem metas claras que facilitem e viabilizem a implementação das medidas propostas. Tampouco há garantia de financiamento adequado para a implementação dos mesmos, e os países em desenvolvimento sofrem com os altos requisitos para cumprir com os relatórios de implementação e até mesmo com a garantia de participação nas conferências e reuniões de negociação sobre os acordos<sup>22</sup>.

---

20 DINH, 2003, Op. cit., p. 1304.

21 NÓBREGA, 2014, OP. cit., p. 5.

22 NEUHAUS, Esther; BORN, Rubens Harry. Governança ambiental internacional. Perspectivas, cenários e recomendações. Fórum Brasileiro de ONGs e Movimentos Sociais para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento. Brasília/São Paulo, 2007, p. 6. Disponível em <[https://www.scribd.com/fullscreen/7916316?access\\_key=key-vvj1vsspd7egdvnizh4](https://www.scribd.com/fullscreen/7916316?access_key=key-vvj1vsspd7egdvnizh4)>. Acesso em 21 de novembro de 2015.

Percebe-se, portanto, que há um conflito de ideias com relação à implementação de um sistema de governança global ambiental, sendo certo que esta depende totalmente da maneira como é implementada para que consiga alcançar seus objetivos na efetivação do desenvolvimento sustentável.

## **5. PERSPECTIVAS DOS BRICS**

Antes de passarmos à análise da relação dos países que compõem os BRICS com o desenvolvimento sustentável, vale tecer alguns comentários acerca da origem, peculiaridades etc. do referido bloco.

### **5.1. Origem**

A ideia de um grupo econômico denominado de BRICS surgiu no trabalho do americano Jim O'Neil, então economista-chefe da Goldman Sachs, em um estudo publicado em 2011 intitulado "*Building Better Global Economic BRICS*". Originalmente, incluíam-se somente o Brasil, a Rússia, a Índia e a China, sendo durante a III Cúpula do mesmo, em 2011, que a África do Sul foi admitida no grupo (mudando a sigla para BRICS).

Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, os BRICS possuem um expressivo peso econômico na escala global, representando 65% da expansão do PIB mundial entre 2003 e 2007. Diz ainda que, em 2003, os BRICS respondiam por 9% do PIB mundial, e em 2009 o valor aumentou para 14%. Em 2010, o PIB conjunto dos cinco países, incluindo a África do Sul, representou 18% da economia mundial, já superando o PIB dos Estados Unidos e o da União Europeia<sup>23</sup>.

Também conforme o IPEA, o BRICS tem um caráter informal, pois não possui documento constitutivo nem funciona com um secretariado fixo. O que sustenta o agrupamento é a vontade política de seus membros, apresentando um grau de institucionalização que se vai definindo, à medida que os cinco países intensificam sua interação<sup>24</sup>.

Azahaf et al., em seu relatório sobre a capacidade de governança dos BRICS, discorre sobre a importância de estudarmos tal agrupamento. Segundo este,

Os poderes rapidamente emergentes do Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul (BRICS) são muitas vezes considerados como responsáveis no processo para mudar o mapa político e econômico do século 21.

---

23 BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. IPEA, INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Conheça os BRICS - Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul*. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/forumbrics/pt-BR/conheca-os-brics.html>>. Acesso em 23 de novembro de 2015.

24 Ibidem.

Em particular, o crescimento econômico sem precedentes históricos observada desde a década de 1990, na figura dos “gigantes despertados” China, Índia e Brasil não só tem estimulado o interesse dos investidores nestes mercados futuros, como surpreendeu os mundos da política, da ciência, da economia e da mídia. A importância econômica global das nações BRICS é indiscutível<sup>25</sup>.

Desse modo, tendo em vista a amplitude e a dimensão da coalizão formada pelo BRICS, tal grupo surge no cenário internacional com potencialidade para se tornar um grande ator internacional. Os países que o compõe têm um enorme desafio no que se refere à boa Governança política, econômica, social e ambiental. Mesmo possuindo um enfoque maior na esfera econômico-financeira, os BRICS têm a capacidade de criar uma nova ordem internacional que preza pela proteção do meio ambiente e objetivação do desenvolvimento sustentável, elementos que urgem pela tomada de decisões urgentes, de um cunho mais prático.

## **5.2. Os BRICS como possíveis atores na governança ambiental**

Já demonstrada a importância econômica e política do agrupamento objeto do presente estudo, nos cabe agora mostrar a forma que é conduzido o desenvolvimento ambiental e, conseqüentemente, o desenvolvimento sustentável.

É notório que os BRICS possuem patrimônios ecológicos inigualáveis. Aliados a extensões territoriais de dimensões continentais, são responsáveis por abrigar milhares de espécies de fauna e flora únicas. Contudo, ao contrário do que se espera, os BRICS estão apenas iniciando a trilhar o caminho da sustentabilidade. Sua constante presença em convenções internacionais sobre o meio ambiente, como a Conferência das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável, conhecida como Rio+20, em 2012, e os marcantes debates sobre questões ambientais servem de alento para quem espera que o bloco avance no estabelecimento de uma boa governança ambiental.

Foi exatamente antes daquele evento, a Rio+20, em 2011, que Santos Júnior publicou um artigo analisando a transição das políticas, dos países que compõem os BRICS, voltadas ao desenvolvimento econômico para uma política voltada ao desenvolvimento ambiental, a qual o autor chama de “economia verde”. Diz ele que:

---

25 AZAHAF, N. et al. Governance Capacities in the BRICS. Sustainable Governance Indicators. Gütersloh: [s.n.], 2012, p. 9. Disponível em: <<http://www.sgi-network.org/brics/pdf/Governance%20Capacities%20in%20the%20BRICS.pdf>>. Acesso em 24 de novembro de 2015.

No que se refere especificamente aos países BRICS, a falta de consenso na transição para a *economia verde* gira justamente ao redor do princípio da *responsabilidade comum, porém diferenciada*. Nesse sentido, no entendimento indiano, por exemplo, a *economia verde* pode vir a significar um entrave ao desenvolvimento econômico. No entanto, é de acordo que todos os cinco países devem adequar suas economias à parâmetros sustentáveis, já que, em conjunto, os BRICS apresentam altas taxas de emissão de gás carbônico e outros gases poluentes e de utilização de recursos não-renováveis para geração de energia e consumo<sup>26</sup>.

Dessa forma, fica evidenciado certo contraponto de ideias entre os países-membros do grupo. Enquanto que uns, como Brasil e África do Sul, prezam pelas políticas voltadas ao desenvolvimento sustentável, outros como a Índia e China, países marcados pela industrialização, têm como prioridade o desenvolvimento econômico.

Mesmo assim, o grupo tem mostrado sua preocupação com o crescimento sustentável. Como bem lembra Nóbrega, foi durante a “Conferência BRICS no Século 21” em maio de 2014, que surgiu o denominado Consenso do Rio. Este documento, assinado por especialistas e intelectuais das cinco nações, objetiva promover o crescimento sustentável, mediante forte presença do Estado, redução da pobreza e desigualdade social e crescimento dos empregos, sendo apresentada por meio de onze estratégias econômicas políticas e científicas<sup>27</sup>.

Por fim, vale observar, novamente invocando Nóbrega, que: [...] apesar dos BRICS serem um agrupamento político de cooperação recente, essas e demais iniciativas que deverão ser tomadas, nos campos político-econômico e socioambiental revelam a maior interação entre os Estados-membros e, por consequência, o maior grau de institucionalização que tenderá aumentar, a medida de seus acordos. Entretanto, mais importante que a participação em encontros de relevância internacional sobre questões ambientais é o comprometimento desses Estados e dos BRICS, enquanto agrupamento, em relação aos acordos firmados e suas políticas internas<sup>28</sup>.

Passaremos, a seguir, à análise da influência das políticas de desenvolvimento sustentável nos países que compõem os BRICS.

---

26 SANTOS JÚNIOR, Sérgio Veloso; BOCAJUVA, Pedro Claudio Cunha. *Os BRICS e a Economia Verde: Rumo à Rio+20. Núcleo de Desenvolvimento Urbano e Sustentabilidade BRICS Policy Center*. Rio de Janeiro, 2011, p. 3. Disponível em <<http://bricspolicycenter.org/homolog/uploads/trabalhos/255/doc/2091916855.pdf>>. Acesso em 23 de novembro de 2015.

27 NÓBREGA, 2014, Op. cit., p. 11.

28 *Ibid.*, p.12-13.

### **5.3. O desenvolvimento sustentável nos países do BRICS**

O tema do desenvolvimento sustentável encontra-se presente amiúde nas declarações conjuntas dos líderes dos BRICS. Em todas as Cúpulas dos grupos, da primeira (Ecatimburgo, de 16 de junho de 2009) até a nona (Xiamen, de 04 de setembro de 2017), tal tema foi destacado. A seguir, demonstraremos brevemente alguns trechos nos quais foi discutido o desenvolvimento sustentável.

A declaração conjunta de Sanya (14 de abril de 2011), em seu ponto 23, mostra o comprometimento dos países integrantes do bloco em estabelecer metas e alcançar resultados no contexto do desenvolvimento sustentável:

23. A realização do desenvolvimento sustentável, como ilustram a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Agenda 21, o Plano de Implementação de Joanesburgo e os tratados multilaterais ambientais, deve ser importante veículo para a promoção do desenvolvimento econômico. China, Rússia, Índia e África do Sul [...] estão dispostos a trabalhar com o Brasil para chegar a um compromisso político novo e alcançar resultados positivos e práticos nas áreas de crescimento econômico, desenvolvimento social e proteção ambiental no quadro do desenvolvimento sustentável<sup>29</sup>.

Já na declaração conjunta de Nova Délhi (29 de março de 2012), em seu ponto 28, expõe claramente o conceito da equidade intergeracional:

28. A aceleração do crescimento e desenvolvimento sustentável, em conjunto com a segurança alimentar e energética, encontram-se entre os desafios mais importantes da atualidade e são centrais para o tratamento do desenvolvimento econômico, erradicação da pobreza, combate à fome e desnutrição em muitos países em desenvolvimento. Faz-se premente a criação de empregos necessários à melhoria dos níveis de vida. O desenvolvimento sustentável é também um elemento-chave de nossa agenda para a recuperação global e investimentos para estimular o crescimento futuro. Temos essa responsabilidade para com nossas futuras gerações<sup>30</sup>.

Por último, a declaração conjunta de Xiamen, no ponto 14, reafirma o compromisso perante as três dimensões do desenvolvimento sustentável: 14. Reafirmamos o nosso compromisso de implementar totalmente a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Defenderemos também

---

<sup>29</sup> BAUMANN, Renato et al. BRICS: estudos e documentos. Brasília: FUNAG, 2015. p. 179-180.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 194.

um desenvolvimento equitativo, aberto, abrangente, inclusivo e impulsionado pela inovação, a fim de alcançar o desenvolvimento sustentável em suas três dimensões - econômica, social e ambiental - de forma equilibrada e integrada<sup>31</sup>.

Após a leitura dos textos destacados, nota-se a importância do tema nas reuniões de seus membros e na elaboração dos respectivos planos de ações. Tais pontos apontam a preocupação dos BRICS com o panorama sustentável e a disposição para elaborar políticas que venham a promover seu desenvolvimento.

A seguir, veremos brevemente como cada país que compõe o BRICS age com relação ao tema em destaque.

### **5.3.1. Brasil**

O Brasil é, dentre os BRICS, o melhor colocado para alcançar soluções sociais em longo prazo. Afirma Azahaf et al., que “na visão dos especialistas, o Brasil tem a perspectiva futura mais promissora de todos os países do BRICS, uma qualidade que aplica às tendências atuais em áreas da política importantes, bem como, na qualidade de sua capacidade de governança”<sup>32</sup>.

Apesar de ainda enfrentar algumas dificuldades relacionadas ao planejamento estrutural e estratégico, e, também com relação às desigualdades sociais, sobretudo na área da educação, o Brasil viu nos últimos anos um aumento de seus indicadores sociais e da capacidade econômica das classes baixa e média, tornando os brasileiros mais conscientes com o ambiente ao seu redor e mais sensíveis às questões ambientais.

Assim, o governo passou a promover mais políticas voltadas à preservação e desenvolvimento ambientais. Um bom exemplo seria o estímulo do governo ao uso de fontes de energia renováveis, como a hidroelétrica e de biocombustíveis, graças ao seu enorme potencial natural, correspondendo a 40% do abastecimento de energia no país, gerando, conseqüentemente, baixíssimas emissões de gases que contribuem com o efeito estufa.

Também, conforme lembra o estudo realizado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, o Brasil estabeleceu em 1981 o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, e posteriormente o Ministério do Meio Ambiente – MMA, fortalecendo a agenda ambiental nacional. Tais órgãos governamentais, que antes viviam isolados, passaram a participar de diálogos entre

---

31 BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *IX Cúpula do BRICS - Declaração de Xiamen - Xiamen, China*, 4 de setembro de 2017, p. 8. Disponível em <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/17384-nona-cupula-do-brics-declaracao-de-xiamen-xiamen-china-4-de-setembro-de-2017>>

32 AZAHAF et al., 2012, Op. cit. p.8. Tradução nossa.

os outros ministérios e representantes do governo, integrando as problemáticas ambientais às políticas sociais e econômicas<sup>33</sup>.

Mantendo sua consciência ambiental no plano internacional, o Brasil é um grande defensor de soluções mais integradas internacionalmente, voltadas à cooperação e coordenação entre os agentes internacionais na consecução de um desenvolvimento sustentável equilibrado. Também, defende a inclusão dos países em desenvolvimento nos órgãos internacionais, observando suas especificidades.

Apesar de suas qualidades, o Brasil ainda precisa alcançar sua estabilidade política e diretiva para alcançar o pleno desenvolvimento sustentável, bem como desenvolver sua infra-estrutura e fortalecer em termos de planejamento estratégico.

### 5.3.2. Rússia

A Rússia apresenta o desempenho mais fraco no conjunto dos BRICS no que se refere à adoção de políticas ambientais e sustentáveis, tendo como maior defeito a ingerência do governo bem como a falta de planejamento estratégico.

Com a queda do regime soviético, os níveis de emissão de gases nocivos ao meio ambiente decaíram, devido à desorganização do regime, levando os governos seguintes a continuarem preservando os baixos índices de emissão, constituindo uma boa atitude do país. Também, conforme Silva:

A prevenção passou a ser um ponto importante. O princípio de fortalecimento da responsabilidade ambiental, das empresas e da atividade econômica em geral ganhou expressão no direito russo que garantia ao Estado um papel de punir os que ferissem “o interesse geral” ou que desenvolvessem atividades com risco para a sociedade, a fauna, a flora e o futuro<sup>34</sup>.

Apesar disso, o acesso às tomadas de decisão no país é muito restrito, tendo como consequência a inexistência de um ministério de meio ambiente independente e a falta de especialistas na área. Ainda

---

33 ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *OECD Environmental Performance Reviews: Brazil*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 26. Disponível em: <[http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/environment/oecd-environmental-performance-reviews-brazil-2015\\_9789264240094-en](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/environment/oecd-environmental-performance-reviews-brazil-2015_9789264240094-en)>. Acesso em 24 de novembro de 2015.

34 SILVA, Antônio Marcos Dutra da; HERZ, Monica. Rio+20: a Rússia e a Estrutura Institucional Internacional para o Desenvolvimento Sustentável. Núcleo de Desenvolvimento Urbano e Sustentabilidade BRICS Policy Center. Rio de Janeiro, abr. 2012, p. 2. Disponível em <<http://bricspolicycenter.org/homolog/uploads/trabalhos/3999/doc/1576392673.pdf>>. Acesso em 24 de novembro de 2015.

de acordo com Silva<sup>35</sup>, “para alguns tomadores de decisão russos, o comprometimento para com metas de redução de poluição pode limitar crescimento econômico, ao atingir a capacidade produtiva nacional”. Da mesma forma, praticamente não há participação da sociedade civil, ficando a Rússia à frente apenas da China, dentre os participantes do agrupamento.

Assim, com uma política contraditória e totalmente intransigente, é praticamente impossível o surgimento de políticas prospectivas, na Rússia atual, que visem o desenvolvimento sustentável<sup>36</sup>.

### **5.3.3. Índia**

A Índia possui certos problemas sociais, principalmente com relação à pobreza, desigualdade social e corrupção. Porém, surge como uma figura promissora em se tratando da promoção do desenvolvimento sustentável, desde que consiga superar tais problemas.

Grande parte da expectativa sobre a Índia reside na consistência de seu planejamento estratégico, o melhor dos BRICS conforme os especialistas. Também, o país é bastante fortalecido no que tange a participação da sociedade civil. Santos Júnior afirma que:

[...] o governo, em conjunto com diversos setores da sociedade civil, organizou a Coalizão para a Economia Verde – CEV. Através da CEV, o governo indiano espera acelerar a transição para uma economia verde inclusiva. A coalizão promove o entendimento comum, a criatividade e a capacidade de inovação entre setores da sociedade política e civil em direção a um paradigma sustentável de desenvolvimento econômico. Dessa forma, o governo indiano mantém sua soberania na condução para a economia verde, sem ferir seus planos de crescimento. Um dos principais objetivos da coalizão é identificar temas e áreas estratégicas que possibilitem uma transição em harmonia com a necessidade de aceleração da economia indiana<sup>37</sup>.

Entretanto, no cenário internacional, a Índia se posiciona de forma receosa sobre a transição de políticas voltadas ao desenvolvimento econômico para as políticas voltadas à preservação ambiental, sendo uma ferrenha defensora do “princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas”. Sobre este princípio, Florentino explica:

[...] tem papel central no posicionamento indiano a defesa de uma estrutura institucional que contemple o princípio de “responsabilidades

---

35 *Ibid.*, p. 4,

36 AZAHAF et al., 2012, *Op. cit.*, p. 6.

37 SANTOS JÚNIOR, 2011, *Op. cit.*, p. 8.



comuns, porém diferenciadas” (RCPD). Esse princípio, na interpretação da Índia e dos países em desenvolvimento como um todo, estabelece que os países desenvolvidos, cuja industrialização foi anterior e mais duradoura do que em países em desenvolvimento, possuem uma maior responsabilidade histórica sobre a degradação ambiental e, com isso, devem contribuir com uma maior parcela de esforços para a promoção do desenvolvimento sustentável. O princípio, contudo, não exige, por completo, os países em desenvolvimento de contribuírem para a proteção ambiental<sup>38</sup>.

Diante o exposto, fica claro que a Índia surge no cenário ambiental internacional como uma esperança de fortalecimento das políticas voltadas ao desenvolvimento sustentável, desde que consiga amenizar seus problemas sociais e passe a adotar políticas de *accountability*, para auxiliar no combate à corrupção.

#### 5.3.4. China

Com relação à China, os especialistas do Bertelsmann Stiftung apresentam uma análise ambivalente. Se, por um lado, o país apresenta um enorme potencial diante de sua capacidade para tomar decisões estratégicas, por outro lado peca enormemente em suas condições sociais, com elevados índices de desigualdade social e regional, desenvolvimento demográfico e corrupção, e poluição ambiental<sup>39</sup> em decorrência de sua enorme indústria.

Consoante o relatório supracitado:

O país se destaca por sua política de planejamento estratégico em longo prazo, e o seu sistema hierárquico de coordenação interministerial funciona relativamente bem. No entanto, é questionável até que ponto o governo realiza consultas a fontes acadêmicas independentes. Como a Índia, o sistema político de vários níveis traz grandes diferenças regionais na qualidade do governo, que por sua vez tem um efeito negativo sobre a qualidade dos serviços públicos nas áreas de periferia<sup>40</sup>.

No quesito da luta contra a corrupção, a China falha no sentido de que naquele país não existem meios de comunicação livres e setores da sociedade civil independentes do Estado.

---

38 FLORENTINO, Lucas Perez; WALDELY, Aryadne Bittencourt e HERZ, Monica. *Rio+20: a Índia e a Estrutura Institucional Internacional para o Desenvolvimento Sustentável*. Núcleo de Desenvolvimento Urbano e Sustentabilidade BRICS Policy Center. Centro de Estudos e Pesquisas BRICS. 2012, p. 3. Disponível em <<http://bricspolicycenter.org/homolog/uploads/trabalhos/4000/doc/1876112887.pdf>>. Aces-so em 24 de novembro de 2015.

39 AZAHAF et al., 2012, Op. cit., p. 6-7.

40 *Ibid.*, p. 7. Tradução nossa.

Já no âmbito do desenvolvimento ambiental, essencial para o desenvolvimento sustentável, o governo chinês apresenta algumas boas políticas, como as que estimularam a diminuição de emissão de gases poluentes e o comprometimento de “promover reformas no sistema de impostos ambientais, reduzir as exportações de mercadorias produzidas a custo de alto consumo de energia e investimento de US\$300 bilhões para promover a economia verde”<sup>41</sup>. No plano internacional, o país defende o princípio das “responsabilidades comuns, porém diferenciadas” e cooperação entre as organizações internacionais sobre as questões ambientais, sobretudo nos países ainda em desenvolvimento, observando suas questões específicas.

Outro ponto importante, suscitado por Santos Júnior, diz respeito à crise econômica que atingiu as principais potências mundiais nos últimos anos. Diz o autor:

“Todavia, com a crise econômica global atingindo os EUA e a União Europeia e amortecendo as perspectivas de crescimento global, o mundo se vira para a China e sua robusta economia como esperança para evitar uma recessão global. Esse quadro pode significar um impasse na transição da economia chinesa para padrões mais sustentáveis. Ainda assim, o governo chinês afirma que a transição para a economia verde deve ser priorizada em relação ao crescimento econômico por vias não sustentáveis”<sup>42</sup>.

Sendo assim, a China se caracteriza como mais uma promessa dentre os BRICS. Apesar de seus problemas sociais e ambientais, o país tem consciência da necessidade de mudanças em suas políticas e se compromete a fazê-las, o que pode tornar-se possível já que o mesmo é bem desenvolvido economicamente.

### **5.3.5. África do Sul**

A África do Sul figura uma posição mediana entre os países do BRICS. Como as demais nações do agrupamento, apresenta algumas questões sociais preocupantes, que, se contornadas, o país conseguirá atingir o desenvolvimento sustentável pleno.

Como pontos positivos de sua política nacional, Azahaf et al. cita que o governo tem realizado arranjos institucionais importantes, melhorando sua capacidade de planejamento estratégico, bem como são utilizados conhecimentos acadêmicos e há o envolvimento da sociedade civil e outros grupos interessados no processo de elaboração

---

41 SANTOS JÚNIOR, 2011, Op. cit., p. 8.

42 SANTOS JÚNIOR, 2011, Op. cit. p. 8.

das políticas<sup>43</sup>. Ainda, segundo Santos Júnior:

Diferentemente dos outros países BRICS, a África do Sul entende que a transição para um modelo de desenvolvimento sustentável é uma oportunidade única para promover inclusão social ao mesmo tempo em que diminui os impactos das mudanças climáticas<sup>44</sup>.

Contudo, o governo sul-africano poderia melhorar significativamente as áreas de coordenação interministeriais e de implementação de políticas. Juntamente com expressivos níveis de clientelismo, corrupção e nepotismo, o engajamento na causa sustentável se torna mais distante<sup>45</sup>.

No plano internacional, a África do Sul defende a governança internacional no auxílio aos países em desenvolvimento, coordenando os atos com os outros agentes e organizações internacionais, à medida das peculiaridades de cada nação.

Resta demonstrada, então, a relação dos países que compõem o BRICS com o desenvolvimento sustentável, e como estes se posicionam a respeito de uma boa governança ambiental internacional. Passaremos a seguir às conclusões.

## CONCLUSÃO

Após a análise do presente estudo, podemos entender os principais aspectos do meio ambiente, do desenvolvimento sustentável e da governança ambiental internacional e como estes institutos se apresentam nos países que compõem o agrupamento dos BRICS.

Podemos concluir, então, que os BRICS consistem em reais atores no cenário mundial no que diz respeito ao desenvolvimento sustentável. É certo que os cinco países têm seus defeitos e impedimentos nas três esferas do desenvolvimento sustentável: o desenvolvimento econômico, social e ambiental. Porém, todos aqueles, uns mais que outros, vêm apresentando políticas e soluções que visam reverter este cenário.

Políticas orientadas ao combate à corrupção, a redução da desigualdade social e regional; e um maior diálogo entre os órgãos governamentais e com a sociedade civil pode resolver diversos problemas sociais presentes naqueles países. Já no sentido do desenvolvimento ambiental, seria de enorme valia a tomada de decisões voltadas ao fortalecimento das políticas internas ambientais, como a redução de emissão de gases nocivos à camada de ozônio e que contribuem com o efeito estufa, modernização das indústrias e um efetivo planejamento estratégico.

Internacionalmente, o grupo tem o dever de focar em uma

---

43 AZAHAF et al., 2012, Op. cit. p. 7.

44 SANTOS JÚNIOR, 2011, Op. cit., p. 10.

45 AZAHAF et al., 2012, Op. cit. p. 7.

agenda sustentável, aproveitando o protagonismo de seus membros no cenário internacional para coordenar seus objetivos comuns e dialogar com as outras nações e organizações internacionais, mostrando seu comprometimento com a causa sustentável.

Por enquanto, não há um consenso entre os membros em como agir neste sentido, mas, com as constantes reuniões e Cúpulas, a coalizão será cada vez mais fortalecida, abrindo os caminhos para as tomadas de decisões para alcançar o desenvolvimento sustentável pleno.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZAHAF, N. et al. Governance Capacities in the BRICS. Sustainable Governance Indicators. Gütersloh: [s.n.], 2012, p. 9. Disponível em: <<http://www.sgi-network.org/brics/pdf/Governance%20Capacities%20in%20the%20BRICS.pdf>>

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. [s.l.], 2010, BARROSO, 2010, p. 14-15. Disponível em: <[https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. Novos atores, governança global e o direito internacional ambiental. 2001, p. 6. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31997-37543-1-PB.pdf>>

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *IX Cúpula do BRICS - Declaração de Xiamen - Xiamen, China*, 4 de setembro de 2017, p. 8. Disponível em <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/17384-nona-cupula-do-brics-declaracao-de-xiamen-xiamen-china-4-de-setembro-de-2017>>

BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. IPEA, INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Conheça os BRICS - Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul*. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/forumbrics/pt-BR/conheca-os-brics.html>>

CARVALHO, Sonia Aparecida e ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Sustentabilidade e tecnologia: perspectivas para o direito contemporâneo. Direito e desenvolvimento sustentável: a (necessária) proteção jurídica da biotecnologia e a (necessária) regulamentação do acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais*. Passo Fundo: IMED, 2013, p. 171.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick e PELLET, Allain. *Direito Internacional Público*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FLORENTINO, Lucas Perez; WALDELY, Aryadne Bittencourt e HERZ, Monica. *Rio+20: a Índia e a Estrutura Institucional Internacional para o Desenvolvimento Sustentável*. Núcleo de Desenvolvimento Urbano e Sustentabilidade BRICS Policy Center. Centro de Estudos e Pesquisas BRICS. 2012, p. 3. Disponível em <<http://bricspolicycenter.org/homolog/uploads/trabalhos/4000/doc/1876112887.pdf>>

GUERRA, Sidney e EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. 2006, vol 9, p. 382. Disponível em <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>>

NEUHAUS, Esther; BORN, Rubens Harry. Governança ambiental internacional. Perspectivas, cenários e recomendações. Fórum Brasileiro de ONGs e Movimentos Sociais para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento. Brasília/São Paulo, 2007, p. 6. Disponível em <[https://www.scribd.com/fullscreen/7916316?access\\_key=key-vvj1vsspd7egdvni4](https://www.scribd.com/fullscreen/7916316?access_key=key-vvj1vsspd7egdvni4)>

NÓBREGA, Mariana de Oliveira e LACERDA, Jan Marcel de Almeida Freitas. Governança global ambiental e os BRICS: perspectivas e desafios para uma futura agenda sustentável. In: *2º Seminário de Relações Internacionais: Graduação e Pós-graduação “Os BRICS e as Transformações da Ordem Global”*. João Pessoa – P: Associação Brasileira de Relações Internacionais, 2014., p. 2-3. Disponível em <[http://www.seminario2014.abri.org.br/resources/anais/21/1412110561\\_ARQUIVO\\_Artigo-ABRI-BRICSeGovernancaGlobalAmbiental.pdf](http://www.seminario2014.abri.org.br/resources/anais/21/1412110561_ARQUIVO_Artigo-ABRI-BRICSeGovernancaGlobalAmbiental.pdf)>

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *OECD Environmental Performance Reviews: Brazil*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 26. Disponível em: <[http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/environment/oecd-environmental-performance-reviews-brazil-2015\\_9789264240094-en](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/environment/oecd-environmental-performance-reviews-brazil-2015_9789264240094-en)>

SANTOS JÚNIOR, Sérgio Veloso; BOCAYUVA, Pedro Claudio Cunha. Os BRICS e a Economia Verde: Rumo à Rio+20. Núcleo de Desenvolvimento Urbano e Sustentabilidade BRICS Policy Center. Rio de Janeiro, ago. 2011, p. 3. Disponível em <<http://bricspolicycenter.org/homolog/uploads/trabalhos/255/doc/2091916855.pdf>>

SILVA, Antônio Marcos Dutra da; HERZ, Monica. Rio+20: a Rússia e a Estrutura Institucional Internacional para o Desenvolvimento

Sustentável. Núcleo de Desenvolvimento Urbano e Sustentabilidade BRICS Policy Center. Rio de Janeiro, abr. 2012, p. 2. Disponível em <<http://bricspolicycenter.org/homolog/uploads/trabalhos/3999/doc/1576392673.pdf>>

WEISS, Thomas G. The UN's Role in Global Governance. Briefing Note Number 15. Nova Iorque, 2009. Disponível em: <<http://www.unhistory.org/briefing/15GlobalGov.pdf>>

## **RESUMO BIOGRÁFICO**

*Renato Pinto Cavalcanti* é Bacharel em Direito pela FACISA - Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas, atualmente atuando como Advogado particular.

# A ACTIO POPULARIS NO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO

## LA ACTIO POPULARIS EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO

*Marcus Vinicius Xavier de Oliveira\**

**Resumo:** Este trabalho objetivou enfrentar o problema relacionado à vigência, validade e eficácia do instituto da *actio popularis* no Direito Internacional Contemporâneo, tendo como ponto de intersecção, de um lado, as decisões proferidas pela Corte Internacional de Justiça nos casos *Etiópia e Libéria v. África do Sul* nos anos de 1962 e 1966, bem como as críticas efetuadas à virada radical que a Corte promoveu entre os julgamentos das *Questões Preliminares* e a segunda fase, tendo como substrato teórico a crítica feita por Egon Schwelb. Para tanto, logo após estabelecer as bases da discussão no tema relativo à transição do sistema westfaliano para o da Carta, discorreu-se sobre a origem do instituto no direito romano, tendo como principal apoio a obra de Theodor Mommsen. Ato seguido passou-se à apresentação e discussão das decisões da Corte Internacional de Justiça no caso indicado, para apontar-se, em linhas posteriores, as críticas que referida decisão sofreu. No último tópico se discutiu a correlação entre o instituto da *actio popularis* com a máxima *aut dedere aut iudicare*, em especial no regime indireto de implementação do Direito Penal Internacional. Concluiu-se o trabalho com considerações a confirmar a vigência, validade e condições de eficácia e legitimidade da justiça cosmopolita, cuja fundamentação encontra-se na *actio popularis*. O método de abordagem adotado no presente trabalho foi o crítico, e o de procedimento a consulta bibliográfica.

**Resumen:** Este trabajo objetivó enfrentar el problema relacionado a la vigencia, validez y eficacia del instituto de la *actio popularis* en el derecho internacional contemporáneo, teniendo como punto de intersección, por un lado, las decisiones dictadas por la Corte Internacional de Justicia en los casos *Etiopía y Liberia v. África del Sur* en los años 1962 y 1966, así como las críticas en relación a la vuelta radical que la Corte promovió entre los juicios de las *Cuestiones Preliminares* y la segunda fase, teniendo como sustrato teórico la crítica hecha por Egon Schwelb. Para ello, después de establecer las bases de la discusión en el tema relativo a la transición

---

\* Universidade Federal de Rondônia, Brasil.  
E-mail: advmarcusvinicius@gmail.com  
Recibido: 20/11/2017. Aceptado: 09/04/2018.

*del sistema westfaliano al de la Carta, se discutía sobre el origen del instituto en el derecho romano, teniendo como principal apoyo la obra de Theodor Mommsen. El acto seguido se pasó a la presentación y discusión de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia en el caso indicado, para señalar, en líneas posteriores, las críticas que dicha decisión sufrió. En el último tópico se discutió la correlación entre el instituto de la actio popularis con la máxima aut dedere aut judicare, en especial en el régimen indirecto de implementación del Derecho Penal Internacional. Se concluye el trabajo con consideraciones a confirmar la vigencia, validez y condiciones de eficacia y legitimidad de la justicia cosmopolita, cuya fundamentación se encuentra en la actio popularis. El método de abordaje adoptado en el presente trabajo fue el crítico, y el de procedimiento la consulta bibliográfica.*

**Palavras-chave:** Direito internacional, Actio Popularis, Aut Dede Aut Judicare, Sistemas internacionais, Direito penal internacional, Implementação indireta

**Palabras clave:** Derecho internacional, Actio Popularis, Aut Dede Aut Judicare, Sistemas internacionales, Derecho penal internacional, Implementación indirecta

---

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo central demonstrar que a *actio popularis* é um instituto vigente e aplicável no contexto do Direito Internacional, mormente em razão dele constituir, como se procurará demonstrar, no fundamento que permite os Estados, no exercício de suas jurisdições penais extraterritoriais, o exercício da persecução penal dos acusados do cometimento de crimes internacionais, próprios ou transnacionais. Para comprovar esta hipótese, dever-se-á, entretanto e inicialmente, enfrentar, sob perspectiva crítica, a decisão da Corte Internacional de Justiça (doravante CIJ) no contexto dos casos Etiópia e Libéria *v.* África do Sul (*South-West Africa Cases*), bem como buscar uma reconstrução histórica do instituto em sua origem romana.

Portanto, a discussão acerca da vigência e aplicabilidade do instituto da *actio popularis* no Direito Internacional contemporâneo, e que se liga diretamente à regra *aut dedere aut judicare*, bem como seus significados e efeitos, cuja origem remonta, até onde pudemos aferir, aos casos Etiópia e Libéria *v.* África do Sul (*South-West Africa Cases*), constitui-se, conforme se procurará demonstrar nas linhas que seguem, em tópico privilegiado para se dilucidar as diferenças



existentes entre os sistemas internacionais westfaliano<sup>1</sup> e da Carta<sup>2</sup>, mormente no que concerne à legitimidade para os Estados atuarem na proteção daquilo que M. Sherif Bassiouni denomina de valores e interesses comuns (*common-shared values* e *common-shared interests*) da sociedade internacional, com especial ênfase nos campos do Direito Penal Internacional (proscrição e persecução dos autores de crimes internacionais próprios e/ou transnacionais), cuja vinculação, ademais, com o Direito Internacional dos Direitos Humanos é mais do evidente: é de essência<sup>3</sup>.

O estudo do instituto é importante porque, nada obstante a defesa da tese feita pelos internacional-constitucionalistas segundo de que a sociedade internacional contemporânea já se constitua em uma Comunidade Internacional<sup>4</sup>, parecem-nos mais acertadas as afirmações de Pastor Ridruejo, Thomas Kleinen, Prosper Weil, dentre outros autores, para os quais, de fato, isso ainda não ocorreu. Para aquele primeiro, a característica mais destacada da sociedade internacional contemporânea é a de se encontrar numa fase de transição de uma sociedade de justaposição – modelo westfaliano de Estados independentes –, para uma sociedade de cooperação – modelo da Carta –, em que, ao lado dos interesses particulares dos Estados, passa-se a ter um maior compartilhamento de interesses e valores universais e/ou comuns que devem ser protegidos não pelo Estado, mas pelos Estados a partir de um regime de cooperação que tem na juridicização (Direitos Internacionais Especiais), na institucionalização (constituição

---

1 JOSÉ BREMER, Juan. *De Westfalia a post-Westfalia: Hacia un Nuevo Orden Internacional*. Cuidad de México: Universidad Nacional Autonoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 66-67.

2 WEIL, Prosper. “Le Droit International En Quête de Son Identité”. *RCAD*, vol. 237, 1992, p 28.

3 “The identification, application and enforcement of commonly-shared values and commonly-shared interests by the modern international legal system presuppose the existence of a community that postulates certain universal objects and moral imperatives requiring certain actions and compelling the refraining from others. From there we identify the boundaries that limit the actions of states, impel them to cooperate for the common good and act in the common interest. To argue that this is exclusively a moralistic approach is to ignore all that which common experience teaches based on the lessons of justified pragmatic considerations, enlightened self-interest, and prudent judgment. An international community is not therefore dependent on the existence or even the desirability of a world government”. BASSIOUNI, M. Cherif. *The Perennial Conflict Between International Criminal Justice and Realpolitik*, 38<sup>th</sup> ed. Georgia State University College of Law. Disponível em <[http://law.gsu.edu/Miller\\_Lecture/2006/MillerLecture-S06-BassiouniDraft.pdf](http://law.gsu.edu/Miller_Lecture/2006/MillerLecture-S06-BassiouniDraft.pdf)>

4 “The international legal order is not the same as it was 66 years ago [...] today a community [...] would seem to come closer [...] to really than any time before [...] States live [...] within a legal framework of a limited number of basic rules which determines their basic rights and obligations with or without their will [...] every State receives its legal entitlement to be respected as a sovereign entity, the constitution of international society [...] community being a term suitable to indicate a closer union than between members of a society [...] Thus, Article 2 (1) of the UN [...] Article 38 of the Statute [...] Article 26 of the Vienna Convention [...] good faith. All of these principles and rules may be relied upon to identify the juridical architecture of the international system [...]”. TOMUSCHAT, Christian. “Obligations Arising for States Without or Against Their Will”. *RCADI*, vol 241, 1993, p. 211-212.

de Organizações Internacionais e/ou regimes internacionais) e na jurisdicionalização (sistemas judiciais ou quase-judiciais de soluções de controvérsias) as suas marcas mais significativas<sup>5</sup>.

Já para Kleinen, o que existe, de fato, é uma Comunidade Internacional em potência, posto que, para sua concretização na facticidade história, deveriam estar presentes os “[...] elementos centrais da dimensão dogmática da teoria da constitucionalização [...]”, quais sejam “[...] a hierarquia das normas do direito internacional, o desenvolvimento de uma ordem universal que objetive a proteção dos bens comuns e a vinculação normativa do exercício das competências públicas para além do Estado”<sup>6</sup>.

Nesse sentido, este estado paradoxal de já, mas ainda não – restando pensar-se, doutro polo, se a efetiva constitucionalização da sociedade internacional é, de fato, factível e desejável<sup>7</sup> –, tem causado não poucas perplexidades nos estudiosos do Direito Internacional, pelo que muitos têm apelado ao fato de que, com a queda do muro de Berlim em 1989 e os seus desdobramentos posteriores, a sociedade internacional tenha ingressado numa fase de transformações efetivas e concretas rumo à Comunidade Internacional.

Importante, entretanto, repisar as lições de Prosper Weil em seu *Cour Général* na Haia, em 1992, que se firmando nas lições de Maurice Bourquin de 1931<sup>8</sup>, afirma que a ideia de que a queda do muro de Berlim e o fim do império soviético teriam dado novo impulso ao Direito Internacional não passa de um *trompe-l'oeil*. Em verdade, reportando-se às lições de Gerald Fitzmaurice, o autor alude ao contínuo processo de transformações e mudanças que acompanham o Direito Internacional desde sempre, insistindo, ademais, que apesar da contínua institucionalização da sociedade internacional, os Estados continuam os sujeitos internacionais *par excellence*, mesmo em campos tão prenhes de significados humanitários como o Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>9</sup>.

---

5 PASTORRIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 18ª ed. Madrid: Tecnos, 2014, p. 48-49.

6 KLEINEN, Thomas. *Konstitutionalisierung im Völkerrecht: Einer Idealistischen. Völkerrechtslehre*, Heildeberg: Springer, 2012, p. 315.

7 MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. “Clóvis Beviláqua e a justiça internacional: entre o sim e o não a Rui Barbosa”. *Revista de Direito Internacional*. 2016, vol 13, nº 2, 2016, p. 424.

8 “C’est devenu une banalité de dire que le droit international est en pleine transformation. Non seulement ses emprises sur la vie des peuples se multiplient, mais les conceptions qui l’inspirent subissent un profond renouvellement... S’il n’y a point, à vrai dire, de solutions de continuité, il y a des phases d’évolution rapide, où le paysage ancien se désagrège sous les regards du spectateur, pour laisser apparaître l’ébauche d’un paysage nouveau, dont le temps précisera les contours et qui finira par régner sans partage. Que nous soyons dans une telle période, trop de signes l’attestent pour qu’il soit permis d’en douter. C’est ce qui fait aujourd’hui l’intérêt passionnant du droit international. C’est ce qui fait en même temps la difficulté de son étude”. Apud WEIL, *Le Droit International en Quête...*, p. 26.

9 WEIL, *Le Droit International en Quête...*, p. 100-128.

O mesmo para Malcolm Shaw, para quem, nada obstante o

[...] aumento do número de atores e participantes no sistema jurídico internacional, os Estados permanecem, de longe, como as pessoas coletivas mais importantes e, apesar do aumento da globalização e de tudo o que isso implica, os Estados mantêm a sua atração como o principal foco da atividade social humana e, portanto, do Direito Internacional<sup>10</sup>.

Segue na mesma direção Shabtai Rosenne, quando afirma que as transformações pelas quais o Direito Internacional tem passado não lhes são nem estranhas nem lhes retira o seu caráter perene de fator regulante da sociedade internacional conformada, principalmente, mas não exclusivamente, por Estados. Muito pelo contrário, se o Direito Internacional ainda permanece como critério imperioso para as relações entre os Estados, é em razão mesmo dessa sua capacidade de adaptação às constantes mudanças pelas quais tem passado a sociedade internacional, e isso em razão do papel preponderante que o princípio da boa-fé sempre ocupou no âmbito das relações internacionais<sup>11</sup>.

Assim, o tema abordado no presente trabalho parece se constituir num dos meios pelos quais as conhecidas deficiências do Direito Internacional, sinteticamente alocadas por Pastor Ridruejo nas expressões “carências institucionais” e “politização alargada”<sup>12</sup>, poderiam ser mitigadas, mormente porque pressuporiam não a infirmação das jurisdições nacionais (*rectius*: soberania), mas na exigência de atuação concreta e institucionalmente adequada dos Estados na defesa dos valores e interesses comuns da humanidade, e que tem nos Direitos Humanos e na proscrição dos crimes internacionais, em especial os em *stricto sensu* (Genocídio, Crimes Contra a Humanidade, Crimes de Guerra e Crimes de Agressão), o *locus* central de conformação.

## 2. A *ACTIO POPULARIS* NO DIREITO ROMANO

O instituto de que cuida o presente trabalho tem sua origem situada no Direito Romano.

Para Aron X. Fellmeth e Maurice Horwitz, a *actio popularis* tinha por fundamento a ideia de que tanto o Estado como qualquer

---

10 SHAW, Malcolm. *International Law*. 6<sup>th</sup> ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 197.

11 ROSENNE, Shabtai. *The Perplexities of Modern International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 449-455.

12 “Comparado com os Direitos internos dos Estados, o Direito Internacional Público se nos apresenta como uma disciplina especialmente problemática, caracterizada por umas denunciadas carências institucionais que causam incertezas e relativismos no plano normativo, graves insuficiências na prevenção e na sanção de [sua] violação e uma politização alargada – ainda que não absoluta – na solução de controvérsias, quando não na impossibilidade de sua resolução” PASTOR RIDRUEJO, Op. cit., p. 23.

cidadão detinham legitimidade para pleitear judicialmente a proteção de interesses públicos, constituindo-se, nesse sentido, numa “*qui tam action*”, expressão que tem origem na sentença “*qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur*”, do que exsurge a ideia de uma corresponsabilidade e legitimidade concorrente entre cidadãos e o Estado. Esse “*qui tam*” constitui-se, portanto, no principalmente fundamento pelo qual a maior parte dos ordenamentos jurídicos da família romano-germânica, pelo menos em suas fases de regimes republicanos e/ou democráticos, têm assegurado *actiones populares* para que o cidadão proponha medidas judiciais que objetivam a tutela de interesses públicos<sup>13</sup>.

No mesmo sentido asseverava M. Seabra Fagundes, para quem

Ação popular é aquela por meio da qual o indivíduo provoca o pronunciamento do órgão judicante (em nosso regime político o Poder Judiciário) sobre atos ou abstenções da Administração Pública, que, não ferindo direito seu, afetem, de qualquer modo, o direito objetivo no que concerne aos serviços públicos, ao domínio do Estado, às servidões administrativas e às obrigações públicas. É instrumento posto a serviço dos membros da coletividade para o controle permanente da legitimidade extrínseca (e, às vezes, também intrínseca) do procedimento administrativo. No dizer de Gascon y Marin, completa o regime de direito a que se vincula a Administração Pública. Segundo Ranelletti, a ação popular pode ter sentido corretivo, se visa a reparar erro da Administração na realização do direito, e supletivo quando procura suprir a inércia da autoridade pública fazendo executar lei, cuja aplicação se descurou<sup>14</sup>.

Para Adolf Berger, as *actiones populares* consistiam em

[...] ações que podiam ser propostas por “qualquer um do povo” (*quivis [quilibet] ex populus*). Elas tiveram origem pretoriana, [e] objetivavam proteger o interesse público (*ius populi*). Eram de natureza Penal e, em caso de condenação do infrator, o demandante recebia a penalidade paga [...]. Contudo, algumas foram estabelecidas em leis ou Ordenações, em que a pena era paga para o Estado ou para o tesouro municipal, ou dividido entre o *aerarium* e o acusador, como, por exemplo, a prevista em um decreto do Senado para o caso de danos aos aquedutos (D. 47, 23)<sup>15</sup>.

---

13 FELLMETH, Aron X., HORWITZ, Maurice. Guide to Latin in International Law. Oxford: New York: Oxford University Press, 2009, 12/240.

14 FAGUNDES, M. Seabra. “Da Ação Popular”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1946, p. 1-2.

15 BERGER, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953, p. 347.

Contudo, para Egon Schwelb essa afirmação peremptória de que se constituíam essencialmente em ações de natureza penal não é certa. Com efeito, conforme Schwelb

No direito romano, a *actio popularis* era uma ação que era proposta por qualquer membro do público (*quivis ex "populo"*). As duas ações populares mais importantes e mais conhecidas descritas abaixo tinham certo elemento penal e de ordem pública [*policing*], mas não eram tanto “instituições do direito penal romano”, mas parte do direito das obrigações. Surgiram no âmbito de ações originadas de *quasi ex delicto*, [que] muitas vezes, não muito precisamente, [são] chamadas de “quase-delitos”. Os assim chamados quase-delitos eram instituições não da antiga lei penal romana, mas da lei pós-clássica e, principalmente, do código Justiniano. Um quase-delito era um fato que, sem ser um delito, criava obrigações semelhantes às decorrentes de um delito, isto é, [a] responsabilidade de pagar indenização e, em determinados casos, responsabilidade criminal. A *actio de deiectis vel effuses* se movia em face do proprietário do imóvel de onde coisas tinham sido jogadas ou líquidos derramados, de modo a prejudicar as pessoas na rua. O proprietário também era responsável se seu escravo, convidado ou criança tivesse sido responsável pelo lançamento ou despejo. O pretor romano concedia a *actio de posito et suspenso* a todos os cidadão quando as coisas eram dispostas ou suspensas no exterior de uma casa ou numa janela de forma a pôr em perigo os transeuntes<sup>16</sup>.

Esse problema pertinente à natureza da *actio popularis* no Direito Romano, isto é, saber se se constituíam em ações de caráter civil e/ou penal, pode ser solvido em duas obras do romanista Theodor Mommsen. A primeira, contida no volume 3 de suas *Gesammelte Schriften*, no qual consta um artigo sobre as Ações Populares [*Popularklagen*], e a outra no seu Direito Penal Romano, especificamente o Capítulo II, do Livro III, que trata do procedimento penal, intitulado “[D]As partes e da Assistência Jurídica no Procedimento Acusatório”.

Em seu Ações Populares, MOMMSEN inicia seu trabalho contestando a opinião defendida por Brunswick segundo a qual o conceito de ação popular somente se aplicava àquelas demandas que poderiam ser propostas por qualquer do povo, mas desde que delas redundassem benefícios ou vantagens próprias, em especial a coparticipação na percepção das multas aplicadas. Mommsen aponta o equívoco dessa concepção ao sustentar que, segundo as fontes, *popularis* seriam aquelas ações que poderiam ser propostas por qualquer cidadão, e diversamente do que sustentado por aquele autor, por elas se tutelavam

---

16 SCHWELB, Egon. *The Actio Popularis and International Law*. Israel Yearbook on Human Rights, v. 2, 1972, p. 47.

o *interesse da comunidade*<sup>17</sup> e não interesses indiretos que poderiam ser aferidos pelo demandante. Confirma a hipótese mommsea o fato de o autor-popular, em caso de urgência, poder propor uma *populare interdictum*, que como toda medida dessa natureza<sup>18</sup>, tinha por função permitir a intervenção imediata do órgão competente (judiciário ou governamental, a depender da esfera de competência) para prevenir ou determinar a cessação de dano à coisa pública. Uma vez interposta a ação popular, uma consequência de seu acolhimento seria a determinação de restituição da *res publica* ao seu estado anterior, bem como a imposição de multa, de caráter civil ou penal, que poderia ou não ser atribuída ao autor popular.

Já no Capítulo II do Livro III de seu Direito Penal Romano<sup>19</sup>, Mommsen informa que na segunda etapa histórica do processo penal romano, coincidente com a República, o antigo modelo inquisitorial fora substituído pelo sistema da *actio*, o que pressupôs a instituição de um sistema acusatório em que o juiz ocupava uma função equidistante das partes. Ora, se somente no período do Império surgirá a figura do *procuratoris principis*, a quem competia exercer a acusação? Di-lo Mommsen:

A base do procedimento acusatório era a seguinte: aquele que a propunha em representação à Comunidade [Vertretung der Gemeinde] em razão dos danos que lhe foram impingidos, uma pessoa tomava sobre si referido encargo e assumia referida responsabilidade, [mas] não de ofício, isto é, em razão de seu cargo, mas por própria e livre resolução. Esta pessoa era o acusador ou demandante [...] O fato de não [se] exercer a ação ou demanda em razão do delito poderia dar origem a desvantagens jurídicas àquele que não a exercesse, enquanto que o seu exercício poderia produzir vantagens jurídicas ao acusados. Entretanto, não existia no direito meio coativo algum para obrigar alguém a interpor a ação, de modo que se nenhuma pessoa acusasse por sua própria

---

17 “[...] popularis bezeichnet die Handlung, die von jedem Bürger vorzunehmen ist [...]. Als Motiv dieser Anordnung bezeichnen die Rechtslehre nicht, wie Bruns will den Vorteil des Klägers, sondern das Interesse der Gemeinde“. MOMMSEN, Theodor. *Gesammelte Schriften: Juristischen Schriften*. Berlin: Weidmannsche Buchhanlung, 1907, p. 376-377.

18 “An order issued by a praetor or other authorized official (proconsul in the provinces) at the request of a claimant and addressed to another person upon whom a certain attitude is imposed: either to do something or to abstain from doing something. The interdictal procedure is more administrative than judicial in nature and differs from a normal trial in that there is no division of the proceedings into two stages inasmuch as the issuance of an interdictum depends upon the magistrate as an act of his imperium, not of jurisdiction. The interdictum is a provisory remedy with the purpose of protecting existing situations by a quick decision of the official. It fulfills its task—a speedy ending of a controversy—only when the adversary complies with the order. If he does not, the subsequent procedure which assumes the form of a normal trial, though not without certain particularities resulting from the fact that an interdict had been issued, is rather complicated and perhaps even slower than an ordinary process”. BERGER, Op. cit, p. 507.

19 MOMMSEN, Theodor. *Römisches Strafrecht*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1899, p. 366 e ss.

vontade, o delito restava impune, salvo as hipóteses em que intervinha a *cognitio* [...] <sup>20</sup>.

Em síntese, portanto, se pode concluir que as ações populares no direito romano não eram identificadas pela natureza jurídica da causa – civil, quase-delito ou delito –, mas: a) pela legitimidade ativa atribuída a qualquer cidadão, b) pela natureza jurídica do interesse tutelado, a saber, coletivo [*res publica*] e c) pela intenção que movia o autor popular, isto é, preservar o interesse coletivo ante as insuficiências institucionais do regime jurídico, uma vez que, sem a sua intervenção, ele encontrava-se sob ameaça de dano.

Que o processo penal republicano se assentasse sobre a acusação popular como forma de evitar a impunidade, haja vista a inexistência de órgão público dotado de titularidade exclusiva para a ação, constitui-se em uma circunstância bastante significativa para se dilucidar a *actio popularis* tal como prevista no Direito Internacional contemporâneo, em especial no tema relativo aos crimes internacionais, já que, sem a atuação dos Estados no tocante ao binômio prevenção-persecução, remanesceria aquele fato que se pretendia evitar com a acusação popular, a saber, a impunidade.

### 3. A INSERÇÃO DA *ACTIO POPULARIS* NO DIREITO INTERNACIONAL: OS CASOS ETIÓPIA E LIBÉRIA VS ÁFRICA DO SUL

Conforme divisado nas linhas iniciais, até onde se pode divisar nas pesquisas efetuadas, a *actio popularis* ingressou nos debates do Direito Internacional a partir dos Casos Etiópia e Libéria *v.* África do Sul, julgados pela CIJ entre os anos de 1962 e 1964, tendo por substrato fático-jurídico as distorções promovidas pela África do Sul na execução do mandato de tutela outorgado pela Liga das Nações logo após o término da Primeira Grande Guerra Mundial.

Até então, o Sudoeste Africano constituía-se em colônia alemã, cuja ocupação se dera durante o II Reich sob o reinado do Kaiser Wilhelm I e a chancelaria de Bismark, que logo após a Conferência de Berlim se lançou à ocupação dos “espaços vazios” que restavam no continente africano. Vazio, no entanto, de ocupações coloniais europeias, uma vez que referido território era habitado pelas etnias herero e ovambo, sendo que aqueles se tornaram nas primeiras vítimas do “crime dos crimes” que se daria no continente europeu durante a Primeira (com os armênios) e a Segunda Grandes Guerras (com judeus e ciganos): o genocídio. Diga-se, somente de passagem, que só recentemente se reconheceu o genocídio contra os herero como tal. Mesmo um autor tão destacado em

---

<sup>20</sup> Ibid., p. 366.

seus estudos acerca da origem do genocídio como Schabas, reconhece-o somente desde o armênio, e não antes, muito embora faça eco à famosa frase sartriana, segundo a qual “[...] o genocídio é tão antigo como o mundo”<sup>21</sup>.

O Sudoeste Africano somente conquistou sua independência da África do Sul em 1990, quando, após a luta pela descolonização, fortemente apoiada, em nível político, pelas Nações Unidas, e militarmente pela Angola pós-desconolonização, constituindo-se hoje na República da Namíbia<sup>22</sup>.

Como já dito, as demandas foram propostas em 04/11/1960 pela Etiópia e pela Libéria tendo por objeto o mandato outorgado à África do Sul pela Liga das Nações, e que em razão de este organismo ter sido sucedido pelas Nações Unidas, o mandato detinha a natureza de tratado internacional vigente, bem como os deveres e obrigações decorrentes do mesmo<sup>23</sup>. Em referidas reclamações, os Governos alegaram a jurisdição da CIJ com fundamento nos artigo 8º, I da Carta das Nações Unidas (doravante CONU), artigo 7 do Mandato e 37 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (doravante ECIJ). Tendo a África do Sul sido notificada para apresentar a sua defesa preliminar, em 30/11/1961 ela apresentou suas Objeções Preliminares, pelo que foram suspensos os procedimentos de análise do mérito. Nesse interregno, tanto os demandantes como a demandada apresentaram juízes *ad hoc*, nos termos do artigo 31, §3º do ECIJ.

A base da reclamação tinha por objeto o fato de que a África do Sul havia modificado de forma substancial e unilateral os termos do mandato outorgado pela Liga das Nações, bem como violado os deveres de prestação de contas mediante a apresentação anual de Relatórios às Nações Unidas, deixando de dar cumprimento a seus deveres de promover o bem-estar econômico e moral da população, mormente por ter instituído em referido território a política de Apartheid já vigente no seu território, práticas com as quais ela

[...] adotou e aplicou legislação, regulamentos administrativos e ações oficiais que suprim[iram] os direitos e as liberdades dos habitantes do Território, essenciais à sua evolução ordenada para o autogoverno, cujo

---

21 SCHABAS, William A. *Genocide in international law: the crime of crimes*. 2<sup>th</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 1 e ss.

22 INSTITUTO DEL TERCER MUNDO. *Enciclopédia do Mundo Contemporâneo*. São Paulo: Publifolha/Rio de Janeiro: Editora Terceiro Milênio, 2002, p. 434-436.

23 É importante lembrar, ademais, que a CIJ já afirmara em outra ocasião que o mandato outorgado pela Liga das Nações à África do Sul constituía-se: a) em um tratado internacional, b) vigente e c) e que deveria ser cumprido de boa-fé por este Estado no contexto do sistema da Carta, conforme ficará as resoluções aprovadas pela AGONU por ocasião de sua Primeira Seção de 1946. INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. *International Status of South-West Africa. Advisory Opinion of July 11<sup>th</sup>, 1950*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/10/010-19500711-ADV-01-00-EN.pdf>>



direito é implícito no Pacto da Sociedade das Nações, aos termos do Mandato e aos padrões internacionais [...] aceitos, consagrados na Carta das Nações Unidas e na Declaração dos Direitos do Homem [...] <sup>24</sup>.

O Juiz Bustamente<sup>25</sup>, em seu voto em separado, destacou expressamente quais seriam esses direitos: liberdade pessoal e proibição de escravidão, liberdade de consciência e de religião, proibição de discriminação perante o Mandatário e acesso à educação, desenvolvimento econômico e independência política.

Nesse ponto, é importante citar as diversas Resoluções que Assembleia Geral das Nações Unidas (doravante AGONU) aprovou em sua Primeira Seção, no ano de 1946, acerca da absorção pela ONU de funções políticas ou não, acordos, tratados, bens etc existentes sob o regime da Liga das Nações, com especial ênfase na relação sistema de mandato (Liga das Nações) - sistema de tutela (ONU)<sup>26</sup>. Assim, esquematicamente, tem-se que: a) pela Resolução 9 (I) de 09/02/1946, a AGONU reconheceu que as sociedades sem capacidade de auto-governo constituam numa das principais causas de conflitos internacionais, pelo que assumiu a administração provisória dos regimes de mandato da Liga das Nações nos termos do artigo 79 da CÔNU, tendo decidido, doutro polo, pela criação da Comissão de Tutela; b) pela Resolução 24 (I), de 12/02/1946, a AGONU decidiu pela constituição de comissão interorganizacional de gestão do processo de transferência das atividades administrativas e políticas da Liga das Nações para a ONU, bem como os respectivos documentos, acordos, tratados, bens etc, dentre os quais se encontravam os acordos de relativos aos mandatos, *ex vi* da Resolução 51 (I), de 14/12/1946; pelas Resoluções 63, 64 e 65 (I), respectivamente, de 13 e 14/12/1946, a AGONU aprovou a criação do Conselho de Tutela (Resolução 63), e os Acordos de Tutela referentes aos territórios da Nova Guiné (Austrália), Ruanda-Urundi (Bélgica), parte do território de Camarões (França), parte do território de Togolândia (França), Samoa Oeste (Nova Zelândia), Tanganica (Reino Unido), parte do território de Camarões (Reino Unido) e parte do território de Togolândia (Reino Unido) (Resolução 64). No que toca à Resolução 65, a AGONU indeferiu o pedido formulado pelo Governo da África do Sul de anexar o território do Sudeste da África e, reportando-se às Resoluções 63 e 64, concitou a África do Sul a apresentar à AGONU projeto de Acordo de Tutela sobre

---

24 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa). Preliminary Objections. Judgment of 21 December 1962*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19621221-JUD-01-00-EN.pdf>>

25 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa). Preliminary Objections. Separate Opinion of Judge Bustamante. Judgment of 21 December 1962*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19621221-JUD-01-02-EN.pdf>>

26 As resoluções foram consultadas no seguinte sítio <<http://research.un.org/en/docs/ga/quick/regular/1>>

o território, bem como que ela, enquanto não provisse o projeto e ele fosse aprovado, continuasse a exercer, de conformidade com o Mandato outorgado pela Liga das Nações, a administração do território.

A África do Sul, em sua Defesa Preliminar, alegou que os dois Estados não detinham *locus standi* para promover o contencioso, sendo que em suas sustentações orais reforçou referida ideia ao infirmar a existência de jurisdição da CIJ para julgar a contenda, mormente porque: a) com a dissolução da Liga das Nações, o Mandato decairia de vigência; b) que tanto a Líbia como a Etiópia, por não terem sido membros da Liga das Nações, careciam de *locus standi* para pleitear a jurisdição da Corte no que tange ao Mandato e c) que a Líbia e a Etiópia careciam de interesse processual na interposição da reclamação internacional, seja porque o território do Mandato não pertencia a nenhum desses Estados nem apresentava qualquer violação a direitos de seus nacionais.

Na primeira fase, portanto, a CIJ apreciou a arguição de incompetência da Corte tendo por parâmetro, de um lado, a alegação dos proponentes, que o fizeram, como visto, a partir da combinação dos artigos 8º, I da CONU, 7 do Mandato e 37 do ECIJ, e de outro lado aferir se a Etiópia e a Líbia detinham, de fato, *locus standi*, mormente a partir do precedente advindo do caso *Mavrimmatis Palestine Concessions* da Corte Permanente de Justiça Internacional (doravante CPIJ), segundo o qual, o *locus standi* adviria da existência de uma desavença [disagreement] “[...] on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between two persons”, cuja aferição deveria ser encontrada no caso concreto desde a sua facticidade histórica e da oposição jurídica que a pretensão de fato ou de direito concretiza, e não, somente, dos argumentos que as partes em litígio enunciavam.

Para a CIJ, a existência da lide encontrava-se perfeitamente clara ante a desavença acerca dos cumprimento dos termos do mandato pela África do Sul, uma vez que o mandato, tendo sido conferido pela Liga das Nações, tinha por fundamento [...] o reconhecimento de determinados direitos [comum a todos os] povos [para os] povos de um território subdesenvolvido; o estabelecimento de um regime de tutela por uma nação desenvolvida como [um] mandato em nome da Liga das Nações; o reconhecimento de uma “sagrada confiança da civilização” [sacred trust of civilisation] outorgado à Liga como comunidade internacional organizada e aos Estados membros. Este [sistema de Mandato é] dedicado ao objetivo declarado de promover o bem-estar e o desenvolvimento de tais povos, reforçado por meio da criação de salvaguardas para a proteção de seus direitos. Nesse sentido, os interesses e poderes que o mandatário recebia se constituíam em meros instrumentos [tools] para a fiel execução dos objetivos desse instrumento. Em outros termos, ao assumir o mandato, assumia *eo ipso* os deveres e obrigações inerentes ao regime, não lhe subsistindo qualquer interesse externo a

seu fiel cumprimento perante a comunidade internacional e a Liga das Nações, quais sejam, a de prestar, anualmente, contas do mandato e a implementação de seus cláusulas fundamentais, e de outro lado, a de exercê-lo de conformidade com a “sagrada confiança da civilização”.

No que tange à natureza jurídica do mandato, a CIJ reconheceu, expressamente, constituir-se em tratado internacional celebrado entre a África do Sul e o Conselho da Liga das Nações, e que se distanciava dos tratados internacionais anteriores pelo fato de ter sido celebrado não entre dois Estados, mas entre um Estado e uma Organização Internacional, sendo que, em razão da absorção da Liga das Nações e da CPIJ pela ONU e a CIJ, referido mandato encontrava-se sob a autoridade daquela primeira e sob a jurisdição dessa última, e uma vez que os litigantes eram membros da ONU, bem como aceitaram a jurisdição da CIJ, ao ratificarem o seu Estatuto, a jurisdição contenciosa prevista no artigo 7º do mandato poderia ser exercida pela CIJ.

No que tange ao tema do *locus standi*, a CIJ considerou-a presente em razão de: a) o regime jurídico do mandato pressupor não somente a tomada de contas pelas então Comissão Permanente de Mandatos e a Assembleia Geral da Liga das Nações, mas também pelos Estados membros, que podiam requerer informações adicionais quanto ao seu cumprimento, sendo que, na opinião da Corte, a única forma efetiva de se proteger esse regime era a de um Membro ou Membros da Liga invocar o artigo 7 e apresentar uma demanda contra o Mandatário invocando a jurisdição da CPJI, sendo que, em razão de a Liga das Nações ter sido absorvida pela ONU, referidos direitos, obrigações e jurisdição continuavam em vigência em razão do princípio geral do direito da continuidade dos mandatos, e que fora direta ou indiretamente reconhecido pelos Estados que participaram das discussões na AGONU quando do debate acerca da assunção de tais mandatos por este organismo.

Nesse sentido, a afirmação de que os Estados demandantes detinham *locus standi* para provocarem a jurisdição contenciosa da Corte se submia na ideia de que, ao atuarem como membros da comunidade internacional, com o objetivo de, um lado, assegurar o fiel cumprimento do mandato fundado sobre a “sagrada confiança da civilização”, e que tinha, por outro lado, o objetivo declarado de promover o bem-estar e o desenvolvimento dos povos submetidos a referido regime, o que era reforçado pela criação de salvaguardas para a proteção de seus direitos, os Estados agiam na forma de uma *actio popularis*, vale dizer, objetivavam não a tutela de um interesse particular, mas de interesses comuns da sociedade internacional que estavam sendo violados tanto pela ausência de prestação de contas pelo mandatário, como pelo estabelecimento de uma política de Estado, que em período posterior veio a ser considerada como genuíno crime internacional próprio – conforme previsto no International Convention on the Suppression and Punishment of the

Crime of Apartheid, de 1973.

Entretanto, é importante frisar que, diversamente do que se poderia esperar, a expressão *actio popularis* somente foi empregada pelo então Presidente M. Winiarski para negar que os Estados demandantes detinham *locus standi*, pois, em sua concepção, o Direito Internacional não o reconhecia como instituto vigente nem em 1919-1920, nem à época do julgamento das questões preliminares:

The characteristic feature of this alleged supervision was that it could be brought into operation by any Member of the League which considered that there existed between it and the mandatory administration “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views” on the way in which the Mandatory was exercising its Mandate. Reference has been made in this connection to an institution under the old Roman penal law known as “*actio popularis*” which, however, seems alien to the modern legal systems of 1919-1920 and to international law. Is it possible that such can have been the common intent of the framers of the Mandate instruments? There is no evidence for it, it has been asserted without any attempt to show that it was so; on the contrary, it would seem that the circumstances in which the Mandate was established exclude such an eventuality<sup>27</sup>.

Por fim, o último ponto alegado pela África do Sul na infirmação da jurisdição da Corte – a de que não existiria um litígio entre os demandantes, mormente porque desde 1946 ela se encontrava em processo de negociação diplomática com as Nações Unidas para estabelecer o Acordo nos termos do sistema de tutela, e que portanto, a Etiópia e a Libéria também participavam dessas deliberação na forma de Estados membros da ONU -, a Corte o rechaçou sob o argumento de que, seja com a propositura da demanda seja nos procedimentos orais, restou clara a existência de uma lide em torno à execução do mandado, não subsumível nem abrangido pelas negociações coletivas havidas na ONU.

Assim, por oito votos a sete, a CIJ, afastando as objeções formuladas pela África do Sul, declarou-se competente para julgar as demandas propostas pela Libéria e a Etiópia.

Contudo, na segunda fase de julgamento do caso em 1966, a Corte, seguindo o voto proferido pelo então Juiz-Presidente M. Winiarski quando da apreciação das Objeções Preliminares, decidiu, por maioria, não conhecer das reclamações propostas pelos Estados, conforme resta evidenciado na Ementa da decisão:

---

27 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*. Preliminary Objections. Dissenting Opinion of President Winiarski. Judgment of 21 December 1962. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19621221-JUD-01-05-EN.pdf>>

Alleged contraventions of League of Nations Mandate for South West Africa - Question of the legal status of the Applicants-Status governed by their position as former members of the League - Antecedent question arising on the merits of the case whether Applicants, as individual States former members of the League, have any legal right or interest in the subject-matter of their claim - Character of the mandates system within the framework of the League-Effect of Article 22 of the League Covenant instituting the system generally - Obligations of each mandatory defined its particular instruments of mandate - Structure of these instruments - Clauses conferring in respect of the mandated territory direct commercial or other special rights on League members its their capacity as separate States - Clauses providing for the carrying out of the mandate as a “sacred trust of civilization” in regard to the inhabitants of the territory-Mandatory’s obligations under latter class of clauses owed to League as an entity, not to member States individually - Lack of any legal right for member States individually to claim performance of these obligations -Additional rights not acquired by reason of dissolution of the League.

Political, moral and humanitarian considerations not in themselves generative of legal rights and obligations.

Jurisdictional clause of the mandates - Effect of decision given by the Court in 1962 on the question of its competence - Relationship between decisions on a preliminary objection and any question of merits -Inability in principle of Jurisdictional clauses to confer substantive rights - Capacity to invoke a jurisdictional clause does not imply existence of any legal right or interest relative to the merits of the claim - Interpretation of jurisdictional clause of the mandates - Jurisdictional clauses of the minorities treaties not comparable - Analysis of League practice in respect of mandates - Inconsistency with existence of rights now claimed by the Applicants.

Functions of a court of law - Limits of the teleological principle of interpretation - Court not entitled by way of interpretation to revise, rectify or supplement<sup>28</sup>.

A Corte, portanto, ao afirmar que “[...] [c]onsiderações políticas, morais e humanitárias, por si só, não geram direitos e obrigações legais [...]” a se legitimar a propositura das demandas, negou a vigência e a incidência da *actio popularis* no contexto do Direito Internacional.

#### 4. EGON SCHWELB E A CRÍTICA À DECISÃO DA CIJ

Parece não existir dúvida razoável no que toca à natureza da

---

28 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*. *Second Fase. Judgment on 18 JULY 1966*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19660718-JUD-01-00-EN.pdf>>

discussão acerca da vigência da *actio popularis* no Direito Internacional no contexto dos casos Etiópica e Libéria v. África do Sul: tratou-se de aferir, em suas duas fases, se este instituto constituía-se em um princípio geral do direito reconhecido pelas nações civilizadas, nos termos do artigo 38, 1, “c” do ECIJ, do que decorreria a legitimidade para que os dois Estados demandassem face à África do Sul objetivando a tutela jurisdicional não de seus interesses nacionais, mas a preservação da “sagrada confiança da civilização” expressa no Mandato. Verificou-se, nesse sentido, que segundo a concepção da maioria da Corte, seguindo o voto dissidente proferido pelo então Juiz-Presidente M. Winiarski na primeira fase do julgamento, que não, mormente por ter considerado que, repitamos, “[...] [c]onsiderações políticas, morais e humanitárias, por si só, não geram direitos e obrigações legais [...]”.

Em crítica a essa decisão da CIJ, Egon Schwelb publicou em 1972 um de seus muitos trabalhos com os quais granjeou destaque na comunidade internacionalista - *The Actio Popularis and International Law* -, pelo qual ele comprovou que a interpretação dada pela CIJ ao instituto era equivocada, principalmente porque os muitos tratados internacionais vigentes sobre matérias como o Direito Penal Internacional e Direito Internacional dos Direitos Humanos se assentavam, como forma de prevenção/repressão às graves violações ao Direito Internacional, sobre o a corresponsabilidade e colegitimidade para a tutela jurisdicional de referidos interesses e valores comuns<sup>29</sup>. Contudo, seguindo as trilhas lançadas por Alfred P. Rubin, parece ser exagerado afirmar-se que se possa atribuir a Schwelb a “paternidade” ou mesmo a “primazia” na inserção da *actio popularis* no Direito Internacional, mesmo porque, como visto, o seu texto é uma crítica ao julgamento da CIJ, na qual o problema do reconhecimento internacional do instituto já fora discutido<sup>30</sup>.

Ademais, Schwelb não foi o único nem o primeiro a discutir os muitos problemas decorrentes da decisão da CIJ. Lyndel, por exemplo, discutiu as muitas dificuldades enfrentadas pela Corte já na primeira fase, uma vez presentes desde a própria complexidade da matéria julgada, a heterogeneidade da composição da Corte, isto é, juízes advindos de culturas jurídica distintas – *common law*, *civil law*, direito soviético, direitos islâmico e asiático -, o manifesto caráter político-jurídico das pretensões postas em juízo, pelo que considerou que referida decisão constitui-se, para o Direito Internacional, como uma sorte de “[...] Rubicon, not only because of the uncommon nature and of the importance of the issues involved, but also because the most fundamental matters of function and method were wrestled with [...]”.

---

29 SCHWELB, Egon. *The Actio Popularis and International Law*. Israel Yearbook on Human Rights, v. 2, 1972, p. 46-56.

30 RUBIN, Alfred P. *Actio popularis, Jus Cogens and Offenses Erga Omnes?* New England Law Review, vol 35, n. 2, 2000/2001, p. 265-280.

especialmente no tocante aos próprios limites da atuação da Corte e na manifesta contraposição que se estabeleceu entre os partidários de um intervenção orientada por princípios (a maioria), face à minoria que se orientou, na linha dos votos dissidentes dos Juízes Fitzmaurice e Spender Jr, por uma interpretação legalista<sup>31</sup>.

Já MacKean, em um trabalho cindido em duas partes, enfrentou os problemas advindos do julgamento da seguinte forma. Na primeira parte de seu trabalho, intitulado “Legal right or interest” in the South West Africa Cases<sup>32</sup>, ele criticou, de um lado, o fato de a segunda fase de julgamento do caso ter chegado a uma conclusão diametralmente oposta àquela ocorrida na fase inicial, tendo-se em vista que, para tanto, a CIJ se utilizou da máxima *pas d’interêt, pas d’action*, uma vez que considerou inexistente a presença de interesse jurídico da Etiópia e da Libéria para demandar face à África do Sul, e de outro lado, o fato de a própria Corte ter considerado como razão de decidir na primeira fase que a essência do regime de mandato era que os Estados Membros, e não só o Estado e a Organização Internacional, terem interesse jurídico no adimplemento das cláusulas dos mandato, do que dessoriria, nesse sentido, o reconhecimento e aplicação do instituto da *actio popularis* na forma de um princípio geral do direito reconhecido pelas nações civilizadas<sup>33</sup>. Já na segunda parte de seu trabalho<sup>34</sup>, MacKean apresenta algumas perplexidades que a comunidade de juristas australianos – internacionalistas e constitucionalistas – sentiram com relação à segunda fase do Julgamento, em especial no tópico relativo à não aplicação da *actio popularis*, na medida em que, tanto no âmbito da *equity* como do direito constitucional australianos, ser amplamente reconhecido a legitimidade para particulares proporem ações na defesa de interesses públicos, quanto mais em razão de a “[...] International Court of Justice erred in so far as it refused to regard itself as bound by its decision in 1962, on the preliminary objection to jurisdiction, when it ruled that the

---

31 LYNDEL, V. Prott. “Some aspects of Judicial Reasoning in the South-West Africa Case of 1962”. *Belgian Review of International Law*. 1967, vol 1, p. 37-51.

32 MACKEAN, W. A. “The South West Africa Cases (1966): Two Views – I. “Legal right or interest” in the South West Africa Cases: a Critical Comment”. *Australian Year Book of International Law*, 1966, vol 12, p. 135-141.

33 “Of course, in the South West Africa Cases, the applicants were not strictly speaking parties to the Mandate agreement but were exercising rights under stipulations *per auctrit* (though this is doubted by some of the minority judges). The Mandates were concluded by the League Council on behalf of its members and the Mandatories. As Judges Jessup, Tanaka, and Mbenefo show in their dissenting opinions, there are clear analogies in municipal law, where members of certain organizations have enforceable legal interests apart from those exercised by the organizations themselves. Moreover in the present circumstances, only States *could* be parties in contentious proceedings before the Court, the only method of obtaining a *binding decision* concerning the interpretation and application of the Mandate”. *Ídib.*, p. 138.

34 MACKEAN, W. A. “The South West Africa Cases (1966): Two Views – II. An Examination of Certain Criticisms of the South West, Africa Cases Judgment”. *Australian Year Book of International Law*, 1966, vol 12, p. 143-148.

applicants were entitled to invoke the Court's jurisdiction"<sup>35</sup>.

Seja como for, há que se reconhecer, no entanto, ser o trabalho de Schwelb bastante didático e preciso na crítica à decisão proferida pela CIJ, na medida em que, conforme por ele demonstrado, o Direito Internacional reconhecia a aplicação da *actio popularis* já no âmbito de diversos tratados internacionais do período do entre guerras, como, por exemplo, o capítulo III do Tratado de Versalhes, que constitui a Organização Internacional do Trabalho (anterior, portanto, ao Mandato discutido na caso), segundo a qual qualquer Estado membro poderia demandar perante a CPJI face a um terceiro Estado que não estivesse a cumprir tratados internacionais ratificados sob a autoridade da Organização (artigo 411 do Tratado de Versalhes c/c artigo 26 da Constituição da OIT). O mesmo no âmbito dos Tratados Internacionais para a Proteção de Minorias, e que haviam sido pactuados pelos litigantes com o término da Primeira Guerra Mundial.

Já no sistema da Carta, segundo Schwelb, a essência dos tratados internacionais em matéria de Direito Penal Internacional – Convenção sobre a Prevenção e Punição ao Genocídio, em especial na representação de reclamação perante a AGONU ou o CSONU, mas também em matéria de interpretação ou aplicação de cláusulas do Tratado mediante reclamação judicial perante a CIJ – ou de Direito Internacional dos Direitos Humanos, regionais ou universais – a Convenção Europeia e a Americana; Protocolo à Convenção Contra a Discriminação na Educação, de 1962, Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação etc, reconheceu-se aos Estados Partes a legitimidade para judicializar hipóteses de graves violações ao Direito Internacional, ou mesmo exercer a persecução penal dos autores de conformidade com o seu próprio sistema de justiça. Para tanto, Schwelb se reportou à decisão da própria CIJ na Segunda Fase do caso Barcelona Traction, no qual a Corte fixou as bases das obrigações *erga omnes*:

[...] an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.

Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law [...]; others are conferred by international

---

35 MACKEAN, Op. cit., p. 144.



instruments of a universal or quasi-universal character<sup>36</sup>.

A mesma Corte que, ainda no ano de 1951, por ocasião do Parecer Consultivo acerca das Reservas à Convenção sobre o Genocídio anotara a distinção entre o objeto de referida Convenção em relação àqueles presentes, *e.g.*, em matérias de interesses particulares dos Estados, uma vez que os

[...] princípios nos quais ela se fundamenta são reconhecidos pelas nações civilizadas, como obrigatórios aos Estados, independentemente de serem normas de uma Convenção Internacional; ela foi concebida como uma convenção de alcance universal; sua finalidade é puramente humana e civilizadora; os contratantes não auferem nem vantagens, nem desvantagens individuais; nem interesses próprios, mas um interesse comum. De onde é permitido concluir-se que o objeto e a finalidade da Convenção implicam, tanto no que respeita à Assembleia Geral, quanto aos Estados que a adotam, a intenção de reunir o maior número possível de participação<sup>37</sup>.

Nesse sentido, pode-se colher como correta a crítica de Schwelb à decisão da CIJ na Segunda Fase do caso Etiópia e Líbia v. África do Sul, segundo a qual, o Direito Internacional reconhecia a *actio popularis* como instituto válido tanto “[...] em 1919/1920, [como] em 1962 e 1966, assim como hoje”<sup>38</sup>.

## **5. ACTIO POPULARIS, A MÁXIMA AUT DEDERE AUT JUDICARE, DIREITO PENAL INTERNACIONAL E A IMPLEMENTAÇÃO INDIRETA DA PERSECUÇÃO PENAL DE CRIMES INTERNACIONAIS**

Nesse tópico, o tema principal a ser abordado toca no problema dos regimes de persecução dos crimes internacionais, próprios e transnacionais, bem como nas formas de implementação previstas no Direito Penal Internacional contemporâneo, em especial no chamado regime de implementação indireta, conformado pela regra *aut dedere aut judicare* e pela *actio popularis*.

No que concerne ao conceito de crimes internacionais, como já dito em outra oportunidade,

---

36 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain). Second Fase. Judgment of 5 February 1970*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>>.

37 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Advisory Opinion of May 28 1951*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>>

38 SCHWELB, Op. cit., p. 55.

Denomina-se crime internacional qualquer comportamento humano a que uma norma internacional, convencional ou consuetudinária, atribua, como uma consequência de sua realização, uma sanção penal, sendo que a persecução penal poderá ser exercida pelos próprios Estados, de conformidade com os seus ordenamentos jurídicos, seja pelos tribunais penais internacionais<sup>39</sup>.

Como seja, conforme M. Cherif Bassiouni, “Os aspectos penais do Direito Internacional derivam das “convenções”, “costumes” e “princípios gerais do direito”, todos os quais são uma das fontes dessa disciplina jurídica tal como enunciado no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça”<sup>40</sup>.

Já por formas de implementação do Direito Penal Internacional entende-se os diferentes regimes normativos e institucionais pelos quais a persecução penal dos crimes internacionais é exercida, e que implicam, de um lado, na preservação, embora mitigada, da jurisdição penal dos Estados, e de outro lado na criação, como regra geral, de mecanismos de complementação ou concorrência entre jurisdições estatais e internacionais e ou entre jurisdições estatais.

Conforme Werle, “[O] Direito Internacional Penal faz uma distinção entre mecanismos de persecução (*enforcement*) direta ou indireta. Aqueles se referem à persecução dos crimes internacionais pelos tribunais internacionais, de um lado, ou pelas cortes nacionais, de outro lado”<sup>41</sup>. O que leva, em razão da possibilidade de ocorrer, em determinadas circunstâncias, conflito jurisdicional entre tribunais nacionais ou entre tribunais nacionais e tribunais internacionais, a aplicação de critérios de solução desse conflito.

Pois bem. Estes regimes instituídos pelo Direito Internacional objetivam, em última instância, colmatar a lacuna de punibilidade fática a que muitos crimes internacionais estão submetidos em razão da prevalência da *realpolitik* ou mesmo da impotência de muitos Estados em fazerem frente à criminalidade organizada, política ou econômica, sobre a necessidade de preservação da autoridade normativa do direito e a efetiva proteção dos bens e interesses comuns da sociedade internacional<sup>42</sup>.

Assim, internacionalmente existem dois regimes de implementação

---

39 DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. “Da Inconstitucionalidade dos Artigos 7º, §1º e 8º do Código Penal por Violação ao Princípio Ne Bis In Idem”. *Revista Quaestio Iuris*. 2012, p. 428-429.

40 BASSIOUNI, M. *Cherif. Introduction to International Criminal Law*, 2<sup>nd</sup> ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 9.

41 WERLE, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*. 2<sup>th</sup> ed. Hague: T.M.C. Asser Press, 2009, p. 80-81.

42 AMBOS, Kai. “Impunidade por Violação dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional”. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. 2004, vol 12, nº 49, p. 48-88; AMBOS, Kai. *A Parte Geral do Direito Penal Internacional: bases para uma Elaboração Dogmática*, trd. Carlos E. A. Japiassú e Daniel Andrés Raizman, São Paulo: RT, 2008, p. 40.

do Direito Penal Internacional.

O primeiro é o sistema da implementação direta (*direct enforcement system*), cujo exercício da persecução penal se dá pelos tribunais penais internacionais, e que se caracteriza pelo “[...] regime aplicável às instituições judiciais internacionais que têm o poder para executar seus mandatos (*have the power of enforcing their orders*) e julgamentos sem passar pelos Estados ou qualquer outra autoridade legal”<sup>43</sup>. Esse regime é criado por normas internacionais, sendo os tribunais compostos exclusivamente de juízes internacionais, estando as suas competências materiais delimitadas à persecução de crimes internacionais próprios.

Outra característica importante do regime de implementação direta é a de que até a entrada em funcionamento do Tribunal Penal Internacional, em 2002, todos os Tribunais Internacionais que existiram foram *ad hoc*, vale dizer, criados especificamente para exercer a persecução penal de eventos históricos concretos.

Historicamente, nada obstante a tentativa pós 1ª Guerra Mundial de se submeter ao Kaiser Guilherme II da Alemanha a julgamento perante um tribunal penal internacional por “crimes contra a moral internacional e a autoridade sagrada dos Tratados”, nos termos do artigo 227 do Tratado de Paz de Versalhes<sup>44</sup>, ao lado de outros projetos internacionais<sup>45</sup>, o sistema de implementação direta se manifestou, concretamente, com a criação dos Tribunais Internacionais Militares de Nuremberg e Tóquio no pós 2ª GGM, cujos Estatutos foram responsáveis, em parte, pela tipificação internacional dos crimes internacionais próprios<sup>46</sup>. Com efeito, por estas normas, referidos tribunais detinham competência para o julgamento dos indivíduos qualificados, respectivamente, como os maiores criminosos de guerra do eixo europeu e do Japão durante a 2ª GGM (Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg, doravante ETIMN, artigo 1º; Estatuto do Tribunal Internacional Militar do Extremo Oriente, doravante ETIMEO, artigo 1º), e aos quais se imputaram a prática dos crimes contra a paz, atualmente conformado no crime de agressão (ETIMN, artigo 6, a; ETMIEO, artigo 5, a), crimes de guerra (ETIMN, artigo 6, b; ETIMEO, artigo 5, b) e crimes contra a humanidade (ETIMN, artigo 6, c; ETIMEO, artigo 5, c). O crime de genocídio somente foi criado com a aprovação no ano de 1948 da Convenção sobre Genocídio, sendo que os comportamentos levados a julgamento em Nuremberg, e que em mencionada convenção se tipificariam como tal, foram perseguidos na modalidade de crimes

---

43 BASSIOUNI, Iop. cit., p. 22.

44 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a Internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 40.

45 FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco António de M. L. *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 26-27.

46 Nuremberg pode, de fato, ser considerado como “[...] the birth certificate of international criminal law”. WERLE, Op. cit., p. 7.

contra a humanidade consistentes no assassinato, extermínio e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, ou a perseguição por motivos religiosos, raciais.

Apesar de todos os problemas de legitimidade suscitados pelos julgamentos de Nuremberg<sup>47</sup>, na medida em que ao julgamento dos “maiores criminosos de guerra do eixo”, identificado pelo termo *jubiley* – Tribunal Militar Internacional vs Hermann Göring et all -, se seguiram outros por categorias de agentes do regime político nacional-socialista, dentre eles juristas, médicos, industriais etc, feitos no bojo dos “Processos de Guerra de Nuremberg”, e a partir não mais do ETIMN, mas da Control Council Law n° 10<sup>48</sup>, que foi a base normativa para o julgamento dos acusados de crimes internacionais por tribunais militares nas zonas ocupadas pelos aliados<sup>49</sup>.

É importante demarcar que, internacionalmente, com a aprovação AGONU da Resolução 95 (I), de 11 de dezembro de 1946, com a qual se confirmaram os princípios do Direito Internacional reconhecidos pela Carta do Tribunal de Nuremberg, seguida da Resolução 177 (II), de 21 de novembro de 1947, que determinou à Comissão de Direito Internacional (doravante CDI) a formulação desses princípios, bem como, por fim, com o cumprimento desse comissionamento a partir do Relatório apresentado por J. Spiropoulos em 1950, foram estabelecidos os “Princípios do Direito Internacional Reconhecido pela Carta do Tribunal de Nuremberg e nos Julgamentos desse Tribunal”, segundo os quais:

Princípio I: Toda pessoa que cometa um ato que constitua crime de Direito Internacional é por ele responsável e está sujeito a sanção.

Princípio II: O fato de que o direito interno não imponha pena alguma por um

---

47 Em síntese, conforme J. Spiropoulos, as principais acusações que se levantaram contra Nuremberg foram as seguintes: “a) que se tratava de Tribunal *ad hoc*; b) que os julgamentos foram mais políticos do que jurídicos; 3) que apenas as quatro potências vitoriosas criaram o Tribunal, e, por consequência, que elas não representavam a comunidade internacional; e 4) que houve ofensa ao princípio da legalidade (*nullum crimen, nullum poena sine lege*)” UNITED NATIONS. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Yearbook of the International Law Commission, vol II, 1950, pp. 374-378*. Disponível em: <[http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1950\\_v2.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v2.pdf)>

48 CONTROL COUNCIL LAW N. 10, disponível em Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>>

49 “Especificamente, os julgamentos incluem o assim chamados Julgamento dos Médicos (Brandt *et al.*), o julgamento do Marechal de Campo Erhard Milch por participação no programa de rearmamento, o Julgamento dos Juristas (Altstötter *et al.*), o julgamento dos membros dos departamentos econômicos e administrativos da SS, nos quais estão incluídos o das administrações dos campos de concentração (Pohl *et al.*), o julgamento dos Industriais (Flick *et al.*), o assim chamado Julgamento IG Farben (Krauch *et al.*), o denominado Julgamentos dos Reféns (List *et al.*), o julgamento dos membros do Escritório de Depuração Racial (*Race and Settlement Main Office*) (RuSHA, Greifelt *et al.*), o denominado julgamento Einsatzgruppen (Ohlendorf *et al.*) [...] e o denominado Julgamento do Alto Comando contra os oficiais superiores da Wharmacht (von Leeb *et al.*)”. WERLE, Op. cit., p. 13.

ato que constitua crime de Direito Internacional não exime de responsabilidade perante o Direito Internacional a quem o tenha cometido.

Princípio III: O fato de que a pessoa que tenha cometido um crime que constitua crime de Direito Internacional tenha atuado como Chefe de Estado ou como autoridade do Estado, não a exime de responsabilidade conforme o Direito Internacional.

Princípio IV: O fato de que uma pessoa tenha atuado em cumprimento de uma ordem de seu Governo ou de seu superior hierárquico não a exime de responsabilidade conforme o Direito Internacional, se efetivamente teve a possibilidade moral de opção.

Princípio V: Toda pessoa acusada de um crime de Direito Internacional tem direito a um juízo imparcial sobre os fatos e sobre o direito.

Princípio VI: Os crime a seguir enunciados são puníveis como crimes de Direito Internacional: a. Crimes contra a paz: i) planejar, preparar, iniciar ou fazer uma guerra de agressão ou uma guerra que viole a tratados, acordos e garantias internacionais; ii) participar de um plano comum ou conspiração para a perpetração de qualquer dos atos mencionados no inciso i; b. Crime de guerra: as violações às leis de guerra, que compreende, sem que esta enumeração tenha caráter limitativo, o assassinato, o maltrato ou a deportação para trabalhar em condições de escravidão ou com qualquer outro propósito, da população civil dos territórios ocupados ou que neles se encontre, o assassinato ou maltrato de prisioneiros de guerra ou de pessoas que se encontrem no mar, a execução de reféns, o saque da propriedade pública ou privada, a destruição injustificada de cidades, vilas ou aldeias, ou a devastação não justificada pelas necessidades militares; c) Crimes contra a humanidade: o assassinato, o extermínio, a escravização, a deportação e outros atos desumanos, cometidos contra qualquer população civil, ou as perseguições levadas a cabo ao se perpetrar um crime contra a paz ou um crime de guerra, ou ele relacionado.

Princípio VII: A cumplicidade na comissão de um crime contra a paz, de um crime de guerra ou de um crime contra a humanidade, enunciados no Princípio VI, constitui por si mesmo um crime de Direito Internacional.

Com essas normas internacionais, às quais se seguiu em 26 de novembro de 1968 a aprovação, pela AGONU, da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, ao lado de tantos outros instrumentos internacionais, em especial a Carta Internacional de Direitos Humanos e as diversas convenções internacionais, universais e regionais sobre esta matéria, o Direito Internacional dotou-se de um conjunto de normas internacionais convencionais e costumeiras que tornam legítimas, para longe de qualquer dúvida razoável, as perseguições aos crimes internacionais próprios.

Hoje, passados largos anos desde Nuremberg e Tóquio, posto que em razão da bipolaridade leste-oeste conformada na Guerra Fria o sistema

de perseguição direta foi submetido a um verdadeiro “silêncio”<sup>50</sup>, ele se manifestou novamente com a criação, por resoluções do CSONU dos então Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia e Ruanda, hoje reunidos na forma de Câmaras no Mecanismo Residual dos Tribunais Penais Internacionais. Em 1998, na Conferência Diplomática de Roma, foi aprovado, não sem muita luta<sup>51</sup>, o Tribunal Penal Internacional, e que se constitui, a todo rigor, numa das maiores conquistas civilizacionais do Direito Internacional contemporâneo, posto que, de um lado, concretiza o projeto internacional de constituição de um tribunal penal internacional permanente, e de outro, principalmente no plano do direito material, consolida e aperfeiçoa os tipos penais de Direito Penal Internacional em nível formal, muito embora não exclua *eo ipso* a aplicação da analogia e dos costumes internacionais sobre o tema<sup>52</sup>.

Contudo, este regime também abarca os chamados tribunais internacionais mistos (*mixed-model tribunals*), cuja composição, diversamente do que ocorre nos tribunais penais internacionais em sentido estrito, é de juízes nacionais e internacionais. Têm em comum com os tribunais penais internacionais pré-TPI a característica de serem *ad hoc*, criados, pois, para a perseguição de crimes internacionais próprios em seus Estados sede, constituindo, pois, como uma etapa da justiça de transição em relação a períodos anteriores nos quais ocorreu o cometimento de crimes internacionais próprios e graves violações aos direitos humanos.

A principal característica desses tribunais é o fato de serem instituídos por meio de acordos internacionais, sejam entre os Estados e a AGONU ou organismo regional, ou por resolução do CSONU – que são as hipóteses de Serra Leoa e Líbano –, ou por organismo de transição instituído pelo CSONU, que é o caso de Timor Leste. Têm por direito substancial tanto as normas de Direito Penal Internacional, nomeadamente, os crimes de genocídio, contra a humanidade e crimes de guerra, como também, em muitos casos, o Direito Penal nacional dos Estados sede, o que tem provocado, na opinião de M. Cherif Bassiouni, uma “[...] inconsistência nas normas de Direito Internacional costumeiro, principalmente em relação aos crimes contra a humanidade que, diferentemente dos crimes de guerra e genocídio, não tem uma convenção unificadora”<sup>53</sup>.

O outro sistema internacional de perseguição aos crimes

---

50 BASSIOUNI, Op. cit., p. 565-566; BAZELAIRE, Paul; CRETIN, Thierry. *A Justiça Penal Internacional: sua Evolução, seu Futuro de Nuremberg a Haia*. Trd. Luciana Pinto Venâncio, Barueri: Manole, 2004, p. 41-42.

51 “As lágrimas de alegria dos membros de algumas delegações da Conferência de Roma que deu origem ao estatuto da CPI em julho de 1998 podem levar a crer que, no combate eterno do indivíduo contra a razão dos Estados, Antígona levou uma vantagem decisiva sobre Creonte”. BAZELAIRE, CRETIN, Op. cit., p. 111.

52 AMBOS, A. Op. cit., p. 42-47; WERLE, Op. cit., p. 18-25.

53 BASSIOUNI, Op. cit., p. 23.

internacionais é identificado pelo conceito de implementação indireta (*indirect enforcement*), sendo este o que toca mais diretamente o tema deste trabalho.

Este sistema é caracterizado pelo exercício da persecução penal dos crimes internacionais próprios e/ou impróprios pelos Estados em regime de cooperação internacional em matéria penal. Conforme Bassiouni, ele é fundado sobre dois aspectos:

O primeiro aspecto é a assunção pelos Estados de incorporarem em seus ordenamentos jurídicos as obrigações decorrentes do [Direito Penal Internacional]. Este processo de internalização (*domestication*) do [Direito Penal Internacional] destina-se, em parte, a que as obrigações decorrentes dos tratados sejam reguladas segundo o direito nacional. Assim, a internalização do [Direito Penal Internacional] torna-o aplicável pelo sistema normativo nacional em conformidade com as suas exigências. O segundo aspecto deriva do primeiro, e consiste [em] que os Estados exerçam seus procedimentos legais não somente para executar as suas obrigações em nível interno (*obligations domestically*), mas também para cumprir suas obrigações de cooperar internacionalmente. A expressão “cooperação interestatal em matéria penal” aplica-se às modalidades invocadas pelos Estados em suas relações bilaterais para dar eficácia as suas respectivas normas penais<sup>54</sup>.

O regime da implementação indireta, portanto, estriba-se por sobre dois fundamentos: a) a internalização das obrigações internacionais em matéria penal – convencionais ou consuetudinárias -, e que envolve, de um lado, na assunção de obrigações de prevenir e/ou exercer a persecução penal dos autores de crimes internacionais segundo os princípios jurídicos fundamentais dos Estados, com especial ênfase nos princípios da territorialidade e da jurisdição universal, e de outro, a depender dos termos em que vazados a fonte da obrigação internacional, na de tipificar internamente o comportamento, e b) a criação de obrigações internacionais que instituem princípios, procedimentos e formas de cooperação internacional em matéria de Direito Penal, tais como a extradição e a entrega de acusados ou condenados, a assistência legal, a execução de sentenças penais estrangeiras, a transferência internacional de processos, o bloqueio e repatriação de dinheiro e/ou bens objetos de crimes, a execução de regimes de inteligência e compartilhamento de informações e investigação conjunta etc.

Esse regime tem como princípio fundamental (*cornerstone*) a máxima processar ou extraditar (*aut dedere aut judicare*), frente à qual todos os demais institutos pertinentes à cooperação internacional

---

54 Idem., p. 487.

em matéria penal são “secundários”<sup>55</sup>, na medida em que os diversos processos de incriminação pelo Direito Internacional se fundam sobre o interesse comum dos Estados de cooperarem na prevenção e na punição de crimes, em especial os internacionais, como, de resto, se evidencia pela Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels, de 30 de novembro de 2012, da AGONU, que em seu item 22 reafirmou o comprometimento político dos Estados Membros em

[...] garantir que não [será] tolerada a impunidade por genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade ou para as violações do Direito Internacional Humanitário e graves violações de direitos dos direitos humanos, e que tais violações sejam adequadamente investigadas e sancionadas de forma adequada, inclusive para se levar os autores de quaisquer crimes à justiça, através de mecanismos nacionais ou, se for caso, mecanismos regionais ou internacionais, em conformidade com o Direito Internacional [...].

Portanto, a exata compreensão da máxima *aut dedere aut judicare* pressupõe, num primeiro momento, que se estabeleçam as diferentes formas pelas quais os Estados exercem as suas jurisdições penais, melhor compreendidas a partir da díade esfera de validade e esfera de eficácia<sup>56</sup>.

---

55 Informa Donnedieu de Vabres que a fórmula latina foi cunhada no século 14 por Baldus, tendo origem em norma do Código de Justiano contida no Livro III, Título 15 – “Ubi de Criminibus Agi Oportet”, e que foi posteriormente desenvolvida por Hugo Grotius em 1624 em seu 2º volume d’O Direito da Guerra e da Paz, vazada na díade “*aut dedere... aut punire*”. No entanto, a partir da influência do liberalismo penal no século XVIII, a fórmula adquiriu a sua atual composição, “*aut dedere aut judicare*”, ou “*the obligation to extradite or prosecute*”: “Tel qu’on vient de le définir, le système de l’universalité du droit de punir a sa modeste origine dans un texte du Code de Justinien, C. III, 15, Ubi de criminibus agi oportet, I, qui, déterminant le ressort, mais matière pénale, des gouverneurs de l’Empire, donne à la fois compétence au tribunal du lieu de commission du délit, et à celui du lieu d’arrestation du coupable (judex deprehensionis) [...] Il appartient à Grotius qui fut, à l’aube du xvii siècle, le grand vulgarisateur, sinon le fondateur du droit international, d’attacher à la théorie de la compétence universelle toute sa valeur philosophique. A l’heure où les grandes unités politiques, de constitution récente, se dressaient les unes contre les autres, il formula, comme un précurseur, la loi de la solidarité humaine. Il existe, dit-il, une société universelle des hommes, societates generis humani. Le crime, envisagé comme une violation du droit naturel qui la régit, droit non écrit, mais gravé dans la conscience individuelle, est une offense à l’humanité tout entière. L’obligation de punir qu’il engendre est universelle. Elle se traduit, pour l’Etat dans le pouvoir duquel le criminel est tombé, par l’alternative fameuse d’extrader ou de punir: *aut dedere, aut punire*. L’influence de Grotius peut s’observer dans la doctrine de ses successeurs hollandais, scandinaves ou allemands. On la rencontre au xviii siècle, et dans la période révolutionnaire, où la pure tendance individualiste et humanitaire résiste au socialisme, à l’étatisme issus du Contrat social. On la retrouve, au cours du xix siècle, dans les écrits de nombreux théoriciens, et dans quelques législations positives”. *Apud* BASSIOUNI, M. Cherif. “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”. *Virginia Journal of International Law*, n. 42, v. 81, fall 2001., p. 09-10. 56 “As normas jurídicas internacionais regem o comportamento dos Estados e de outras pessoas internacionais, em qualquer parte onde as respectivas competências se possam



Todo Estado é, pois, um ente territorial, pois o território identifica e delimita o “[...] espaço no qual a ordem jurídica nacional se aplica [...] onde cada Estado exerce válida e permanentemente sua própria autoridade [...] sua própria competência”<sup>57</sup>. Isso implica em afirmar, doutro passo, que toda pessoa ou coisa que se encontre na esfera de validade do direito nacional, bem como qualquer violação ao direito que nele venha a ocorrer, torna, como regra geral, legítimo o exercício da persecução de imputação da responsabilidade decorrente da ilicitude cometida. A esse princípio fundamental denomina-se de princípio da territorialidade, e que no Direito Penal brasileiro é regido pelas regras contidas no artigo 5º do CP.

Já a esfera de eficácia identifica, noutro passo, a legitimidade de o Estado exercer suas jurisdições para perseguir a imposição de suas normas jurídicas por atos ou fatos que se tenham cometido fora de seu território, identificado pelo conceito de extraterritorialidade, e que no âmbito do Direito Penal brasileiro é regido pelas regras contidas no artigo 7º do CP, tendo como paradigma jurisprudencial o caso Lotus, julgado em 07 de setembro de 1927 pela CPIJ<sup>58</sup>.

Os dois conceitos acima desenvolvidos são importantes na medida em que eles modulam, na forma de obrigações alternativas, o exercício da jurisdição penal em relação aos crimes internacionais a partir da máxima *aut dedere aut judicare*, que cria para os Estados os deveres de prevenir, geralmente mediante a existência de mandados de criminalização do comportamento, e exercer a persecução penal dos autores de crimes internacionais, quer eles tenham sido praticados em seus territórios ou fora dele, e de outro lado, caso não queiram ou não possam exercê-la, extraditar o acusado para o Estado que se julgar competente para fazê-lo ou entregá-lo para um tribunal penal internacional<sup>59</sup>.

---

exercer. Em relação a cada Estado, suas competências se estendem, normalmente, a certo espaço limitado, que é o território próprio, espaço onde sua autoridade é reconhecida pelo direito internacional geral e se exerce plena e validade. O domínio ou esfera de validade das competências do Estado ou da ordem jurídica estatal não se deve confundir [...] com a sua esfera de eficácia. O primeiro é aquele no qual o Estado executa, ou aplica, com exclusividade, suas próprias normas. A esfera de eficácia é mais extensa, sendo, por assim dizer, ilimitada” ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 156.

57 Ibid., p. 157.

58 A Corte Permanente de Justiça Internacional, tendo como parâmetro os votos proferidos pelos Juizes Altamira e Huber, afirmou a legitimidade do exercício da jurisdição penal extraterritorial do Estado turco a partir do princípio geral de liberdade, também denominado de norma geral exclusiva, segundo o qual, ao Estado somente se objetaria a persecução caso houvesse uma norma de Direito Internacional que explicitamente o proibisse. PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. *The case of S. S. Lotus, Série A, n. 10, de September 7th, 1927*. Disponível em: <[http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_10/30\\_Lotus\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf)>

59 UNITED NATIONS. INTERNACIONAL LAW COMMISSION. *The Obligation to Extradite or Prosecute (Aut Dedere Aut Judicare), Final Report of the International Law Commission, 2014*. Disponível em: <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/7\\_6\\_2014.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/7_6_2014.pdf)>

Assim, conforme Zdzislaw Galicki, em seu relatório preliminar sobre o tema, apresentado em 07 de junho de 2006 perante a CDI,

[Esta] obrigação é construída [como uma] alternativa, dando ao Estado a escolha para decidir que parte desta obrigação vai cumprir. Presume-se que após o cumprimento de uma parte dessa obrigação composta, o Estado é livre para cumprir a outra. Há a possibilidade, no entanto, [de] que um Estado deseje cumprir ambas as partes da obrigação em questão. Por exemplo, após o estabelecimento de sua jurisdição, [do exercício] da persecução, do julgamento e condenação de um criminoso, o Estado pode decidir extraditar o ofensor para outro Estado, [que] também [tem] o direito de estabelecer a sua jurisdição, com a finalidade de executar a sentença [...]<sup>60</sup>.

Referida caracterização foi confirmada no Relatório Final da CDI, no qual se consignou que a máxima *aut dedere aut judicare* cria as seguintes obrigações internacionais para os Estados: a) as normas internacionais impõem aos Estados a obrigação de exercer a persecução penal quando, tendo sido solicitada a extradição do acusado, ela não foi concedida em razão, v.g., de alguma proibição decorrente de seu ordenamento jurídico, ou, num segundo nível, uma obrigação *ipso facto* de processar o infrator que se encontre em seu território. Em ambas as hipóteses “[...] o Estado é obrigado a processar o indivíduo”, e b) derivada, pois, dessas duas obrigações, surge para o Estado a alternativa de extraditar ou julgar somente quando, concretamente, referidos pedidos forem feitos, podendo o Estado optar entre o exercício da persecução penal ou pela extradição/entrega do indivíduo. Em qualquer circunstância, o descumprimento de tais deveres implica na imputação de responsabilidade internacional ao Estado, não se constituindo, pois, numa faculdade que possa ser ilida por qualquer argumento de ordem jurídica ou política<sup>61</sup>.

A finalidade, portanto, da regra processar ou extraditar é, de um lado, suprir a lacuna da punibilidade fática que favoreça aos autores de crimes internacionais, pois, a partir desse genuíno princípio fundamental do Direito Penal Internacional, quer o Estado territorialmente competente exerça ou não a sua jurisdição penal, nada obsta que outro Estado o faça, e em sede de crimes internacionais próprios, surge a possibilidade do exercício da persecução penal por um Tribunal Penal Internacional através da denominada “terceira alternativa”<sup>62</sup>, e de outro lado, instituir

---

60 UNITED NATIONS. INTERNACIONAL LAW COMMISSION. *The Obligation to Extradite or Prosecute (Aut Dedere Aut Judicare)*, Preliminary report, by Mr. Zdzislaw Galicki, Special Rapporteur. Disponível em: <[http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_571.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_571.pdf)>

61 UNITED NATIONS. INTERNACIONAL LAW COMMISSION. Op. cit.

62 “With the establishment of the International Criminal Court and various ad hoc international criminal tribunals, there is now the possibility that the State faced with na obligation to extradite or prosecute na accused person might have recourse to a third alternative – that a surrendering

procedimentos, princípios e regimes de cooperação internacional entre os Estados ou entre estes e os tribunais penais internacionais, em especial a extradição ou a entrega, preservando, embora de forma mitigada, as jurisdições penais dos Estados.

Esta asserção é comprovada, noutro passo, pelo fato de inúmeros tratados internacionais em matéria penal preverem referido princípio, sendo que a CDI em seu Relatório Final reconhece a sua validade internacional somente na forma de norma convencional; no que concerne, doutro passo, a uma pressuposta natureza costumeira, por existir um enorme dissenso entre os Estados, mormente após decisão da CIJ no caso *Bélgica vs. Senegal*<sup>63</sup>, em que ela indeferiu o pedido feito pela Bélgica de se determinar a obrigação de extraditar sob o argumento de que referido princípio somente seria exigível para fatos ocorridos após a ratificação por Senegal da Convenção contra a Tortura, nos termos do artigo 28 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados, a CDI não logrou consignar a existência dos elementos constitutivos do costume internacional, em especial a *opinio iuris sive necessitatis*.

A regra da extraditabilidade dos crimes internacionais é internacionalmente assegurada por duas cláusulas comuns a muitos tratados internacionais sobre a matéria. A primeira delas é conformada pela inexigibilidade de existência de um tratado internacional de extradição entre os Estados ativo e passivo, bastando, portanto, ou a promessa de reciprocidade pelo Estado solicitante ou que o Estado passivo considere o próprio tratado internacional como fundamento para

---

the suspect to a competente international criminal tribunal. This third alternative is stipulated, for example, in article 11, paragraph 1 of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, 2006". *Ibid.*, p. 11.

63 A CIJ, nessa demanda que tinha por direito aplicável disposições da Convenção contra a Tortura, consignou a natureza cogente desse princípio na forma de uma obrigação *erga omnes* seguindo, pois, a sua própria jurisprudência, mormente o Parecer Consultivo sobre Reservas à Convenção sobre Genocídio, nos seguintes termos: "[...] The States parties to the Convention have a common interest to ensure, in view of their shared values, that acts of torture are prevented and that, if they occur, their authors do not enjoy impunity. The obligations of a State party to conduct a preliminary inquiry into the facts and to submit the case to its competent authorities for prosecution are triggered by the presence of the alleged offender in its territory, regardless of the nationality of the offender or the victims, or of the place where the alleged offences occurred. All the other States parties have a common interest in compliance with these obligations by the State in whose territory the alleged offender is present. That common interest implies that the obligations in question are owed by any State party to all the other States parties to the Convention. All the States parties "have a legal interest" in the protection of the rights involved (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32, para. 33). These obligations may be defined as "obligations *erga omnes partes*" in the sense that each State party has an interest in compliance with them in any given case. In this respect, the relevant provisions of the Convention against Torture are similar to those of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide". INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium vs. Senegal)*, 20 July 2012. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>>

a concessão da extradição, desde que referida medida seja compatível com o direito interno. De outro lado, a extraditabilidade é assegurada por meio da cláusula comum a muitos tratados internacionais sobre a matéria, segundo a qual o crime internacional regulado não poderá ser considerado como crime político, de modo que, de um lado, se impeça a concessão de asilo político ou o refúgio, e de outro lado obriga o Estado, ante sua omissão em processar e julgar o acusado, de extraditá-lo ou entregá-lo para o Estado ou o Tribunal Penal Internacional solicitante.

Por seu passo, o princípio da justiça universal, também denominada justiça cosmopolita, se manifesta como uma decorrência da máxima processar ou extraditar. Por ela, os Estados detêm legitimidade internacional para exercer a persecução penal dos autores de crimes internacionais na forma da jurisdição penal extraterritorial, isto é, para fatos que se tenham cometido fora de sua esfera de validade, se constituindo, a todo rigor, num dos temas mais polêmicos hoje existentes no âmbito do Direito Penal Internacional. Conforme afirmado por Bassiouni,

A jurisdição universal tornou-se a técnica preferida por aqueles que procuram evitar a impunidade dos crimes internacionais. Não havendo dúvidas de que é um instrumento útil e, por vezes, a técnica necessária, [ela] também tem aspectos negativos. O exercício da jurisdição universal é geralmente reservado para os mais graves crimes internacionais, tais como crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio. Entretanto, podem existir outros crimes internacionais nos quais um tratado aplicável prevê referido fundamento jurisdicional, como no caso do terrorismo. [O exercício] desenfreado da jurisdição universal pode causar perturbações na ordem mundial e [a] privação de direitos humanos individuais quando utilizada de forma politicamente motivada ou para fins abusivos. Mesmo com a melhor das intenções, a jurisdição universal pode ser usada imprudentemente, criando atritos desnecessários entre os Estados [...].

A jurisdição universal deve, portanto, ser utilizada de forma cautelosa [par]a minimiza[r] possíveis consequências negativas, de modo a permitir que atinja as suas finalidades [...] Além disso, deve-se notar que o Direito Internacional Privado ainda não tem regras ou critérios desenvolvidos suficiente[mente] claros para estabelecer prioridades no exercício da jurisdição penal [para quando ocorrer] a reivindicação de mais de uma jurisdição estatal<sup>64</sup>.

Essa modalidade de jurisdição penal extraterritorial tem como regra de conexão a incriminação internacional, ou como prefere Bassiouni, a natureza (internacional) do crime aliada à finalidade da

---

64 BASSIOUNI, Op. cit., p. 3.

sociedade internacional em perseguir a imputação da responsabilidade penal, tendo por fundamento jurídico-político o conceito de *actio popularis*, pois o

[...] Estado age em nome da comunidade internacional porque tem interesse na preservação da ordem mundial como membro dessa comunidade [...] Como *actio popularis*, a jurisdição universal pode ser exercida pelo Estado sem que haja qualquer regra de conexão jurisdiccional [*without any jurisdictional connection or link*] entre o local da comissão, a nacionalidade do acusado, a nacionalidade da vítima e o Estado competente [*enforcing state*]. O fundamento é, portanto, exclusivamente a natureza do crime, e a finalidade é exclusivamente reforçar a ordem mundial para assegurar a [atribuição de] responsabilidade [*ensuring accountability*] pela prática de determinados crimes<sup>65</sup>.

Outra não é a lição de Comellas Aguirrezábal, para quem

[...] el principio de jurisdicción universal, también llamado de universalidad o de justicia universal, es un título o criterio de atribución de jurisdicción cuya característica esencial estribaría en su falta de vinculación con los tradicionales elementos constitutivos del Estado: ni se vincula al *territorio* (base natural que habilita el ejercicio de la función jurisdiccional y que, junto a razones de índole práctica, determinan que la regla general en el ámbito penal sea el principio de territorialidad), ni con la *población* (con la que están relacionados los principios de nacionalidad o personalidad activa y pasiva), ni con la *organización del poder* (a la que está de alguna manera ligado el principio real o de protección de intereses). Diferenciándolo, por tanto, de otros criterios de atribución de jurisdicción, el principio de universalidad se concebiría como un título en virtud del cual los Estados asumen competencia para perseguir y enjuiciar delitos cometidos *en el extranjero, por extranjeros, contra extranjeros y sin que tal Estado pueda considerarse especialmente lesionado*<sup>66</sup>.

Esta ideia central de que a jurisdição universal enseja, pelo só fato da incriminação internacional, aliada ao conceito de *actio popularis*, o exercício da persecução penal sem que haja qualquer vínculo entre o Estado que a exerce e o fato ou o seu autor, tem suscitado não poucas polémicas no contexto da sociedade internacional contemporânea, mormente porque, como dito por Bassiouni, o uso desarrazoado,

---

65 Ibid., p. 5.

66 COMELLAS AGUIRREZÁBAL, Maria Teresa. “La Jurisdicción Universal en España tras la Reforma de 2009: Racionalización del Principio o un Paso Atrás en la Lucha Contra la Impunidad?”. *Anuário Español de Derecho Internacional*, vol 26, 2010, p. 67.

embora bem intencionado por parte de juizes nacionais, tem sido causa frequente de conflitos diplomáticos entre os Estados envolvidos e de violação a princípios e regras fundamentais da sociedade internacional.

Conforme indica Cassese, existem duas teorias acerca da extensão do princípio da jurisdição universal. A primeira ele denomina de “absoluta”, a segundo de “condicionada”<sup>67</sup>.

A teoria da justiça universal absoluta, muitas vezes identificada com a defenestração feita por Beccaria contra a regra *aut dedere aut judicare* em seu *Dos Delitos e das Penas*<sup>68</sup>, e que conta, em nível doutrinário, com a adesão de inúmeros internacional-penalistas e, em parte, no *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction* de 2001<sup>69</sup>, e em nível legislativo nas regulamentações nacionais inicialmente previstas no art. 23.4 da Lei Orgânica do Poder Judiciário, da Espanha, e na Bélgica através da Lei Relativa à Repressão das Graves Violações do Direito Internacional Humanitário, de 1993, sustenta a ideia de que esse

[...] sistema consiste em autorizar as jurisdições nacionais a se pronunciarem sobre processos penais movidos contra qualquer pessoa acusada de graves crimes internacionais, sem, no entanto, exigir previamente que esta se encontre,

---

67 CASSESE, Antonio. “Existe um Conflito Insuperável entre Soberania dos Estados e Justiça Penal Internacional?”. In CASSESE, Antonio, DELMAS-MARTY, Mireille (Ed.). *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*, trd. Silvio Antunha, Barueri: Manole, 2004, p. 67.

68 “Alcuni credono parimente che un’azione crudele fatta, per esempio, a Costantinopoli possa esse punita a Parigi, per l’astratta ragione che chi ofende l’umanità (sic) merita di avere tutta l’umanità inimica, e l’esecrazione universale; quase che i giudici vindici fossero della sensibilità degli uomini, e non piuttosto dei patti che li legano fra di loro”. BECCARIA, Cesare. *Opere*, 2 v., V. 1, Firenze: Sansoni, 1958, p. 95, grifamos). A expressão “quase que si giudici vindici fossero della sensibilità degli uomini” tem sido geralmente traduzida pela expressão “como se os juizes fossem cavaleiros errantes da natureza humana” nos parece, para além de qualquer dúvida razoável, num claro erro de tradução. CASSESE, Op. cit., p. 17.

69 “Principle 1 — Fundamentals of Universal Jurisdiction: 1. For purposes of these Principles, universal jurisdiction is criminal jurisdiction based solely on the nature of the crime, without regard to where the crime was committed, the nationality of the alleged or convicted perpetrator, the nationality of the victim, or any other connection to the state exercising such jurisdiction. 2. Universal jurisdiction may be exercised by a competent and ordinary judicial body of any state in order to try a person duly accused of committing serious crimes under international law as specified in Principle 2(1), provided the person is presente before such judicial body. 3. A state may rely on universal jurisdiction as a basis for seeking the extradition of a person accused or convicted of committing a serious crime under international law as specified in Principle 2(1), provided that it has established a prima facie case of the person’s guilt and that the person sought to be extradited will be tried or the punishment carried out in accordance with international norms and standards on the protection of human rights in the context of criminal proceedings. 4. In exercising universal jurisdiction or in relying upon universal jurisdiction as a basis for seeking extradition, a state and its judicial organs shall observe international due process norms including but not limited to those involving the rights of the accused and victims, the fairness of the proceedings, and the independence and impartiality of the judiciary (hereinafter referred to as “international due process norms”). 5. A state shall exercise universal jurisdiction in good faith and in accordance with its rights and obligations under international law”. PRINCETON UNIVERSITY. *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*. Disponível em: <[https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive\\_jur.pdf](https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf)>

mesmo que de passagem, em seu território. Portanto, mesmo na ausência do autor presumido do crime internacional, o juiz nacional pode mover processos penais, instaurar inquérito, buscar os elementos de prova necessários, e até mesmo expedir mandado de prisão [...] os juízes podem julgar ações penais contra qualquer chefe de Estado ou órgão do Estado estrangeiro, desde que alguém apresente queixa<sup>70</sup>.

Para Jankov, que afirma a validade dessa modalidade absoluta,

[...] a jurisdição universal, ou melhor denominado, *princípio da jurisdição universal*, configura-se como a possibilidade de o Estado exercer a *jurisdição prescritiva* na ausência de qualquer outro vínculo jurisdicional aceitável na época da ocorrência do crime [...] de acordo com o princípio [...] um Estado afirma sua competência sem que exista qualquer critério de conexão direto com a infração, inclusive sem ser necessária a presença do autor em seu território<sup>71</sup>.

Já a teoria da jurisdição universal condicionada, defendida por Cassese, sustenta a necessidade de que essa forma de jurisdição penal extraterritorial seja exercida “*cum grano salis*”, e desde que satisfeitas determinadas exigências, em particular que

[...] o indiciado encontre-se no território do foro [...], pois exige sempre a presença do autor presumido do crime no território do juiz, como condição essencial à qual fica subordinada a própria existência da jurisdição”, fundando-se, nesse sentido, no princípio do *forum deprehensionis* nos termos do adágio “*ubi te invenero, ibi te judicabo*”<sup>72</sup>.

Em outras palavras, não caberia aos tribunais nacionais agirem como se fossem “[...] *vindici* [...] *della sensibilitá degli uomini* [...]”, mas como substitutos às “[...] jurisdições nacionais omissas para garantir em seu lugar que a justiça seja feita. Esses juízes nacionais ficariam incumbidos de agir como órgãos da comunidade internacional, como guardiões dos valores fundamentais dessa comunidade”<sup>73</sup>.

Para Cassese, esta compreensão relativizada da jurisdição universal evitaria alguns problemas especialmente graves em termos de eficácia e eficiência, e que cobram um preço considerável para a própria legitimidade interna e internacional do instituto, a saber: a) o primeiro atine à circunstância de que é possível que o acusado não se apresente perante o juízo nacional – por ingresso espontâneo no território,

---

70 CASSESE, Op. cit, p. 16.

71 JANKOV, Fernanda F. F. *Direito Internacional Penal: Mecanismos de Implementação do Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 105.

72 CASSESE, Op. cit, p. 16.

73 *Ibid.*, p. 16-18.

pela denegação de pedido extradicional, pelo não cumprimento do mandado de prisão internacional etc –, impossibilitando, nesse sentido, o seu efetivo julgamento; b) caso o juízo resolva julgar o acusado à revelia (*in absentia*), referida medida violaria um conjunto de direitos humanos que asseguram um julgamento justo, atraindo, de um lado, a impossibilidade de cumprimento do mandado de execução da pena por sua manifesta nulidade, e de outro suscitar críticas a tais violações, cobrando seríssimo preço em termos de legitimidade do procedimento; c) a abertura de processo em tais casos, mormente se envolver (ex-) Chefes de Estado ou Órgãos Superiores de outro Estado, ilidirá a colheita de provas caso o Estado do “*loci delicti commissi*” decida não cooperar, impossibilitando também a eficiência da instrução processual; e d) se todos os Estados adotarem o modelo absoluto, e ante a ausência já indicada por Bassiouni de uma regra internacional para a solução de conflitos jurisdicionais sobre a matéria, elevaria o risco de apreciações divergentes, com a possibilidade de decisões judiciais excludentes entre si e ofensa à garantia ao *ne bis in idem*<sup>74</sup>.

Em duas ocasiões em que a CIJ foi provocada a se manifestar sobre conflitos decorrentes do exercício da jurisdição universal absoluta, tal como prevista na legislação belga, ela considerou-a incompatível em face de diversos princípios fundamentais do Direito Internacional.

No caso Mandado de Prisão de 11 de Abril de 2000, também denominado Yerodia, envolvendo a República Democrática do Congo vs o Reino da Bélgica<sup>75</sup>, versa sobre o conflito decorrente da emissão de mandado de prisão internacional *in absentia* por um magistrado belga em face do então Ministro das Relações Exteriores do Congo, Abdoulaye Yerodia Ndombasi, em que se lhe imputava a prática do crime de incitação ao genocídio de forma pública e ostensiva contra a minoria tutsi no curso dos conflitos étnicos ocorridos em 1998 no país. O Congo, ao propor a reclamação internacional, infirmou a legitimidade do procedimento penal a partir de dois fundamentos: a) a Bélgica violara a regra consuetudinária de imunidade internacional, inclusive penal, de que são revestidos Chefes de Estado e Ministros das Relações Diplomáticas e b) a violação ao princípio da igualdade soberana entre os Estados, pelo qual um Estado não está submetido à autoridade do outro. A Bélgica, em sua defesa, alegou a legitimidade do exercício da persecução penal na forma da justiça universal tal como prevista em seu ordenamento jurídico, na medida em que o caso fora aberto sem que o acusado estivesse em seu território ou presentes quaisquer elementos de conexão – e.g. vítimas ou acusados de nacionalidade belga ou

---

74 Ibid., p. 17.

75 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/121/7081.pdf>>



qualquer reflexo de tais comportamentos em seu território -. Em outros termos, bastava a presença do elemento de conexão da incriminação internacional do comportamento.

A Corte, no julgamento de mérito, considerou, por maioria, que a expedição do mandado de prisão internacional violara tanto a imunidade internacional dos Ministros de Relações Diplomáticas<sup>76</sup>, como a necessidade de que a Bélgica, para poder exercer a jurisdição universal em face de crimes internacionais, comprovasse a presença de elementos mínimos de conexão entre o fato e o seu interesse na persecução penal, sob pena de se convalidar a violação ao princípio da não intervenção em assuntos de jurisdição interna<sup>77</sup>.

Os Juízes Guillaume, Rezek e Rajeva, em seus votos em separado, apresentaram importante distinção no concernente às formas de manifestação do princípio da justiça universal. A primeira seria aquela que poderia ser exercida, independentemente da presença do acusado no foro, por eles denominada de *universal criminal jurisdiction properly so called*, e a segunda denominada de *territorial jurisdiction over persons for extraterritorial events*, e que exige a presença do acusado perante o juízo processante. Para estes juízes, a jurisdição universal em sentido estrito somente poderia ser exercida desde que preenchidas as seguintes condições: a) que o Estado, antes de iniciar a persecução penal, oportunizasse ao Estado territorialmente competente pronunciar-se sobre os fatos; b) que os órgãos investidos de competência persecutória e judicial gozem das prerrogativas de independência funcional; c) que a persecução penal seja iniciada a partir do pedido formulado ou pelas vítimas ou por seus familiares; d) que os fatos se subsumam entre as hipóteses de *core crimes*; e) que sejam respeitadas as regras e princípios internacionais que orientam as relações entre Estados, em especial as

---

76 “The Court accordingly concludes that the functions of a Minister for Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, he or she when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability. That immunity and that inviolability protect the individual concerned against any act of authority of another State which would hinder him or her in the performance of his or her duties.” *Ibid.*, p. 6.

77 “The *universal jurisdiction* that the Belgian State attributes to itself under Article 7 of the Law in question contravenes the international jurisprudence established by the Judgment of the Permanent Court of International Justice (PCIJ) in the “*Lotus*” case (7 September 1927, Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10). The Court recognized at that time that territoriality is a principle of international law (while ruling that this principle is not absolute, in that it cannot prevent a State from prosecuting acts done outside its territory if they had consequences on that territory, such as, in that case, on board a ship flying the Turkish flag). According to the judgment, this principle means that a *State may not exercise its authority on the territory of another State*. This rule of jurisprudence is now corroborated by Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations, which states: “The Organization is based on the principle of the *sovereign equality* of all its Members.” The only instances in which general international law allows, exceptionally, that a State may prosecute acts committed on the territory of another State by a foreigner are, first, cases involving violation of the security or dignity of the first State and, second, cases involving serious offences committed against its nationals.” *Ibid.*, p. 15.

imunidades internacionais<sup>78</sup>.

A segunda decisão da CIJ, também envolvendo a legislação belga sobre crimes internacionais próprios - Bélgica vs. Senegal, a Corte cindiu a análise do caso em dois pontos distintos tendo como base a regra *aut dedere aut judicare*: a) o Senegal tinha a obrigação internacional de exercer a persecução penal em face de Hissène Habré, porquanto a incriminação do crime de tortura se constitui em uma obrigação *erga omnes* e de natureza *jus cogens* derivada não da Convenção contra a Tortura, mas do direito internacional costumeiro<sup>79</sup>, não sendo admissível, internacionalmente, que o autor de tais atos – ex-Presidente do Chade -, ficasse impune em razão de asilo diplomático a ele concedido; b) no que concerne, doutro passo, à natureza convencional da regra processar ou extraditar, ela não poderia ser exigível do Senegal pela Bélgica em razão do princípio da irretroatividade contida no artigo 28 da CVDTE/69<sup>80</sup>.

A consequência de referida decisão da CIJ foi a constituição de um tribunal internacional misto – a Câmaras Extraordinárias Africanas – por acordo entre o Senegal e a União Africana, para levar Hissène Habre a julgamento pelos crimes que se lhe imputam, e cujo resultado foi a sua condenação à pena de prisão perpétua.

## CONCLUSÕES

Destarte, seria possível concluir-se que a tese afirmada por Cassese é a que melhor atende aos princípios do Direito Internacional, na medida em que o princípio da jurisdição universal não foi instituído, apesar de ardorosos defensores em sentido contrário, para permitir que os Estados, sob as vestes de combate à impunidade, se imiscuem em assuntos de jurisdição interna de outros Estados, elevando, tanto em nível interno como internacional, a conflituosidade e o fechamento de alternativas civilizacionais de proteção aos direitos internacionalmente protegidos.

---

78 CASSESE, Op. cit., p. 18.

79 “In the Court’s opinion, the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (*jus cogens*). That prohibition is grounded in a widespread international practice and on the *opinio juris* of States. It appears in numerous international instruments of universal application (in particular the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims; the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966; General Assembly resolution 3452/30 of 9 December 1975 on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), and it has been introduced into the domestic law of almost all States ; finally, acts of torture are regularly denounced within national and international fora.” INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Op. cit., p. 39.

80 “However, the obligation to prosecute the alleged perpetrators of acts of torture under the Convention applies only to facts having occurred after its entry into force for the State concerned. Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which reflects customary law on the matter [...]”. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Op. cit., p. 39.

Doutro passo, é bastante evidente do relato acima exposto que o Direito Penal Internacional, tendo por pedra fundamental de sua conformação institucional o princípio *aut dedere aut judicare*, somente logrará, de fato, efetividade, se os Estados atenderem ao chamado internacional pela colmatação da impunidade fática dos crimes internacionais e realizarem, na facticidade histórica, a persecução dos autores dos crimes internacionais através do exercício, quando cabível, da *actio popularis*.

Se uma democracia consolidada exige, como condição de sua existência, que o cidadão assuma uma postura ativa e institucionalmente adequada para a proteção dos interesses coletivos, o mesmo se dá no plano internacional, uma vez que a realização histórica da *rule of law* impõe comportamentos políticos que transcendem a mera proteção dos interesses particulares do Estado a fim de que se processe concretamente a defesa comum e também institucionalmente adequada dos interesses e valores comuns da sociedade internacional.

Em ambas as esferas, lembrando a máxima que deu origem à *actio popularis* – *qui tam actio* –, só há efetiva proteção de referidos valores e interesses – passíveis de serem sintetizados no princípio fundante e conformador da dignidade da pessoa humana –, se houver corresponsabilidade na prevenção geral e/ou especial de comportamentos institucionais e individuais que os violem, donde, por conseguinte, a colegitimidade de todos os Estado em cooperarem na persecução penal, seja por meio da persecução ativa, seja na cooperação internacional por intermédio, *e.g.*, da extradição e da não concessão de asilo político a indivíduos que sejam acusados da prática dos crimes mais graves perante a sociedade internacional.

Contudo, essa colegitimidade e corresponsabilidade deve ser efetuada *cum granus salis*, vez que nem os juízes nacionais devam agir como se fossem “[...] *vindici* [...] *della sensibilità degli uomini* [...]”, nem os Estados como se fossem xerifes da sociedade internacionais, utilizando-se dos institutos que o Direito Penal Internacional dispôs para a tutela daqueles valores e interesses comuns como meio à satisfação de seus interesses particulares ou para a promoção de suas geopolíticas.

Em síntese, é certo que a *actio popularis* constitui-se em um instituto vigente e legítimo no Direito Internacional contemporâneo, dando azo àquelas corresponsabilidade e colegitimidades tão caras ao aperfeiçoamento das insuficiências institucionais da sociedade internacional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 156.

AMBOS, Kai. “Impunidade por Violação dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. 2004, vol 12, n° 49, p. 48-88.

AMBOS, Kai. *A Parte Geral do Direito Penal Internacional: bases para uma Elaboração Dogmática*, trd. Carlos E. A. Japiassú e Daniel Andrés Raizman, São Paulo: RT, 2008.

BASSIOUNI, M. Cherif. “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”. *Virginia Journal of International Law*, n° 42, v. 81, fall 2001., p. 09-10.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*, 2<sup>nd</sup> ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

BASSIOUNI, M. Cherif. *The Perennial Conflict Between International Criminal Justice and Realpolitik*. 38<sup>th</sup> ed. Georgia State University College of Law. Disponível em <[http://law.gsu.edu/Miller\\_Lecture/2006/MillerLecture-S06-BassiouniDraft.pdf](http://law.gsu.edu/Miller_Lecture/2006/MillerLecture-S06-BassiouniDraft.pdf)>

BAZELAIRE, Paul; CRETIN, Thierry. *A Justiça Penal Internacional: sua Evolução, seu Futuro de Nuremberg a Haia*. Trd. Luciana Pinto Venâncio, Barueri: Manole, 2004, p. 41-42.

BERGER, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953, p. 347.

CASSESE, Antonio. “Existe um Conflito Insuperável entre Soberania dos Estados e Justiça Penal Internacional?”. In CASSESE, Antonio, DELMAS-MARTY, Mireille (Ed.). *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*, trd. Silvio Antunha, Barueri: Manole, 2004, p. 67.

COMELLAS AGUIRREZÁBAL, Maria Teresa. “La Jurisdicción Universal en España tras la Reforma de 2009: Racionalización del Principio o un Paso Atrás en la Lucha Contra la Impunidad?”. *Anuário Español de Derecho Internacional*, vol 26, 2010, p. 67.

COURT OF INTERNACIONAL JUSTICE. *The case of S. S. Lotus, Série A, n. 10, de September 7th, 1927*. Disponível em: <[http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_10/30\\_Lotus\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf)>

FAGUNDES, M. Seabra. “Da Ação Popular”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1946, p. 1-2.

FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco António de M. L. *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*. Coimbra: Almedina, 2009.

INSTITUTO DEL TERCER MUNDO. *Enciclopédia do Mundo Contemporâneo*. São Paulo: Publifolha/Rio de Janeiro: Editora Terceiro Milênio, 2002, p. 434-436.

INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. *International Status of South-West Africa. Advisory Opinion of July 11<sup>th</sup>, 1950*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/10/010-19500711-ADV-01-00-EN.pdf>>

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/121/7081.pdf>>

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain). Second Fase. Judgment of 5 February 1970*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>>

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium vs. Senegal)*, 20 July 2012. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>>

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa). Preliminary Objections. Separate Opinion of Judge Bustamante. Judgment of 21 December 1962*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19621221-JUD-01-02-EN.pdf>>

JANKOV, Fernanda F. F. *Direito Internacional Penal: Mecanismos de Implementação do Tribunal Penal Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 105.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a Internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JOSÉ BREMER, Juan. *De Westfalia a post-Westfalia: Hacia un Nuevo Orden Internacional*. Ciudad WEIL, Prosper. “Le Droit International En Quête de Son Identité”. *RCAD*, vol. 237, 1992, p 28.

KLEINEN, Thomas. *Konstitutionalisierung im Völkerrecht: Einer Idealistischen*. *Völkerrechtslehre*, Heildeberg: Springer, 2012.

LYNDEL, V. Prott. “Some aspects of Judicial Reasoning in the South-West Africa Case of 1962”. *Belgian Review of International Law*. 1967, vol 1, p. 37-51.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. “Clóvis Beviláqua e a

justiça internacional: entre o sim e o não a Rui Barbosa”. *Revista de Direito Internacional*. 2016, vol 13, n° 2, 2016, p. 424.

MACKEAN, W. A. “The South West Africa Cases (1966): Two Views – II. An Examination of Certain Criticisms of the South West, Africa Cases Judgment”. *Australian Year Book of International Law*, 1966, vol 12, p. 143-148.

MOMMSEN, Theodor. *Gesammelte Schriften: Juristischen Schriften*. Berlin: Weidmannsche Buchhanlung, 1907, p. 376-377.

MOMMSEN, Theodor. *Römisches Strafrecht*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1899.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 18ª ed. Madrid: Tecnos, 2014, p. 48-49.

PRINCETON UNIVERSITY. *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*. Disponível em: <[https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive\\_jur.pdf](https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf)>

ROSENNE, Shabtai. *The Perplexities of Modern International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 449-455.

SCHABAS, William A. *Genocide in international law: the crime of crimes*. 2<sup>th</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

SCHWELB, Egon. *The Actio Popularis and International Law*. Israel Yearbook on Human Rights, v. 2, 1972, p. 47.

SHAW, Malcolm. *International Law*. 6<sup>th</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 197.

TOMUSCHAT, Christian. “Obligations Arising for States Without or Against Their Will”. *RCADI*, vol 241, 1993, p. 211-212.

UNITED NATIONS. INTERNACIONAL LAW COMISSION. *The Obligation to Extradite or Prosecute (Aut Dedere Aut Judicare), Final Report of the International Law Commission*, 2014. Disponível em: <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/7\\_6\\_2014.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/7_6_2014.pdf)>

UNITED NATIONS. INTERNATIONAL LAW COMISSION. *Yearbook of the International Law Comission, vol II, 1950, pp. 374-378*. Disponível em: <[http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1950\\_v2.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v2.pdf)>

WEIL, Prosper. “Le Droit International En Quête de Son Identité”. *RCAD*, vol. 237, 1992, p 28.

WERLE, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*. 2<sup>th</sup> ed. Hague: T.M.C. Asser Press, 2009, p. 80-81.

### **RESUMO BIOGRÁFICO**

*Marcus Vinicius Xavier de Oliveira* é Mestre em Direito Internacional pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Adjunto da Universidade Federal de Rondônia. Líder do Jus Gentium - Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional. Advogado.

# EL MODELO DE COOPERACIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA EN MATERIA MIGRATORIA

## MODELO DE COOPERAÇÃO SOBRE MIGRAÇÃO DA COMUNIDADE ANDINA

*Carolina Lourdes Rodríguez Aguilera\**

---

**Resumen:** *La cooperación internacional en materia de migraciones emprendida por la Comunidad Andina, es un objeto de estudio de mucho interés para las relaciones internacionales. Su vigencia y progresivo desarrollo institucional ha exigido notables esfuerzos de coordinación entre autoridades nacionales de los países miembros de la Comunidad Andina, las autoridades comunitarias y organizaciones internacionales.*

*En ese orden de ideas, la metodología de esta investigación es documental, descriptiva y analítica, por consiguiente, se estructuró partiendo de la revisión de diversas fuentes legales (Doctrina, Tratados, Protocolos y Jurisprudencia) emanadas del organismo de integración andino y de fuentes bibliográficas.*

**Resumo:** *A cooperação internacional sobre a migração realizada pela Comunidade Andina, é um objeto de grande interesse para estudar relações internacionais. Força e desenvolvimento institucional progressiva exigiu esforços consideráveis de coordenação entre as autoridades nacionais dos países membros da Comunidade Andina, as autoridades comunitárias e as organizações internacionais.*

*Nesta ordem de ideias, a metodologia desta pesquisa é documental, descritiva e analítica, portanto, foi estruturada com base na revisão de diversas fontes legais (Doutrina, Tratados, Protocolos e Jurisprudência) que emanam do órgão andino de integração e fontes bibliográficas.*

**Palabras clave:** Cooperación internacional, Comunidad Andina, Migraciones, Coordinación, Armonización

**Palavras-chave:** Cooperação Internacional, Comunidade Andina, Migração, Coordenação, Harmonização

---

\* Universidad Simón Bolívar, Venezuela.  
E-mail: rodriguezcarol@usb.ve  
Recibido: 20/06/2017. Aceptado: 30/01/2018.



## **1. INTRODUCCIÓN**

El Acuerdo de Cartagena, fundacional de la Comunidad Andina (CAN) señala en el artículo 1° que uno de sus objetivos fundamentales es procurar el mejoramiento en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión; asimismo, reconoce la necesidad de la armonización gradual de las políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales de los Países Miembros en las materias pertinentes.

En función de ello, resulta prioritario garantizar la libre circulación de personas en el territorio andino, tanto por motivos de turismo como laborales. En ese sentido, prevalece el respeto al principio de igualdad de trato; y el diseño de políticas institucionales para generar y preservar oportunidades a través de un trabajo decente; con adecuados sistemas de seguridad social y la salud en el trabajo.

El contexto internacional contemporáneo muestra progresivos flujos financieros y comerciales, y constantes movimientos migratorios, que comprenden entre otros a los nacionales de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

Por los motivos expuestos, este trabajo propone en primer lugar, una aproximación a las perspectivas teóricas sobre la cooperación; en segundo lugar, expone la cooperación internacional en la Comunidad Andina en materia migratoria, precisando las características del ordenamiento jurídico comunitario andino; seguidamente, se presentan los fundamentos jurídicos de la cooperación andina en migraciones en el territorio andino; así como también, se abordarán los preceptos legales sobre las migraciones extracomunitarias y la asistencia consular. Se trata de una investigación documental, en este caso particular, se ha consultado las fuentes del derecho comunitario andino y bibliografía especializada.

## **2. PERSPECTIVAS TEÓRICAS SOBRE LA COOPERACIÓN**

Para analizar el alcance de la cooperación en las relaciones internacionales, es preciso referirse a los teóricos modernos de la sociedad internacional, como Bull y Wight, quienes privilegian la pertenencia a una sociedad o comunidad. Así, para Martin Wight, la sociedad internacional:

Se manifiesta en el sistema diplomático, en el mantenimiento consciente del equilibrio del poder para preservar la independencia de las comunidades miembros... Todo esto presupone una conciencia social internacional, un sentimiento de comunidad mundial.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> HURRELL, Andrew. *Teoría de los regímenes internacionales: una perspectiva europea*.

Para Bull, el sentimiento subjetivo de estar limitado por una comunidad es la base de su definición de sociedad internacional:

Una sociedad de estados (o sociedad internacional) existe cuando un grupo de estados, conscientes de ciertos intereses y valores en común, forma una sociedad, en el sentido de que se conciben a sí mismos como sujetos a un conjunto de reglas comunes que guían sus relaciones mutuas y cooperan en la operación de instituciones comunes.<sup>2</sup>

En este orden de ideas, Bull coincide con Wight:

Así, la sociedad internacional, desde este punto de vista, sólo puede ser propiamente descrita con un trasfondo histórico y sociológico”. Por lo tanto, se le otorgó importancia a la cultura y al sentimiento de interés común desarrollado históricamente en las sociedades.<sup>3</sup>

De acuerdo con Bull:

Una tradición cultural común contribuye al surgimiento de la sociedad internacional de tres maneras. En primer lugar, la existencia de una epistemología, un lenguaje y una tradición cultural comunes facilitarán la comunicación entre los miembros de la sociedad internacionales. En segundo lugar, la existencia de dicha cultura común refuerza los lazos del interés común al añadir un sentimiento de obligación moral. Por último, la existencia de un sistema de valores comunes contribuirá a asegurar que los estados valoren de modo relativamente igual, objetivos tales como orden, justicia, paz, etcétera<sup>4</sup>.

Ahora bien, según Kratochwil y Ruggie, los regímenes internacionales son necesariamente fenómenos intersubjetivos cuya existencia y validez se crea y se sostiene por medio de las relaciones entre sus miembros. Por consiguiente, se advierte que la cooperación implica la creación de reglas que envuelven las estructuras internas y la organización de los Estados, y derechos y obligaciones para individuos y grupos dentro de los Estados, con objetivos de bien común (derechos humanos, democratización, el ambiente, seguridad)<sup>5</sup>.

Asimismo, sobre la cooperación, Hurrell sostiene que:

---

Traducción de Brett Duel. Octubre-diciembre, 1992. p. 657-658. [Consulta 3/4/2017]. Disponible en: <[http://codex.colmex.mx:8991/exlibris/aleph/a18\\_1/apache\\_media/AGB9JAQE8DCC5C5NNS9RVL7KPVK8G.pdf](http://codex.colmex.mx:8991/exlibris/aleph/a18_1/apache_media/AGB9JAQE8DCC5C5NNS9RVL7KPVK8G.pdf)>

2 *Ibid.*, p. 658.

3 *Ibidem*.

4 *Ibid.* p. 658-659.

5 *Ibid.* p. 659-660.

Si bien compartir preocupaciones morales es fundamental para el desarrollo de una actitud cooperativa, éstas se expresan principalmente en la forma de reglas legales...Un ejemplo son las leyes sobre derechos humanos, y otro es el difícil proceso actual de transición de los principios generales para el manejo del ambiente a la creación de regímenes específicos para la regulación<sup>6</sup>.

Igualmente, como observa Antonio Cassese, hay relaciones específicas entre el derecho internacional y los sistemas legales nacionales, y los complejos procesos que respaldan la aplicación de reglas internacionales<sup>7</sup>.

Cooperar es obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin. Según Keohane, se distingue tanto de la armonía como de la discordia.

Cuando prevalece la armonía, las políticas de los agentes automáticamente facilitan el logro de las metas de los demás. Cuando hay discordia, las políticas de los agentes entorpecen la realización de las metas de los otros, y no se ajustan para hacerlas más compatibles. Tanto en la armonía como en la discordia, ningún agente tiene un incentivo para cambiar su comportamiento. La cooperación, sin embargo, "exige que las acciones de individuos u organizaciones diferentes- que no están en armonía preexistente- lleguen a una conformidad entre sí a través de un proceso de coordinación de políticas."<sup>8</sup>

Conviene acotar que la cooperación exige que cada parte adapte su comportamiento, de acuerdo con los cambios en la conducta de los demás, a través de un proceso de coordinación de políticas. Al respecto, Keohane argumenta que la cooperación internacional no depende necesariamente del altruismo, el idealismo, el honor personal, los propósitos comunes, las normas internalizadas o una creencia compartida en un conjunto de valores implícitos en la cultura.

En diversos momentos y lugares cualquiera de estos rasgos de la motivación humana por cierto pueden jugar un papel importante en los procesos de la cooperación internacional; pero la cooperación puede entenderse sin referencia a cualquiera de ellos<sup>9</sup>.

En consideración a lo expuesto, puede verificarse un entramado de intereses envueltos en la cooperación internacional, que justifican

---

6 *Ibíd.* p. 661.

7 *Ibíd.* p. 655.

8 KEOHANE, Robert. *Después de la hegemonía: cooperación y discordia en la política económica mundial*. Buenos Aires. Grupo Editor Latinoamericano, 1988. p. 220.

9 *Ibíd.* p. 220-221.

su estudio para la comprensión de las relaciones internacionales contemporáneas. Del mismo modo, los fundamentos del carácter dinámico del derecho internacional público y su naturaleza cambiante en la actualidad, ponen de relieve:

Las profundas transformaciones de su base social, operadas como consecuencia de una serie de acontecimientos bien notorios, y especialmente por el aumento creciente de la vida de relación internacional, que se manifiesta en el ámbito de la cooperación en el campo de las organizaciones internacionales y en el orden individual-con influencia directa en la opinión pública internacional- por el creciente aumento del desplazamiento de personas como consecuencia de la mayor facilidad en las comunicaciones.<sup>10</sup>

En consecuencia, la cooperación internacional tiene lugar dentro de un contexto institucional de cierto tipo, el cual puede o no facilitar las empresas cooperativas.<sup>11</sup>

Por otra parte, la competencia normativa de algunos órganos de las organizaciones internacionales engrandece el ordenamiento internacional con normas derivadas, tan obligatorias como los tratados para los Estados miembros de esas organizaciones y, en algunos casos, directamente aplicables en sus territorios<sup>12</sup>.

### **3. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN LA COMUNIDAD ANDINA. EL CASO MIGRATORIO**

La cooperación internacional en la CAN está estrechamente relacionada con los objetivos principales de la integración andina, como son, el desarrollo económico y social, la lucha contra la pobreza, la cohesión social y la superación de las asimetrías. En ese sentido, la CAN busca crear programas regionales compartidos, de acciones conjuntas, teniendo como punto de partida, las iniciativas nacionales dispuestas en las políticas y planes de desarrollo de cada Estado miembro de la CAN.

La suscripción del Acuerdo de Cartagena, en Bogotá el 26 de mayo de 1969, impulsó el proceso de integración andino, constituido actualmente por Bolivia, Colombia, Ecuador y el Perú. Es un modelo de integración que se caracteriza por la supranacionalidad de sus normas, el libre tránsito de los ciudadanos andinos con sólo documento de identidad en los cuatro países y el libre comercio intrasubregional,

---

10 DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. *Instituciones de Derecho internacional público*. Tomo I. Séptima edición. Madrid. Tecnos, 1985. p. 59.

11 KEOHANE, Robert. *Instituciones internacionales y poder estatal: ensayos sobre teoría de las relaciones internacionales*. Buenos Aires. Grupo Editor Latinoamericano, 1993.

12 CZAR DE ZALDUENDO, Susana. "El sistema jurídico internacional y sus tensiones: fragmentación y vocación universal". *Puente Europa*. 2007, año 5, nº 2, p. 7

una unión aduanera y un mercado común andino<sup>13</sup>.

Conviene precisar que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, aparece como un conjunto de normas con características especiales la aplicación directa e inmediata y la preeminencia o supremacía, atribuidas a partir de los Tratados Constitutivos<sup>14</sup>.

La cualidad de aplicación inmediata y efecto directo envuelve 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 Andina (Artículo 2 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina).

Es oportuno recalcar 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 Cartagena a menos que las mismas señalen una fecha posterior (Artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina). Y complementa 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. De esta forma la norma comunitaria andina derivada entraría en vigencia para

---

13 Es oportuno reseñar que este proceso de integración se remonta a la Declaración de Bogotá del 16 de agosto de 1966, que marca el inicio 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. Estas negociaciones se concretaron en la suscripción del Acuerdo de Integración Subregional Andino en 1969, conocido como Acuerdo de Cartagena, por los gobiernos de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, con el objetivo de crear un mercado común. Debe señalarse que Venezuela ingresó 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.

También es importante mencionar que el Protocolo de Trujillo, de 10 de marzo de 1996, en vigencia desde el 2 de junio de 1997, produjo reformas en la estructura de la organización de integración andina que pasó a llamarse Comunidad Andina.

Venezuela denunció el Acuerdo de Cartagena el 22 de abril de 2006, esto implicó la terminación de los derechos y obligaciones originados en su condición de país miembro, según lo previsto en el artículo 135 del Acuerdo de Cartagena, preservando por cinco años el derecho de importar y exportar libre de todo gravamen y restricción los productos originarios del territorio de cualquiera de los países miembros.

14 RODRÍGUEZ, Carolina. "La autonomía del derecho comunitario andino y su relación con el derecho internacional". *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 2016, año 4, n° 8, p. 224-245.

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 internacionales.

Asimismo, las normas comunitarias andinas están dotadas de supremacía o preeminencia, esto significa que prevalecen en las materias de su competencia, sobre las normas del ordenamiento jurídico interno de los Estados (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencias de interpretaciones prejudiciales 1-IP-96, y 2 IP 88). En consecuencia:

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.

Este criterio interpretativo de la jurisprudencia andina pone de relieve que la característica de preeminencia de las normas de la Comunidad Andina, facilita y contribuye a la construcción integracionista y a la cooperación entre órganos comunitarios y entidades nacionales de los países miembros hacia un mismo objetivo, en concordancia con las obligaciones y derechos acordados.

En ese sentido, la estructura institucional andina fue impulsada a mitad de los noventa, con el Protocolo de Trujillo de 10 de marzo de 1996, vigente desde el 2 de junio de 1997, con el propósito de lograr una coordinación efectiva entre las instituciones comunitarias andinas. A esto hay que agregar, que no sólo las instituciones comunitarias participan de este proceso, sino también las autoridades nacionales administrativas y judiciales de los países miembros, en virtud del principio de cooperación previsto en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, así como, los ciudadanos y las empresas son partícipes del proceso de integración andino como particulares interesados con intereses legítimos.

Por consiguiente, el Acuerdo de Cartagena reconoce que la integración constituye un mandato histórico, político, económico, social y cultural de sus países a fin de preservar su soberanía e independencia. En ese orden, se cimienta en los principios de igualdad, justicia, paz, solidaridad y democracia. Y propone la conformación de un sistema de integración y cooperación que propenda al desarrollo económico, equilibrado, armónico y compartido de sus países.

Para ese propósito, en materia de migraciones, la CAN cuenta con una instancia responsable, el Comité Andino de Titulares de Organismos de Cooperación Internacional de la Comunidad Andina

(CATOCI), encargada del ciclo de los proyectos y su administración, así como, de coordinar esos procesos. Además, la CAN propicia políticas de convenios de cooperación de tipo horizontal, con organismos multilaterales y bilaterales<sup>15</sup>.

El CATOCI fue creado en junio de 2003, mediante la Decisión 554 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, conformado por las autoridades nacionales responsables de la conducción, programación y supervisión de la cooperación internacional, a fin de intensificar las relaciones con otros países, bloques de integración, organismos internacionales y entidades privadas<sup>16</sup>.

Adicionalmente, el CATOCI actúa como mecanismo de consulta y coordinación en materia de cooperación y constituye un espacio de diálogo entre los Países Miembros, que permite intercambiar experiencias en el ámbito de la cooperación e impulsar iniciativas comunitarias.

Cabe destacar también, la cooperación interinstitucional entre la Secretaría General de la Comunidad Andina y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), y los espacios consultivos regionales como la Conferencia Suramericana de Migraciones (CSM), en materia de las migraciones en la región<sup>17</sup>.

Asimismo, es pertinente señalar que la Comunidad Andina aprobó el uso por parte de los Países Miembros, de la Tarjeta Andina de Migración Virtual, que permite que los Estados envíen a la Secretaría General información estadística oficial sobre los movimientos migratorios en el territorio de los Países Miembros de la

---

15 Véase: [Consulta 10/2/2017]. En: <<http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=219&tipo=CI&title=presentacion>>

16 Véase Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (GOAC) N° 938 de 27 de junio de 2003.

17 La OIM fue creada en 1951, conocida inicialmente como Comité Intergubernamental Provisional para los Movimientos de Migrantes desde Europa (PICMME), como consecuencia de los desplazamientos en Europa occidental después de la Segunda Guerra Mundial. La OIM tiene como propósito una gestión ordenada y humana de la migración; promover la cooperación internacional sobre cuestiones migratorias; ayudar a encontrar soluciones prácticas a los problemas migratorios; y ofrecer asistencia humanitaria a los migrantes que lo necesitan, ya se trate de refugiados, de personas desplazadas o desarraigadas. La Constitución de la OIM reconoce explícitamente el vínculo entre la migración y el desarrollo económico, social y cultural, así como el respeto del derecho a la libertad de movimiento de las personas. La OIM trabaja en estrecha colaboración con sus asociados gubernamentales, intergubernamentales y no gubernamentales. Tiene sede en Ginebra. El número de Miembros pasó de 67 en 1998 a 166 en 2016. [Consulta 17/4/2017]. En: <<https://www.iom.int/es>> Mientras que la Conferencia Suramericana de Migraciones (CSM) se originó por iniciativa de los gobiernos sudamericanos y con la cooperación técnica de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), en Lima, en el año de 1999, a partir del “Encuentro Sudamericano sobre Migraciones, Integración y Desarrollo”. Tiene como objetivos generar y coordinar iniciativas y programas dirigidos a promover y desarrollar políticas sobre las migraciones internacionales y su relación con el desarrollo y la integración regional. [Consulta 11/2/2017]. En: <<http://csm-osumi.org/>> Véase también: [Consulta 17/4/2017]. En: <<https://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/What-We-Do/docs/Plan-Sudamericano-de-Desarrollo-Humano-de-las-Migraciones-PSDHM-2010.pdf>>

CAN. Igualmente, la CAN garantiza el derecho al reconocimiento de los documentos nacionales de identificación como único requisito para viajar por la subregión en calidad de turistas, de forma tal, que no es necesario portar pasaporte ni visa.

Además, la Comunidad Andina adoptó el Instrumento Andino de Migración Laboral que permite dar a los trabajadores andinos el mismo trato que a los trabajadores locales. De esta manera, se promueve la libre circulación de personas en la subregión Andina, tanto por motivos de turismo, como por razones laborales, en lugares diferentes a su residencia habitual. Permitiendo el libre desenvolvimiento de la persona a través del libre acceso y movilidad en el territorio de la Comunidad Andina. En consonancia con el Convenio Simón Rodríguez de integración socio laboral, donde se establece la participación tripartita y paritaria del Consejo Asesor de Ministros de Trabajo y de los Consejos Consultivos Empresarial y Laboral Andinos, contempla como uno de sus ejes temáticos principales la Seguridad y Salud en el Trabajo. Sobre estos instrumentos normativos, se ahondará en el siguiente apartado.

#### **4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA COOPERACIÓN ANDINA EN MATERIA DE MIGRACIONES**

Consecuentemente con lo expuesto, el Acuerdo de Cartagena define de manera diáfana sus objetivos:

El presente Acuerdo tiene por objetivos 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.

Asimismo, son objetivos de este Acuerdo 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 Miembros.

Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión.<sup>18</sup>

Destacan la cooperación económica y social, la solidaridad y el bienestar de los habitantes de la Comunidad Andina, como fines medulares de la integración andina. Por consiguiente, la institucionalidad andina ha desarrollado un conjunto de normas comunitarias, materializadas

---

<sup>18</sup> Artículo 1 del Acuerdo de Cartagena.



en Decisiones, Resoluciones, además de Planes de acción, que han resultado de la coordinación de esfuerzos con autoridades nacionales y comunitarias; así como también, en cooperación interinstitucional con organizaciones de internacionales como la OIM y la CSM, para propender hacia un mismo fin, que en el caso particular de este estudio, es la migración en el territorio de la Comunidad Andina, para contribuir al proceso de libre circulación de personas.

En ese sentido, se hace indispensable ilustrar de manera sucinta, las normativas comunitarias andinas que ordenan y facilitan el libre movimiento de personas en el territorio de la Comunidad Andina.

Por una parte, es menester referirse a la Decisión 503 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE), sobre Reconocimiento de documentos nacionales de identificación, del 22 de junio de 2001.<sup>19</sup> La Decisión Andina 503 resalta que la libre circulación de personas por los territorios de la subregión andina es una de las condiciones requeridas para la constitución gradual del mercado común andino, de conformidad con las normas migratorias internas, es un derecho de los nacionales andinos y de los extranjeros con residencia permanente en cualquier País Miembro, con el propósito de apuntalar progresivamente hacia la identidad andina.

En ese sentido, el Comité Andino de Autoridades de Migración (CAAM), en su quinta reunión ordinaria celebrada en Lima, el 16 de mayo de 2001, aprobó el Anteproyecto de Decisión para el reconocimiento de documentos nacionales de identificación y solicitó a la Secretaría General de la Comunidad Andina que lo presentara al órgano comunitario andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Por lo que, este ente propuso armonizar las disposiciones sobre la identificación de las personas dentro de la Subregión, para facilitar la adopción de medidas destinadas a permitir su libre circulación.

Esta iniciativa se concretó en la Decisión Andina 503, que dispuso lo siguiente:

Artículo 1. Los nacionales de cualquiera de los Países Miembros podrán ser admitidos e ingresar a cualquiera de los otros Países Miembros, en calidad de turistas, mediante la sola presentación de uno de los documentos nacionales de identificación, válido y vigente en el país emisor y sin el requisito de visa consular, bajo los términos y condiciones señalados en la presente Decisión.

Artículo 2. Los turistas nacionales de cualquiera de los Países Miembros gozarán de los mismos derechos que los nacionales del País Miembro en donde se encuentren, sin perjuicio de las disposiciones nacionales referidas a migración, orden interno, seguridad nacional y salud pública.

---

<sup>19</sup> Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (GOAC) N° 680 de 28 de junio de 2001.

Estas normas buscan garantizar el reconocimiento de los documentos nacionales de los habitantes de los países miembros de la CAN, y el trato nacional, para facilitar el turismo, el buen trato al turista, así como, el ahorro y simplificación de los trámites administrativos, la economía de la información, que involucra el libre tránsito en los territorios de la Comunidad Andina, que es uno de los objetivos para consolidar un Mercado Común.

Conviene precisar que el marco normativo de la Comunidad Andina, considera turistas a:

Aquellas personas que ingresen al país sin ánimo de residencia y éstos no podrán realizar actividades remuneradas o lucrativas, salvo lo dispuesto en materia de migración temporal en los acuerdos específicos o convenios de integración fronteriza suscritos o que se suscriban entre los Países Miembros<sup>20</sup>.

Para llevar a la práctica esta iniciativa, resultó necesario que las autoridades nacionales competentes realizaran progresivamente las coordinaciones para homologar los documentos nacionales y garantizar las medidas de seguridad de los mismos, surgiendo una cooperación interinstitucional entre las autoridades nacionales y subregionales.<sup>21</sup>

De esta forma, se aprobó la creación de la Tarjeta Andina de Migración (TAM) como único documento administrativo establecido en la normativa comunitaria exigible a los turistas para presentarla a las autoridades migratorias del País Miembro receptor<sup>22</sup>. Dicho documento, tiene efectos civiles y migratorios, incluyendo trámites judiciales y administrativos<sup>23</sup>.

En ese sentido, el XIII Consejo Presidencial Andino reunido en Valencia, Venezuela, en junio de 2001, convino la importancia de vigorizar el desarrollo humano de los pueblos de la Subregión, y el impulso de una Agenda Social Andina interdisciplinaria, como una respuesta de los Países Miembros en su lucha contra la pobreza, la desigualdad y la exclusión social. A su vez, es preciso agregar que, el Consejo Asesor de Ministros de Trabajo de la Comunidad Andina, también respaldó el criterio de gradualidad para encaminar el ordenamiento progresivo de los flujos migratorios con fines laborales en el espacio comunitario andino<sup>24</sup>.

En conformidad con lo expuesto, la Decisión 504 del CAMRE,

---

20 Artículo 2 de la Decisión 503 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE).

21 Artículo 3 de la Decisión 503 *Ibidem*.

22 Artículo 4 *Ibidem*.

23 Artículo 5 *Ibidem*.

24 Véase <<http://www.comunidadandina.org/>>

sobre la Creación del Pasaporte Andino, del 22 de junio de 2001<sup>25</sup>, tiene como propósito ayudar al afianzamiento de una conciencia y cohesión comunitaria entre los nacionales de los Países Miembros y a la identificación internacional de la Comunidad Andina, como un conjunto de países comprometidos con un proyecto integrador común<sup>26</sup>.

Mientras que la Decisión 526, del CAMRE de 7 de julio de 2002<sup>27</sup>, aprobó la organización de Ventanillas de entrada en aeropuertos para nacionales y extranjeros residentes en los Países Miembros, siguiendo la propuesta del Comité Andino de Autoridades de Migración (CAAM).

En este proceso de consolidación de la estrategia comunitaria migratoria andina, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores mediante la Resolución 527, aprobó el Plan de Trabajo para la Difusión de la Integración Andina, el 7 de julio de 2002.<sup>28</sup> Esta acción tiene fundamento en el Acuerdo fundacional de Cartagena que dispone en su artículo 149 que los Países Miembros emprenderán acciones en el campo de la comunicación social y actividades orientadas a difundir un mayor conocimiento del proceso de integración andino. Según lo dispuesto en la Resolución 527, las actividades previstas en el Plan de Trabajo contarán con el apoyo de la Secretaría General de la CAN y de los países miembros, y además, estarían sujetas a la obtención de fondos de cooperación internacional u otros recursos externos.

Otra de las aristas de la agenda social andina, es la materia laboral, sin duda, el acceso a un trabajo digno es uno de los medios para el desenvolvimiento y desarrollo personal, y por ende de la sociedad y de la región, y es uno de los medios para contribuir a reducir la pobreza. Por tanto, la Decisión 545 del CAMRE consolidó el Instrumento Andino de Migración Laboral, el 25 de junio de 2003<sup>29</sup>, que tiene como objetivo el establecimiento de normas que permitan de manera gradual la libre circulación y permanencia de los nacionales andinos en la Subregión con fines laborales bajo relación de dependencia<sup>30</sup>. Es pertinente observar, que se excluye del ámbito de esta norma, el empleo en la administración pública y aquellas actividades contrarias a la moral, a la preservación del orden público, a la vida y a la salud de las personas, y a los intereses esenciales de la seguridad nacional<sup>31</sup>.

El Instrumento Andino de Migración Laboral también reconoce el principio de igualdad de trato y de oportunidades a todos los trabajadores

---

Publicada en la GOAC N° 680 de 28 de junio de 2001.

26 Las características técnicas específicas mínimas de nomenclatura y seguridad del Pasaporte Andino fueron reguladas en la Decisión 525 del CAMRE de 7 de julio de 2002, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena(GOAC) N° 814 de 9 de julio de 2002.

27 Publicada en la GOAC N° 814 de 9 de julio de 2002.

28 Publicado en la GOAC N° 814 de 9 de julio de 2002.

29 Publicado en la GOAC N° 938 de 27 de junio de 2003.

30 Artículo 1 de la Decisión 545 del CAMRE.

31 Artículo 2 *Ibidem*.

migrantes andinos en el espacio comunitario. Además, establece que en ningún caso se les sujetará a discriminación por razones de nacionalidad, raza, sexo, credo, condición social u orientación sexual<sup>32</sup>. Y también consagra el derecho a la sindicalización y negociación colectiva, de conformidad con la legislación nacional vigente en la materia y los Convenios Internacionales del Trabajo ratificados en el País de Inmigración<sup>33</sup>. En ese orden de ideas, la normativa comunitaria andina también prevé la protección de la familia del trabajador migrante<sup>34</sup>.

A tal efecto, permitirán la libre movilidad para la entrada y salida del trabajador migrante y de su cónyuge o la persona que mantenga una relación que, de conformidad con el derecho aplicable en cada País de Inmigración, produzca efectos equivalentes a los del matrimonio, de los hijos menores de edad no emancipados, y de los mayores solteros en condición de discapacidad, y de sus ascendientes y dependientes, a los fines de facilitar su reunión y de conformidad con la legislación nacional del País de Inmigración<sup>35</sup>.

Igualmente, se consagra la protección de los derechos laborales en los siguientes términos:

En ningún caso la situación migratoria de un nacional andino ni la posible repatriación del mismo menoscabará sus derechos laborales frente a su empleador. Estos derechos serán los determinados en la legislación nacional del País de Inmigración<sup>36</sup>.

En concordancia con lo expuesto, la Comunidad Andina incluyó lo relativo a la seguridad social de los trabajadores en la Decisión 583 del CAMRE<sup>37</sup>. Esta Decisión contiene el Instrumento Andino de Seguridad Social, procurando la protección integral de los derechos de los trabajadores migrantes andinos y sus beneficiarios, así como, la plena aplicación del principio de igualdad de trato o trato nacional dentro de la Subregión, y la eliminación de toda forma de discriminación.

A tal fin, la Decisión Andina 583 advierte:

Que es obligación de los Países Miembros fomentar el empleo digno, mejorar y racionalizar la inversión por concepto de prestaciones sanitarias, procurando por el buen uso de los servicios, el mejoramiento

---

32 Artículo 10 *Ibidem*.

33 Artículo 11 *Ibidem*.

34 Artículo 12 *Ibidem*.

35 *Ibidem*.

36 Artículo 15 de la Decisión 545 del CAMRE.

37 La Decisión 583 del CAMRE sustituye la Decisión 546. Fue publicada en la GOAC N° 1067 de 13 de mayo de 2004.

de la institucionalidad, la administración del sistema y un sistema de pensiones confiable y seguro.

A este tenor, la Decisión 584 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores estableció el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, el 7 de mayo de 2004<sup>38</sup>, con el objetivo de promover y regular las acciones que se deben desarrollar en los centros de trabajo de los países miembros, para disminuir o eliminar los daños a la salud del trabajador, mediante la aplicación de medidas de control y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo.

## **5. SOBRE LAS MIGRACIONES EXTRACOMUNITARIAS Y LA ASISTENCIA CONSULAR**

En esta materia, la Comunidad Andina pretende brindar la máxima protección y asistencia a los ciudadanos andinos en los territorios de terceros países. Para ello, se concertó la Decisión 548 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de 25 de junio de 2003, que contempla el Mecanismo Andino de Cooperación en materia de Asistencia y Protección Consular y Asuntos Migratorios<sup>39</sup>.

La justificación de esta normativa andina tiene origen en el vigente Acuerdo sobre Cónsules de Caracas de 1911, suscrito por Bolivia, Colombia, Ecuador, Venezuela y Perú, en virtud del cual, se faculta a que los cónsules de cualquiera de las Repúblicas contratantes residentes en otra de las mismas, hagan uso de sus atribuciones a favor de los individuos de las otras Repúblicas contratantes que no tuvieran cónsul en el mismo lugar; de modo tal que, se plasme un mecanismo de cooperación consular andina en terceros países, y en la necesidad de ampliar este acuerdo. En virtud, que los Países Miembros suscribieron y ratificaron la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963; y que, el inciso 6 del artículo 51 de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos establece que los Países Miembros prestarán atención a su acción conjunta para promover y proteger los derechos de los migrantes y sus familias ante otros países y grupos de países, así como en los foros internacionales y regionales<sup>40</sup>.

Además, el Consejo Presidencial Andino de junio de 2000, manifestó en la XII Reunión Ordinaria del órgano comunitario:

Aunar esfuerzos para defender a los nacionales de los países andinos que se encuentran en el exterior, en aquellas situaciones en que se

---

38 Publicada en la GOAC N° 1067 de 13 de mayo de 2004.

39 Publicada en la GOAC N° 938, de 27 de junio de 2003.

40 Véase Decisión Andina 548 del CAMRE.

ven afectados los derechos humanos, garantías individuales o normas laborales internacionalmente reconocidas; así como para combatir manifestaciones de racismo o xenofobia que puedan presentarse.

Por estos motivos, la Decisión Andina 548 del CAMRE estableció un mecanismo de cooperación en materia de asistencia y protección consular, y asuntos migratorios, en beneficio de las personas naturales nacionales de cualquiera de los Países Miembros de la Comunidad Andina que por diverso motivo se encuentren fuera de su país de origen<sup>41</sup>. Esta Decisión fue reglamentada a través de la Resolución 1546 de 20 de febrero de 2013<sup>42</sup>. Básicamente, dispone un registro de Representaciones Diplomáticas y Consulares habilitadas para el ejercicio de las acciones de cooperación en materia de asistencia y protección consular ubicados en terceros Estados, este sistema está administrado por la Secretaría General de la Comunidad Andina y el Comité Andino de Autoridades de Migración conjuntamente con las Representaciones Diplomáticas y Consulares de los países miembros.

## **CONCLUSIONES**

En síntesis, la cooperación en materia migratoria por parte de la Comunidad Andina, ha sido un proceso paulatino en coordinación con las autoridades nacionales de los países miembros, las autoridades e instituciones de la CAN, la Conferencia Suramericana de Migraciones y la Organización Internacional para las Migraciones. Evidenciando el compromiso de la Comunidad Andina en garantizar la libre circulación de personas, y en especial, propender a aminorar la pobreza y estimular el acceso al trabajo y el cumplimiento de las condiciones adecuadas para llevarlo a cabo. Estos objetivos son parte de un fin mayor, como es lograr progresivamente un Mercado Común Andino, que facilite además de la unión aduanera, la libre circulación de factores productivos, especialmente mano de obra y capitales. Cabe agregar que según el informe del IV Foro Andino de Migraciones desarrollado en Bogotá los días 9 y 10 de mayo de 2013, la CAN busca consolidar en una sola norma comunitaria los derechos de circulación y residencia de los ciudadanos andinos por el territorio comunitario. Esto muestra un interés en seguir consolidando la institucionalidad comunitaria andina en cuanto a las migraciones.

También, es propicio resaltar que el ordenamiento jurídico comunitario andino presenta características atribuidas a partir de los Tratados Constitutivos; en particular, la aplicación directa e inmediata y la preeminencia o supremacía. Estas características implican que

---

41 Artículo 2 de la Decisión 548 del CAMRE.

42 Publicada en la GOAC N° 215 de 22 de febrero del mismo año.

las Decisiones y Resoluciones son de obligatorio cumplimiento para los Países Miembros, así como, para los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, desde la fecha en que son aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina. De esta forma, la norma comunitaria andina entraría en vigencia para todos los países miembros de la CAN simultáneamente y de manera inmediata. Por su parte, la preeminencia del derecho comunitario se refiere a la capacidad que se reconoce a las normas expedidas por los organismos de la comunidad para prevalecer en las materias de su competencia, sobre las normas del ordenamiento jurídico interno de los Estados. En suma, la institucionalidad andina facilita de forma expedita la puesta en práctica de políticas migratorias, claro está, es un proceso que requiere de voluntades y un sentido de comunidad.

## 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 10/2/2017]. Disponible en: <<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace940.pdf>>

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 26 /01/2018]. Disponible en: <<http://www.comunidadandina.org/normativa/>>

COMUNIDAD ANDINA. *IV Foro Andino de Migraciones*, Lima, 2013. [Consulta 10/2/2017]. Disponible en: <<http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=84>>

CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES. *Decisión 554. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (GOAC) N° 938*, 27 de junio de 2003.

CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES. *Decisión 503. GOAC N° 680*, 28 de junio de 2001.

CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES. *Decisión 525. GOAC N° 814*, 9 de julio de 2002.

CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES. *Decisión 526. GOAC N° 814*, 9 de julio de 2002.

CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES. *Resolución 527. GOAC N° 814*, 9 de julio de 2002.

CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES. *Decisión 545*. GOAC N° 938, 27 de junio de 2003.

CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES. *Decisión 583*. GOAC N° 1067, 13 de mayo de 2004.

CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES. *Decisión 584*. GOAC N° 1067, 13 de mayo de 2004.

CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES. *Decisión 548*. GOAC N° 938, 27 de junio de 2003.

CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES. *Resolución 1546*. GOAC N° 215, 22 de febrero de 2013.

CZAR DE ZALDUENDO, Susana. "El sistema jurídico internacional y sus tensiones: fragmentación y vocación universal". *Puente Europa*. 2007, vol 5, n° 2.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. *Instituciones de Derecho internacional público*. Tomo I. Séptima edición. Madrid. Tecnos, 1985.

GOBIERNOS DE BOLIVIA, COLOMBIA, ECUADOR, PERÚ, VENEZUELA. *Protocolo modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)*. Trujillo, 10 de marzo de 1996.

HURRELL, Andrew. P.657-658. *Teoría de los regímenes internacionales: una perspectiva europea. Traducción de Brett Duet*. Octubre-diciembre, 1992. [Consulta 3/4/2017]. Disponible en: <[http://codex.colmex.mx:8991/exlibris/aleph/a18\\_1/apache\\_media/AGB9JAQE8DCC5C5NNS9RVL7KPKV8G.pdf](http://codex.colmex.mx:8991/exlibris/aleph/a18_1/apache_media/AGB9JAQE8DCC5C5NNS9RVL7KPKV8G.pdf)>

KEOHANE, Robert. *Después de la hegemonía: cooperación y discordia en la política económica mundial*. Buenos Aires. Grupo Editor Latinoamericano, 1988.

KEOHANE, Robert. *Instituciones internacionales y poder estatal: ensayos sobre teoría de las relaciones internacionales*. Buenos Aires. Grupo Editor Latinoamericano, 1993.

RODRÍGUEZ, Carolina. "La autonomía del derecho comunitario andino y su relación con el derecho internacional". *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 2016, año 4, n° 8, p. 224-245.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Sentencias 1-IP-96 y 2 IP 88 (interpretación prejudicial)*. [Consulta 26/01/2018]. Disponible en: <<http://www.comunidadandina.org/>>



canprocedimientosinternet/procedimientos.aspx>

## **RESUMEN BIOGRÁFICO**

*Carolina Lourdes Rodríguez Aguilera* es Profesora adscrita al Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Simón Bolívar, Venezuela.

# EDUCAÇÃO ENTRE AS FRONTEIRAS DO DIREITO E DA CIDADANIA

## LA EDUCACIÓN POR ENTRE LA FRONTERA DEL DERECHO Y LA CIUDADANÍA

*Fabio Bezerra Correia Lima\**

**Resumo:** Em 2015, no ápice do fluxo migratório, um quarto das pessoas que chegaram à União Europeia pleiteando refúgio eram crianças que procuravam guarida e melhores condições para o desenvolvimento de suas capacidades humanas. A pesquisa indagou se o ordenamento jurídico comunitário está preparado para garantir às crianças migrantes o acesso à educação - para que atinjam a plena capacidade cognitiva e possam desfrutar das melhores oportunidades de crescimento. A análise constatou garantias de acesso à educação de qualidade fixadas em normas vinculantes celebradas no âmbito da UE, prevendo que crianças refugiadas sejam amparadas desde a acolhida até a possível devolução ao país de origem. Por fim, percebeu-se que, mesmo de modo um pouco mais deficiente, o direito à educação também é assegurado às crianças em situação de irregularidade migratória.

**Resumen:** En 2015, en el ápice del flujo migratorio, una cuarta parte de las personas que llegaron a la Unión Europea pleiteando refugio eran niños que buscaban guarida y mejores condiciones para el desarrollo de sus capacidades humanas. La pesquisa investigó si el ordenamiento jurídico comunitario está preparado para garantizar a los niños migrantes el acceso a la educación, para que alcancen la plena capacidad cognitiva y puedan disfrutar de las mejores oportunidades de crecimiento. El análisis constató garantías de acceso a la educación de calidad fijadas en normas vinculantes celebradas en el marco de la UE, previendo que los niños refugiados sean amparados desde la acogida hasta la posible devolución al país de origen. Por último, se percibió que, aun de modo un poco más deficiente, el derecho a la educación también se asegura a los niños en situación de irregularidad migratoria.

**Palavras-chave:** Direito, Educação, Crianças, Migrantes, Comunitário

**Palabras clave:** Derecho, Educación, Niños, Migrantes, Comunitario

---

\* Universidade Federal da Paraíba, Brasil.  
E-mail: fabiobclima@gmail.com  
Recibido: 15/12/2017. Aceptado: 23/04/2018.

## 1. INTRODUÇÃO

A diluição das fronteiras é consequência natural da atual configuração social global. O pós-modernismo introduziu a ideia de “modernidade líquida” sobre a qual Bauman<sup>1</sup> discorre com maestria em seus estudos. Este arranjo social baseia-se no crescente sentimento de incerteza e ambivalência que permeia os indivíduos.

A liquidez se refere precisamente à capacidade de alteração dos estados sociais. O nomadismo passa a reger o contexto geral da humanidade líquida, que passa a fluir em sua própria vida, mudando de residências, trabalho, companheiros, valores. A fluidez do capital e dos conflitos ganham igual intensidade; percorrem o mundo e interferem no contexto local ao sabor das incertezas que os comandam.

Natural que, neste cenário de conflitos, incertezas, e dificuldades econômicas, os indivíduos migrem para onde possam obter melhores condições de vida. A globalização da informação tem se mostrado imprescindível na reunião das massas que fluem juntas para a Europa. Zigmunt Bauman certamente não imaginou que a liquidez de sua modernidade seria interpretada de forma exponencialmente literal quanto esta.

As águas foram escolhidas como principal veículo para a viagem dos migrantes na busca desesperada por solo seguro. Aos indivíduos que rumam à Europa motivados por interesses meramente econômicos, associa-se um grande contingente de viajantes que procuram refúgio em função de guerras, conflitos e perseguições que assolam suas pátrias.

O ano de 2015 foi palco de um dos maiores movimentos migratórios das últimas décadas. O mundo acompanhou por jornais e mídias sociais o drama daqueles que, perseguidos em seus países de origem, se lançavam à sorte em pequenos botes infláveis abarrotados de pessoas. Sem qualquer condição de segurança, muitos acabaram não resistindo ao Mar Mediterrâneo.

Mais de 1 milhão de pessoas que lograram atravessar, depararam-se, no entanto, com outra leva de desafios. Quilômetros e mais quilômetros de estradas, cercas e enfrentamentos sociais. Neste coletivo encontramos também um considerável número de crianças e jovens que migram acompanhando os pais, outros que nascem no processo de migração e ainda alguns que empreendem a caminhada desacompanhados de qualquer adulto.

Nesse cenário, o Direito instigou a acolhida daqueles que procuravam guarida contra perseguições políticas, religiosas ou que fugiam de conflitos armados. No entanto, não tiveram a mesma recepção aqueles que migravam por meras razões econômicas.

A União Europeia (UE) está premida a agir, enquanto comunidade, para lidar com essa situação. Como explicado, a União possui a

---

<sup>1</sup> BAUMAN, Z. *Liquid Modernity*. Cambridge: Polity, 2000.

capacidade de legislar sobre determinadas matérias cuja competência lhe fora outorgada pelos Tratados originários. No que tange à migração, vê-se que não há envolvimento de um único país, mas de todos os que se encontram nesta zona de livre trânsito de recursos e pessoas.

Dessa forma, a melhor maneira de compreender o substrato da proteção do direito humano à educação de crianças migrantes na Europa não reside nas ordens nacionais, mas na estrutura legal comunitária. O Direito Comunitário, ou Direito da União Europeia, possui grande relevância, por constituir a fundação sobre a qual os Estados-membros elaborarão suas normas, orientando-os de forma fluida e contextualizada diante da constante adaptação social.

As normas comunitárias vinculantes assumem diversas formas e graus de aplicabilidade. As principais normas vinculantes da UE são os Tratados Originários, os Regulamentos, Diretivas e as Decisões. Tais instrumentos geram direito imediato para os indivíduos, por via da aplicabilidade direta, ou expectativa real de direito, mediante a obrigação gerada para os Estados legislarem sobre o tema, conforme as orientações da UE.

No entanto, mesmo sabendo que direitos verdadeiramente “palpáveis” surgirão dessas normas, é interessante que a análise não se resuma apenas a estas, visto que expressões não vinculantes dos órgãos comunitários – como as Recomendações – trazem importantes conceitos sobre os rumos que o bloco pretende assumir. Apenas assim será possível unir norma e valor, forma e matéria.

Nesta pesquisa, buscou-se compreender como as normas de direito comunitário produzidas pela União Europeia garantem o acesso à educação das crianças e jovens migrantes, considerando, principalmente, as particularidades dos que estão em maior condição de vulnerabilidade, quais sejam os asilados, os refugiados e os indocumentados.

Assim, importante que se evidenciem as normas que regem a política de asilo na União Europeia, os sujeitos que se beneficiam desta, e as garantias que lhes são postas durante o processo de asilo e após a concessão do *status* de refugiado.

## **2. APÓS LONGA CAMINHADA, FINALMENTE O REFÚGIO. SERÁ?**

Salvaguardados os casos em que a migração é amparada por vistos e permissões de estadia prévias, os migrantes que enfrentam o caminho por medo de permanecerem em seus países de origem assim o fazem com a esperança de encontrar abrigo em novos territórios, sob a proteção de governos mais organizados.

A figura jurídica do asilo surge no direito internacional como a garantia de proteção aos indivíduos que sofrem perseguições ou grave

ameaça ao bem-estar físico e moral, no território onde habitam. A Convenção dos Refugiados<sup>2</sup> foi o primeiro instrumento internacional a definir a figura do refugiado.

Artigo 1 – (...) [qualquer pessoa] que *tema ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode* ou, em virtude desse temor, *não quer valer-se da proteção desse país*, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. (Grifos do autor).

Pensando em garantir uma proteção comum a todos estes indivíduos, a UE harmonizou os critérios para concessão do *status* de refugiado através do Sistema Europeu Comum de Asilo, operacionalizando-o através de algumas Diretivas, como a 2011/95/EU<sup>3</sup>. Assim, estabelece-se, primeiramente, o conceito do refúgio e da proteção subsidiária.

É considerado *refugiado* um cidadão de um país terceiro ou apátrida que se encontre fora do seu país de origem e não queira ou não possa regressar a esse país por ter razões válidas para recear ser perseguido em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, convicções políticas ou pertença a um determinado grupo social<sup>4</sup>.

Pessoa elegível para *proteção subsidiária*, é o nacional de um país terceiro ou um apátrida que não possa ser considerado refugiado, mas em relação ao qual se verificou existirem motivos significativos para acreditar que, caso volte para o seu país de origem ou, no caso de um apátrida, para o país em que tinha a sua residência habitual, correria um risco real de sofrer ofensa grave na aceção do artigo 15, e ao qual não se aplique o artigo 17, n.1 e 2, e que não possa ou, em virtude dos referidos riscos, não queira pedir a proteção desse país<sup>5</sup>.

A partir dos excertos acima configura-se a noção de que o requerente de asilo<sup>6</sup> é a pessoa que peticiona a um Estado a proteção

---

2 ONU. *Convenção sobre o Status de Refugiado*. Nova Iorque: s.n, 1951.

3 CEU. *Diretiva 2011/95/EU*. Bruxelas: s.n, 2011.

4 CE. *Compreender as políticas da União Europeia: Migração e Asilo*. Bruxelas: s.n, 2014.

5 CEU. *Diretiva 2011/95/EU*. Op. cit.: Art. 2º, f.

6 No direito latino americano, contudo, a figura do asilo refere-se ao processo de proteção internacional dos perseguidos políticos. O art. 16 do Tratado de Direito Penal Internacional de Montevideú, de 1889, e o art. 2º da Convenção sobre Asilo assinada na VI Conferência Pan-americana de Havana, em 1928, são claros ao determinar que o asilo é direcionado aos perseguidos por delitos políticos, sendo ato diplomático discricionário. Não se confunde, desta forma, com a figura do processo de asilo europeu, que é processo fundamentado e leva ao estatuto de refugiado.

internacional e que, em sendo reconhecidos os requisitos para tal, o asilo é concedido alçando o indivíduo ao status de refugiado. Ademais, aqueles que não se enquadram como refugiado, porém encontram-se em risco real de violação de seus direitos em seu país de origem, são amparados sob o estatuto da proteção subsidiária.

Na União Europeia, o dever de amparar os indivíduos que se enquadram nesta situação está fundado na Convenção de Genebra de 1951, Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, no Tratado da União Europeia e no Tratado Sobre o Funcionamento da UE<sup>7</sup> (CE, 2014).

Importante ressaltar que a Convenção de Genebra possui aplicabilidade em todos os Estados-membros da UE, visto que foi assinada e ratificada por todo o grupo. Da mesma forma a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia – CDFUE<sup>8</sup> que preconiza o seguinte:

“O direito ao asilo deve ser garantido conforme as regras da Convenção de Genebra de 28 de julho de 1951 e Protocolo de 31 de Janeiro de 1967 que tratam do status de refugiado e de acordo com o Tratado da União Europeia e o Tratado de Funcionamento da União Europeia”<sup>9</sup>.

O artigo 19 do mesmo instrumento determina que o Estado destinatário do pedido de asilo não poderá repelir (expulsar) o requerente. Ainda, sob a redação do art. 78 do Tratado Sobre o Funcionamento da UE – TFUE<sup>10</sup>, a comunidade teria a obrigação de criar um Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA) baseado nas obrigações assumidas pelos estados junto à Convenção de Genebra.

Foram criados inúmeros instrumentos legislativos com objetivo de implantar estas orientações. O sistema busca harmonizar procedimentos nacionais de concessão de asilo para que garantam segurança, equidade, eficácia e impeçam abusos dos requerentes, concedendo um status jurídico e fático adequado a qualquer nacional de um país terceiro que precise de proteção internacional<sup>11</sup>.

Àqueles que aguardam a decisão sobre o pedido de asilo deve-se assegurar condições de acolhimento satisfatórias a um nível de vida digno. De acordo com o Sistema Europeu Comum de Asilo, os Estados-membros devem fornecer alojamento, vestimentas, alimentação, assistência médica, psicológica e educação aos requerentes menores de 18 anos. Também deve ser garantida a reunião familiar, a capacitação profissional e, de acordo com as limitações do Estado, acesso ao mercado de trabalho<sup>12</sup>.

---

7 CE. *Compreender as políticas da União Europeia*. Op. cit.

8 UE. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. 2012/C 326/02. Brussel: s.n., 2012.

9 Idem. Art.18.

10 UE. *Consolidated version of the Treaty on European Union*. 2008/C 115/01. Brussels: [s.n], 2007.

11 UE. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Op. cit.

12 Ibidem.

Dentro do Sistema Comum existem atualmente três Diretivas que abordam os Procedimentos para o Asilo (Diretiva 2013/32/EU)<sup>13</sup>, as Condições de Acolhimento (Diretiva 2013/33/EU)<sup>14</sup> e o Status de Refugiado (Diretiva 2011/95/EU)<sup>15</sup>. Essas normas jurídicas de Direito Comunitário complementam os tratados vigentes, especificando e operacionalizando as garantias aos requerentes de asilo e refugiados.

A Diretiva 2013/32/EU é responsável por regulamentar todo o processo de apresentação do pedido de asilo - especialmente as instruções para formular a solicitação -, os critérios para análise do pedido e, por fim, as especificações sobre os benefícios garantidos aos requerentes. Com isso, busca assegurar que sejam tomadas decisões mais justas, rápidas e de melhor qualidade.

A Diretiva é clara em seus artigos 2º, 7º, 15 e 25 ao afirmar que os requerentes em situação de vulnerabilidade, como os menores que estejam acompanhados ou não de responsáveis, terão assistência especial, voltada ao cumprimento de suas necessidades especiais.

A mesma norma ainda estabelece, em seu art. 9º (1), proibição à expulsão dos requerentes de asilo enquanto a decisão sobre o pedido não for tomada. Dessa forma, consolida-se a ideia de que a presença do requerente de asilo no território da União Europeia é legal e gera para os Estados obrigações para com estes indivíduos no sentido de lhes garantir direitos básicos que componham um padrão digno de vida. Assim, veremos que o acesso à educação é fundamental ao desenvolvimento dos menores migrantes.

Com fulcro nessa assertiva, a União editou a Diretiva 2013/33/EU objetivando assegurar condições de acolhimento dignas, enquanto os pedidos de asilo são processados. Entre as principais garantias destacam-se o acesso a alojamento, alimentação, saúde, emprego, cuidado psicológico e educação. Com isso, a norma procura garantir um tratamento humano e harmônico em toda a União Europeia.

Sendo garantido o asilo - seja mediante o status de refugiado conforme estipula o art. 13 da Diretiva 2011/95/EU, seja de pelo estatuto da proteção subsidiária estipulado no art. 18 da mesma Diretiva -, fica garantida a proteção internacional em sua máxima forma. Os sujeitos permanecem com os direitos que possuíam durante o pedido de asilo, porém agregam a autorização de residência com a devida documentação para viagens, bem como acesso às políticas de integração comunitária.

A Diretiva que garante Status de Refugiado (2011/95/EU) é imperiosa ao enunciar a importância de os Estados dedicarem atenção especial às crianças refugiadas. Desde o preâmbulo da Diretiva pode-se ver o zelo do legislador que dispõe sobre o tema. Observe-se a seguir:

---

13 Revogou a Diretiva 2005/85/CE.

14 Revogou a Diretiva 2003/9/CE.

15 Revogou a Diretiva 2004/83/CE.

Diretiva 2011/95/EU - Preâmbulo

(18) O *interesse superior da criança* deverá ser uma das principais preocupações a ter em consideração pelos Estados-Membros na aplicação da presente Diretiva, em conformidade com a Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre os Direitos da Criança.

(47) As necessidades específicas e as particularidades da situação dos beneficiários do estatuto de refugiado e do estatuto de proteção subsidiária deverão ser tidas em conta, na medida do possível, nos programas de integração que lhes são destinados, incluindo, se adequado, formação linguística e prestação de informação sobre os direitos e obrigações individuais relacionados com o seu estatuto de proteção no Estado-Membro em causa.

Ainda, deve-se considerar a presença de muitos que não se encontram em nenhuma das situações descritas acima. A presença de pessoas que entraram ou permanecem em um Estado sem a autorização ou justificativa legal é considerada irregular. A ilegalidade pode ser originada pela entrada clandestina no território, ou mesmo pelo fracasso na renovação da permissão de residência.

A política europeia tem se firmado na decisão de não permitir que estes indivíduos permaneçam no limbo existencial. De acordo com a Diretiva de Retorno (2008/115/EU)<sup>16</sup> os Estados-membros vinculados por esta diretiva devem regularizar a residência destas pessoas ou emitir uma ordem de retorno aos seus países de origem.

No entanto, direitos assegurados pela CDFUE<sup>17</sup>, como o respeito pela vida privada e familiar dos indivíduos (art. 7º), podem se sobrepôr à indicação de deportação, garantindo de forma circunstanciada e excepcional a manutenção do indivíduo em solo Comunitário. Como veremos adiante, a convivência familiar é base para o completo desenvolvimento educacional das crianças.

Assim, mesmo os menores em situação de irregularidade jurídica perante as normas migratórias da União Europeia encontrarão salvaguardados seus direitos humanos fundamentais. Para que seja possível o desenvolvimento de análise mais profunda sobre os instrumentos comunitários de garantia destes direitos, principalmente o direito de acesso à educação, primeiro é preciso adentrar no tema sob a ótica dos instrumentos internacionais de direito.

O direito à educação se entremeia com várias esferas do desenvolvimento humano, demandando a criação de um ambiente equilibrado e fundando-se no respeito a outros direitos fundamentais das crianças. Dessa forma, fundamental que as normas europeias de proteção às crianças migrantes pautem-se nestes quesitos para promoverem o pleno acesso à educação.

---

16 CEU. *Diretiva 2008/115/EU*. Bruxelas: s.n., 2008.

17 UE. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Op. cit.



### 3. AS FUNDAÇÕES DO SISTEMA EUROPEU DE GARANTIA À EDUCAÇÃO

A análise dos instrumentos de formação principiológica da ordem comunitária, ressalta a educação como direito de todos, desde os Tratados Fundantes, até a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>18</sup>.

O artigo 3º do Tratado da União Europeia (TUE)<sup>19</sup>, tratado criador da UE, lança as bases para a conjugação das políticas de asilo e migração, sob a ótica do combate à exclusão e às discriminações, preservando a riqueza que flui da diversidade cultural. Esta expressão valorativa caminha na mesma direção daquilo que defende o artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)<sup>20</sup> e o artigo 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)<sup>21</sup> para o exercício pleno do direito à educação.

O preâmbulo do TFUE, por sua vez, confirma a disposição dos Estados-membros a promoverem o desenvolvimento humano através do amplo acesso à educação e da contínua atualização dos conhecimentos dos povos que integram a comunidade. O art. 6º do mesmo tratado garante à UE a competência para desenvolver ações de apoio, coordenação ou complementariedade aos Estados-membros na área de educação e formação<sup>22</sup>.

O European Network of Ombudspersons for Children - ENOC<sup>23</sup> reconhece que, mesmo em épocas de crise econômica, as limitações impostas aos orçamentos públicos não podem servir de argumento para que os Estados deixem de cumprir suas obrigações internacionais para com as crianças, especialmente aquelas migrantes em estado especial de vulnerabilidade.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>24</sup> preleciona que o direito à educação pertence a todas as pessoas, e sua aplicação deve respeitar o direito à diversidade religiosa, filosófica e pedagógica.

A vedação à discriminação aparece no Art. 21 (2) da CDFUE, garantindo o acesso de todas as crianças aos meios educacionais sem que haja distinção por quaisquer fatores. Este dispositivo, de forma semelhante ao que estabelece a Convenção Contra Toda Forma de Discriminação em Educação (1960), diz ainda que a nacionalidade não

---

18 UE. *Consolidated version of the Treaty on European Union*. Op. cit.

19 Ibidem.

20 ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Nova Iorque: [s.n], 1948.

21 ONU. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Nova Iorque: [s.n], 1966.

22 UE. *Consolidated version of the Treaty on European Union*. Op. cit.

23 ENOC. *Position statement on "Children on the move"*. 17<sup>th</sup> Annual General Assembly. Brussels: 2013.

24 União Europeia. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. 2012/C 326/02. Brussels, 2012.

pode ser critério impeditivo do pleno gozo deste direito.

Buscando satisfazer as necessidades dos migrantes em vulnerabilidade, especialmente aqueles irregulares, a Carta determina (art. 14) que toda criança nacional de país não-membro, exceto as que estão no bloco por curto período de tempo, são titulares do direito à educação básica. Inclui-se nessa conta aquelas que tiveram o processo de deportação adiado.

A preocupação da CDFUE coaduna com Princípio 10 da Declaração dos Direitos da Criança<sup>25</sup>, segundo o qual as crianças devem ser protegidas contra práticas discriminatórias. De modo similar, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança - CDC<sup>26</sup> prescreve em seu art. 22 que as crianças migrantes e refugiadas merecem cuidados especiais, por parte dos Estados, para que se integrem plenamente à sociedade e se desenvolvam segundo os parâmetros dos direitos aqui apresentados.

Maisalém, percebendo que a União necessitava de um direcionamento em suas políticas comunitárias de educação, principalmente no que interessava à inclusão eficaz dos migrantes ao sistema educacional, a Comissão Europeia<sup>27</sup> apresentou o Green Paper – Migration & Mobility: Challenges and Opportunities for EU Education Systems.

O comunicado da Comissão reconhece que as políticas educacionais na UE devem ser direcionadas a todas as crianças, inclusive as migrantes, independentemente de suas origens ou *status* de regularidade migratória. Em tom de recomendação não vinculante, ressalta ainda que é obrigação dos Estados destinarem atenção especial às crianças migrantes em condição socioeconômica debilitada.

O documento destaca que a significativa quantidade de alunos migrantes traz impactos consideráveis para os sistemas educativos. As escolas devem se ajustar para superarem os desafios particulares dos alunos, provendo uma educação equitativa de alta qualidade. Vê-se aqui o reconhecimento da necessidade de fortalecimento de um dos pilares do direito à educação: a solução equitativa das diferentes necessidades para que todos possam atingir níveis semelhantes de desenvolvimento<sup>28</sup>.

Mesmo sem caráter vinculante, o comunicado da Comissão traz reflexão interessante sobre o papel do acesso integral à educação como alicerce da vivência cidadã. Para a Comissão, o desafio educacional deve ser visto em um amplo contexto de coesão social - qualquer falha na plena integração das crianças migrantes nas escolas pode se transformar em um amplo fracasso de inclusão social.

---

25 ONU. *Declaração Universal dos Direitos da Criança*. Nova Iorque: s.n., 1959.

26 ONU. *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança*. Nova Iorque: s.n., 1989.

27 CE. *Green Paper – Migration & Mobility: Challenges and Opportunities for EU Education Systems*. COM/2008/0423 final. Brussels: s.n., 2008.

28 Ibidem.

De forma complementar o Conselho da União Europeia<sup>29</sup> emitiu a Conclusão 2009/C 301/07, com o intuito de instruir os Estados-membros, e a União como um todo, sobre a situação educacional das crianças com origem migrante. Esse documento considera documento que a realização plena do direito à educação é critério obrigatório para que a comunidade atinja elevado nível de coesão social.

Invocando a ideia de adaptabilidade dos sistemas educacionais, a Conclusão convida os Estados-membros a tomarem medidas adequadas para:

- A criação ou o reforço de mecanismos anti-discriminação, com o objetivo de promover a integração social e a cidadania ativa;
- A oferta de uma aprendizagem mais personalizada e de apoio individual, em particular para os filhos de migrantes que tenham fracos resultados escolares,
- A oferta de uma formação especializada para lidar com a diversidade linguística e cultural, bem como em competências interculturais, para os dirigentes escolares, os professores e o pessoal administrativo<sup>30</sup>.

Por fim, em 2012, o Conselho da Europa<sup>31</sup> aprovou a Recomendação CM/Rec(2012)13 a qual elencou os critérios a serem seguidos pelos Estados participantes (incluem todos os Estados-membros da UE) para a implementação de uma educação de qualidade.

Espelhando-se nas determinações globais expostas na CDC e na Carta Social da Europa, foi classificada como educação de qualidade aquela que garante acesso à aprendizagem a todos os alunos, particularmente àqueles em situação de vulnerabilidade, adaptando-se às suas necessidades específicas.

Visando promover a interdisciplinaridade, típica dos direitos humanos, a Recomendação considera ainda que a educação de qualidade deve promover a democracia, o respeito pelos direitos humanos e a justiça social; permitindo que as crianças desenvolvam competências voltadas à emancipação intelectual e tornem-se cidadãos responsáveis.

Assim também se posiciona o Conselho da União Europeia<sup>32</sup> quando esclarece que a qualidade deve compreender não só o acesso ao sistema educativo, mas a garantia dos meios para que as atividades de aprendizagem satisfaçam as necessidades para o desenvolvimento do indivíduo de forma continuada. A longo prazo, significa garantir ao indivíduo ferramentas para renovação de suas competências, de modo

---

29 CEU. *Council conclusions of 26 November 2009 on the education of children with a migrant background*. 2009/C 301/07. Brussels: s.n., 2009.

30 Ibidem.

31 CdE. *Recommendation CM/Rec(2012)13 of the Committee of Ministers to member States on ensuring quality education*. Strasbourg: s.n., 2012.

32 CEU. *Diretiva 2013/33/EU*. Op. cit.

que desenvolva seu máximo potencial como cidadão.

Desse modo, vê-se que as normas comunitárias europeias reiteram a proteção aos direitos presentes na Convenção sobre os Direitos da Criança. A previsão do ensino gratuito é retratada como forma crucial para que se tenha uma educação disponível e acessível; e estas condições últimas são fundamentais para o pleno aproveitamento deste direito<sup>33</sup>.

Observe-se que nenhum dos instrumentos acima mencionados restringe os direitos educacionais a um grupo específico de nacionais, demonstrando sintonia das normas europeias com o princípio da não discriminação, fortemente difundido pela DUDH, PIDESC, CDC e CCTFDE.

No entanto, apesar de estabelecerem um cenário amplo de garantias para a educação de crianças migrantes, as normas até agora apresentadas carecem de ferramentas para a verdadeira operacionalização destas garantias no cotidiano dos Estados-membros. Para isso, a UE utilizou-se de ferramentas de direito derivado, conforme será visto adiante.

#### **4. A CONCRETIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS MIGRANTES ATRAVÉS DO DIREITO DERIVADO EUROPEU**

A beleza normativa do direito comunitário reside em sua capacidade única de mesclar a dinâmica internacional de resolução de problemas com a aplicabilidade e objetividade próprias dos sistemas nacionais. Isso se dá pelo grau de cooperação existente entre os Estados-membros na formulação dos atos legislativos vinculantes (Regulamentos, Diretivas e Decisões).

Considerando o elevado percentual de migrantes requerentes de asilo, chegados à Europa em 2015 (e que continuam chegando até dias atuais), a primeira norma a ser considerada no âmbito do direito à educação das crianças migrantes é a Diretiva 2011/95/UE aprovada pelo Parlamento Europeu em conjunto com o Conselho da União Europeia<sup>34</sup>.

Essa Diretiva trata das condições para qualificação dos migrantes de países não membros, ou indivíduos apátridas, como beneficiários de proteção internacional – seja como refugiados ou sujeitos aptos à proteção subsidiária. Cabe lembrar que as Diretivas visam à unificação padronizada do direito entre os países do bloco, e assim o fazem encaminhando diretrizes aos Estados para que estes alterem seus ordenamentos nacionais (aplicabilidade indireta).

Desse modo, a Diretiva orientou os Estados a estabelecerem um estatuto uniforme para o tratamento de refugiados ou pessoas elegíveis

---

33 TOMASEVSKI, K. *The State of the Right to Education Worldwide*. Copenhagen: Free or Fee, 2006.

34 CEU. *Diretiva 2011/95/EU*. Op. cit.

para proteção subsidiária, garantindo a estes últimos os mesmos direitos e benefícios aos quais tem acesso os primeiros.

No mesmo diapasão, a Diretiva 2011/95/UE, além de determinar critérios uniformes para identificação das pessoas que tenham necessidade de proteção internacional, estabeleceu um nível mínimo de benefícios à disposição desses sujeitos. Não poderia faltar no rol de garantias, em respeito ao art. 14 da CDFUE<sup>35</sup>, o direito à educação.

Considerando a indivisibilidade dos direitos humanos, a Diretiva 2011/95/UE determina que todos os direitos estipulados pela Convenção sobre os Direitos da Criança devem ser respeitados, garantindo o “interesse superior da criança” durante a aplicação de suas normas. Por conseguinte, procura fazer com que os Estados protejam a unidade familiar, requisito para o pleno desenvolvimento da educação.

Conforme mencionado no art 26 da DUDH<sup>36</sup>, 13 do PIDESC<sup>37</sup> e 28 da CDC<sup>38</sup>, a família desempenha papel importante na formação da criança. São os pais que criam a base valorativa e iniciam a sedimentação dos aspectos culturais na formação da criança. Agindo em parceira com a educação formal, a família torna-se instrumento condutor da política de formação.

Por essa razão, a Diretiva 2011/95/EU determina que os membros da família do beneficiário de proteção internacional que não possam, por si mesmos, se beneficiar desta proteção, possam reivindicar autorizações de residência. Tal determinação culmina por tratar com equidade o acesso à educação e o direito de conviver, visto que a separação familiar poderia criar déficits de aprendizagem e discriminação entre nacionais e migrantes<sup>39</sup>.

Adiante, em seu art. 27, a Diretiva 95 trata especificamente do acesso à educação, estipulando que os Estados-membros devem proporcionar aos menores, aos quais tenha sido concedida proteção internacional, pleno acesso ao sistema de ensino, nas mesmas condições que aos respectivos nacionais.

Essa determinação garante aos menores refugiados o acesso gratuito à educação de primeiro e segundo grau, do mesmo modo que é garantido aos nacionais pela Carta Social da Europa. Em sintonia com o Marco de Dakar<sup>40</sup>, a Diretiva ordena aos Estados que criem normas capazes de promover o acesso ininterrupto à educação, assegurando o pleno desenvolvimento dos menores.

---

35 UE, União Europeia. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Op. cit.

36 ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Op. cit.

37 ONU. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Op. cit.

38 ONU. *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança*. Op. cit.

39 UNESCO. *Learning: the treasure within; report to UNESCO of the International Commission on Education for the Twentyfirst Century (highlights)*. Paris: UNESCO, 1996.

40 UNESCO. *Marco de Acción de Dakar. Educación para Todos: cumplir nuestros compromisos comunes*. Paris: s.n., 2000.

Visando garantir um padrão mínimo de atendimento a todos os requerentes de proteção internacional, a União editou a Diretiva 2013/33/UE<sup>41</sup>. O art. 14 da referida norma trata das condições segundo as quais será garantida a educação dos menores requerentes de proteção internacional.

Inicialmente, assegura-se o acesso ao sistema educacional, nos mesmos moldes dos menores nacionais, garantindo o ingresso do jovem no ensino secundário, mesmo que este tenha ultrapassado a maior idade. O parágrafo segundo do artigo supracitado estipula que o acesso à educação deve iniciar logo que apresentado o pedido, não podendo atrasar mais que três meses.

Interessante o que dispõe o mesmo artigo, um pouco mais adiante em sua redação, ao determinar que sejam realizados cursos preparatórios, especialmente quanto ao idioma, como forma de facilitar o acesso e a participação das crianças no sistema educacional.

A preocupação com a comunicação é primordial para que a criança possa compreender e assumir suas responsabilidades sociais em seu novo ambiente de convívio. Ao mesmo tempo, é peça chave para o respeito à nova cultura e para a manutenção dos costumes pátrios.

Em relatório sobre a igualdade de oportunidades entre jovens nacionais e migrantes, a OECD<sup>42</sup> identificou que o rápido domínio do idioma local favorece a integração entre família e escola, fortalecendo o desenvolvimento da criança e ampliando as chances de empregabilidade futura dos jovens migrantes.

No tocante à essa questão, a Diretiva 2011/95/EU estabelece que, aos beneficiários do estatuto de refugiado e do estatuto de proteção subsidiária, deve ser garantida, na medida do possível, a participação em programas de integração, a formação linguística e a prestação de informações sobre os direitos e obrigações individuais relacionadas ao seu estatuto de proteção internacional.

Ressalta-se aqui a convergência das Diretivas com as diretrizes da UNESCO<sup>43</sup>, segundos as quais a educação deve garantir aos indivíduos a capacidade de conhecer e fazer. Com a quebra da barreira linguística, abrem-se novas oportunidades de aprendizagem, reduzindo o *gap* potencial entre migrantes e nacionais. Apostar no idioma é, dessa forma, investir na educação equitativa.

Noutro aspecto, além do idioma, há que se garantir a participação da família no processo de educação para que o desenvolvimento da criança atinja seu pleno potencial. Assim é que o art. 23 da Diretiva 2011/95/EU e o art. 12 da Diretiva 2013/33/EU trazem salvaguardas extras à proteção da unidade familiar.

---

41 CEU. *Diretiva 2013/33/EU*. Bruxelas: s.n., 2013a.

42 OECD. Organization for Economic Co-Operation and Development. *Equal Opportunities? The labor market integration of the children of immigrants*. Paris: OECD Publishing, 2010.

43 UNESCO. *Learning: the treasure within*. Op. cit.

Ambos os dispositivos requerem que, nos casos em que o Estado seja o responsável por garantir a moradia dos migrantes refugiados, todos os membros do núcleo familiar sejam alocados no mesmo território. No que tange aos menores desacompanhados, criou-se a preocupação de alocá-los com parentes residentes no país ou famílias adotivas, tamanha a importância dessa convivência<sup>44</sup>.

A atuação harmônica entre a família e a escola permite ao jovem integrar-se na comunidade, por esforços próprios, e também através dos vínculos nutridos por todos os parentes. Por meio desta participação, cria-se o respeito mútuo e o senso de responsabilidade, inerentes à manutenção da paz social e da convivência igualitária.

Novamente, observa-se que as normas comunitárias de direcionamento legislativo se aproximam das lições de Jacques Delors. Ao integrar a família e estimular a participação ativa do menor na comunidade, o direito à educação garante também o direito à convivência e à autonomia do ser<sup>45</sup>.

Importante mencionar que, tanto a Diretiva 2011/95/UE quanto a 2013/33/UE, foram devidamente incorporadas aos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros através da edição de normas nacionais pautadas nos direcionamentos estipulados pelo Parlamento Europeu nos textos das Diretivas.

Outra norma importante que deve ser mencionada é o Regulamento (UE) n. 1288/2013<sup>46</sup>, que criou o Programa “Erasmus+” para o ensino, a formação, a juventude e o esporte. Apesar de tratar da educação de forma geral, e direcionada principalmente aos nacionais de países membros, o Regulamento também trata do ensino de crianças e jovens migrantes.

A norma, editada em 2013, estabelece um cenário de fortalecimento das políticas educacionais na União Europeia no qual exista melhoria contínua no acesso às oportunidades de aprendizagem de crianças migrantes. Para tanto, ressalta a importância da cooperação entre escolas e mobilidade de profissionais da educação.

Com o intuito de melhorar a qualidade da educação escolar – através do desenvolvimento de competências, da equidade e da inclusão nos sistemas educacionais –, o Regulamento determina que os Estados elaborem estratégias para redução da evasão escolar, melhoria de habilidades básicas e maior participação dos jovens nas decisões públicas<sup>47,48</sup>.

As políticas de garantia de acesso e de qualidade da educação

---

44 CEU. *Diretiva 2013/33/EU*. Op. cit.

45 UNESCO. *Learning: the treasure within*. Op. cit.

46 CEU. *Regulamento (UE) 1288/2013*. Bruxelas: s.n, 2013b.

47 Ibidem.

48 UNESCO, *Educación de calidad para todos: un asunto de derechos humanos*. Santiago: Oreacl, 2008.

estipuladas pelo Regulamento, destinadas à educação para o conhecer e o ser, são consideradas de aplicabilidade direta. Isso significa que o direito nasce para os indivíduos a partir da edição do Regulamento, podendo ser exigido dos Estados que o respeitem, mesmo que não exista norma compatível no ordenamento jurídico nacional<sup>49,50,51</sup>.

Reconhecendo a força conferida ao Regulamento e preocupados com a operacionalização do acesso de migrantes à educação, a União editou o Regulamento (UE) n. 516/2014<sup>52</sup> que criou o Fundo para o Asilo, a Migração e a Integração. Esta norma procura estruturar o acesso material dos migrantes aos direitos que lhes são assegurados. Considere-se o primeiro item das considerações preambulares do Regulamento 516/2014.

(1) O objetivo da União de criar um *espaço de liberdade, segurança e justiça* deverá ser alcançado, nomeadamente, através de medidas comuns que configurem uma *política de asilo e de imigração baseada na solidariedade entre os Estados-Membros*, que seja equitativa para com países terceiros e os seus nacionais. O Conselho Europeu de 2 de dezembro de 2009 reconheceu que *os recursos financeiros a nível da União se deverão tornar cada vez mais flexíveis e coerentes*, em termos de alcance e de aplicabilidade, de forma a *apoiar o desenvolvimento da política em matéria de asilo e migração*<sup>53</sup>.

A criação de um fundo comum foi uma estratégia para garantir o padrão na operação acolhimento e de asilo, em todos os países membros da União. Dessa forma, fica mais fácil assegurar que todos terão acesso aos direitos previstos nas normas comunitárias e internacionais.

Neste aspecto, o art. 5º do Regulamento 516/2014 direciona os recursos do Fundo à prestação de ajuda material ou serviços de apoio que facilitem o acesso à educação às pessoas que pleiteiam o *status* de refugiado ou de proteção subsidiária.

Conforme o art. 9º do Regulamento, o Fundo também deve apoiar ações estratégicas que visem atender às necessidades de integração dos nacionais de países terceiros a nível local e/ou regional. Dentre as medidas amparadas estão aquelas centradas na “educação e formação, incluindo a formação linguística e ações preparatórias que facilitem o acesso ao mercado de trabalho”<sup>54</sup>.

---

49 CRAIG, P.; DE BURCA, G. *EU Law: Text Cases and Materials*. Fifth Edition. Oxford: OUP Oxford, 2011.

50 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

51 UNESCO. *Learning: the treasure within*. Op. cit.

52 CEU. *Regulamento (UE) n. 516/2014*. Bruxelas: s.n., 2014b.

53 Ibidem.

54 Ibidem.



O viés da adaptabilidade educacional defendido por Tomasevski<sup>55</sup> é latente nesta norma comunitária. O legislador demonstrou a clara preocupação em moldar as políticas públicas às necessidades específicas das crianças migrantes, garantindo-lhes não só a perspectiva formal, mas instrumentos materiais de acesso à educação de qualidade, à participação plena (por intermédio do domínio do idioma local) e à capacidade de aprender para transformar o seu ser.

Por fim, merece destaque a Diretiva 2008/115/EU<sup>56</sup> que versa sobre padrões e procedimentos comuns aos Estados-membros para o retorno de nacionais de países terceiros que estejam indocumentados. Os dispositivos da norma demonstram o valor atribuído à educação pelos Estados-membros da UE. Mesmo nos casos de ilegalidade migratória comprovada, o acesso das crianças ao sistema educativo é garantido.

O art. 14 esclarece que certos princípios devem ser assegurados aos indivíduos que estejam pendentes de retorno ao país de origem, por causas de imigração ilegal. Dentre as garantias elencadas, encontra-se o direito de os menores acessarem o sistema de educação básica até o momento da concretização do retorno ao seu país.

Outra situação que merece ênfase é o direito de menores detidos usufruírem de atividades de lazer e recreativas e, a depender da duração da detenção, terem acesso à educação formal. Assim sendo, a diretiva consagra formalmente o princípio da não discriminação e da universalidade do direito à educação.

Este aglomerado de normas comunitárias, regionais e internacionais delinea, de forma entremeada, as fronteiras entre o direito e a cidadania das crianças migrantes. Pode-se observar o crescente movimento de universalização do direito que, nas últimas décadas, ampliou a quantidade de indivíduos sob sua tutela.

As normas produzidas no seio da União Europeia, com objetivo de regulamentar o acesso à educação de crianças migrantes, refletem os debates internacionais sobre o tema. Ficou claro que a universalidade, característica básica dos Direitos Humanos, é componente integrante dos Tratados europeus e das normas derivadas que tratam da educação de crianças migrantes.

Isto posto, as normas de direito comunitário têm progredido para uma abordagem cada vez mais inclusiva. Os grupos vulneráveis, como as menores migrantes e suas famílias, têm obtido o reconhecimento do direito à educação mesmo quando se encontram em situação de irregularidade migratória.

A fronteira entre direito e cidadania ainda é visível para estas pessoas, porém, ao contrário das fronteiras geográficas que estão constantemente sendo reforçadas por cercas e muros, os direitos parecem

---

55 TOMASEVSKI, K. *The State of the Right to Education Worldwide*. Op. cit.

56 CEU. *Diretiva 2008/115/EU*. Op. cit.

crescer e criar pontes para que as crianças migrem da marginalização para a plena vivência da cidadania.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A imersão na realidade migratória, vivida pela União Europeia nos últimos anos, revelou a dimensão do desafio enfrentado pelos Estados-membros para o acolhimento e garantia dos direitos desses novos habitantes. Os dados das agências imigratórias apresentam um número de 1.35 milhões de pedidos de asilo no ano de 2015.

Conclui-se que esse volume, *per se*, demanda da comunidade uma nova estratégia de ação, visto que no ano anterior as solicitações de asilo não chegaram nem à metade desse montante. No entanto, o processamento dos pedidos de asilo e o reconhecimento do *status* de refugiado não esgotam em si mesmos a demanda sobre os Estados. É necessário que todos os que chegam tenham reconhecidos e garantidos os seus direitos como humanos.

Dentro do *pool* de migrantes encontram-se não só os requerentes de asilo – que representaram em média 85% dos migrantes de 2015 –, mas também aqueles que migram legalmente por razões econômicas, ou que tentam a sorte sem o amparo da autorização oficial para migração.

Parte considerável desse coletivo é composto por crianças. Chegando à razão de um quarto do total de migrantes, os menores possuem vulnerabilidade ainda maior que o restante do grupo, visto que estão mais sujeitos às violações de seus direitos quando se encontram em ambiente distinto daquele onde inicialmente viviam sua infância.

Diante de tantos desafios para a inclusão social destas crianças, a educação aparece como poderosa ferramenta transformadora, capaz de alavancar o desenvolvimento destes indivíduos. Como direito humano, a educação deve ser considerada a partir de um contexto de respeito a todas as outras garantias, aplicando-se os princípios da indivisibilidade e interdependência dos direitos.

Reconhecida como direito básico, gratuito e universal pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, a educação deve valorizar a relação família-criança, preparando o menor para a autonomia intelectual, pautando-se sempre nos ideais de paz, tolerância, liberdade e solidariedade.

A educação é reconhecida como ferramenta humanizadora que possibilita à criança aprender a conviver, a fazer, a conhecer e a ser. Através de um sistema não discriminatório de educação para todos, constrói-se não só um crescimento econômico e social equilibrado, mas a própria identidade comunitária.

Para tanto, é preciso que à todas as crianças migrantes sejam

garantidos: o pleno acesso, gratuito e universal; condições materiais de usufruto da aprendizagem; qualidade no ensino, através do respeito à identidade cultural, línguas e valores do país de acolhimento e de origem; inclusão da família; e, por fim, equidade de tratamento, para que todos atinjam um patamar semelhantes de oportunidades para o desenvolvimento.

As Diretivas 2011/95/EU, 2013/33/EU e 2008/115/EU; todas amparadas no que prevê a Convenção de Genebra de 1951 e na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia são claras quanto à necessidade de assistência especial aos menores migrantes, estejam eles acompanhados ou não de responsáveis. A acolhida deve respeitar ainda o princípio da não expulsão imediata e garantir o acesso a direitos básicos para a manutenção de um padrão digno de vida.

Objetivando assegurar condições de acolhimento dignas, a Diretiva 2013/33/EU elenca alguns cuidados a serem tomados enquanto os pedidos de asilo são processados. Entre as principais garantias destacam-se o acesso a alojamento, alimentação, saúde, emprego, cuidado psicológico e educação. Com isso, a norma procura firmar um tratamento humano e harmônico em toda a UE.

Por sua vez, o art. 27 da Diretiva 2011/95/EU trata especificamente do acesso à educação, estipulando que os Estados-membros devem proporcionar aos menores, aos quais tenha sido concedida proteção internacional, pleno acesso ao sistema de ensino, nas mesmas condições que aos respectivos nacionais.

Já em relação aos migrantes em irregularidade documental, nos casos em que não conseguem regularizar sua presença, mesmo sendo encaminhados para a deportação continuam sendo detentores de alguns direitos básicos. Dentre as garantias elencadas pela diretiva 2008/115/EU encontra-se o direito de os menores acessarem o sistema de educação básica até o momento da concretização do retorno ao seu país.

De modo geral, observa-se que o grupo de migrantes amparados pelo *status* de refugiado, ou em processo de reconhecimento do asilo, possuem garantias bem definidas quanto ao seu direito de pleno acesso ao sistema educativo, incluindo a previsão de uma educação de qualidade, integrativa e moldada para o desenvolvimento de oportunidades futuras.

Por outro lado, os menores que se encontram em situação de imigração irregular não possuem garantias tão explícitas no ordenamento jurídico comunitário. Afora a Diretiva 2008/115/EU, o direito à educação destes jovens pende das normas internacionais ou regionais de direitos humanos.

Na esfera internacional a DUDH, CDC e PIDESC evidenciam a educação como direito de todas as crianças, sem distinção de nacionalidade ou quaisquer outras características discriminatórias. No âmbito da Europa, os Tratados Fundantes (TUE e TFUE) e a Convenção

Europeia para os Direitos Humanos também elencam a educação como direito universal, gratuito e atemporal.

Deste modo, fica claro que as crianças em situação de irregularidade migratória também são detentoras do direito à educação, na mesma abrangência que todas as outras – sejam nacionais dos Estados-membros ou qualificadas como refugiados. No entanto, por não estarem acobertadas por normas operacionais de direito derivado, na mesma intensidade que as refugiadas, terminam sem receber uma proteção eficiente e eficaz.

Apesar destas restrições, ao analisarmos a totalidade do sistema de proteção do direito humano à educação das crianças migrantes, podemos concluir que as garantias formais estão consolidadas em um vasto espectro normativo. Espera-se, com isso, que o direito possa liderar as transformações sociais a partir da alteração das políticas públicas.

Assim, a fronteira geográfica, muitas vezes atroz com os migrantes, vai dando espaço à fronteira do Direito. Esta, muito mais permissível que aquela, aos poucos tem conseguido assegurar um “dever ser” mais justo e humanizado. Aos poucos, a ideia de que os direitos humanos devem ser garantidos a todos, estejam ou não em seu país de origem, vai se sedimentando, possibilitando a verdadeira vivência dos princípios da universalidade e não-discriminação.

Por fim, sabendo que a prática tende a apresentar variações daquilo que o mundo jurídico prevê, sugere-se que esta linha de investigação se expanda, adotando linhas de pesquisa aplicada para que se evidencie qual o grau de aplicação destas normas nos Estados da UE.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BAUMAN, Z. *Liquid Modernity*. Cambridge: Polity, 2000.

CDE. *Recommendation CM/Rec(2012)13 of the Committee of Ministers to member States on ensuring quality education*. Strasbourg: s.n., 2012.

CE. *Compreender as políticas da União Europeia: Migração e Asilo*. Bruxelas: s.n, 2014.

CEU. *Council conclusions of 26 November 2009 on the education of children with a migrant background*. 2009/C 301/07. Brussels: s.n., 2009.

CEU. *Diretiva 2008/115/EU*. Bruxelas: s.n., 2008.

CEU. *Diretiva 2011/95/EU*. Bruxelas: s.n, 2011.

CEU. *Regulamento (UE) 1288/2013*. Bruxelas: s.n, 2013.

CEU. *Regulamento (UE) n. 516/2014*. Bruxelas: s.n., 2014.

CRAIG, P.; DE BURCA, G. *EU Law: Text Cases and Materials*. Fifth Edition. Oxford: OUP Oxford, 2011.

ENOC. *Position statement on “Children on the move”*. 17<sup>th</sup> Annual General Assembly. Brussels: 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

OECD. Organization for Economic Co-Operation and Development. *Equal Opportunities? The labor market integration of the children of immigrants*. Paris: OECD Publishing, 2010.

ONU. *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança*. Nova Iorque: s.n., 1989.

ONU. *Convenção sobre o Status de Refugiado*. Nova Iorque: s.n., 1951.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos da Criança*. Nova Iorque: s.n., 1959.

TOMASEVSKI, K. *The State of the Right to Education Worldwide*. Copenhagen: Free or Fee, 2006.

UE. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. 2012/C 326/02. Brussel: s.n., 2012.

UNESCO, *Educación de calidad para todos: um assunto de derechos humanos*. Santiago: Oreacl, 2008.

UNESCO. *Learning: the treasure within; report to UNESCO of the International Commission on Education for the Twenty-first Century (highlights)*. Paris: UNESCO, 1996.

UNESCO. *Marco de Acción de Dakar. Educación para Todos: cumplir nuestros compromisos comunes*. Paris: s.n., 2000.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. 2012/C 326/02. Brussels, 2012.

## **RESUMO BIOGRÁFICO**

*Fabio Bezerra Correia Lima* é Mestrado em Avaliação e Gestão do Desenvolvimento - IOB / University of Antwerp. Bacharel em Direito pela UFPB - Brasil. Bacharel em Administração de Empresas pela UFPB - Brasil. Alumnus Business Consultancy International FHWN - Áustria.

# CIDADANIA E DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL: UM LONGO PERCURSO PARA O ACESSO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## CIUDADANÍA Y DERECHOS SOCIALES EN BRASIL: UN LARGO RECORRIDO PARA EL ACCESO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

*Angélica Cristina Nagel Hullen\**

---

**Resumo:** *O presente artigo tem como objetivo discutir cidadania e direitos sociais e, para isso, inicialmente iremos tecer considerações acerca da categoria cidadania, observando que esta confunde-se com o conceito de direitos sociais, bem como abordar a construção da cidadania e dos direitos sociais no Brasil. Num segundo momento, iremos realizar uma reflexão sobre a construção da cidadania no Brasil na atualidade, por meio do enfrentamento da pobreza. O núcleo metodológico deste trabalho foi desenvolvido a partir da perspectiva histórico-crítica, pois entende-se que a construção da concepção da categoria cidadania é produto histórico a trajetória de implantação dos direitos sociais. A premissa essencial desta pesquisa consiste em compreender o conceito de cidadania no momento atual, em que permeia uma nova lógica de desenvolvimento do capital, bem como nos direitos sociais tendo como referência no enfrentamento à pobreza.*

**Resumen:** *El presente artículo tiene como objetivo discutir la ciudadanía y los derechos sociales y, para ello, comenzaremos a hacer consideraciones acerca de la categoría ciudadanía, observando que ésta se confunde con el concepto de derechos sociales, así como abordar la construcción de la ciudadanía y de los derechos sociales en Brasil. En un segundo momento, vamos a realizar una reflexión sobre la construcción de la ciudadanía en Brasil en la actualidad, a través del enfrentamiento de la pobreza. El núcleo metodológico de este trabajo fue desarrollado a partir de la perspectiva histórico-crítica, pues se entiende que la construcción de la concepción de la categoría ciudadanía es producto histórico de la*

---

\* Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil.

Homenagem póstuma ao Professor Doutor Márcio Eduardo Brotto.

\* Núcleo de Integrado de Estudos e Pesquisas em Seguridade e Assistência Social, Brasil.

E-mail: angelica.hullen@hotmail.com

Recibido: 19/12/2016. Aceptado: 30/01/2018.

*trayectoria de implantación de los derechos sociales. La premisa esencial de esta investigación consiste en comprender el concepto de ciudadanía en el momento actual, en que permea una nueva lógica de desarrollo del capital, así como en los derechos sociales teniendo como referencia en el enfrentamiento a la pobreza.*

**Palavras-chave:** Direitos sociais, Cidadania, Pobreza

**Palabras clave:** Derechos sociales, Ciudadanía, Pobreza

---

## 1. INTRODUÇÃO

O caminho para o acesso aos direitos, em especial aos sociais apresenta um longo percurso no Brasil, motivado especialmente por questões ligadas ao modelo colonialista adotado no país. A discussão do tema cidadania, por sua vez está centralizada em torno da definição dos direitos sociais e que estes são utilizados como elementos para compor os direitos da cidadania. É importante destacar ainda que cidadania está muito ligada aos direitos sociais que passaram a ser garantidos a partir da Constituição Federal de 1988.

Para discutir o tema cidadania e direitos sociais, elaboramos o presente artigo, que tem dois objetivos: o primeiro deles consiste em tecer considerações acerca da categoria cidadania, observando que esta confunde-se com o conceito de direitos sociais, bem como abordar a construção da cidadania e dos direitos sociais no Brasil. O segundo objetivo consiste em fazer uma reflexão sobre a construção da cidadania no Brasil na atualidade, por meio do enfrentamento da pobreza.

O núcleo metodológico deste trabalho foi desenvolvido a partir da perspectiva histórico-crítica, pois entende-se que a construção da concepção da categoria cidadania é produto histórico a trajetória de implantação dos direitos sociais.

A premissa essencial desta pesquisa consiste em compreender o conceito de cidadania no momento atual, em que permeia uma nova lógica de desenvolvimento do capital, bem como nos direitos sociais tendo como referência o combate à pobreza.

Visando dar conta da problemática, fez-se necessária a utilização de procedimentos de pesquisa bibliográfica, uma vez que foi a apreensão e análise do objeto investigado que possibilitaram atingir os objetivos iniciais citados.

Para isso, foi necessário efetuar a revisão teórica sobre os conceitos de cidadania e direitos sociais, tendo como objetos de estudo os teóricos T.H. Marshall, sobre cidadania e direitos sociais e José Murilo de Carvalho, objetivando a apreensão sobre a trajetória de cidadania e direito sociais no Brasil.

## **2. CIDADANIA E DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA LONGA TRAJETÓRIA**

### **2.1. A conceituação de cidadania e sua relação com os direitos dos cidadãos**

Conceituar cidadania ou pelo menos tentar fazê-lo é uma tarefa muito difícil, dada a profundidade do tema bem como os amplos caminhos que podemos tomar para realizar esta tarefa. Observamos que no Brasil esta discussão está centrada em torno da definição dos direitos sociais e que estes são utilizados como elementos para compor os direitos da cidadania. É importante destacar ainda que cidadania está muito ligada aos direitos sociais que passaram a ser garantidos a partir da Constituição Federal de 1988.

Portanto, partindo da premissa de que o conceito de cidadania no Brasil está amplamente ligado ao conceito de direito social, visto que uma política social na perspectiva da cidadania deve ser formulada e estruturada sobre direitos sociais, no contexto de uma sociedade que busca cada vez mais a autonomia de seus integrantes, elegeu-se para sustentar esta reflexão dois teóricos: T.H. Marshall, sociólogo inglês que renovou sobre a discussão de cidadania e direitos sociais e José Murilo de Carvalho ao efetuar a discussão sobre cidadania no Brasil.

A partir destes autores, podemos perceber que as abordagens sobre a temática cidadania e direitos sociais não é nova, porém a partir de 1940, por ocasião da publicação do trabalho de Marshall esta ganhou novos e inovadores paradigmas, um verdadeiro divisor de águas para as produções subseqüentes sobre o tema.

Na perspectiva de Marshall<sup>1</sup>, a constituição de cidadania e dos direitos do cidadão é vista como resultado de uma luta histórica, na seqüência a seguir:

- a) os direitos civis, compostos dos direitos necessários à liberdade individual - liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça;
- b) os direitos políticos, como o direito de participar no exercício do poder político como membro de um organismo investido de autoridade política ou como um leitor dos membros de tal organismo;
- c) os direitos sociais, que se referem a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade.

Podemos perceber que para Marshall os direitos do cidadão

---

<sup>1</sup> MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.



devem ser na seguinte ordem: inicialmente os direitos civis, após os direitos políticos e por últimos os direitos sociais, sendo que esta ordem não deve ser invertida. É na combinação desses três tipos de direitos, segundo Carvalho, na seqüência indicada, em que o exercício de um deles levava à conquista do outro, e parece ter se constituído um precioso elemento para explicar a solidez do sentimento democrático e a maior completude da cidadania nos países do ocidente europeu e nos Estados Unidos. A cidadania foi uma construção lenta da própria população, uma experiência vivida: tornou-se um sólido valor coletivo pela qual se achava que valia a pena viver, lutar e até mesmo morrer.

Marshall prestou uma contribuição transcendental às teorias da cidadania ao incluir os direitos sociais na definição de cidadania moderna. Afirma ainda que Marshall expressa a consciência de uma classe num determinado momento histórico e os conceitos com os quais trabalha, ao serem relacionados, mostram respostas que os distintos padrões de proteção social procuram e oferecem aos ataques que a sociedade capitalista recebe e que lhe ameaça.

Podemos observar, porém, que nem todos os direitos, nem sequer os direitos legais, são direitos à cidadania porque muitos deles servem para compensar aqueles cidadãos que estão excluídos do *status* de cidadania. Os direitos de cidadania impõem limitações à autoridade soberana do Estado podem ser chamados com mais propriedade deveres do Estado para com seus membros. Os direitos civis e sociais fazem isso de maneiras diferentes: os primeiros são direitos contra o Estado e os segundos são reivindicações de benefícios sociais garantidos pelo Estado.

Entre as tensões entre os direitos civis e os direitos sociais, algumas incoerências podem ser detectadas: os direitos civis são compatíveis com as desigualdades capitalistas e necessários à manutenção; os políticos repletos de perigo potencial para o sistema capitalista; e os sociais, uma ameaça às desigualdades de mercado e de classe.

## **2.2. A construção da cidadania no Brasil: a construção dos direitos sociais?**

No Brasil, os direitos sociais desenvolveram-se tardiamente, em função da influência exercida pelas grandes instituições da colônia que formaram um entrave para o seu desenvolvimento, bem como pelo modelo de colonização adotado no país.

Diante da ordem escravista, o latifúndio monocultor, o estatuto de colônia, enfim, não havia direitos sociais para os desguarnecidos e sim apenas para os reinóis. A assistência social era desenvolvida em sua maior parte por associações privadas, muitas ainda de cunho religioso, outras antecessoras dos sindicatos, que “ofereciam aos seus membros

apoio para tratamento de saúde, auxílio funerário, empréstimos, e mesmo pensões para viúvas e filhos”<sup>2</sup>, proporcionalmente às suas contribuições, além ainda das Santas Casas de Misericórdia, apesar de a Constituição do Império (1824) ter garantido o direito aos socorros públicos no artigo 179, inciso XXXI, e, a educação primária gratuita no artigo 179, inciso XXXII.

De acordo com Carvalho<sup>3</sup> os direitos sociais não foram reconhecidos pela Constituição Republicana, que declarava não ser dever do Estado garantir tanto a educação primária quanto a assistência social, havendo, portanto, claro retrocesso. Por outro lado, predominava um liberalismo já superado em grande parte da Europa. O princípio de não regulamentação das profissões proclamado pela constituição de 1824, foi repetido pela constituição republicana no artigo 72, e permaneceu intocado até a constituição de 1934, denotando o claro ideário anticorporativo do século XVIII, base da principiologia *laissez-fairiana* de organização social. O sentido do liberalismo ortodoxo adotado pelo Estado brasileiro foi o de não intervenção no processo de acumulação, em quaisquer pontos, sobretudo no de reinventá-lo.

Na República também não houve a regulamentação dos direitos trabalhistas – que junto aos direitos previdenciários – são os mais importantes dos direitos sociais. Na primeira década da República, houve um surto industrial na região Sul e Sudeste do país, que trouxe a cena política nacional, pela primeira vez, a figura do trabalhador.

Nas primeiras lutas pelos direitos sociais, o poder público acabou por se colocar ao lado do patronato e garantiu proteção policial às fábricas, perseguiu e prendeu lideranças, obrigou o fechamento de gráficas e jornais considerados subversivos, extraditando estrangeiros que fossem suspeitos de colocar em perigo a tranquilidade pública e a segurança nacional, entre outras ações. José Murilo de Carvalho afirma que ficou notória a frase de um presidenciável de que a questão social – o nome genérico do problema operário – “era questão de polícia”<sup>4</sup>.

O episódio mais importante das três primeiras décadas do século passado foi a criação da Caixa de Aposentadoria e Pensão dos ferroviários em 1923, que assegurava a essa categoria profissional, aposentadoria por tempo de serviço, velhice ou invalidez; pensão em caso de falecimento, subvenção de despesas funerais e assistência médica; e tinha por principais características: o rateio da contribuição entre governo, patrões e empregados; administração particular – sem ingerência estatal – e organização por empresa.

Já a Constituição de 1934 reconheceu a maioria dos direitos

---

2 CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 61.

3 CARVALHO. Op. cit. p. 62.

4 *Ibidem*.

sociais mais difundidos, principalmente no tocante ao trabalho, entre eles: a isonomia salarial, o salário mínimo, a jornada de trabalho de 8 horas; a proibição do trabalho de menores, o repouso semanal, as férias remuneradas, a indenização por dispensa sem justa causa, a assistência médica ao trabalhador e à gestante, bem como reconheceu a existência dos sindicatos e associações profissionais, estabeleceu ainda a submissão do direito de propriedade ao interesse social ou coletivo, entre outras medidas.

Wanderley Guilherme dos Santos afirma:

[...] o conceito chave que permite entender a política econômico-social pós-30, assim como a passagem da esfera da acumulação para a esfera da equidade, é o conceito de *cidadania*, implícito na prática política do governo revolucionário, e que tal conceito poderia ser descrito como o de *cidadania regulada*. Por *cidadania regulada* entendo o conceito de cidadania cujas raízes encontram-se, não em um código de valores políticos, mas em um sistema de estratificação ocupacional, e que, ademais, tal sistema de estratificação ocupacional é definido por norma legal<sup>5</sup>.

Ou seja, a cidadania é limitada por fatores políticos<sup>6</sup>. Essa associação entre cidadania e ocupação, ainda segundo o referido autor, proporcionou as condições para que se formassem, depois, os conceitos de mercado de trabalho informal e marginalidade, isso porque, no primeiro conceito, não estavam instalados os desempregados, ou sub-empregados, mas todos que por mais regulares e estáveis que estivessem não tinham suas ocupações regulamentadas pelo Estado. As posturas de política social eram concebidas como privilégio e não como direito, já que uma série de trabalhadores (todos os autônomos e, principalmente, as trabalhadoras domésticas) ficavam à margem dos benefícios concedidos pelo sistema previdenciário da época.

Os direitos sociais de cidadania não foram resultado, portanto, da luta política dos movimentos sociais organizados; antes era consequência da benevolência do Estado, mormente daquele que detinha a chefatura do Poder Executivo e de seus órgãos.

A ligação dos sindicatos com o governo ia muito além de órgãos consultivos e técnicos<sup>7</sup>, destinados a colaborar com o poder público. Como via consignado no Decreto 19.770 de 1931, o governo efetivamente controlava os sindicatos. A lei de sindicalização do governo revolucionário além de distinguir entre sindicatos de

---

5 SANTOS, W. G. dos. "A praxis liberal e a cidadania regulada". In SANTOS, W. G. dos *Décadas de espanto e uma apologia democrática*. Rio de Janeiro: Rocco, 1998, p. 63-114.

6 CARVALHO. Op. cit. p. 115.

7 CARVALHO. Op. cit. p. 116.

empregados e empregadores, estabeleceu quem poderia pertencer ao sindicato, e submeteu a própria existência dos sindicatos a prévio registro no Ministério do Trabalho, de sorte que só poderiam apresentar reclamações trabalhistas quem fosse sindicalizado, ou seja, quem tivesse sua ocupação reconhecida e regulamentada pelo Estado.

Em 1933, quando da criação do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, uma mudança interessante, a qual possibilitou não só a reunião sob o mesmo regime previdenciário dos membros da mesma categoria profissional, mas, também a avocação pelo Estado de duas ordens de problemas: o da acumulação e o da equidade.

O “peleguismo” foi a tônica da relação dos sindicatos com o Estado. O sistema previdenciário controlado pelo Estado permitiu a vinculação das oligarquias políticas e sindicais no pós-30, de forma que a primeira controlava o Ministério do Trabalho e a segunda, o operariado. José Murilo de Carvalho<sup>8</sup> afirma que, nesse período, o operariado viveu o dilema: liberdade sem proteção ou proteção sem liberdade.

O “pelego”<sup>9</sup> é normalmente um operário que procurava beneficiar-se do sistema, adotava postura de submissão voluntária aos interesses do Estado e dos patrões e negligenciava a sua classe. Essas alianças rendiam favores aos pelegos, era comum que os sindicatos geridos por eles fossem atraentes pelos benefícios que concediam – isso porque nunca entravam em conflitos. Em geral, não obstante, eram odiados pelos sindicalistas mais politizados e conscientes.

Nesse contexto repressor foi promulgado o Decreto-lei 5.452 em 1º de maio de 1943, o qual consolidou as Leis do Trabalho e otimizou o controle que já havia se intensificado com a Constituição de 1937 quando estabeleceu o sindicato único, o imposto sindical, criou-se a Justiça do Trabalho – antes existiam Juntas de Conciliação que não poderiam ser consideradas ainda Justiça especializada na composição dos conflitos decorrentes das relações de Trabalho –, e ainda considerou a greve como nociva ao trabalho e ao capital, embora alguns juristas desatentos afirmem que o objetivo da CLT era apenas o de reunir as leis extravagantes existentes na época.

A Constituição de 1937 de caráter populista, editada sob inspiração nazi-facista - foi eminentemente corporativista seguindo a orientação da *Carta del Lavoro* de 1927 e da Constituição Polonesa -, foi marcada pelo autoritarismo sobretudo concernente aos direitos políticos, fortalecendo o poder do Chefe do Executivo. Previa um plebiscito para sua legitimação que jamais ocorreu. Previa eleição para o Congresso, que também não ocorreu. Previa ainda um segundo plebiscito para nova legitimação que também não ocorreu.

Apesar de tudo, é possível afirmar que o governo Vargas foi a época

---

8 CARVALHO. Op. cit., p. 118.

9 CARVALHO. Op. cit., p. 122.

dos direitos sociais. O problema efetivo desse período foi a inversão na ordem proposta por Marshall. Os direitos sociais foram introduzidos em momento de supressão dos direitos políticos e, sobretudo, não em decorrência da luta política organizada dos movimentos sociais, mas como benesse ou graça da chefatura do Poder Executivo da República.

[...] Era avanço na cidadania, na medida em que trazia as massas para política. Mas em contrapartida, colocava os cidadãos em posição de dependência perante os líderes, aos quais votavam lealdade pessoal pelos benefícios que eles de fato ou supostamente lhes tinham distribuído. A antecipação dos direitos sociais fazia com que os direitos não fossem vistos como tais, como independentes da ação do governo, mas como um favor em troca do qual se deviam gratidão e lealdade. A cidadania que daí resultava era passiva e receptora antes que ativa e reivindicadora<sup>10</sup>.

O pós-45 embora possa ser caracterizado como um período de relativa democracia, principalmente, no tocante aos direitos políticos e civis, não significou uma ruptura com as estruturas consolidadas pelo governo Vargas.

As concepções político-econômicas mudaram, as idéias do economista John M. Keynes foram incorporadas por grande parte dos países europeus do pós-guerra, o ideário social-democrata, principalmente no que se refere à economia e à administração do governo, foi “fagocitado” silenciosamente pelas elites brasileiras.

As grandes inovações do período foram: a Constituição de 1946, que preservou os direitos sociais da anterior e aperfeiçoou a Justiça do Trabalho que não teve alteração até a extinção dos juízes classistas na década de 1990; o Estatuto do Trabalhador Rural de 1963 que estendeu os direitos previdenciários, trabalhistas e de sindicalização aos trabalhadores rurais, que, efetivamente, surtiu poucos efeitos haja vista a grande força desmobilizadora exercida pelos grandes proprietários de terras.

A exceção que se instalara com o Golpe Militar de 1964 alterou, em alguma medida, o panorama dos direitos de cidadania: os direitos políticos e civis foram supressos o que acabou por provocar retrocesso em alguns direitos sociais conquistados durante o interregno democrático – principalmente, os de associação –, mas os governos militares continuaram a enfatizar os direitos sociais da mesma forma que o governo Vargas.

A noção de cidadania continuava desvinculada de qualquer conotação pública ou universal, ainda era concebida como *privus-lex* – lei privada, produzida pela benemerência das autoridades públicas –, grande parte da população ainda encontrava-se excluída de quaisquer

---

10 CARVALHO. Op. cit., p. 126.

direitos fundamentais, apesar de as garantias individuais estarem previstas no artigo 150 da Constituição de 1967 e os direitos sociais, no artigo 158, mais precisamente.

Os governos militares pensavam que a distribuição de renda só ocorreria depois que o processo de acumulação estivesse suficientemente regulado de forma a aumentar os valores absolutos da riqueza nacional. Desvinculou-se o reajuste salarial da noção de bem-estar, ou de mínimo necessário à subsistência para atrelá-lo a política macro-econômica de combate a inflação e promoção do crescimento.

A orientação ideológica da elite pós-64, buscando acelerar as taxas de poupança e acumulação, conduziria a problemas mais difíceis de resolver no que concerne às políticas de emprego e salarial. No primeiro caso, conflitavam-se os objetivos de modernizar aceleradamente a economia, aumentando a produtividade do fator trabalho – o que significava menor número de trabalhadores ocupados por indústria - e de criar substancial número de empregos atuais, como decorrência da pressão populacional, urbana em particular. Por outro lado, a política de modernização tecnológica da economia faria pender para o lado da mão-de-obra qualificada os benefícios da operação da lei da oferta e da procura, pedra angular da economia de mercado com que se diz comprometida a nova elite decisória. E, sobretudo, tendo em virtude da estagnação, em termos proporcionais, dos investimentos governamentais em educação. A ser respeitada a lei da oferta e da procura seria de se esperar que, em breve prazo, a força industrial melhor equipada estaria em posição favorável na barganha salarial, o que obrigaria o governo buscar em outros setores sociais, nas rendas e nos lucros, a poupança necessária para a taxa de acumulação desejada.

Os dados econômicos dos governos militares foram particularmente intrigantes. Apesar da queda do crescimento ao final, o período de maior repressão coincidiu com o período de maior crescimento econômico, e isso provocou reflexos nos direitos sociais de cidadania. Quando a repressão se tornou mais violenta<sup>11</sup>, as taxas de crescimento mantiveram-se em torno dos 10%, tendo pico de 13,6% no governo Médice (1973), superando rapidamente os maiores índices registrados no governo JK. O aumento da desigualdade provocado pelo “milagre” econômico não se fez sentir, porque a expansão da economia veio acompanhada de modificações demográficas e na composição da oferta de empregos.

Em 1966 fora criado o FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) que substituiu a estabilidade garantida aos trabalhadores que completassem mais de dez anos de serviço. Ainda nesse mesmo ano surgira o INPS (Instituto Nacional da Previdência Social) que unificou todo o sistema de IAPs. Durante o governo Médice, foi atingido o ideal

---

<sup>11</sup> CARVALHO. Op. cit., p. 168.

de universalização da previdência com a criação do FUNRURAL (Fundo de Assistência Rural), o qual garantiu aos trabalhadores rurais o acesso à Previdência Social, e a incorporação das empregadas domésticas e dos trabalhadores autônomos. Fora ainda criado o BNH (Banco Nacional da Habitação) e, em 1974, finalmente, o Ministério da Previdência Social.

A avaliação dos governos militares, sob o ponto de vista da cidadania, tem, assim, que levar em conta a manutenção do direito de voto combinada com o esvaziamento de seu sentido e a expansão dos direitos sociais em momento de restrição dos direitos civis e políticos<sup>12</sup>.

Pode-se constatar de fato que a cidadania veio a ser consolidada com a Constituição Federal de 1988. Ela pode ser entendida como um marco de garantia de direitos da construção de uma rede de proteção social, pois elegeu um conjunto de valores éticos considerados fundamentais para a vida nacional, a maior parte dos quais se expressa no reconhecimento dos direitos humanos.

A Constituição Federal de 1988 materializa a processo de redemocratização vivido no país, pois resultou de um amplo processo de discussão e de mobilização política. Dentre seus conteúdos mais expressivos, merecem destaque: o forte componente de garantia de direitos de cidadania e de correspondente responsabilização do Estado; de afirmação do compromisso com a democracia direta, por meio da institucionalização de canais de participação da população no controle da gestão pública; e, ainda, de construção de um novo pacto federativo, com ênfase na descentralização e no fortalecimento dos municípios<sup>13</sup>.

No artigo 3º da Constituição, são definidos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Este, portanto, deve ser um dos compromissos de cada esfera de governo.

No campo das políticas públicas, a Constituição garante o direito universal (independentemente de qualquer pagamento direto ou indireto) à saúde e à educação e, ainda, define que a Seguridade Social é constituída pelas políticas de previdência social, de saúde e de assistência social.

No que se refere à assistência social, o artigo 203 da Constituição define que essa deve ser prestada “a quem dela necessitar, independente de contribuição à seguridade social”. No processo recente de implementação das novas concepções de assistência, que incluem a proteção da família, a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência, a promoção da integração com o mercado de trabalho, dentre outros, merece destaque a implementação do Sistema Único de Assistência Social – SUAS.

Dessa maneira é a própria Constituição quem cria as bases para a

---

12 CARVALHO. Op. cit., p. 171-173.

13 SOUZA, Jessé. *A Construção Social da Subcidadania*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

responsabilidade conjunta e para a cooperação entre a União, estados e municípios no combate à pobreza, à desigualdade e à exclusão social e à construção coletiva da cidadania. Dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está o compromisso com a erradicação da pobreza e da marginalização, assim como com a redução das desigualdades sociais e regionais.

Após esse recorte histórico, objetivando realizar a construção do conceito de cidadania e direitos sociais ao longo da história do Brasil, percebe-se que a extensão dos direitos e dos serviços sociais dá-se a partir da situação dos indivíduos no mercado de trabalho. Carvalho (2007) em sua análise sobre a construção da cidadania no Brasil, chega à conclusão de que a cronologia e a lógica de sequência descrita por Marshall foram invertidas.

**Quadro 1: Histórico-Comparativo do Processo de Evolução da Cidadania no Brasil e na Inglaterra**

País	Período	Direitos
Brasil	1824-1891	Políticos (Outorgados)
	1891-1988	Civis
	1930-1945	Sociais (Outorgados (CLT))
	1988-2001	Sociais e políticos
Inglaterra	Século XVIII	Civis
	Século XIX	Políticos
	Século XX	Sociais Welfare state

Fonte: Pesquisa da autora com base na obra de Carvalho e Marshall.

### **3. ENFRENTAMENTO A POBREZA: MEIOS PARA GARANTIR O ACESSO À CIDADANIA NO BRASIL?**

Retomando a reflexão desenvolvida por José Murilo de Carvalho<sup>14</sup>, sobre o fato de a desigualdade ser “a escravidão da sociedade atual, o novo câncer que impede a constituição de uma sociedade democrática”, constata-se que parece haver mesmo uma incapacidade de se produzir resultados que impliquem a redução da desigualdade e o fim da divisão dos brasileiros em classes separadas pela origem, pela educação, pela renda e pela cor.

O debate atual sobre a questão da pobreza, no Brasil, contempla dois consensos, após longo período de debates entre os especialistas das áreas social e econômica: a) que ela é um fenômeno estrutural de

<sup>14</sup> CARVALHO. Op. cit., p. 229.



nossa sociedade; e b) que o principal fator de sua persistência está na desigualdade social, que, uma vez, não combatida tende a reproduzir essa desigualdade. Outro consenso é de que a pobreza no Brasil segue uma trajetória particular, continuando a ser um problema social a ser enfrentado pelo Estado, independentemente das formas como aparece e se manifesta na sociedade. Assim, conhecer seus traços essenciais torna-se importante para que se entendam as complexas questões enfrentadas pela sociedade brasileira, nesse período mais recente, uma estreita associação entre políticas de combate à pobreza e políticas de promoção da cidadania.

As políticas sociais são importantes porque elas protegem os indivíduos que vivem em sociedades contra os riscos próprios da vida humana e assistem às necessidades dessas pessoas; necessidades estas que surgem em diferentes momentos e situações concretas, como também em situações de dependência. O conjunto dessas políticas sociais, geralmente denominadas de políticas de proteção social, tem por objetivo, portanto, que a sociedade se torne responsável por reduzir ou neutralizar o impacto de determinados riscos sobre o indivíduo e a própria sociedade.

Como responsabilidade da sociedade, é papel do Estado ser o provedor dos serviços e benefícios que respondam à satisfação das necessidades sociais básicas dos cidadãos brasileiros, para alcançarem sua emancipação. Esse sistema de proteção social visa, exatamente, criar um sistema para proteger os cidadãos de determinados riscos clássicos, embora sempre de forma desigual: doença, velhice, invalidez, desemprego, exclusão (por renda, raça, gênero, etnia, cultura etc.). No caso brasileiro, como apresentado anteriormente, o sistema de proteção social está organizado, desde 1988, sob a lógica da seguridade social. Isso significa que previdência social, assistência social e saúde, os três elementos que compõem o capítulo da seguridade social da Constituição, correspondem a direitos sociais. Nessa condição de direitos sociais são universais, e não podem se constituir num favor dos governantes ou dos gestores, nem numa caridade.

O problema é que a pobreza ainda é muito robusta, sendo a demanda ainda não muito maior que a oferta dos serviços e benefícios oriundos das políticas sociais, fazendo com que muitas vezes os cidadãos sintam-se tentados a buscar outros meios para alcançar os seus objetivos, remetendo-se as práticas clientelistas e assistencialistas, afastando-se dessa maneira das conquistas alcançadas na Constituição Federal de 1988. Assim sendo, a perspectiva neoliberal, a noção de direito social é descaracterizada e o seu papel não está associado à garantia da justiça e da igualdade, mas aos custos e aos ônus que o Estado terá de arcar<sup>15</sup>.

No âmbito da cidadania, os direitos sociais são os mais dinâmicos

---

15 (Pereira, 2009).

e, conseqüentemente, os que têm se multiplicado e se especializado, conforme indica Bobbio<sup>16</sup>, tornando-se possível identificar, nos últimos anos, o aparecimento de novos sujeitos ou titulares de direitos, cujas garantias legais se especificaram guiadas pelo critério das diferenças concretas que distinguem esses sujeitos entre si, tais como: idosos, crianças, mulheres, pessoas com deficiência, gerações futuras. Esta não é a tendência da garantia dos direitos individuais, pois estes concebem o cidadão como sujeito genérico e abstrato, isto é, sem particularidades e especificações. Portanto, é possível identificar, nas reflexões sobre o conceito de cidadania e nos debates que são gerados a partir dele (políticas sociais de enfrentamento da pobreza e da desigualdade social, para emancipação dos cidadãos), a noção de transformação social, embutida tanto no raciocínio marxista, como também na própria concepção da cidadania em Marshall<sup>17</sup>.

Conforme Carvalho, observamos no caso brasileiro, que ao longo da história o papel do Estado na área social muda em distintas conjunturas históricas e políticas ao longo do século XX e no início deste. Portanto, quando falamos de cidadania, de políticas sociais e políticas de combate a pobreza, nos remetemos as três dimensões básicas da sociedade: o Estado, a sociedade e o mercado. Logo, as políticas sociais surgem, de certo modo, como compensações por parte do Estado, em função das desigualdades geradas pelo modo acumulação capitalista.

Ainda neste sentido, vale ressaltar que as políticas sociais estão comprometidas, quando geridas pelo Estado, para a promoção social, da justiça social e da concretização dos direitos da cidadania, conquistadas pela sociedade e amparadas por lei.

Assim sendo, é por meio das políticas sociais que o Estado utiliza instrumento e parâmetros previamente estabelecidos para redistribuir riquezas da sociedade para as classes sociais menos favorecidas e que sofrem o impacto histórico da acumulação capitalista desigual, agravada pelo processo de construção e acesso aos direitos sociais no Brasil.

Atualmente, a discussão reside em estabelecer condições e critérios para que as políticas e programas sociais se tornem de fato políticas efetivamente públicas, promotoras da justiça social e garantidoras da cidadania. É importante destacar que estas políticas devem também promover ou pelo menos atenuar a desigualdade promovida pela acumulação capitalista ao longo como da história. Na garantia dos direitos sociais, como enfrentamento das mazelas produzidas pelo capitalismo e das desigualdades sociais geradas ao longo da história do Brasil, é que estão designados os preceitos e objetivos constituidores dos programas e políticas sociais.

E nas reflexões sobre a breve conceituação de cidadania com base

---

16 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

17 MARSHALL. Op. cit.

no raciocínio de Marshall, bem como na construção do conceito do termo ao longo da história do Brasil, tendo como referência Carvalho, é possível afirmar que as políticas sociais de enfrentamento da pobreza e da desigualdade social para a emancipação como é o caso do Programa Bolsa Família são garantias de acesso à cidadania.

O sistema de proteção social no Brasil desde a Constituição de 1988 está sob a lógica da seguridade social, abrangendo previdência social, assistência social e saúde. E, na condição de direitos sociais eles são universais, não podendo se constituir em favor dos governantes ou dos gestores e muito menos numa caridade.

## **CONCLUSÃO**

Os direitos sociais e as políticas e programas sociais chegaram tardiamente no Brasil. Até hoje, a paisagem brasileira é composta pelo sofrimento social, político e econômico de milhões de brasileiros e, nosso Estado-Nação carrega a sua enormidade iniquidade no bojo do seu processo de formação.

Conforme Hobsbawm<sup>18</sup>, o processo de industrialização e desenvolvimento econômico do Brasil foi realizado sem nenhuma política de justiça redistributiva. Os processos seculares de colonização depredatória imposta ao Brasil colonial bem como o escravismo, e a concentração de renda nas mãos de poucos ao longo da história, deixaram como herança ao país uma enorme iniquidade distributiva bem como um legado imenso de exclusão da grande maioria da população da vida política e da cidadania democrática.

Além disso, podemos citar ainda como prática histórica do processo de formação social e cultura do Brasil as práticas clientelistas e eleitoreiras, onde a cultura da obtenção de privilégios em troca de favores está impregnada e tem lugar de destaque na moral e política do país.

Como promessas eleitorais, sempre existiu a retórica distributiva, porém esta nunca conseguiu efetivar-se politicamente como um conjunto articulado de políticas públicas com vistas a promoção da cidadania e o acesso aos direitos sociais. Políticas destinadas à redução das desigualdades sociais oriundas da acumulação capitalista nunca foram pautas prioritárias nas agendas de Estado e de governo ao longo da história, sendo postergadas em nome da impossibilidade técnica.

Sendo assim, a era dos direitos no Brasil, como cultura e como moralidade política tardou e ainda tarda, afastando assim as perspectivas de inclusão do cidadão nas políticas sociais inclusivas e portadoras da emancipação do cidadão.

---

18 HOBBSAWM, Eric. O Breve Século XX 1914-1991. São Paulo. Companhia das Letras. 1999, p. 363.

O cidadão brasileiro está imerso na história como personagem tardio e o iniciar o seu processo de inclusão, lento e tortuosos, nos processos sociais, políticos e econômicos do país, encontra pela frente a ideologia de mercado, atuando de maneira impregnada como opositora a sua inserção social efetiva.

A cidadania social é considerada por muitos como coisa do passado, e acima de tudo inviável economicamente, pois é onerosa. Além disso, cidadania não combina com modernidade e assim por diante vão crescendo o rol de impedimentos postos a baila por ocasião da exposição de argumentos contrários a viabilização de políticas de garantias de direitos.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002

HOBSBAWN, Eric. *O Breve Século XX 1914-1991*. São Paulo. Companhia das Letras. 1999.

MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

SANTOS, W. G. dos. “A praxis liberal e a cidadania regulada”. In SANTOS, W. G. dos *Décadas de espanto e uma apologia democrática*. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

SOUZA, Jessé. *A Construção Social da Subcidadania*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

### **RESUMO BIOGRÁFICO**

*Angelica Cristina Nagel Hullen* é Graduada em direito pela Unijui/RS, mestre em serviço social PUC/RJ, doutoranda em Serviço Social PUC/RJ. Membro do NIEPSAS, Nucleo Integrado de Estudos e Pesquisas em Seguridade e Assistência Social. Gestora Municipal do Programa Bolsa Família em Boa Vista-RR. Atualmente é Gerente de Projetos em Economia Solidária da Prefeitura Municipal de Niterói/RJ.

# CONTRATOS INTERNACIONAIS SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA\*

## CONTRATOS INTERNACIONALES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE SANTA CATARINA

Taís Zagonel\*\*

Frederico Eduardo Zenedin Glitz\*\*\*

---

**Resumo:** O presente artigo procurou evidenciar o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina acerca dos contratos internacionais no ano de 2016, por meio de pesquisa jurisprudencial levada a efeito no site do Tribunal ([www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br)), utilizando o verbete “contrato internacional”. Obtidos os resultados, realizou-se sua análise quantitativa e qualitativa. Esta abordagem tinha por objetivo compreender na perspectiva do Tribunal de Justiça de Santa Catarina qual o Direito aplicado pelos magistrados aos contratos internacionais e o devido tratamento dos casos oriundos de contratos internacionais que chegaram ao alcance daquele Tribunal no lapso temporal delimitado. O artigo apresentou, também, breve análise do tratamento dos contratos internacionais dispensado pela doutrina brasileira. Por fim se constatou que a legislação utilizada limitou-se ao Direito nacional, não se mencionando os conceitos de contrato internacional.

**Resumen:** El presente artículo buscó evidenciar el posicionamiento del Tribunal de Justicia de Santa Catarina acerca de los contratos internacionales en el año 2016, por medio de una investigación jurisprudencial llevada a cabo en el sitio del Tribunal ([www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br)), utilizando el descriptor “contrato internacional”. Con los resultados, se realizó un análisis cualitativo y cuantitativo. Este enfoque tenía por objetivo comprender en la perspectiva del Tribunal de Justicia de Santa Catarina cuál es el Derecho aplicado por los magistrados a los contratos internacionales y tratamiento aplicado a los casos provenientes de

---

\* Este artigo é fruto de projeto de iniciação científica.

\*\* Universidade Comunitária da Região de Chapecó, Brasil.

\*\*\* Universidade Federal do Paraná, Brasil.

E-mail: [taiszagonel@outlook.com](mailto:taiszagonel@outlook.com)

Recibido: 20/06/2017. Aceptado: 30/01/2018.

*contratos internacionales que llegaron al alcance de aquel Tribunal en el lapso temporal delimitado. El artículo presentó, también, un breve análisis del tratamiento de los contratos internacionales dispensado por la doctrina brasileña. Por último se constató que la legislación utilizada se limitó al Derecho nacional, no mencionando los conceptos de contrato internacional.*

**Palavras-chave:** Contratos internacionais, pesquisa jurisprudencial, Direito contratual

**Palabras clave:** Contratos internacionales, investigación jurisprudencial, Derecho contratual

---

## 1. INTRODUÇÃO

Como se sabe, as relações contratuais, entre pessoas jurídicas ou físicas, no que tange ao âmbito internacional, podem ser um tanto conflitantes quanto à formação de cláusulas e execução do contrato. Isto ocorre uma vez que, assim como os contratos nacionais - aqueles realizados entre pessoas do mesmo ordenamento jurídico, haja divergência de interesses. Sendo um contrato internacional, o fato de existirem mais de um sistema jurídico em que estes contratos estejam inseridos, faz com que as relações oriundas deles possam ser mais delicadas. Nesse sentido, pode-se perceber a importância da confecção minuciosa das cláusulas destes contratos internacionais, por meio da escolha do Direito aplicável, linguagem da redação, eventual arbitragem, etc.

O presente artigo busca evidenciar o posicionamento da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina perante os casos envolvendo contratos internacionais que chegaram àquele Tribunal no ano de 2016. São, portanto, objetivos deste trabalho a análise e diagnóstico que explique concretamente o posicionamento daquela Corte estadual, a forma como os magistrados conceituam os contratos de âmbito internacional e o tratamento que é dispensado àqueles negócios. Em especial buscar-se-á entender qual o Direito aplicado para fundamentação de seus julgados.

A pluralidade de formas contratuais e a conexão com demais ordenamentos jurídicos tornam os contratos suscetíveis a conflitos: seja em relação ao cumprimento de seus termos, seja em relação ao tratamento jurídico que deva ser dispensado. Além disso, em estados, como Santa Catarina, com forte cultura exportadora, estes negócios tendem a proliferar, independentemente de sua adequada e cuidadosa formalização e, muitas vezes, escolha de foro ou contratação de cláusulas arbitrais. Assim, portanto o interesse de perceber a apreciação e posição do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) quanto aos contratos

internacionais, principalmente no que se refere ao seu tratamento adequado, é esclarecido no sentido de que um contrato internacional, simplesmente pode abranger normas de diferentes nacionalidades, merece tratamento diferenciado.

O presente trabalho partiu de um estudo jurisprudencial, que visava reunir a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. O lapso temporal da pesquisa ficou compreendido durante o ano de 2016, mais especificamente entre os meses de janeiro e outubro daquele ano. Os julgados analisados foram extraídos do banco de dados do site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina ([www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br)). Para que a análise fosse mais precisa, os casos encontrados foram traduzidos em números, conforme a tabela anexa ao presente artigo, caracterizando a análise quantitativa. Por fim, para que se enquadrassem nos critérios delimitados nos objetivos específicos da presente pesquisa, e na própria delimitação do tema abordado, o requisito principal era que o julgado versasse sobre “contrato internacional”, expressão utilizada como verbete da pesquisa.

Após, foram elaboradas leituras de cunho crítico, principal característica da análise qualitativa, a fim de realizar um diagnóstico aprofundado em relação aos resultados obtidos daquela busca jurisprudencial. A análise qualitativa cria uma perspectiva confiável e noções claras sobre a natureza do tema, pois dispõe de uma natureza exploratória que busca explicar o material coletado. Isto significa que os números agora não são mais tão importantes, mas sim o conteúdo que estes revelaram.

A partir da busca jurisprudencial realizada no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina com o verbete “contrato internacional”, foram encontrados 171 (cento e setenta e um) resultados de decisões recursais que contivessem aquele verbete. Quando inserido o lapso temporal definido a pesquisa revelou apenas 12 (doze) decisões que contivessem aquele verbete. A análise dos doze casos acabou reduzindo este total para apenas 6 (seis) decisões que efetivamente abordavam o tema da contratualidade internacional (os demais casos envolviam matéria tributária e administrativa, por exemplo).

No que diz respeito as 6 (seis) decisões que estavam de acordo com os critérios da pesquisa, houve ressalva no tipo de ação. Dentre elas, 5 (cinco) casos tratavam-se de apelações e 1 (um) embargo de declaração, finalizando a etapa de análise quantitativa. Ou seja, o tema é abordado, no ano de 2016, majoritariamente em sede de reforma de sentença. A fase de análise qualitativa, por sua vez, objetivava desvendar se o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos respectivos julgados, diferenciava os contratos internacionais dos nacionais, e, em caso positivo, qual o Direito aplicável ao tomar as decisões e, por consequência, seu tratamento.

Enquanto a análise quantitativa trabalhava numericamente com os

resultados obtidos, a análise qualitativa, por sua vez, trouxe a descrição deles, exibindo seu conteúdo. Portanto, nesta fase, foram estudadas as características das decisões recursais proferidas pelo TJSC. Dentre as características, buscou-se relatar a legislação utilizada pelos magistrados em cada caso, e, conseqüentemente, averiguar o devido tratamento.

Para que se pudesse, ao final da pesquisa, alcançar os objetivos propostos, o presente artigo primeiro aborda o tratamento doutrinário brasileiro do tema dos Contratos internacionais. Em um segundo momento se passa para a análise dos julgados obtidos na pesquisa jurisprudencial anteriormente descrita para, por fim, se apontarem as conclusões obtidas. Eis, portanto, o que se passa a fazer.

## **2. CONTRATOS INTERNACIONAIS SOB A PERSPECTIVA DOUTRINÁRIA BRASILEIRA**

Com o passar do tempo, através da evolução dos vínculos de caráter negocial, da tecnologia e da economia, os contratos internacionais foram se mostrando mais presentes na realidade cotidiana do brasileiro.

O contrato, seja ele de âmbito nacional ou internacional, tem sua origem em uma realidade social que mostra a necessidade de criar regras para relacionamentos de diferentes naturezas, todas elas, contudo, para a satisfação de alguma necessidade humana. Desta forma, desde os contratos de cessão de direitos autorais ou cessão de uso (exemplos dos serviços de streaming) até os contratos de “barriga de aluguel” internacional que são noticiados pela imprensa, precisam de algum tratamento jurídico que pode vir a ser o objeto de demanda perante o Judiciário brasileiro.

No Brasil, é assegurada a ampla liberdade contratual, especialmente consubstanciada na escolha do objeto, forma e parceiros contratuais. Apesar de ainda não se consagrar a definitiva possibilidade de escolha do Direito aplicável (Decreto-lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 - artigo 9º<sup>1</sup>), existem projetos que ampliam até mesmo para este horizonte a autonomia dos contratantes.

Assim, além de disciplinar regras para o convívio pacífico dos indivíduos que pactuaram, o contrato, seja ele nacional ou internacional, pode ser

Caracterizado como ato jurídico, mediante o qual as partes disciplinam as relações recíprocas [...] apresenta-se como manifestação da autonomia privada e verdadeiro instrumento de autodeterminação<sup>2</sup>.

---

1 Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. §1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. §2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

2 CRÉTELLA NETO, 2011, p. 71.



Independente do conteúdo acerca dos resultados obtidos por meio da busca jurisprudencial, sabe-se que um contrato internacional está, potencialmente, submetido aos conflitos de lei no espaço. Esta é sua característica distintiva essencial. Em outros termos, a possibilidade de estar submetido a pluralidade de ordenamentos, por características fáticas distintas, em conjunto com a internacionalidade das prestações, é o que o torna internacional.

A compreensão do conceito de contrato internacional se faz muito necessária para atingir o objetivo principal deste artigo, especialmente quando se busca entender o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC sobre o tema. Por isso, o recurso à pesquisa doutrinária ora desenvolvida.

O conflito de normas no espaço se dá em razão da peculiaridade de cada local, uma vez que, como dito anteriormente, em um contrato internacional há dois ou mais ordenamentos jurídicos potencialmente aplicáveis e com efeitos extraterritoriais. Como estes ordenamentos jurídicos possuem regras que podem ser distintas, ou seja, nem sempre coincidem, é indispensável que algum tipo de “convívio” seja estabelecido. Muitas vezes os problemas ocorrem antes mesmo da formação do contrato, justamente porque, por meio da autonomia privada, as partes não entram em acordo para determinar certas cláusulas, como idioma, eleição de foro, lei aplicável, etc. Quanto ao idioma, por exemplo, Luiz Olavo Baptista<sup>3</sup> afirma que cada parte buscará que conste sua língua natal no contrato, facilitando uma melhor compreensão das cláusulas, entretanto, como ambas as partes assim desejam, o acordo se torna difícil. Para isso, segundo Baptista, há três opções, ou uma das partes abre mão deste quesito e o contrato será redigido na língua da outra parte; optam por uma terceira língua; ou elaboram-se cláusulas nos dois idiomas. Em todos os casos, contudo, dúvidas de interpretação da língua, da tradução e da forma de compreensão daquele determinado instituto podem surgir.

Um contrato internacional, em suma, difere de um contrato nacional, ou interno, por fatores geográficos, como já observado, e pela incidência de ordenamentos jurídicos distintos. Os contratantes podem ser pessoas físicas ou jurídicas. Um contrato internacional, por si só, busca formas de regulamentar relações das mais diversas naturezas, ligando pessoas de diversos lugares, diferentes culturas e inseridas em realidades culturais, políticas e econômicas diversas.

Nesse sentido, para Luiz Olavo Baptista

Da necessidade de uma lei aplicável ao contrato e de sua determinação, nascem alguns problemas. Estes se situam entre a liberdade de escolha da lei que regerá o contrato e as limitações de ordem pública<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo, 2011.

<sup>4</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo, 2011. Op. cit., p. 107.

Isso quer dizer que os conflitos podem ocorrer em razão da divergência de normas na aplicação no caso concreto. Para possíveis conflitos provenientes dos acordos de contratos internacionais, é possível se buscar o sistema judiciário doméstico, o que importa a análise local de fenômeno com características plurais e internacionais.

As questões jurídicas a serem examinadas pelo juiz na apreciação de um contrato internacional serão: as circunstâncias da formação, o conteúdo e os efeitos das obrigações criadas. Esse exame se faz em um processo que impõe a determinação das leis que regerão esses aspectos. A escolha da lei aplicável ao contrato opera mediante diferentes critérios ou elementos de conexão<sup>5</sup>.

Estes elementos de conexão podem ser tanto objetivos quanto subjetivos, referindo-se às normas de Direito Internacional Privado que possuem característica obrigatória, ou seja, o juiz aplicará a norma material de acordo com a definição do Direito Internacional Privado. Os elementos de conexão subjetivos, por seu lado, tratam da escolha do Direito aplicável que as próprias partes irão aderir, definindo, portanto, o elemento de conexão para aquele caso concreto.

A harmonização dos contratos internacionais, independentemente do caráter e conteúdo, sabendo dos possíveis litígios em razão da escolha do direito aplicável, se faz indispensável. Como dito, o crescimento das relações internacionais e, conseqüentemente, a frequência dos contratos de âmbito internacional nos ordenamentos jurídicos domésticos exige a busca de normas harmônicas ou uniformes que possam permitir abordagem menos fragmentada de cada dúvida ou conflito que suja na interpretação ou execução do contrato. A harmonização e uniformização de regras possuem, então, a finalidade de garantir a estabilidade e segurança das relações jurídicas negociais transfronteiriças.

É evidente que cada parte contratante gostaria que o Direito sob o qual vive fosse vigente naquele determinado negócio, uma vez que são de seu conhecimento. Nesse sentido, Nádia de Araújo<sup>6</sup> explana que, indiferente se for o direito nacional ou de um terceiro país, as normas devem ser pesquisadas pelos contratantes para saber realmente qual o Direito aplicável que lhes confere maior benefício no caso concreto. A busca por um “direito universal”, segundo Nádia de Araújo (2004)

Desde a década de 1950 recomeçaram os esforços para a codificação latino-americana na área do Direito Internacional Privado. Os estudos para uniformização do Direito Internacional Privado foram realizados pela OEA, via o trabalho da Comissão Jurídica Interamericana. Em 1965,

---

5 *Ibid.*, p. 30.

6 ARAÚJO, Nádia de, 2004.

a OEA alertou a comissão sobre a necessidade de aprofundar a análise dos aspectos jurídicos da integração econômica da América Latina<sup>7</sup>.

Para Nádia de Araújo<sup>8</sup>, questões como escolha do direito aplicável e eleição de foro são temas de extrema importância para confiabilidade, respeito e segurança dos contratos internacionais e respectivos contratantes, uma vez que estão ligados, em sua grande maioria, a situações que envolvem política e economia em âmbito mundial. Nesse sentido, observa-se a importância da unificação das normas, para, ao criar uma “lei-padrão”, gerar menores conflitos, ou então conflitos de caráter menos complexo, e possibilitar maiores contratações sem o receio que futuramente estejam sendo prejudicados pelas diferentes interpretações jurisprudenciais.

As cláusulas dos contratos internacionais, exigem conhecimento jurídico que vai além das fronteiras. Cada contrato deve ser bem detalhado, a fim de não abrir espaço para controvérsias. Assim, percebe-se a necessidade de não se utilizar modelos, pois cada acordo é um caso que deve ser visto individualmente. No que diz respeito aos contratos internacionais a atenção deve ser redobrada utilizando de clareza textual e correta adequação às normas estabelecidas entre as partes, isto porque se trata de ordenamentos jurídicos distintos, mais suscetíveis a divergências, como já explanado anteriormente.

Segundo o posicionamento de João Grandino Rodas,

As obrigações convencionais ou contratos não estão infensos a ligarem-se a mais de um sistema jurídico. Mormente na época atual, em que o desenvolvimento tecnológico vem diuturnamente reduzindo distâncias e aumentando o relacionamento entre os países. Assim, os contratos internacionais privados, de natureza comercial ou não, que necessitam da interferência do Direito Internacional Privado para a indicação dos direitos que deverão regê-los, são cada vez mais numerosos. Ressalta-se o traço diferenciador entre um contrato internacional e um outro não internacional é justamente estar o primeiro potencialmente vinculado a mais de um sistema jurídico<sup>9</sup>.

Observa-se nesse sentido, uma linha de pensamento semelhante entre os autores analisados, segundo os quais a pluralidade de conjunto de normas jurídicas nacionais potencialmente aplicáveis a um negócio é considerada o principal requisito para se constituir um contrato internacional. Ainda que outros elementos também sejam de suma importância, como localização do objeto e a natureza econômica

---

<sup>7</sup> ARAÚJO, Nádia de, 2004, p. 158.

<sup>8</sup> ARAÚJO, Nádia de, 2008.

<sup>9</sup> RODAS, João Grandino, 2002, p. 20-21.

transnacional da operação, por exemplo.

De acordo com João Grandino Rodas<sup>10</sup>, sendo o principal requisito a existência de ordenamentos jurídicos distintos, este seria, por sua vez, o principal problema também. Isto, pois há duas tendências, o acordo da vigência de apenas um sistema jurídico ou que seja regido por mais um. Alega ainda que vários autores possuem entendimento de ser favorável adotar apenas um direito aplicável (de um determinado país), no sentido de unificar de forma prática o acordo. Porém, este posicionamento pode vir a desfavorecer uma das partes, por ter, a outra parte, vantagens em relação ao conhecimento detalhado da norma de seu país. Considerando que a inércia legislativa, da mesma forma, ocasiona conflitos nos contratos internacionais.

Em relação à escolha do direito aplicável, e, portanto, certa autonomia da vontade, Amílcar de Castro compara a mesma à pássaros em gaiola em razão de sua limitação e entende que

Os contratos em geral são essencialmente dominados pela 'liberdade das convenções', mas isso não quer dizer que as partes possam fugir do direito que lhes deve ser imposto, escolhendo outro mais de seu agrado, e sim que, dentro de certos limites, amis ou menos amplos, 'traçados por disposições imperativas', as disposições facultativas deixam à vontade dos particulares a regulamentação contratual 'de seus interesses privados', o que é coisa muito diferente de escolha de direito por autonomia da vontade<sup>11</sup>.

Nesse sentido, a autonomia da vontade nos contratos internacionais merece grande atenção tendo em vista seus efeitos, uma vez que não os produz, muitas vezes, somente sobre ações (e obrigações) entre e para os pactuantes, mas sim, refletindo a terceiros. Isto, pois, há conexões com mais de um ordenamento jurídico, sendo assim, com mais de uma jurisdição estatal, considerando que os seus negócios acordados possuem significativa relevância econômica e social no mundo.

Para que possamos compreender melhor como este conceito e seus efeitos acontecem na realidade brasileira e, em especial, catarinense, passamos a análise dos julgados coletados.

### **3. OS CONTRATOS INTERNACIONAIS NA PERSPECTIVA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA**

As decisões encontradas no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no ano de 2016, que tratassem de um contrato internacional, foram 12 (doze), sendo que após análise qualitativa o número fora

---

10 RODAS, João Grandino, Op. cit.

11 CASTRO, Amílcar de. 1956 apud RODAS, João Grandino, Op. cit., p. 73.

reduzido para 06 (seis). Como se sabe, estas 06 (seis) decisões versavam efetivamente sobre contrato internacional, sendo os demais casos oriundos de matérias distintas do presente estudo jurisprudencial. Ou seja, a discussão em concreto originava-se de Direito Tributário e Administrativo. Destes casos selecionados, analisamos 05 (cinco) apelações cíveis e 01 (um) embargos de declaração, que podem ser observadas de forma exemplificativa na tabela 01 em anexo. As decisões foram detalhadas no sentido de observar se o conceito de contrato internacional é abordado, seu conteúdo de forma geral, bem como o tratamento que a decisão obteve. Para tanto, passamos a análise individual de cada decisão.

### **3.1. Apelação N° 0025516-90.2012.8.24.0023**

Trata-se de caso envolvendo um contrato de transporte aéreo discutido entre Perla Duarte Moraes e Gol Linhas Aéreas Inteligentes S/A e Qantas Airways Limited. Na execução daquele contrato teria acontecido o extravio de bagagem em voo internacional. O Tribunal entendeu que estaria caracterizada uma relação de consumo, e por sua vez, seria necessária a aplicação exclusiva do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se, ainda, que o extravio ocorreu durante o voo internacional à Sidney, na Austrália, em 2011, tendo sido o recurso julgado em junho de 2016.

A autora pretendia que fossem condenadas, ao pagamento de indenização por danos morais, as empresa Gol Linhas Aéreas Inteligentes S/A e Qantas Airways Limited, juntamente com VRG Linhas Aéreas S/A apresentaram contestação alegando ilegitimidade passiva *ad causam* pois a Gol Linhas Aéreas Inteligentes S/A fora incorporada pela VRG Linhas Aéreas S/A, bem como alegou ilegitimidade ativa *ad causam* uma vez que a bagagem estava cadastrada em nome do companheiro de Perla Duarte Moraes e não em nome próprio. Contestaram ainda a falta de provas nos autos referente à falha da prestação do serviço contratado, conseqüentemente, segundo as empresas citadas, não haveria que se falar em danos morais.

Entretanto, após a réplica e sentença com decisão saneadora, as rés foram condenadas em sua totalidade, eis que a sentença acolheu o pedido inicial da autora. Desse modo, as rés interpuseram apelação, ratificando os argumentos da contestação.

Para julgamento da presente apelação cível o Código de Defesa do Consumidor foi aplicado, dado que as partes caracterizam-se como consumidor e fornecedor. Da decisão dos magistrados quanto a utilização do Código de Defesa do Consumidor, extrai-se que “*A responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei N° 8.078/90, não é mais regulada pela*

*Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal) ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, subordinando-se, portanto, ao Código de Defesa do Consumidor.”*

Por fim, houve julgamento no sentido de que as recorrentes respondessem de forma solidária quanto ao extravio da bagagem. O Tribunal, contudo, não reconheceu a responsabilidade das companhias aéreas pelos danos materiais referentes ao extravio de joias, pois o julgador considerou que a autora deveria levar estes pertences em bagagem de mão, de acordo com as recomendações da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC.. Ainda, a caracterização do contrato internacional originado entre as partes litigantes não se mostrou explícita na decisão, tendo o Tribunal, inclusive, somente aplicado o Direito nacional ao caso concreto.

### **3.2. Apelação Nº 0300067-04.2015.8.24.0039 (2015.068949-3)**

No segundo caso localizado, o recurso de apelação é referente à ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Wilson Jose Oneda, Margarete Mará Oneda, Maria de Lourdes Oneda e Sandra Aparecida Alves Oneda em face de Societe Air France por cancelamento de voo internacional. Os autores alegavam que o valor da condenação oriundo dos danos morais deveria ser elevado.

Inicialmente, o magistrado considerou que, ao tempo deste recurso, entendia o Superior Tribunal de Justiça que ao prestar serviços de transporte aéreo, deveria ser aplicado o texto do Código de Defesa do Consumidor, caracterizando relação de consumo. Segundo o art. 14 deste Código o fornecedor responderia objetivamente pelos danos causados, a menos que comprovasse caso fortuito ou força maior.

A empresa ré alegou que o motivo pelo o qual o voo precisou ser cancelado foi em razão de uma greve de pilotos na França, fazendo com que os autores só embarcassem novamente três dias após a data prevista. Não houve, entretanto, provas das alegações nos autos. A empresa Societe Air France alegou que o cancelamento do voo, por si só, não geraria dever de indenizar, ainda mais porque não houve prova referente aos danos morais.

Para o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), estes danos confirmam-se no fato de não ter sido oferecida hospedagem durante estes três dias que os autores ficaram esperando novo embarque. O recurso foi negado e a sentença de procedência confirmada.

Mais uma vez o acórdão não apreciou, explicitamente, a natureza internacional do contrato internacional. Da mesma forma, não se abordou a incidência de qualquer outro Direito que o nacional. A decisão foi fundamentada exclusivamente em direito doméstico.

### **3.3. Apelação Cível N° 2012.009205-5.**

A apelação cível N° 2012.009205-5 trata de recurso acerca de sentença sem resolução de mérito relativa a ação de cobrança entre DC Logistics Brasil Ltda, apelante, e a apelada Allink Transportes Internacionais Ltda. A DC Logistics Brasil Ltda defendeu que a apelada possuía legitimidade passiva *ad causam* por ser a responsável pelo transporte da mercadoria que fora extraviada e, portanto, deveria assumir os custos oriundos do extravio. Ainda, o Tribunal aplicou o Código de Defesa do Consumidor pois considerou tratar-se, evidentemente, de relação de consumo.

A apelada, em suas razões, afirmou não possuir legitimidade passiva *ad causam* pois foi responsável apenas pela desconsolidação da carga e não efetivamente como transportadora. De acordo com as palavras do próprio julgador do caso, Desembargador Francisco Machado, “*consolidar carga significa agrupar várias cargas que tenham um só destino, para desagrupá-las, posteriormente, quando chegarem ao seu paradeiro*” Portanto, a responsabilidade seria da empresa consolidadora e não ao contrário, como era o caso da apelada.

O termo de falta e avaria fora emitido pelo centro aduaneiro Multilog Soluções de Logísticas, onde se percebeu que a apelada nunca atuou como transportadora da carga, sendo, como já mencionado, somente responsável pela desconsolidação. Como resultado da decisão, houve total negação do pedido de recurso de apelação. A utilização de direito internacional e um tratamento diferenciado para o contrato internacional, tal como uma definição para o mesmo, não foram constatados nesta apelação cível.

### **3.4. Embargos de Declaração N° 0002360-48.2009.8.24.0033/50000**

Os Embargos de Declaração dos autos 2360-48 envolveram extravio de mercadoria quanto a um contrato de transporte marítimo internacional. Neste caso, o principal motivo de discussão foi a não observância da teoria da aparência.

O Tribunal considerou que a alegação da teoria da aparência somente teria ocorrido em réplica, momento em que a apelada não tinha mais vez para novos argumentos.

A fase recursal findou, novamente, sem explicar a diferença de um contrato internacional de um nacional, e se, caso realmente diferentes, mereciam tratamento dissemelhante.

### **3.5. Apelação Cível Nº 2015.081872-6.**

Trata-se de uma Apelação Cível a respeito de ação de compensação pecuniária por danos morais entre Anderson Carlos Santos de Abreu e United Airlines INC. O litígio ocorreu em virtude de 3 horas de atraso de voo internacional de Boston para Washington, fazendo com que o autor perdesse outras duas conexões que o levariam para Florianópolis/Brasil, destino final. Ocorreu que a empresa United Airlines INC, segundo a petição inicial do autor, não ofereceu alimentação, acomodação, bem como não prestou as devidas informações durante 24 horas em que ficou no aeroporto de Boston.

Contrariando em sua totalidade o autor, a ré apresentou contestação onde apontou ter fornecido informações, como também ofereceu alimentação e acomodação em hotel, incluindo transporte para o mesmo e a realocação para o próximo voo para Washington. Ainda, justificou que o atraso ocorreu por caso fortuito, em razão do mau tempo, impossibilitando um voo seguro. Por tal motivo, pediu a ré que a responsabilidade deveria ser excluída, por se tratar de um procedimento indispensável.

Passada a réplica e sem mais produção de provas por ambas as partes, fora julgado procedente o pedido do autor. A ré, descontente, apresentou recurso de apelação ratificando os argumentos que trouxe em primeira instância. O Tribunal considerou que não assistiria razão à ré, já que, conforme apontaram outras decisões já analisadas, o Código de Defesa do Consumidor prevaleceria em detrimento do Código Brasileiro de Aeronáutica, da mesma forma que prevaleceria sobre as Convenções Internacionais de Varsóvia e Montreal. As legislações mencionadas foram utilizadas pela ré no sentido de justificar sua conduta.

Embora uma das partes tenha mencionado direito internacional como forma de sustentar sua versão, a legislação interna prevaleceu para julgamento do caso concreto. A indicação de conceitos e tratamento ao contrato internacional não foram percebidos idem.

### **3.6. Apelação Cível Nº 0000061-71.2005.8.24.0055**

A ação de restituição em virtude de adiantamento de contrato de câmbio, em que obteve sentença sem apreciação de mérito por falta de interesse de agir, conforme dispunha o art. 267, inciso VI do CPC/73.

O recorrente defendia que a culpa foi exclusivamente do Cartório competente por não intimar seu procurador para dar prosseguimento no feito. Ainda, entendeu desnecessário o protesto em relação ao pedido de restituição acerca de adiantamento em contratos de câmbio, apontado em primeira instância.

A recorrida, em seu pronunciamento, ponderou que o valor



atribuído aos honorários deveriam ser fixados conforme os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, atendendo fielmente aos serviços prestados pelo procurador. De tais argumentações, obteve-se somente o acolhimento ao pedido da demandante e rejeição ao pedido da demandada. Desta decisão, extrai-se a legislação utilizada pelo magistrado, justificando seu posicionamento para julgamento, com a utilização do art. 85, parágrafo único da Lei N° 11.101/2005. Segundo entendimento do órgão julgador, embora semelhante com a venda das coisas vendidas em crédito, o adiantamento de câmbio tem como credora a vendedora e não a Instituição Financeira. Desta forma, não aplicaria, por conseguinte, o dispositivo que favoreceria a empresa em falência.

Mais uma vez a definição e tratamento diferenciado em virtude do contrato internacional não foram apreciados pelo Tribunal julgador, sendo a legislação nacional a única empregada.

## **NOTAS CONCLUSIVAS**

O artigo buscou, ao longo de sua execução, compreender e analisar os casos envolvendo contratos internacionais que estivessem sob jurisdição do Tribunal de Justiça de Santa Catarina durante o ano de 2016. Uma percepção doutrinária também foi elaborada a título de esclarecimento, trazendo conceitos e opiniões sobre o tema. Para isso, conforme anteriormente esclarecido, foram escolhidos os métodos de análise quantitativa e qualitativa para obter os resultados desejados.

A fase quantitativa resultou em 6 (seis) decisões passíveis de análise para constatação da utilização de legislações além da nacional. Do mesmo modo que apreciamos a eventual definição de contrato internacional nos casos estudados.

Após desenvolver a análise qualitativa, percebeu-se que o direito aplicável aos casos fora predominantemente o Código de Defesa do Consumidor, portanto, legislação nacional. Dentre legislações com pouca menção constatou-se o Código de Processo Civil de 1973 e em um caso específico a Lei N° 11.101/2005, que dispõe sobre a falência do empresário e da sociedade empresária, recuperação judicial e extrajudicial, bem como Súmulas, e também o Código Brasileiro de Aeronáutica, embora não utilizado efetivamente. As Convenções Internacionais de Varsóvia e Montreal, foram mencionadas por uma das partes, não chegando a fazer parte do julgamento.

Outra percepção que necessitava ser estudada era o conceito de contrato internacional. Nenhuma das decisões apreciadas abordou o conceito. Ou seja, embora os casos versassem sobre contratos internacionais, não houve uma definição para o mesmo, nem utilização de tratados internacionais (ou direito internacional de modo geral) para resolução efetiva dos conflitos averiguados.

Sendo assim, a jurisprudência sobre contratos internacionais apreciada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina no ano de 2016 não considerou sua diferença com os de caráter nacionais. Inclusive, a legislação unânime operada fora a nacional, tendo como exemplo de direito internacional somente Convenções que foram meramente citadas nos autos.

Esta conclusão é relevante. Os dados apreciados demonstram que o conceito de internacionalidade de um contrato é ignorado como importante fundamento para apreciação de casos, efetivamente, internacionais. Outro ponto de destaque é o diminuto número de casos que acabam alcançando o Judiciário catarinense e que, por consequência, acaba por não justificar a maior preocupação técnica com o tema.

## ANEXOS

**Tabela 1.** *Lista de processos apreciados*

Processo	Órgão julgador	Julgado em:	Classe	Relator	Direito aplicado
0000061-71.2005.8.24.0055	Segunda Câmara de Direito Comercial	11/10/2016	Apelação cível	Desembargador Newton Varella Júnior	Direito nacional
0002360-48.2009.8.24.0033	Segunda Câmara de Direito Comercial	06/09/2016	Embargos de Declaração	Desembargador Dinart Francisco Machado	Direito nacional
0300067-04.2015.8.24.0039	Primeira Câmara de Direito Público	06/09/2016	Apelação	Desembargador Carlos Adilson Silva	Direito nacional
0025516-90.2012.8.24.0023	Segunda Câmara de Direito Público	14/06/2016	Apelação Cível	Desembargador Cid Goulart	Direito nacional
2015.081872-6	Quarta Câmara de Direito Civil	18/02/2016	Apelação Cível	Desembargador Jeol Dias Figueira Júnior	Direito nacional
2012.009205-5	Câmara de Direito Comercial	14/06/2016	Apelação Cível	Desembargador Dinart Francisco Machado	Direito nacional

Fonte: Autor (2016).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Nádia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e convenções internacionais*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 352 p.

ARAÚJO, Nádia; JACQUES, Daniela Corrêa. “Contratos internacionais no Brasil: posição atual da jurisprudência no Brasil”. *Revista Trimestral de Direito Civil*. 2008, vol 34, p. 267-280.

ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. “O enquadramento dos Contratos Internacionais em face da *lex mercatoria* e a busca de estabilidade nas relações transfronteiriças”. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. 2017, vol 6, nº 26.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*. São Paulo: Lex Editora, 2011, 334.

BARROS, Guilherme Freire de Melo; BARROS, Marcelle Franco Espíndola. “Aplicação dos princípios UNIDROIT no plano Brasil maior: o suprimento de uma lacuna na política brasileira de desenvolvimento econômico”. *Revista de Direito Internacional*, 2017, vol 11, nº1.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível Nº 0000061-71.2005.8.24.0055*. Relator: VARELLA JÚNIOR, Newton. [Acesso em: 13/03/2017]. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=contrato%20internacional&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAG/SuAAC&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=contrato%20internacional&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAG/SuAAC&categoria=acordao_5)>

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Nº 0300067-04.2015.8.24.0039 (2015.068949-3)*. Relator: SIVLA, Carlos Adilson. [Acesso em: 13/03/2017]. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=contrato%20internacional&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAGmk7AAI&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=contrato%20internacional&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAGmk7AAI&categoria=acordao_5)>

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível Nº 2015.081872-6*. Relator: FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. [Acesso em: 13/03/2017]. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=contrato%20internacional&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANochAAV&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=contrato%20internacional&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANochAAV&categoria=acordao)>

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Nº 0025516-90.2012.8.24.0023*. Relator: GOULART, Cid. [Acesso em: 13/03/2017]. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=contrato%20internacional&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAHMpyAAD&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=contrato%20internacional&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAHMpyAAD&categoria=acordao_5)>

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Embargos de Declaração Nº 0002360-48.2009.8.24.0033/50000*. Relator: MACHADO, Dinart Francisco. [Acesso em: 13/03/2017]. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=contrato%20internacional&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAGmkbAAG&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=contrato%20internacional&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAGmkbAAG&categoria=acordao_5)>. Acesso em: 13/03/2017>

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível Nº 2012.009205-5*. Relator: MACHADO, Dinart Francisco. [Acesso em:

13/03/2017]. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=contrato%20internacional&only\\_ementa=&frase=&id=AA BA g7AADAAFsWIAAJ&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=contrato%20internacional&only_ementa=&frase=&id=AA BA g7AADAAFsWIAAJ&categoria=acordao_5)>

CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

CRAVO, Daniela Copetti. “Escolha implícita da lei nos contratos internacionais: caso Faraday Reinsurancev. Howden North America”. *Cadernos do programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*. 2015, vol 10, nº 1.

CRETELLA NETO, José. *Contratos internacionais – cláusulas típicas*. Campinas: Millennium Editora, 2011.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo (Eds.). *Métodos de pesquisa*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. “Transferência do risco contratual e Incoterms: breve análise de sua aplicação pela jurisprudência brasileira”. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. 2013, vol 5, p. 3885-3944.

RODAS, João Grandino (Ed.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 464 p.

SCALETSCKY, Fernanda Sirotsky. “A interpretação do *Duty to Mitigate the loss* na Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias e sua recepção pelo Direito Civil brasileiro”. *Cadernos do programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*. 2013, vol 3, nº 2.

SIRENA, Hugo Cremonez. “Direito dos Contratos: relações contratuais de fato e o princípio da boa-fé”. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*. 2014, nº 5, p. 193-239.

TORRES, Heleno Taveira. “O dever de respeito às qualificações como medida de proteção à segurança jurídica internacional: um caso: contratos de produção e o modelo Turnkey à luz do direito brasileiro”. Em Heleno Taveira TORRES (Ed.). *Comércio Internacional e Tributação*. 2013.

## RESUMO BIOGRÁFICO

Taís Zagonel é Graduanda em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ, campus de Chapecó/SC. Bolsista de Iniciação Científica PIBIC/FAPE no grupo de pesquisa Cidadania, Jurisdição e Novas Faces da Justiça.

Frederico Eduardo Zenedin Glitz é Professor orientador. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná.

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito dos Negócios Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Empresarial pelo Instituto de Ciências Sociais do Paraná. Professor titular da Unochapecó e da Unicuritiba. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Unochapecó. Componente da lista de árbitros da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP) e da Câmara de Mediação e Arbitragem do Brasil (CAMEDIARB).

# ANÁLISIS DEL MARCO DE ACTUACIÓN DE SOCIEDADES *OFF SHORE* EN ARGENTINA: ESPECIAL MIRADA A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE OCDE

## ANÁLISE DO MARCO NORMATIVO DA ATUAÇÃO DENTRO DA REPÚBLICA ARGENTINA DAS SOCIEDADES *OFF SHORE*: ESPECIAL REFERÊNCIA OS PADRÕES INTERNACIONAIS DA OCDE

*Candela Noelia Villegas\**

**Resumen:** *En este trabajo planteamos un análisis del marco normativo de actuación de las sociedades off shore dentro de la República Argentina en las diferentes dimensiones del derecho internacional privado. Pretendemos destacar las particularidades inherentes de este tipo social y su dinámica dentro de los centros financieros off shore para indagar los efectos que surgen como consecuencia de su accionar. Nos motiva la problemática, ya que en la actualidad se torna imprescindible el estudio de las diferentes aristas del tema y profundizar el conocimiento de las formas de actuación de las sociedades off shore para encontrar soluciones acordes a las necesidades actuales, como un nuevo desafío del derecho internacional privado posmoderno.*

*Realizamos especial referencia a las principales acciones internacionales que se están llevando a cabo por los organismos internacionales especializados, específicamente por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para concluir reflexionando sobre la obligatoriedad de esta fuente trasnacional en nuestro ordenamiento jurídico.*

**Resumo:** *Neste trabalho realizamos uma análise do marco normativo da atuação dentro da República Argentina das sociedades off shore nas diferentes dimensões do direito internacional privado. Pretendemos destacar as particularidades inerentes deste tipo social e sua dinâmica dentro dos centros financeiros off shore para indagar os efeitos que surgem como consequência de sua atuação. Nos motiva a problemática, já que na atualidade se faz necessário o estudo das diferentes arestas do tema*

---

\* Universidad Nacional del Córdoba, Argentina.  
E-mail: candela\_villegas@hotmail.com  
Recibido: 09/01/2018. Aceptado: 05/02/2018.

*e aprofundar o conhecimento das formas de atuação das sociedades off shore para encontrar soluções acordes às necessidades atuais, como um novo desafio do direito internacional privado pós-moderno.*

*Realizamos uma especial referência às principais ações internacionais que se estão sendo levadas adiante pelos organismos internacionais especializados, em especial pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para concluir refletindo sobre a obrigatoriedade desta fonte transaccional em nosso ordenamento jurídico.*

**Palabras clave:** Sociedades off shore, IGJ, OCDE, Fuente transaccional, Soft law

**Palavras-chave:** Sociedades off shore, IGJ, OCDE, Fonte transaccional, soft law

---

## 1. INTRODUCCIÓN

El auge de las sociedades *off shore* responde a una realidad social y económica directamente vinculada con los cambios en el tráfico comercial internacional y la facilitación de las comunicaciones. En un contexto de globalización económica como el actual, donde las principales características son la libre circulación de bienes y servicios, existe una tendencia natural a moverse traspasando los límites de las jurisdicciones territoriales con los fines de maximizar la obtención de beneficios empresariales. De esta manera, la internacionalización<sup>1</sup> del capital genera una dispersión tal que resulta muy dificultoso su control y seguimiento.

El objetivo de este trabajo es analizar el marco normativo de actuación dentro de la República Argentina de las sociedades *off shore* en las diferentes dimensiones del derecho internacional privado, observar las características inherentes de este tipo social y su dinámica dentro de los centros financieros *off shore*. Así mismo, repasar las principales acciones internacionales que se están llevando a cabo por organismos especializados, específicamente por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para concluir reflexionando sobre la obligatoriedad de esta fuente transaccional en nuestro ordenamiento jurídico.

De esta manera, pretendemos brindar un panorama de la dinámica del funcionamiento de las sociedades *off shore* a partir de las distintas modalidades en que desarrollan su actividad. Sabemos que

---

<sup>1</sup> Sobre el tema, nos explica Boaventura de Sousa Santos que “la globalización está teniendo un impacto uniforme en todas las regiones del mundo y en todos los sectores de actividades y que sus arquitectos, las empresas multinacionales, son infinitamente innovadores y tienen una capacidad organizativa suficiente para transformar la nueva economía global en una oportunidad sin precedentes”. (DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *La caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social*. Bogotá: Colección En Clave de Sur, 2003.p.193)

se trata de una problemática cuyo estudio sistemático implicaría un análisis multidisciplinario<sup>2</sup>, abarcando estudios específicos en materia societaria, bancaria, tributaria, registral y de penal económico, pero nos enfocaremos en un estudio descriptivo de la temática desde la óptica del derecho internacional privado, con especial mención del diálogo entre sus fuentes.

Sobre la base de estos antecedentes, entendemos que se torna imprescindible el estudio de las diferentes aristas de la problemática y profundizar el conocimiento de sus formas de actuación para encontrar soluciones acordes a las necesidades actuales, representando la problemática uno de los nuevos desafíos que nos plantea el derecho internacional privado postmoderno. Como señala Sánchez Lorenzo<sup>3</sup>,

El derecho internacional privado presenta una ventaja metodológica, fruto de su carácter cosmopolita y dinámico, que nos permite adaptarnos a la realidad subyacente cambiante. Más que ningún otro saber jurídico, el derecho internacional privado ha evolucionado históricamente en busca de un paradigma con el que enfrentarse a su consustancial complejidad, al caos que introduce en la coherencia y la congruencia del cosmos jurídico el mero hecho de la pluralidad jurídica, de la existencia de distintos universos jurídicos.

## **2. PUNTO DE PARTIDA: SITUACIÓN EN ARGENTINA**

La Ley General de Sociedades (LGS) 19.550<sup>4</sup>, en el artículo 118<sup>5</sup> contempla la situación de las sociedades que constituidas en un Estado extranjero, pretenden realizar actividad en nuestro país, ya sea mediante

---

<sup>2</sup> Profundizamos el estudio interdisciplinario de la problemática en el Congreso Internacional “Instituciones e interdisciplina. Alcances jurídicos, económicos y epistemológicos” y “III Workshop Nacional Metáfora y episteme: hacia una hermenéutica de las instituciones” (2017) Universidad Nacional de la Pampa. Trabajo titulado: *Análisis de la actuación de las sociedades off Shore en la República Argentina, a la luz del derecho internacional privado y del derecho penal económico*. Disponible en las actas del Congreso.

<sup>3</sup> SÁNCHEZ LORENZO, Sixto Alfonso. “Estado democrático, Postmodernismo y derecho Internacional Privado”. *Revista de Estudios Jurídicos*, 2010. N° 10, p. 10.

<sup>4</sup> Argentina. Ley N° 19.550. Ley General de Sociedades. Texto ordenado por el Anexo del Decreto N° 841/84 B.O. 30/03/1984. Denominación del Título sustituida por punto 2.1 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014.

<sup>5</sup> Artículo 118. La sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y formas por las leyes del lugar de constitución.

Se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio.

Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal asiento o cualquier otra especie de representación permanente, debe:

1) Acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país.

2) Fijar un domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la República;

3) Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará.

Si se tratare de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales.



la forma de actos aislados, como de ejercicio habitual. Las exigencias según nos encuadremos en un supuesto legal o en el otro, varían significativamente, como así también los efectos que estas distintas formas de actuación generan.

El acto ejecutado por una sociedad constituida en el extranjero podrá ser calificado como acto aislado, o incluirse en el concepto de ejercicio habitual, en virtud del criterio sentado por el artículo 118 de la LGS. Pero la cuestión no resulta tan simple como parece, ya que analizando las distintas posturas en doctrina y jurisprudencia nacional, encontramos que el límite entre ellos es muy frágil y la cuestión se torna muy delicada al momento de establecer los efectos que genera que el acto o los actos encuadren en un supuesto legal o en el otro<sup>6</sup>.

El sistema formulado por nuestro país no atiende a la naturaleza jurídica de la sociedad en sí, sino que se fundamenta en la naturaleza de los actos que la sociedad constituida en el extranjero realiza en nuestro país. La jurista Berta Kaller de Orchansky<sup>7</sup> nos explica que se distinguen dos categorías de actos: a) de capacidad genérica, supuestos en cual impera la extraterritorialidad total ( para la realización de estos actos no se requiere que la sociedad se someta a la ley territorial de donde pretende actuar, bastará con justificar que se constituyó legalmente para que su capacidad sea reconocida de pleno derecho); b) de capacidad específica, actos referidos a la realización del objeto social y que tienden al cumplimiento de sus fines (prevalece aquí el sistema territorialista, por lo que para ejercer este tipo de actos deberá someterse a las leyes del país en que pretenda actuar). Podemos observar como de esta manera queda planteada la teoría intermedia que se refleja en el articulado de la LGS.

Determinadas sociedades amparándose en el artículo 118 2° párrafo no se inscriben en los registros correspondientes evitando la publicidad que correspondería por la entidad de actos que llevan a cabo, excediendo, a consideración de la Inspección General de Justicia, la calidad de acto aislado.

De las investigaciones de la Inspección General de Justicia<sup>8</sup> (IGJ) surge que las sociedades *off shore* actualmente pueden ingresar a actuar

---

6 Para profundizar sobre la problemática de la calificación de los actos aislados vid: Villegas, Candela Noelia "Los Actos Aislados de las sociedades constituidas en el extranjero y la problemática de su calificación" *Anuario XV (2013-2014) Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: La Ley.2015.

7 KALLER DE ORCHANSKY, Berta. *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado* . Buenos Aires: Ed. Plus Ultra, 1995. p 426.

8 Inspección General de Justicia. La Inspección General de Justicia, organismo dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, tiene la función de registrar y fiscalizar a las sociedades comerciales, sociedades extranjeras, asociaciones civiles y fundaciones que se constituyen en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A su vez, es la encargada de la inscripción en el Registro Público de Comercio de las sociedades comerciales nacionales y extranjeras, las matrículas de los comerciantes, y de los auxiliares de comercio; ejercer el control federal de las sociedades de ahorro e implementar el Registro Nacional de Sociedades (Art. 3 Ley 22.315, Art. 2 Ley 26.047).

en nuestro país mediante dos formas. La primera de ellas, es por la realización de actos aislados, que basta con la acreditación de su efectiva constitución en otro Estado y como consecuencia de ello se le reconoce de pleno derecho la personalidad jurídica. O a través de la instalación de sucursales, representaciones permanentes o participando de sociedades locales (supuesto permitido por el artículo 123<sup>9</sup>). Este último supuesto ha caído en desuso para las sociedades *off shore*, (al menos en gran medida en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) por las resoluciones dictada por IGJ.

Desde el año 2003 en adelante este organismo dictó Resoluciones Generales cuyo destinatario de aplicación son las sociedades constituidas en el extranjero. La Resolución General de la IGJ 7/2005<sup>10</sup> realiza una recopilación de la normativa vigente dictada por este organismo.

Para el primer supuesto de actuación al que hicimos referencia, el caso de los actos aislados, IGJ sancionó la Resolución 8/03, creando el denominado “Registro de Actos Aislados” con la finalidad de controlar y fiscalizar la actuación de los entes foráneos en nuestro país y evitar el abuso del acto aislado<sup>11</sup> y de esta manera le permitía al ente tomar conocimiento de los tipos de sociedades que ejercían estos actos en nuestro país. Sin embargo, esta cruzada que realizó la IGJ contra las sociedades *off shore*, si bien ha contribuido a disminuir el arribo de este tipo de sociedades, no resulta totalmente efectivo ya que el ámbito de legitimación de control de IGJ está limitado a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En el año 2015 IGJ realiza una nueva recopilación de todas las resoluciones vigentes a los fines de reordenar todo lo regulado por las resoluciones generales posteriores a la 7/2005 con miras a la armonización normativa y una necesaria actualización.

Conforme lo dispuesto por el artículo 218<sup>12</sup> del Anexo “A” de la Resolución General I.G.J. N° 07/2015, no se inscribirán en los términos de los artículos 118 o 123 de la Ley N° 19.550, sociedades categorizadas como *off shore* o provenientes de jurisdicciones de ese carácter. Imponiéndoles la carga de adecuarse a la legislación argentina previamente a solicitar la inscripción conforme artículo 118 y 123 LGS.

---

9 Artículo 123. Para constituir sociedad en la República, deberán previamente acreditar ante el juez del Registro que se han constituido de acuerdo con las leyes de sus países respectivos e inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales, en el registro Público de Comercio y en el registro Nacional de Sociedades por Acciones en su caso.

10 Argentina. Resolución General de la IGJ 7/2005. Título III “Sociedades Constituidas en el Extranjero”, arts 188-250. B.O 25/08/05.

11 MARTÍNEZ, Silvina. “Sociedades extranjeras y el registro de actos aislados”. *La Ley* 14/12/2005. LA LEY2006-A,1

12 Artículo 218. La Inspección General de Justicia no inscribirá a los fines contemplados en este Capítulo a sociedades “off shore” provenientes de jurisdicciones de ese carácter. Dichas sociedades, para desarrollar actividades destinadas al cumplimiento de su objeto y/o para constituir o tomar participación en otras sociedades, deben con carácter previo adecuarse íntegramente a la legislación argentina, cumpliendo al efecto con las disposiciones del título IV.

En relación a los actos aislados, el artículo 262<sup>13</sup> del Anexo “A” de la mencionada Resolución, impone a aquellas sociedades cuyos actos no revistan el “carácter de actos aislados” o “actos sometidos a investigación” deben adecuarse al régimen que establece la LGS para sociedades constituidas en la República, cumplimentando con todo lo exigido en el capítulo “Sociedad con domicilio o principal objeto destinado a cumplirse en la República. Adecuación a la ley argentina” de la Resolución 07/2015.

Este artículo deja sin mencionar un supuesto, el de las sociedades *off shore* que realizan actos aislados en nuestro país. El artículo 118 de la LGS en su 2° párrafo habilita a la sociedad a “realizar en el país actos aislados y estar en juicio”. Para llevarlos a cabo bastará con acreditar que se ha constituido conforme las leyes del lugar que le otorgó la personalidad jurídica y en Argentina nos limitamos a reconocerla y permitirle que realice los actos comprendidos en su capacidad genérica.

En este orden de ideas, planteado el marco normativo de la dimensión autónoma del derecho internacional privado argentino, y señalados los diferentes supuestos de actuación, continuaremos con el análisis de los centros financieros y las principales características de las sociedades *off shore*.

### 3. ¿PARAÍSO FISCAL O CENTROS FINANCIEROS?

Para una mejor comprensión del tema y en función de las consideraciones anteriores, resulta imprescindible diferenciar algunos conceptos previamente a ingresar en la problemática específica de las sociedades *off shore*.

En una primera instancia deberíamos comenzar por echar luz sobre los conceptos “paraísos fiscales” y “centros financieros *off shore*”. “Paraísos fiscales” es un concepto que se acuñó a fines del siglo XIX, más específicamente en el comienzo del S.XX y tuvo vigencia hasta la década de los '90, que se empieza a hablar de centros financieros *off shore*. Los paraísos fiscales respondían principalmente a las necesidades de obtener regímenes de baja o nula tributación, secreto bancario y anonimato en las relaciones financieras. Supone un cierto carácter pasivo, cuyos fines son el ocultamiento y anonimato, en contraposición a los centros financieros *off shore* que detentan una actividad más activa frente al dinámico tráfico comercial internacional. Es a manera de evolución que surgen los centros financieros *off shore*, representando una versión modernizada de los paraísos fiscales.

Las distinciones que se realizan responden más a cuestiones

---

13 Artículo 262. Las sociedades “off shore”, cuando no corresponda admitir el carácter de aislado del acto o actos sometidos a investigación conforme al presente Capítulo, serán intimadas únicamente a los fines de su adecuación a las disposiciones de la Ley N° 19.550 aplicables a las sociedades constituidas en la República, debiendo cumplir al efecto con el procedimiento y requisitos establecidos en el Capítulo IV.

teóricas y evolución histórica que a una diferencia desde el punto de vista práctico.

También se debe tener en cuenta que denominar a estas jurisdicciones de una manera u otra, genera un impacto diferente en la sociedad. Por una cuestión de imagen son peores vistos los paraísos fiscales que los centros financieros *off shore*.

Resulta complejo trazar una línea divisoria entre ellos, ya que se trata de términos que en doctrina no han sido conceptualizados con uniformidad. Por lo que entenderemos que los centros financieros *off shore* resultan una evolución de los paraísos fiscales y continuaremos refiriéndonos a ellos con la última denominación. Y para ello seguiremos el concepto acuñado por el Fondo Monetario Internacional que define a los centros financieros *off shore* como:

Centros en los que la mayor parte de las transacciones financieras de la balanza comercial se realizan con personas o compañías no residentes en el centro financiero *off shore*, donde las transacciones pueden iniciarse desde cualquier parte, y donde la mayoría de las instituciones implicadas son controladas por no residentes. Así, muchos de los centros financieros *off shore* tienen las siguientes características:

1. Jurisdicciones que tienen instituciones financieras dedicadas principalmente a negocios con no residentes;
2. Sistemas financieros con activos y obligaciones externas desproporcionados con la intermediación financiera de la economía doméstica.
3. Más popularmente, los centros que ofrecen algunas o todas las siguientes oportunidades: impuestos bajos o cero; Regulación financiera moderada o ligera; El secreto bancario y el anonimato<sup>14</sup>. (Traducción de la autora)

Es importante también distinguir los centros financieros *off shore* de los puramente “centros financieros”. Estos últimos, no llegan a tener todas las características inherentes de un centro financiero *off shore*, si bien poseen algunas de ellas, no resultan suficientes para incluirlos en esa definición.

Las características esenciales de cada uno de ellos son ampliamente conocidas por las empresas que realizan su planificación fiscal en función de los beneficios que desean obtener y así escogen el centro donde pretenden actuar.

Podemos dividir en tres grandes grupos a los centros financieros *off shore*<sup>15</sup>: el primero al que haremos referencia es aquellas jurisdicciones

---

14 INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF). “Offshore Financial Centers The Role of the IMF”. Junio, 2000.

15 Clasificación según: WARTHON, UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA. “Paraísos fiscales y empresas off shore: La fiscalidad internacional al servicio de la empresa”. 2015. Disponible en: <<https://www.knowledgeatwharton.com/es/article/para-isos-fiscales-y-empresas-off-shore-la-fiscalidad-internacional-al-servicio-de-la-empresa/>> (Recuperado: 8 de junio de 2017).

que se caracterizan por no gravar con impuestos a las ganancias, ni a las sociedades, ni a las sucesiones; constituyen ejemplo de ellos las Islas Caimán, Bahamas, Dubai, etc. Un segundo grupo tiene como rasgo distintivo que eximen de tributar por las rentas generadas en el extranjero, sólo gravan los beneficios obtenidos localmente, siempre que la fuente de ingresos extranjeros no tenga origen en una actividad empresarial local. Este es el caso que nuclea a países como Panamá, Singapur, Costa Rica, entre otros. Y finalmente encontramos centros que procuran beneficios impositivos para situaciones determinadas, estrictamente definidas o que se valen de la utilización de tratados de doble imposición<sup>16</sup>. Las situaciones especiales pueden ser por ejemplo las ganancias de capital, royalties, etc. Los países que encontramos con este régimen: Reino Unido, Holanda, Dinamarca, Malta, etc<sup>17</sup>.

#### 4. SOCIEDADES *OFFSHORE*: PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

Bajo la premisa de que la realidad actual presenta a los empresarios la necesidad de ser eficientes en un mundo competitivo y que las grandes crisis económicas y el modelo de economía global exigen por parte de los sujetos comerciales, no sólo eficiencia en su producción, sino también optimización de todos los recursos disponibles, es que los centros financieros *off shore* emergen y alcanzan el grado de importancia que tienen en la actualidad.

Cada centro financiero *off shore* detenta notas tipificantes propias y ventajas particulares. Estas características son tenidas en cuenta por los inversionistas al momento de realizar la elección de la jurisdicción y del tipo societario del que se valdrán en función de los beneficios que desean obtener para sus intereses.

De este modo la planificación fiscal ingresa como tema principal en la agenda empresarial. En la búsqueda de regímenes fiscales más favorables donde deslocalizar sus inversiones, aspiran a instalarse en jurisdicciones que habilitan la constitución de sociedades *off shore*.

Sumado a esto, resultan también atractivos, los beneficios del

---

16 "Inicialmente, los Convenios de doble imposición tenían como misión delimitar o condicionar el ejercicio de las potestades tributarias tal como venían reconocidas en la legislación tributaria interna de dichos Estados, pero de forma cada vez más importante determinadas cláusulas tributarias internas son diseñadas a modo de complemento, reacción o prevención frente al uso inadecuado o indeseado de los Convenios de doble imposición por parte de determinados contribuyentes. A su vez, y aunque no existan estudios fiables al respecto, modulan el comportamiento de las empresas que abordan el fenómeno de la globalización económica ajustando sus estructuras organizativas, productivas y de decisión al entramado que forma dicha red con vistas a minimizar los costes tributarios globales y, así, maximizar los resultados económicos" GARCIA PRATS, Francisco Alfredo. "Los modelos de convenios, sus principios rectores y su influencia sobre los convenios de doble imposición". *Crónica Tributaria*, España, N° 133/2009, 2009. P. 102.

17 WARTHON, UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA. "*Paraísos fiscales y empresas off shore: La fiscalidad internacional al servicio de la empresa*". 2015.

anonimato, el secreto en las transacciones, la fácil y ágil constitución, los mínimos requisitos a acreditar, entre otras ventajas que ofrece la utilización de esta clase de sociedades.

La denominación sociedades *off shore* tiene su origen en el idioma inglés. El término *off shore* se utiliza para designar la línea divisoria entre el agua del mar y la tierra. Se trata de un término que no aparece en los diccionarios, pero que la costumbre ha instaurado en ámbito de mercado comercial.

Las sociedades *off shore*, en primera instancia son entes ideales. Su finalidad es actuar solamente fuera de las fronteras del lugar de su constitución. Tienen vedado o sumamente limitado el desarrollo de su objeto social en el país que les otorga el reconocimiento de la personalidad jurídica. Están destinadas a una actuación exclusivamente extraterritorial. El Dr. Vítolo se refiere a éstas sociedades diciendo que

constituyen una perversa manera de crear sujetos dentro de una jurisdicción para remitirlos como “enviados” a ejercer su actividad “fuera de casa” bajo la promesa de que podrán obtener en el país de destino un reconocimiento para poder realizar allí todo aquello que no le es permitido realizar en su propio país de origen, sin embargo ese país de origen que no le permite actuar dentro de su territorio, protegerá a los socios de la sociedad *off shore* con el secreto y el anonimato frente a las preguntas de cualquier tercero o Estado del mundo que desee hacer sobre ellos<sup>18</sup>.

Este tipo social permite a los no residentes servirse de los beneficios que ofrecen los paraísos fiscales, donde encuentran normativas destinadas a proteger el anonimato de los socios, principalmente porque facilitan la entrega de acciones al portador, sin realizar ningún tipo de registración en los libros societarios ni en registros del Estado, situación que impide el conocimiento de las verdaderas personas que resultaron propietarias de esos títulos.

En relación al capital social las sumas que se exigen son extremadamente bajas, en consecuencia, para la constitución de una de estas sociedades no es necesario el aporte de un monto significativo, por lo general existen tasas fijas que deben abonar los socios.

Otra característica atractiva de estos centros financieros es que facilitan la designación de personas interpósitas (por lo general insolventes) en los negocios propios, ya que para el nombramiento de quienes estarán a cargo de los órganos de administración las exigencias legales son prácticamente nulas.

Todas estas flexibilidades permiten que acontezcan situaciones como las que hemos observado en los últimos años, donde empresarios

---

18 VÍTOLO, Daniel Roque. *La personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Su limitación en los casos de utilización indebida y fraude*. Buenos Aires: Ed. Errepar, 2010. p. 278.

que pretenden actuar en Argentina esquivan las responsabilidades personales que se le podría atribuir, a través de la constitución, con fines deshonestos, de sociedades *off shore* en jurisdicciones más flexibles<sup>19</sup>, pero exclusivamente destinadas a actuar en otro Estado.

Debemos tener en cuenta que si las personas humanas o jurídicas quieren realizar una planificación fiscal favorable a su economía, en la cual se disminuya la carga tributaria, existen mecanismos legales a nivel internacional para lograrlo, no siendo siempre éstos ilícitos. El gran problema de la utilización de las sociedades *off shore* es la intención de valerse de esta figura para evadir el régimen legal que le corresponde aplicar.

Para disuadir la utilización de sociedades *off shore*, existen numerosas medidas preventivas, tanto a nivel interno como a nivel internacional, generadas por la actividad de los organismos internacionales especializados en la problemática.

Desde la óptica internacional la creación de leyes modelos, donde se plasman los principales criterios que surgen de los estándares internacionales, sirven como fuente de inspiración para que esos parámetros sean incorporados a través de la legislación interna a nuestro sistema jurídico y en consecuencia tornarlos obligatorios. También funcionan como medidas preventivas las Recomendaciones que realizan las diferentes organizaciones internacionales (principalmente la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y el Grupo de Acción Financiera) sobre la temática, que si bien no son vinculantes para los Estados, sirven a los fines de ejercer presión en la sanción de leyes internas acordes a las recomendaciones.

## 5. LAS ACCIONES INTERNACIONALES DE OCDE

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)<sup>20</sup> tiene como misión promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo.

En relación a los instrumentos legales de los cuales se vale

---

<sup>19</sup> Con la finalidad de proporcionar un abanico de posibilidades más flexible y atraer de esta manera inversiones extranjeras que se traduzcan en una mayor competitividad internacional, diferentes jurisdicciones, que se caracterizan por una fuerte carga tributaria han ido adoptando figuras legales que resulten atractivas a los grandes empresarios. Existen numerosos ejemplos que pueden enunciarse, a modo ilustrativo señalaremos el caso de las ETVE españolas: Artículos 116 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades en relación a las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros: "Aquellas cuyo objeto social comprenda la actividad de gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales".

<sup>20</sup> Fundada en 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) agrupa a 34 países miembros: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Corea, Dinamarca, España, Estados Unidos, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Letonia, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza, Turquía.

la Organización, podemos distinguir dos tipos, las decisiones y recomendaciones. Las decisiones se caracterizan por no constituir tratados internacionales, sin embargo, para los miembros que no se abstengan expresamente son legalmente obligatorias. Su implementación interna se realiza conforme los regímenes constitucionales propios. Las recomendaciones, por su parte, aunque carecen de fuerza vinculante, se espera que los miembros las incorporen a sus ordenamientos internos por su fuerte legitimación técnica<sup>21</sup>.

Debemos destacar que la Organización está a la vanguardia de los esfuerzos emprendidos para ayudar a los gobiernos a entender y responder a los cambios y preocupaciones del mundo actual, como el gobierno corporativo y la economía de la información<sup>22</sup>. Conduce una gran lucha en la erradicación de los paraísos fiscales y en la eliminación de las sociedades *off shore*. Como consecuencia de ello, la OCDE ofrece un Foro donde los gobiernos puedan trabajar conjuntamente para compartir experiencias y buscar soluciones a los problemas comunes<sup>23</sup>.

La iniciativa de combatir a los paraísos fiscales y a la utilización de sociedades *off shore* con fines de defraudación, no le ha resultado fácil. Los Estados en los cuales se ubican los centros financieros que facilitan estas operaciones, en su mayoría, dependen económicamente de la constitución de este tipo societario e intentan ser focos cada vez más atractivos hacia las inversiones, ofreciendo tentadoras ventajas.

En consecuencia, se tornó imprescindible para la OCDE repensar nuevas estrategias frente a este fenómeno, deduciendo que resultaría más efectivo si lograban la colaboración por parte de estos Estados en la facilitación de la información sobre las diferentes actividades y operaciones financieras que se realicen bajo su jurisdicción. Para ello, se reactiva el Foro de Transparencia Global, el cual confeccionó la lista de países colaboradores<sup>24</sup>, que son aquellos que cooperan brindando información y colaborando en los trabajos relativos a la transparencia y el intercambio de información con fines fiscales.

Una de las principales líneas de trabajo de OCDE, ha sido el desarrollo de estándares internacionales, que están siendo aprobados casi universalmente, e implementándose en los países miembros. A los fines de lograr una implementación eficaz, la OCDE se enfoca en las estrategias para confeccionar mecanismos de revisión.

---

21 LOAIZA KEEL, Carlos. "Uruguay miembro de la OCDE: Un camino al desarrollo". *Pharos Academia Nacional de Economía*. Universidad de Montevideo. Montevideo:Ed. Mastergraf. 2016.

22 OCDE. "Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Tributarios. Informe de la Revisión de Pares: Argentina 2012: Combinado: Fase 1 + Fase 2 (Spanish version)", *OECD Publishing*.

23 Información disponible en: "Acerca de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)": Disponible en: <<http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>> (Consultado: 25 de Julio de 2017).

24 En el Informe de progreso del 2 de Abril de 2012 figuran la lista de de jurisdicciones cooperativas.



Los estándares establecen el intercambio internacional de información que sea previsiblemente relevante para la administración o aplicación de la legislación tributaria interna de los Estados miembros. Si bien con ello no se habilita a solicitar información de manera masiva (las conocidas *fishing expeditions*), los Estados deben facilitar toda aquella información que sea previsiblemente relevante.

Con el objetivo principal de establecer un mecanismo confiable de revisión que tenga como finalidad, facilitar la implementación de los estándares internacionales y de cooperar en la tarea de adaptar los criterios sugeridos sobre transparencia e intercambio de información, los miembros del Foro Global se someten a un sistema de evaluación. Este proceso se realiza en dos fases. En la denominada “Fase 1” se analiza el marco normativo relativo al intercambio de información del que goza una determinada jurisdicción. En la “Fase 2” se evalúan las implicancias prácticas de la aplicación de ese marco normativo, es decir su efectiva aplicación.

Es así como el Foro Global vigila el cumplimiento de los estándares internacionales a través de este proceso de revisión por pares, siempre con miras a respetar la igualdad de condiciones entre todos los Estados. El Foro Global se constituye como el principal organismo internacional encargado de velar por la aplicación de las normas internacionalmente acordadas.

Es importante destacar que últimamente, como consecuencia de la presión que se efectúa desde el G20, cada vez son más los países que adoptan medidas de colaboración en materia de transparencia fiscal y lucha contra la evasión, ya sea revisando los tratados que tienen ratificados como también celebrando y negociando nuevos acuerdos.

En la reunión realizada en Tiflis<sup>25</sup>, en Noviembre de 2016, se indicó en la Declaración de Resultados que el Foro Global se reafirma

en su papel de principal organismo internacional en cuanto a transparencia e intercambio de información con fines fiscales. Con el objeto de no socavar los

---

25 Participaron de la reunión: Alemania; Antigua y Barbuda; Arabia Saudita; Argentina; Austria; Bahamas; Barbados; Baréin; Bélgica; Belice; Bermudas; Brasil; Bulgaria; Camerún; Canadá; Catar; Chile; Colombia; Corea; Costa Rica; Dinamarca; Emiratos Árabes Unidos; España; Estados Unidos; Estonia; Finlandia; Francia; Georgia; Ghana; Gibraltar; Guernesey; Hong Kong (RAE China); Hungría; India; Indonesia; Irlanda; Isla de Man; Islas Caimán; Islas Cook; Islas Marshall; Islas Turcas y Caicos; Islas Vírgenes Británicas; Italia; Japón; Jersey; Kazajistán; Kenia; Kuwait; Letonia; Liechtenstein; Lituania; Luxemburgo; Macao (RAE China); Malasia; Malta; México; Moldavia; Mónaco; Noruega; Países Bajos; Pakistán; Panamá; Paraguay; Perú; Polonia; Portugal; Reino Unido; República Dominicana; República Eslovaca; República Popular China; Rumanía; Rusia; Samoa; San Cristóbal y Nieves; San Marino; Senegal; Seychelles; Singapur; Sudáfrica; Suecia; Suiza; Trinidad y Tobago; Turquía; Uganda; Uruguay. Banco Europeo de Inversiones (BEI); Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD); Centro de Encuentros y Estudios de Directores de las Administraciones Tributarias (CREDAF, por sus siglas en francés); Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT); Comisión Europea (CE); Corporación Financiera Internacional (CFI); Foro Africano de Administración Tributaria (ATAF, por sus siglas en inglés); Grupo de Acción Financiera (GAFI); Grupo del Banco Mundial (GBM); Naciones Unidas (ONU); Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE); Secretaría de la Commonwealth.

esfuerzos realizados por las jurisdicciones para cumplir los estándares, se hizo un llamamiento para que todas las iniciativas relacionadas con la transparencia fiscal, tales como la elaboración de listas de jurisdicciones no cooperativas, se ajusten plenamente al trabajo del Foro Global, incluidos los resultados del proceso de evaluación abreviado<sup>26</sup>.

En esta instancia, es necesario detenernos sobre un punto importante de análisis, la obligatoriedad y fuerza vinculante de los parámetros que se fijan a nivel internacional por organismos especializados (OCDE como uno de los principales referentes en la lucha contra las sociedades *off shore*), y repensar ¿Las recomendaciones de OCDE, constituyen fuente de derecho internacional privado? ¿Representan parámetros vinculantes para los Estados miembros y no miembros de las organizaciones? ¿Cuál es su impacto en el derecho interno argentino?

Podríamos comenzar señalando que en principio, las recomendaciones de OCDE implicarían fuente de derecho internacional privado de dimensión transnacional. Siguiendo el criterio de Dreyzin de Klor “esta fuente se caracteriza por la carencia de coercibilidad al no existir sanción por un poder público con potestad legislativa<sup>27</sup>”. Nos explica la jurista en relación a los usos típicos del ámbito transnacional que éstos

sobreviven de forma autónoma a modo de *soft law* o normas narrativas...esta fuente se materializa en recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta y principios, entre otros instrumentos que no tienen poder de vinculación directa, aunque influyen tanto en el desarrollo legislativo futuro, como así también en calidad de referentes específicos en la actuación judicial<sup>28</sup>.

Esto implica que el poder legislativo de cada Estado podría incorporar a su normativa nacional los estándares fijados internacionalmente. El *soft law*, se manifiesta en la proliferación de leyes modelo elaboradas en foros internacionales, las que pueden ser tenidas en cuenta por el legislador nacional y por el intérprete<sup>29</sup>.

Frente a este panorama mundial, se han ido adaptando algunas de las jurisdicciones (antes calificadas de paraísos fiscales), reconvirtiéndose, e incorporando en sus ordenamientos internos, normativas favorables a mecanismos de control frente al fraude organizado y mostrando

---

26 “9th Meeting of the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes” (Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales). Declaración de Resultados. 2 y 4 de Noviembre de 2016, Tblisi, Georgia. Disponible en: <<https://www.oecd.org/tax/transparency/about-the-global-forum/meetings/declaracion-resultados-reunion-foro-global-2016.pdf>>. Consultado: 12 de Junio de 2017.

27 DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El derecho Internacional Privado Actual*. Tomo I. Buenos Aires: Ed. Zavalía, 2015, p. 63

28 *Ibid.*, p. 64.

29 *Ídem*.

predisposición a los fines de adaptarse a los mecanismos de cooperación internacional en materia de intercambio de información.

## CONCLUSIÓN

Desincentivar la utilización de las sociedades *off shore* con fines de fraude requiere de la unión de esfuerzos internacionales y de la consecuente toma de medidas internas en cada país.

Paulatinamente, los países identificados como centros financieros *off shore*, se han ido adaptando a los criterios que se fijan a nivel internacional y avanzando en cuestiones de cooperación internacional en intercambio de información, especialmente cuando ocurren situaciones en las que se encuentran vinculados delitos de blanqueo de capitales, narcotráfico y trata de personas. Sin embargo, queda un largo camino por recorrer.

La reticencia de las jurisdicciones que protegen con el anonimato y el secreto, incluso frente a situaciones como las anteriormente enunciadas, conlleva que las solicitudes de información y cooperación jurisdiccional entre países deban fundarse debidamente, de lo contrario son rechazadas de manera inmediata por el país requerido.

En los días que corren sabemos que hablar de las sociedades *off shore* implica una connotación negativa para la sociedad, como consecuencia de los numerosos escándalos que han ocurrido a nivel mundial y que se han dado a conocer mega casos de corrupción que involucraron a figuras políticas y empresariales de todo el mundo.

Como contrapartida al uso fraudulento de las sociedades *off Shore* resulta importante aclarar que la constitución de una sociedad de este tipo es legal si se realiza conforme las normativas del lugar de constitución. El núcleo problemático de esta cuestión gira en torno a la utilización de esta figura como un medio para evadir la aplicación del orden jurídico que hubiese correspondido, “cuando en un intento de marginación de la legislación interna, se practica o se simula practicar desde el exterior una operatoria, se generan siempre sobre la actividad económica del país efectos nocivos”<sup>30</sup>.

En el caso de Argentina, es destacable la actuación de la IGJ, quien protagoniza una gran tarea en la erradicación de las maniobras fraudulentas que se realizan a través de estas sociedades.

Para desbaratar el fraude organizado es preciso que la tarea quede a cargo de operadores jurídicos especializados, con la finalidad de lograr una adecuada coordinación y respeto de las pautas que orientan la política exterior argentina en materia de obligaciones internacionales. Adoptar los criterios fijados por los organismos internacionales de los cuales somos miembros, resulta fundamental, no sólo por la responsabilidad

---

30 RICHARD, Efraín Hugo. “Operatoria Off Shore y sus efectos sobre la actividad mercantil argentina”. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*.

internacional que nos compete, sino también porque se fijan pautas que aúnan esfuerzos mundiales en búsqueda de soluciones a un problema actual que genera grandes perjuicios.

Para que un Estado pueda trazar un camino de crecimiento y una adecuada inserción internacional es imprescindible que cuente en su ordenamiento jurídico con normas claras y coherentes, sistemáticamente armonizadas. Es fundamental un régimen jurídico preciso, que recepte los estándares internacionales y que nos muestre al mundo como un Estado confiable y dotado de seguridad jurídica.

Es importante que tanto el legislador nacional, como los jueces, entendidos como últimos intérpretes sean receptivos de las acciones internacionales. Estamos frente a escenarios de cambios, las necesidades actuales nos obligan a aceptar las acciones internacionales que se están llevando a cabo en esta materia para poder hablar de competitividad internacional entre países.

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco profundamente a mi directora de tesis doctoral, Prof. Dra. Adriana Dreyzin de Klor por su valiosa guía, comentarios y sugerencias en este trabajo.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *La caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social*. Bogotá: Colección En Clave de Sur, 2003.

DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El derecho Internacional Privado Actual*. Tomo I. Buenos Aires: Ed. Zavalía, 2015.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto Alfonso. *Derecho Internacional Privado*. 9ª ed. Madrid: Ed. Civitas, 2016.

GLOBAL FORUM ON TRANSPARENCY AND EXCHANGE OF INFORMATION FOR TAX PURPOSES. *9th Meeting. Declaración de Resultados*. 2 - 4 de Noviembre de 2016, Tblisi, Georgia. Disponible en: <<http://www.oecd.org/centrodemexico/foroglobaldelaocdesobretransparenciaeintercambiodeinformacion.htm>>

GARCIA PRATS, F.A. (2009) Francisco Alfredo. “Los modelos de convenios, sus principios rectores y su influencia sobre los convenios de doble imposición”. *Crónica Tributaria*, España, N° 133/2009, 2009. Disponible en: <[http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad\\_internacional/133\\_Garcia.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/133_Garcia.pdf)>

INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF). “Offshore Financial

Centers The Role of the IMF”. Junio, 2000. Disponible en: <<http://www.imf.org/external/ns/search.aspx?NewQuery=off+shore&submit=>>

KALLER DE ORCHANSKY, Berta. *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Ed. Plus Ultra, 1995.

LOAIZA KEEL, Carlos. “Uruguay miembro de la OCDE: Un camino al desarrollo”. *Pharos Academia Nacional de Economía. Universidad de Montevideo* Montevideo:Ed. Mastergraf, 2016.

MARTÍNEZ, Silvina. “Sociedades extranjeras y el registro de actos aislados”. *La Ley* 14/12/2005. LA LEY2006-A, 1.

OCDE. “Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Tributarios. Informe de la Revisión de Pares: Argentina 2012: Combinado: Fase 1 + Fase 2 (Spanish version)”, *OECD Publishing*. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264202122-es>>

OCDE, “Acerca de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico” Disponible en: <<http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>>

ROZO, Carlos y AZAMAR, Aleida. “El G20 en Los Cabos. Oportunidad perdida para el cambio necesario. Problemas de Desarrollo”. *Problemas del Desarrollo. Science Direct, EBSCOhost*. México, 2003, vol 44, n° 175.

RICHARD, Efraín Hugo. “Operatoria Off Shore y sus efectos sobre la actividad mercantil argentina”. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Disponible en: <<http://www.acaderc.org.ar/doctrina>>

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto Alfonso. “Estado democrático, Postmodernismo y derecho Internacional Privado”. *Revista de Estudios Jurídicos*, 2010, n° 10.

VÍTOLO, Daniel Roque. *La personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Su limitación en los casos de utilización indebida y fraude*. Buenos Aires: Ed. Errepar, 2010.

WARTHON, UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA. “Paraísos fiscales y empresas off shore: La fiscalidad internacional al servicio de la empresa”. 2015. Disponible en: <<https://www.knowledgeatwharton.com/es/article/para-isos-fiscales-y-empresas-off-shore-la-fiscalidad-internacional-al-servicio-de-la-empresa/>>

## **RESUMEN BIOGRÁFICO**

*Candela Noelia Villegas* es Abogada. Escribana. Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales (Facultad de Derecho, UNC). Becaria doctoral de CONICET en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales CIJS-CONICET UNC. Maestranda en Derecho y Argumentación (Facultad de Derecho, UNC). Adscripta en las Cátedras de Derecho Internacional Privado y de Derecho Privado IV (Sociedades Comerciales) Facultad de Derecho, UNC. Asistente de Investigación Secyt (UNC).

# LOS ANTECEDENTES DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES EN COLOMBIA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1936. LA GARANTÍA CRIMINAL

## OS ANTECEDENTES DAS GARANTIAS JUDICIAIS NA COLÔMBIA NO CÓDIGO PENAL DE 1936. A GARANTIA CRIMINAL

*Jaime Alberto Sandoval Mesa\**

---

**Resumen:** *En el presente artículo se examinará el proceso de codificación de 1936 y la influencia de los diferentes fundamentos jurídicos que tenían lugar en la definición del concepto de garantía criminal que fue adoptado en dicha legislación. En este sentido, el proceso de codificación de 1936 se desarrolló a partir de la influencia de la escuela italiana que comienza a generar influencia a finales del siglo XIX, y en especial, durante las primeras décadas del siglo pasado. En este punto se tratará de establecer que, a pesar de la influencia citada, el concepto de garantía seguía determinado por el criterio de fidelidad al derecho que se desarrolló en los tres siglos de influencia hispánica. De lo anterior, se pretende mostrar, cómo estos elementos que dieron lugar a un proceso marcado por elementos de la escuela italiana en discusión en la época, al final otorgaron una noción dogmática a la garantía criminal, la cual se mantiene hasta la actualidad, a pesar de la fuerte discusión positivista del momento. Así mismo, se observa como también desde el procedimiento penal, varias instituciones procesales anteriores, permitían la defensa de garantías judiciales como por ejemplo los poderes de los jurados de conciencia que permitían interferir en la definición de las sentencias de los procesados para moderar su responsabilidad.*

*El presente artículo se elaboró mediante el método hermenéutico analítico, hipotético deductivo, de carácter cualitativo, dado que prevalece el análisis de interpretación de las figuras analizadas, en el contexto histórico en que fueron erigidas, acudiendo a las fuentes primarias de su producción. Por lo anterior la investigación se realizó mediante la recolección de fuentes de tipo documental, bibliográfico con un enfoque de tipo dogmático, histórico y teleológico de carácter teórico.*

---

\* Universidad Militar Nueva Granada, Colombia.  
E-mail: jaisandoval@yahoo.com  
Recibido: 01/03/2018. Aceptado: 25/04/2018.

*En tal virtud, para construir el contexto jurídico exigido en este caso, se hace uso de fuentes directas tanto legales como jurisprudenciales y doctrinarias que analizaron y crearon los conceptos, en el momento en que fueron expedidas las instituciones de legalidad del código de 1936. Lo anterior se realizó mediante el uso de herramientas de tipo histórico y construcción del derecho, en el cual se desarrollaron los antecedentes del período examinado. Así mismo se utilizaron dentro del método hermenéutico mencionado, otras herramientas de tipo descriptivo, propositivo y reflexivo.*

**Resumo:** *Este artigo examinará o processo de codificação de 1936 e a influência das diferentes bases jurídicas que ocorreram na definição do conceito de garantia penal que foi adotada em referida legislação. Neste sentido, o processo de codificação desenvolvido 1936 a partir da influência da escola italiana que começa a gerar influência no final do século XIX e especialmente durante as primeiras décadas do século passado. Neste ponto, ele tentará estabelecer que, apesar dessa influência, o conceito de segurança foi determinado pelo critério de fidelidade à lei que se desenvolveu nos três séculos de influência espanhola. A partir do exposto, pretende-se mostrar como esses elementos resultou em um processo marcado por elementos da escola italiana em discussão no momento, no final deu uma noção dogmática à garantia penal, que é mantida até os dias de hoje, apesar da forte discussão positivista do momento. Da mesma forma, observa-se, bem como do procedimento criminal, vários procedimentos legais anteriores, permitiu a defesa de garantias legais, como os poderes dos jurados de consciência que permitiram a interferir na definição das penas dos réus para moderar a sua responsabilidade.*

*Este artigo foi feito pelo método hermenéutico analítico, hipotético dedutivo, qualitativa, pois a interpretação análise dos números discutidos no contexto histórico em que foram erigidos, indo para a fonte de produção primária vigente. Por essa razão, a pesquisa foi realizada por meio da coleta de fontes documentais, bibliográficas, com abordagem dogmática, histórica e teleológica de cunho teórico. Como tal, para construir o quadro jurídico necessário, neste caso, o uso de ambas as fontes diretas legais como jurisprudencial e doutrinária analisados que criou os conceitos, quando foram emitidas instituições código legalidade 1936. É a anterior foi realizada através do uso de ferramentas históricas e da construção da lei, em que o background do período examinado foi desenvolvido. Da mesma forma, outras ferramentas descritivas, proativas e reflexivas foram utilizadas dentro do método hermenéutico supracitado.*

**Palabras clave:** *Garantía criminal, Legalidad, Codificación penal de 1936, Elementos procesales*

**Palavras-chave:** *Garantia criminal, Legalidade, Codificação criminal de 1936, Elementos processuais*



## **1. INTRODUCCIÓN**

El contexto del Estado colombiano, que rodea la codificación penal de 1936, se puede advertir desde 1910, año que en Colombia se había intentado ratificar la vigencia del Estado de Derecho a partir de la Constitución de 1886. Con este proceso constitucional se pretendía dar fin a toda la inestabilidad del siglo XIX ocasionada casi desde la independencia definitiva de España, el 7 de agosto de 1819. A pesar de los problemas de centralismo que ocasionaba en el terreno de organización política del Estado, la nueva carta, en materia de derechos fundamentales, en sus artículos 26 al 30 establecía un concepto de garantías para el ciudadano en materia penal.

La carta de 1886 en Colombia, pregonaba la teoría del Estado demoliberal de derecho con una fuerte tendencia francesa, derivada de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y de la Carta de la Primera República de 1791. Esto en cuanto al contenido dogmático de los derechos, sin embargo, todavía pregonaba la importancia de la Fe Católica y la prevalencia del Ejecutivo, además de un fuerte centralismo administrativo que a la postre causaría muchos efectos negativos en su aplicación práctica. Lo cierto es que para 1910, se verifican los 100 años de las teorías liberales en Colombia<sup>1</sup> y pese a todo, se ratifica el Estado de Derecho. Lo relevante del sistema, es que si bien, se tenían todos los presupuestos formales, las instituciones colombianas tardaron mucho tiempo en propender por un contenido material de los derechos fundamentales. Tanto así que las desavenencias políticas por estos factores se iban a resolver en muchos conflictos internos uno de ellos en 1888 y el resultado de todos estos factores en la guerra civil denominada la guerra de los mil días entre 1899 y 1903.

Con todos estos elementos de fondo, el proceso de creación del código de 1936 en materia penal, justamente en se inicia en 1910 con una reforma constitucional que propuso un mayor control constitucional, mediante la iniciativa ciudadana de accionar ante las leyes injustas, un equilibrio de poderes al reducir el presidencialismo que se había acentuado en la carta citada (1986), así como también, se estableció la limitación de los Estados de Excepción. Finalmente se propuso el fortalecimiento del poder judicial para que ningún poder pudiera ejercer influencia y mantuviera su autonomía<sup>2</sup>. No obstante, la reforma, la situación social era superior al alcance de las garantías; al menos en el terreno judicial los contenidos materiales de las garantías tienen algunos antecedentes, pero no es una concepción que fuera aplicable a nivel general.

En este escenario, se produjo en el país, al menos desde 1910 hasta

---

1 URIBE, V., 1985. p. 211- 213.

2 *Ibidem*.

1936 una relativa pacificación, dado que en 1903 se había conjurado la guerra de los mil días citada anteriormente, y se había podido salir de un régimen fuerte de 1905 a 1909 que había limitado libertades, además de ejercer influencia sobre el poder judicial<sup>3</sup>. El presidente colombiano de ese entonces Carlos E. Restrepo, pretendía crear ante todo un Estado para todos, un Estado de libertades, sin odios y sobre todo, era importante equilibrar el régimen que se había establecido en la Constitución de 1886, mediante la centralización y un acentuado autoritarismo, para adaptarlos al Republicanismo que se pregonaba por la época<sup>4</sup>. No obstante, las libertades eran objeto de limitación y frente a las garantías tan sólo se analizan elementos formales, que pueden verificarse respecto de la actuación de jurados de conciencia que podían intervenir en la calificación de la decisión morigerando sus efectos en muchos casos.

Los elementos mencionados pueden dar una idea de este período entre 1910 a 1936, que propicia la Codificación penal vigente para la época de la primera violencia en Colombia, es decir, del periodo comprendido entre 1948 y 1962.

En efecto, este primer período, propició una serie de eventos que se presentan con anterioridad y que pueden ubicarse a partir de 1890 en Colombia, pero que a raíz de la reforma constitucional de 1910 permiten dar un impulso adecuado a las normas punitivas que van a regir cerca de 70 años en Colombia, para sentar las bases de instituciones que lentamente dan forma a las garantías judiciales en Colombia.

Puede aseverarse que el fin de este proceso de configuración de los presupuestos mínimos de las garantías judiciales, que le dieron seguridad jurídica al Estado en materia penal, con muchos altibajos culmina con la Constitución de 1991, luego de varias codificaciones que permitieron generar las bases de este proceso y finalmente se consolidan en el código penal vigente<sup>5</sup>.

En este momento analizado, donde rige una Constitución liberal (1886) se trata según Luigi Ferrajoli, de los principios sobre los que se fundó el modelo garantista clásico derivado de las revoluciones liberales (francesa, inglesa y norteamericana) que dieron lugar a la consideración de la legalidad bajo principios como: - Estricta legalidad, la materialidad, lesividad de los delitos y la responsabilidad personal<sup>6</sup>. Tales figuras, son el fruto de la tradición jurídica ilustrada y se trató de un proceso madurado desde el siglo XVIII por múltiples corrientes como, por ejemplo; las doctrinas de los derechos naturales, las teorías contractualistas, la filosofía racionalista y empirista, las doctrinas políticas

---

3 VAZQUEZ, A., 1986. p. 266-268.

4 *Ibid.*, p. 280.

5 Ley 599 de 2000.

6 FERRAJOLI LUIGI, 1995, p. 33 y 34.

de la separación de poderes y de la supremacía de la ley, entre otros aspectos que posteriormente dieron paso al positivismo jurídico con sus consecuencias en materia penal<sup>7</sup>. No obstante, la obra nacional también tuvo sus aportes con características propias que siempre propiciaban una lealtad al derecho escrito, sobre todo en la interpretación que era regida por una ley civil (153 de 1888 con su reforma de 1894) que fijó el desarrollo de las jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia y su alcance. En las mismas se establecía la consideración de tres fallos constantes podrían constituir doctrina probable.

Ahora bien, de la conformación del concepto garantías judiciales en este momento, se puede verificar del factor anglosajón, el juicio oral; el contradictorio entre partes; la presunción de inocencia y el jurado entre otros. Luigi Ferrajoli comenta que incluso muchas de estas corrientes que conformaron los principios citados, no eran filosóficamente homogéneos entre sí, ni tampoco eran unívocamente liberales. Por ejemplo, las filosofías utilitaristas pudieron fundamentar posteriormente, en las doctrinas de la Escuela Clásica italiana de Beccaria a Carrara, una concepción de la pena como mínima aflicción necesaria, pero al mismo tiempo, también pudieron informar tecnologías penales autoritarias y anti garantistas, como las de la prevención especial o las de la defensa social, encaminadas al objetivo de la máxima seguridad posible<sup>8</sup>.

Ahora del positivismo jurídico posterior, si por un lado estaba en la base del principio de estricta legalidad, por el otro, también permitió modelos penales absolutistas, caracterizados por la ausencia de límites al poder normativo del soberano, al igual que es por completo neutral respecto de todas las demás garantías penales y procesales<sup>9</sup>. Durante este tiempo, el caso nacional no fue ajeno este tipo de contradicciones, sin embargo, muchas de ellas sólo se quedaron en planos teóricos y no alcanzaron el nivel formal de las codificaciones vigentes. Todo esto permitió de alguna manera preservar el sistema nacional colombiano durante el siglo XX a pesar de los diferentes conflictos generados sobre todo de violencia. En este sentido se advierte por completo que el asunto que más prevaleció se debió a la legalidad de tipo formal, sin embargo, el derecho podía ser reiterado y además se podían fijar elementos comunes y constantes que conformaban el precedente a nivel jurisprudencial en la praxis de las altas cortes. Esto también era aplicable para las garantías penales.

En todo caso independientemente de los sistemas mencionados, la fundamentación teórica y filosófica señala, de acuerdo con Ferrajoli que se trata de un conjunto de principios que hacen parte de las

---

<sup>7</sup> FERRAJOLI LUIGI, 1995. p. 33 y 34.; SANDOVAL MESA J. 2018. p. 21 y 22.

<sup>8</sup> FERRAJOLI, L., 1995. p. 33 y 34.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, L., 1995. 33 y 34.

constituciones y codificaciones modernas, que le dan legitimidad a los estados democráticos actuales. Es decir, de allí surge nuestra noción de estado moderno y contemporáneo en donde la expresión del principio de legalidad también constituye un factor de libertad en el estado democrático actual<sup>10</sup>. Este factor en los inicios del siglo XX, son predicables al sistema jurídico nacional, al menos en el plano legal. El problema durante todo este tiempo, va a ser de eficacia y de conocimiento en el desarrollo de la función judicial, puesto que el juez todavía no hacía uso de la tarea de modulación jurisprudencial en la búsqueda de justicia efectiva y tampoco tenía a mano interpretaciones favorables en este sentido, desde el punto de vista supra positivo; tales efectos por ahora eran absolutamente desconocidos en Colombia.

Todo este proceso de establecimiento de las instituciones penales también hace parte del papel fundamental de la memoria histórica en los procesos de democratización en situaciones de conflicto<sup>11</sup>. Especialmente, en las instituciones que tuvieron que intervenir en los orígenes del conflicto armado Nacional. Este proceso de reconstruir las instituciones que permite a la sociedad, emprender búsquedas de justicia y con ello contribuir a las transformaciones que se requieren para garantizar un ordenamiento social-democrático<sup>12</sup>, tan sólo comienzan recientemente se comienza a indagar sobre los presupuestos que dan lugar a la codificación penal de 1936 y sus efectos anteriores concomitantes o posteriores. Además, el análisis de este contexto social y político tan sólo ocupa recientes trabajos que hasta ahora han impedido construir unos orígenes concretos de las instituciones recientes en materia penal en Colombia.

Ahora bien, las causas y consecuencias de las garantías judiciales en virtud de la codificación de 1936 revelan que las mismas obedecieron a un proceso de maduración conceptual en materia penal y constitucional. Incluso, muchos elementos rebasaron la barrera del tiempo y llegaron hasta la Constitución de 1991 que se ponen en marcha en virtud de consecuencias de ausencia de justicia penal, como se indicó anteriormente.

En concreto y haciendo una recapitulación, se puede afirmar que la influencia de la *Novísima recopilación* de las leyes de Indias, produjo efectos hasta 1890 en nuestro país y que a partir de allí se construye la tradición de la legalidad penal que generó consecuencias durante todo el siglo XX, la cual solamente puede ser variada a partir de la Constitución de 1991.

De todas maneras, esta evolución trasciende más adelante en el desarrollo de las instituciones penales nacionales y va a tener grandes

---

10 FERRAJOLI, L., 1995. p. 93; SANDOVAL MESA, J., 2018, p 21.

11 CNRR, 2009, p. 20.

12 CNRR, 2009, p. 67.

desafíos en una época de excepción constitucional incluso para 1936 período que se analiza, que probablemente va a rebasar sus contenidos y a su turno no pudo evitar inestabilidad en el sistema penal colombiano. Todo ello, si se tiene en cuenta que el desarrollo penal se enmarca dentro de un contexto en el que además se trazó una reforma constitucional en Colombia de tipo social<sup>13</sup> que trató de reivindicar derechos que van a generar efectos en todo el orden jurídico. Como se dijo antes, estos efectos sociales siempre fueron desatendidos en lo político y administrativo del país y desembocaban en el terreno penal donde las dificultades de realización de derechos hacían imposible atender circunstancias de ausencia de justicia material.

## **2. ANTECEDENTES PREVIOS A LA CODIFICACIÓN DE 1936. ELEMENTOS CONSTITUCIONALES Y PENALES**

En Colombia, el proceso legislativo punitivo que venía desde -1837-1873- hasta la Constitución de 1886, se vincula con el enfoque contenido en la Carta Política y las restricciones de garantías individuales que reprimían aspectos relevantes a nivel institucional. Se advierte en este momento que el restablecimiento en la Carta Política de la pena capital e igualmente el hecho de derogar la prohibición de imponer penas que superaran los diez años, ampliaba el rango de punición en forma considerable en la legislación posterior<sup>14</sup>. Es decir, se varió de un sistema que pretendía ampliar las garantías judiciales a uno que ahora las va a restringir y, además, se torna represor, si tenemos en cuenta el concepto aludido de Ferrajoli que indica que tales figuras constitucionales, se establecen como mecanismos de protección de derechos fundamentales. Esto se revela en un amplio margen de penas de más de diez años, la restauración para este momento de la pena de muerte que había sido abolida en la constitución de 1863, entre otros aspectos. Entonces se observa que para 1890 se hereda una tradición de endurecimiento de penas y un estado de autoridad igualmente fuerte, con lo cual las garantías se tornan en último recurso frente al poder estatal.

En este momento se puede observar que los presupuestos de la Constitución de 1886, permitía aseverar el desarrollo de cláusulas que podían ser interpretadas como garantías. Por ejemplo el artículo 26 pregonaba la garantía del debido proceso y el principio de legalidad, prácticamente en los términos actuales, es decir hace referencia a la garantía judicial y criminal. Todo ello se complementaba con el artículo 28, en sus elementos de ley previa, estricta, no retroactiva y acudiendo al

---

13 BOTERO, 2006, p. 88.

14 RESTREPO, J. P., 2005, p. 71.

principio de favorabilidad<sup>15</sup>. Sobre la pena de muerte es preciso aclarar que en la reforma constitucional de 1910 la misma quedó abolida y para el momento del código de 1936, el artículo 29 la proscribía expresamente.

Como ejemplo de las restricciones aludidas en la Carta de 1886, se sancionaron artículos transitorios que permitieron al presidente perseguir delitos de prensa<sup>16</sup> y la expulsión del territorio de los opositores al régimen<sup>17</sup>. Esta tendencia intervencionista de derechos fundamentales, desde la Constitución de 1886, se denota en la interpretación ante el Congreso, que uno de sus creadores “Miguel Antonio Caro” expresó sobre la libertad de imprenta. Señaló que el artículo K de la Constitución de 1886, disponía que mientras no se expidiera la ley de imprenta, el gobierno quedaba facultado para prevenir y reprimir los abusos de la prensa. Así, el artículo revelaba que el Constituyente no quiso imponer un deber al Congreso, sino dar una facultad al gobierno sin otro término, que el juicio prudente del legislador (CARO M. A. P. 71, 1986). Es decir, se determinaba una facultad discrecional para tal efecto, lo que sucede es que en este tiempo si una ley lo expresaba y no afectaba elementos fundamentales del Estado, conforme al artículo 121, era legal así en su conjunto afectara derechos fundamentales como la libertad de expresión.

Adicionalmente, bajo la Constitución de 1886, la fórmula mencionada se denomina de estado de sitio, noción que universalmente se le llama Estado de excepción, en el art. 121 de la Carta, lo que afectará sin cesar durante el siglo XX las garantías judiciales, acompañadas en muchos casos de decretos que involucraban el ejercicio de la autoridad marcial o legalidad marcial. Así, mediante la Ley 61 de 1888, el capítulo de las garantías individuales quedaba a la orden del gobierno<sup>18</sup>. Sobre este punto se puede afirmar que desde entonces la legitimidad del Estado se vio afectada por los episodios de violencia del siglo XX que generaron la problemática principal de la estabilidad de la legalidad en materia penal<sup>19</sup>.

Justo en este momento se inician las normas de excepción con la ley 61 de 1888, denominada la Ley de los Caballos de 1888<sup>20</sup>. La ley citada

---

15 El acto legislativo 01 de 1936 en cuanto al principio de legalidad penal y garantías judiciales, solamente introdujo la siguiente modificación: Artículo 9°. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Disponible en: <<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1824914>>. El documento completo de la Constitución de 1886 original se encuentra en la siguiente dirección, para examinar el contenido de los artículos 26 al 29 que regularon las garantías criminal y judicial durante 1936 e incluso en los periodos de 1948 a 1962, SACHICA, L., 1990, p. 48-52.

16 CARO, M. A., 1986, p. 244.

17 CARO, M. A., 1986, p. 71.

18 VAZQUEZ, C. A., 1986, p. 205-207.

19 RESTREPO, F. J., 2005, 9. 71.

20 OLANO, G. H., 2015.

fue derogada por la Ley 18 de 1898. En su art. 1º, facultaba al Presidente de la República: “para prevenir y reprimir administrativamente los delitos y culpas contra el Estado que afecten el orden público, pudiendo imponer, según el caso, las penas de confinamiento, expulsión del territorio, prisión ó pérdida de derechos políticos por el tiempo que crea necesario”. Según Olano, la ley se expidió en una época de bandolerismo e inseguridad en el país<sup>21</sup>.

En este sentido el concepto de garantía judicial se enmarcaba por un criterio de autoridad de la ley fuerte, más que todo acompañado de medidas del ejecutivo, tradición que va a ser constante durante este tiempo. Esta es una de las razones por las cuales se puede afirmar que los conceptos de protección de derechos van a tener más que todo un contexto formal y no material, dado que la legislación paralela del ejecutivo como la mencionada anteriormente, causará efectos perjudiciales al sistema punitivo. La costumbre de defensa de las instituciones desde el poder judicial, tan sólo se va a desarrollar después de 1948, no antes, dados los criterios todavía en formación del alcance de las decisiones judiciales.

Por otra parte, los antecedentes analizados en esta parte pueden rastrearse en 1890, con la ley 19 que aprobó el tercer Código Penal de la nación hasta 1936<sup>22</sup>. El estatuto aprobado en 1890 seguía los postulados de la Escuela Clásica penal Italiana y se le reprochaba el recrudescimiento de las penas, entre ellas la pena capital; igualmente su casuismo fue exagerado y tuvo serias incongruencias, en particular, para la represión de los delitos<sup>23</sup>. El Código de 1890 rigió hasta el 1º de julio de 1938, fecha en la cual entró a regir el Código Penal de 1936. Durante su vigencia sufrió varias reformas, entre ellas el acto legislativo 03 de 1910 que suprimió la pena de muerte<sup>24</sup>.

Aquí se puede hacer el primer corte institucional en la consolidación del Estado Nación y su consecuente desarrollo en materia de legalidad penal que en todo caso, establecía la ley preexistente como fundamento en materia penal<sup>25</sup>. Así mismo, el proyecto de Código de 1890, denominado inicialmente proyecto Porras, fue modificado en la revisión del Consejero Juan Pablo Restrepo. El mismo definía el delito de la siguiente manera:

Art. 1º. Es delito o falta toda acción voluntaria, por disposición expresa de la ley, según su naturaleza. Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre ejecutadas con malicia o culpabilidad imputable, a no ser que conste o se pruebe lo contrario.

---

21 *Ibidem*.

22 BERNATE, F., 2004.

23 MESA, V. L., 1962, p. 47.

24 MESA, V. L., 1962, p. 47.

25 BERNATE, Op. cit.

El proyecto Porras consagraba en su art. 14 el principio de legalidad en términos más amplios que los anteriores, en tanto que no lo limitaba al aspecto de la punibilidad, sino que lo ampliaba a la conducta, entendida como acción u omisión. El Código Penal de 1890 al mismo tiempo restringía el principio de legalidad a la pena, al señalar en su art. 12 lo siguiente: “Para que pueda aplicarse una pena, por cualquier hecho u omisión, es preciso que haya sido señalada por ley preexistente”<sup>26</sup>. Este precedente puede mencionarse como el primer fundamento base que permitió el desarrollo de la legalidad penal. Es decir que la fuente de donde proviene la garantía criminal vigente en la actualidad en Colombia puede partir de este fundamento que tenía como presupuestos la escuela clásica italiana que tenía unos fundamentos más que todos basados en la consideración de la ley positiva y su sagrado cumplimiento. Legalidad es equivalente a legitimidad de todo el sistema.

Durante esta etapa, es de destacar, frente a la codificación analizada, de igual forma, un contexto que reflejaba un panorama que desde ya marcaba el origen de los ulteriores conflictos nacionales. Así mismo, todo esto se acompañaba en este momento, en un movimiento en América en pro de la codificación penal, como lo indica Bernate Ochoa, quien señala que en nuestro caso –además del Código colombiano de 1890– se pueden citar: “El Código Penal mejicano de 1871 (que contaba con la no despreciable cantidad de 1.151 artículos), el de Costa Rica de 1880, el de Guatemala de 1889, el Código Penal de Venezuela de 1897, el Código Penal del Ecuador de 1890, el Código chileno de 1875, el Código Penal peruano de 1862, el Código del Brasil de 1890, el Código uruguayo de 1889 y el Código Penal argentino de 1887”<sup>27</sup>.

Como se puede ver, los movimientos de codificación son comunes en este tiempo, el afán de proteger a los ciudadanos de normas que permitan defender judicialmente sus intereses, corresponde a una preocupación común en Latinoamérica. El origen de los códigos penales puede servir de base para comprender la naturaleza de las instituciones penales que comienzan a tener acogida principalmente en naciones donde todo el siglo XIX hasta finales de siglo, se revelan desde 1810 incesantes conflictos internos, guerras civiles, así como también, enfrentamientos entre partidos políticos opuestos. Por ejemplo en Colombia no sólo la finalización de este período culmina en 1903, Guerra de los Mil Días, con un pacto político a comienzos del siglo XX<sup>28</sup>, sino que a partir de allí se va a organizar el funcionamiento de las instituciones contemporáneas, sobre todo en materia penal.

---

26 BERNATE, F., 2004.

27 *Ibidem*.

28 MOORE, M. y LIDUINE, Z., 2002, p. 21.



### **3. EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL QUE DA LUGAR AL PROCESO DE LEGISLACIÓN PENAL DE 1936**

Como se mencionaba en el punto anterior, el proceso de elaboración de la legislación de 1936 tiene como soporte un proceso que se inicia en el contexto de la reforma constitucional de 1910 que termina un proceso de consolidación constitucional que había sido marcado entre el radicalismo liberal<sup>29</sup> que había tratado de enfatizar la autonomía de las regiones y generar un proceso de federalización regional, bajo la única prevención de que la legislación penal era de alcance nacional. Por otro lado, aparecía el movimiento denominado de la regeneración conservadora (1886) que si bien da lugar a otro período trazado por la estabilización del Estado<sup>30</sup>, generó un excesivo centralismo que produjo incesantes conflictos incluso de naturaleza penal, por cuanto en la Corte Suprema de Justicia, se desconocía lo que sucedía en las regiones.

De los dos antecedentes citados se derivan los principales controles de garantías judiciales; en primer lugar, desde el concepto de control de constitucionalidad, facultad que en la Constitución de Rionegro se otorgó al senado pero que en el desarrollo de la Constitución de 1886 se fundó en la Corte Suprema de Justicia<sup>31</sup>. Todo esto se acompaña de la vigencia de las codificaciones penales que trazan un recorrido desde 1873, luego 1890 y finalmente desembocan en el código penal de 1936. En este sentido fue acertado el proceso de control en la Corte, dado que en este tiempo incluso en Europa se disputaba quien podría ser el defensor de la Constitución. Este antecedente generó una tradición que se conserva en la actualidad y que no tiene discusión sobre todo después de la Constitución de 1991.

En este sentido, la acción judicial tenía un soporte de control de constitucionalidad de las leyes, en la carta de 1886, pues se le confiere a la Corte la guarda e integridad de la Constitución de tal suerte que toda sentencia debía ser motivada. En la Constitución de 1886, se instituye la excepción de inconstitucionalidad, pues en caso de contradicción entre la ley y la Constitución debía aplicarse la Constitución<sup>32</sup>. Este factor acentuaba el sentido de imperio de la legalidad, sin embargo, le otorgaba el factor de revisión constitucional, lo cual representa un factor de interpretación relevante en materia penal, para asegurar la garantía criminal de la legalidad sobre todo constitucional.

Además de la Carta constitucional, en materia criminal, este fundamento se acompañaba tanto de la garantía de las leyes penales como el código penal de 1873, Ley 112, posteriormente el código de

---

<sup>29</sup> Constitución de 1863.

<sup>30</sup> CHINCHILLA HERRERA, Tulio, 2010, p. 3-7.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> DE ZUBIRIA, A., 2012, p. 162.

1890<sup>33</sup>, así como también de las responsabilidades procesales de los jurados de conciencia, Leyes 57 y 61 de 1886, para causas criminales, quienes venían cumpliendo sus funciones de garantía del proceso, mediante la Ley de 4 de junio de 1851<sup>34</sup>. Es decir tanto la parte sustancial como procesal venían acompañadas de medidas que desarrollaban los presupuestos de la protección del ciudadano tanto en la definición del delito como de su defensa en las causas penales. De igual forma esta tradición permanece desde entonces, en las instituciones penales, pero el problema de su efectividad no dependió de las medidas sino del contexto político en el que fueron ejercidas.

Esta última institución del jurado de conciencia fue relevante durante su existencia para tales aspectos, e incluso se preservó en los códigos procesales posteriores del siglo XX como el decreto 409 de 1970. Sin embargo, la figura fue suprimida mediante el decreto 1861 de 1989, acto que fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia mediante decisión de 6 de septiembre de 1990<sup>35</sup>. Desafortunadamente, la reforma que suprimió los jurados de conciencia obedeció más a los problemas asociados al orden público en el conflicto interno que a su labor judicial.

Aparentemente no se tenía evidencia del desarrollo de las garantías judiciales, sino desde la perspectiva constitucional anotada, sin embargo, se puede evidenciar entre otras normas, la Ley 61 de 1886 que incorporaba una figura denominada de injusticia notoria<sup>36</sup>. Según esta ley, las sentencias que se pronuncien por la comisión de los delitos que se castiguen con pena capital tienen un recurso de revisión. La vista judicial se contemplaba cuando existía un dictamen del jurado de contra evidencia, más allá de las regulaciones de la Casación que servía de mecanismo protector de garantías para asuntos como la violación de la ley sustantiva, la interpretación errónea y las nulidades procesales<sup>37</sup>. Es decir, se fijaban elementos de protección del ciudadano que se pueden asimilar al concepto de legalidad procesal.

A este fundamento se acompañaba la ley 57 de 1887 que establecía las facultades del jurado entre ellas la de establecer la existencia del hecho, la responsabilidad del imputado y la pena<sup>38</sup>. Pese a que se trataba de una medida de urgencia, más si se trataba de la Pena Capital, desde el punto de vista legal se trataba de un precedente destinado a proteger el interés de justicia, con lo cual las garantías se identificaban desde el concepto de los principios legales positivos. En todo caso, las garantías judiciales siempre estuvieron rodeadas del concepto del jurado que en forma intermitente acompañó a la nación en esta primera era de la

---

33 MESA, V. L., 1962, p. 45; RESTREPO, F. J., 2005, p. 59.

34 RAMIREZ, Y., et al., 2007, p. 4.

35 *Ibidem*.

36 *Ibidem*.

37 *Ibidem*.

38 *Ibidem*.

regeneración, previa a los antecedentes del código de 1936.

En este primer momento, mediante la ley 57 de 1886, se soportaban las funciones de los jurados quienes no pueden versar sus afirmaciones, sino sobre los hechos en que se haya fundado la acusación; y faltan a su ministerio si pensando en la ley penal, se fijan en las consecuencias que podrán tener con el acusado, el veredicto que han de pronunciar<sup>39</sup>. Por ejemplo, mediante sentencia de 16 de noviembre de 1905 la Corte Suprema de justicia señaló que en el veredicto del jurado el juez debe encontrar un hecho que constituya el delito, un individuo a quien se le impute el delito y la clase de culpabilidad que se le atribuye al delincuente. Sin estos requisitos el juez no podía encontrar base indispensable para proferir sentencia -Gaceta 871-<sup>40</sup>.

En fin, todo lo anterior, revela que en últimas el precedente de garantía judicial propiamente dicho, pese a las normas aludidas, aparece en la Constitución, en sus formas de control, en los mecanismos de Casación de la época y en las normas punitivas citadas, así como en funciones especiales como las asignadas a los jurados referenciados. Todo ello, más allá de los principios trazados en los proyectos y códigos vigentes de 1910 a 1936-.

Sin embargo, se observa que, desde el proceso constitucional, se ofrece un poder de arbitraje salvador de las disputas políticas a la Corte Suprema de Justicia, como mecanismo imparcial para la decisión sobre la vigencia de las leyes<sup>41</sup>. Esta facultad va a representar un papel relevante sobre todo en la defensa de las garantías judiciales e inicia una tradición judicial sobre tales aspectos, denominada por algunos como el mito de la racionalidad judicial<sup>42</sup>.

De acuerdo con lo anterior, en esto influye el concepto de las garantías criminales que seguían siendo representadas de igual forma en los postulados de la legalidad penal, como por ejemplo, en el concepto de culpabilidad que se advierte en decisiones como la sentencia de 24 de noviembre de 1919 que señalan que el delito se estatuyó en el código, como la maliciosa violación de la ley por la cual se incurre en alguna pena y que en toda violación de ella se supone voluntad y malicia mientras no se pruebe o resulte claramente lo contrario -Gaceta 1429-<sup>43</sup>. Desde luego se tenía un fundamento inicial de consideración de la conducta, pero todavía no se observa un análisis dogmático moderno de los principios penales. En todo caso se hacía lo posible por preservar los derechos en este caso del procesado. Por otro lado, este mito en todo caso tendrá que someterse a la inestabilidad jurídica provocada por las normas de excepción del siglo XX, en especial en el período analizado, previo a la

---

39 RAMIREZ, Y., et al., 2007, p. 5.

40 RAMIREZ Y. Op. cit., p. 31.

41 CHINCHILLA HERRERA, Tulio, 2010, p. 7.

42 CHINCHILLA HERRERA, Tulio, 2010, p. 7.

43 RAMIREZ, Op. cit., p. 44 y 45.

legislación de 1936. Sobre el particular es claro que se tenía el propósito de desarrollar una corriente penal de derecho, pero se evidenciaba más que todo un sentido de decisión fundamentalmente legal. A este proceso, junto con los elementos de las leyes especiales de los jurados de conciencia, los principios del código de 1890 y las exigencias de las audiencias procesales podemos denominar los precedentes que dieron lugar a los conceptos en evolución de las garantías en materia penal.

#### **4. LOS PROYECTOS DE LEY Y LAS GARANTÍAS JUDICIALES. SU RELACIÓN CON EL CÓDIGO DE 1936**

Los antecedentes del proyecto de 1936 aparecen con la discusión de la iniciativa denominada “Proyecto Concha” de 1912, referido a la escuela Clásica de Carrara; el mismo fue continuado mediante la ley 109 de 1922 que aprobó el Código, que debía empezar a regir el 1º de enero del año siguiente. Sin embargo, mediante ley 81 de 1923 se aplazó su vigencia hasta 1925 y se creó una comisión para las modificaciones a que hubiere lugar que decidió que al final, era mejor elaborar otro código<sup>44</sup>, que derivó en un proyecto positivista frustrado de 1925. Estas dilaciones del código de 1922, obedecieron a un período de serias discusiones, entre la doctrina italiana clásica que correspondía a la consideración de la aplicación de la ley conforme a la ley como un ente de derecho de Carrara, y la visión del positivismo italiano que miraba al delito natural y a una visión más antropológica del crimen y del infractor. Esta discusión interrumpió durante mucho tiempo el aseguramiento de las instituciones penales de 1936, pues en el contexto colombiano, las discusiones ideales en el campo jurídico, en muchos casos se olvidan de la realidad y sacrifican el aspecto práctico que impide el progreso de las instituciones jurídicas, como en este caso, que se dilató el proceso del código penal durante un poco más de 20 años.

Luego de este proceso, y de varios ejercicios de codificación sin resultados, se contrató la misión italiana que derivó en el proyecto Córdoba de 1927 que era interesante debido a que no era positivista, sino que se fundaba en la responsabilidad moral<sup>45</sup>. Es decir, se tenían fundamentos clásicos de la orientación penal basados en una entidad de derecho y en un libre albedrío de la persona para responder por sus conductas punibles. En el proyecto se eliminaban las medidas de seguridad y todas las disposiciones inspiradas en las doctrinas modernas de la época<sup>46</sup>.

Para este momento, se puede afirmar que luego de los conflictos del siglo XIX se debatía entre los fundamentos de la escuela clásica penal

---

44 PÉREZ, A., 2009, p. 129; MESA, V. L., 1962, p. 48.

45 MESA, V. L., 1962, p. 48. 1962.

46 MESA, V. L., 1962, p. 48.

y el positivismo como elementos que le daban validez al derecho vigente y a su vez legitimidad a todo el orden punitivo. La garantía criminal en este momento comienza a ser debatida como una posibilidad de sistema que permita defender al ciudadano. En todo caso no era muy clara la postura de defensa social para este momento, pues ciertos elementos de estas doctrinas como el delito natural, no tenían base para ser sustentados en el código penal. En todo caso la garantía judicial parecía orientarse hacia estas posturas.

Durante este tiempo se puede afirmar que el Estado-Nación colombiano, experimentó una breve reconciliación de por lo menos 40 años, a partir de 1903; periodo de una convivencia política en relativa paz, sin dejar de lado los sucesos provenientes de la huelga de los trabajadores de la United Fruit Company de 1928, más conocida como la matanza de las bananeras<sup>47</sup>. En todo caso, los conflictos sociales principalmente en las zonas rurales del país adicionaban elementos de seriedad en la confrontación con las instituciones, pues en muchos casos el detentador del ejercicio y aplicación de la ley pertenecía a un hacendado y no propiamente a las autoridades judiciales<sup>48</sup>. Por lo tanto, la discusión jurídica planteaba unos elementos novedosos e interesantes, pero la discusión social era ajena a todo este tipo de planteamientos.

En el fondo se presentaban problemas originados en este tiempo que solamente vienen a ser revelados durante la década de fines de los treinta. Este hecho originó nuevas afectaciones de la legalidad penal, pues debido a estos hechos el Gobierno del entonces presidente, Miguel Abadía Méndez, expidió la denominada “Ley Heroica” (Ley 69 de 1928), que declaró el Estado de Excepción para reprimir las huelgas y las protestas de movimientos sociales. Las medidas adoptadas desencadenaron, el 6 de diciembre de 1928, la represión en forma violenta (por parte de las fuerzas militares) de los manifestantes de la United Fruit Company que dejaron un saldo de al menos 70 personas asesinadas (ITURRALDE M. P.60 2010). Lo anterior significó la adopción de medidas de excepción en perjuicio de la normativa penal, pese a que el fuero constitucional tenía límites para tal efecto.

Este nuevo factor que determinó el fin de la relativa paz desde la guerra de los mil días (1903) en Colombia y se caracterizó por el ejercicio de la fuerza desregulada del Estado, haciendo uso de los estados de Excepción. Lo grave del asunto es que al impedir un derecho de protesta y de asociación por virtud de una huelga, se reprime con graves crímenes a los líderes sindicales. Además, se trata de legalizar el asunto mediante la adopción de medidas para conjurar la crisis. Por tales razones la crisis de los años 30 en Colombia, afectan no sólo el ámbito político del Estado, sino que dan lugar a una práctica que desde

---

47 ITURRALDE, M., 2010, p. 60.

48 INFORME DEL CENTRO DE MEMORIA HISTÓRICA, 2013, p. 36.

entonces va a ser permanente casi hasta 1978-1982 y que se caracteriza por el ejercicio de la fuerza mediante los Estados de Excepción, en perjuicio de las garantías penales.

Este elemento de intervención del ejecutivo viene a determinar el rumbo de las garantías judiciales en casos de mayor afectación pública. En el caso de delitos ordinarios las medidas punitivas seguían un curso más pacífico, conforme a la vigencia y las concepciones punitivas basadas en la ley penal. Ahora la ausencia de instrumentos de derechos humanos en todos los casos va a marcar la legalidad de las instituciones penales casi hasta la aparición de la Constitución de 1991. Es decir, se trató de un período en que las garantías van a ser legales pero se va a cuestionar desde entonces su legitimidad.

## **5. LOS DIVERSOS ELEMENTOS TEÓRICOS QUE DAN LUGAR A LA CONCEPCIÓN PENAL DE 1936**

Finalmente, el desarrollo legislativo confluye en el proyecto del Código de 1936 que rigió hasta 1980<sup>49</sup>. Esta codificación fue desarrollada en virtud de la comisión creada mediante la ley 20 de 1933, que tuvo en cuenta los trabajos de 1925, es decir, el proyecto avalado por Enrico Ferri en 1921; el Código Penal Italiano de 1930, Código Rocco; el Código Penal Argentino de 1921, entre otros<sup>50</sup>. Con lo anterior se podría aseverar que la orientación de la escuela italiana que se configuraba en virtud de los representantes mencionados que participaron en la elaboración de las propuestas de reforma podrían incidir en la orientación de la ley penal colombiana durante los años 20 y 30. En realidad, si se presentó tal influencia, sus efectos no fueron todos los que podrían haberse presumido, sobre todo no se contaba con un análisis del contexto social que ya tenía antecedentes de movilizaciones sobre todo campesinas, dada la inequidad durante los años 20 y 30<sup>51</sup>. Es decir, el contexto en que se generaba esta norma no fue tranquilo y como se observa, había rupturas entre la sociedad y la creación de las normas, en este caso, las normas penales.

Así mismo, en el momento de la promulgación del código penal de 1936 la ley se entendía como la manifestación de la voluntad general prevenida en la constitución, atendiendo los mandatos del código civil, esto es que la ley está destinada a mandar prohibir, permitir o castigar. El precepto de legalidad implicaba la relación con los mandatos de la carta que indicaban los órganos encargados de dictar las leyes y los requisitos necesarios para que los actos de tales órganos adquirieran ese carácter. En este sentido para la época de expedición del código de 1936,

---

49 PÉREZ, L., 1975, p. 129.

50 MESA, V. L., 1962, 9. 46 y 47.

51 PECAUT, D., 2016.

el artículo 1° establecía que no había delito sin ley pre existente que lo estableciera<sup>52</sup>.

La garantía de legalidad se determinaba según la Constitución con respecto a los delitos y las penas, que se traducían en la ley penal. Esto correspondía a la declaración estatal de las acciones punibles y de las sanciones. Es decir, la ley se asimilaba al derecho penal objetivo y el Derecho subjetivo del Estado como la facultad para castigar traducida en el *ius puniendi*.

Según Gutiérrez la ley penal era una garantía para todos: Estado, delincuente y personas no delincuentes y aun para los lesionados del delito, puesto que ella establece el derecho al resarcimiento de los perjuicios causados por la infracción. La misma se sustentaba en la legalidad del delito, de la pena y en el hecho punible como base para la pena. Esta garantía sólo era legítima, si existía ley para la persecución del delito, que determinara el órgano judicial penal encargado de tal función, mediante un juicio instituido también legalmente. Estos fundamentos se armonizaban con el artículo 22 de la Constitución Política<sup>53</sup>.

Por otra parte, el proceso de la nueva codificación de 1936, se realizó mientras el contexto revelaba una situación de violencia rural, debido al conflicto agrario que se presentaba en la década del treinta en el país<sup>54</sup>. Es decir, no fue del todo pacífico su recibimiento en el Estado Nación de aquel entonces y tampoco se aseveran comentarios al respecto. Los textos de la época tan sólo analizan las estructuras normativas y su resolución frente a un tema que siempre será recurrente, especialmente, las medidas ejecutivas y los conflictos sociales, dado que van a interferir en el concepto de garantías judiciales en materia penal de aquel entonces.

De cualquier forma, los proyectos de codificación tenían como característica motivos de defensa social dada la escuela italiana planteada anteriormente, pero desde un sentido ecléctico y más moderado que los desarrollos italianos positivistas de este tiempo. Por ejemplo, planteaban un régimen de penas para personas normales y medidas de seguridad para anormales; además se soportaba en fundamentos como la prevención, la reeducación, resocialización, etc.<sup>55</sup>. En este concepto se orientaba el desarrollo de la legalidad penal del sistema de 1936.

Igualmente, se afirmó que la codificación de 1936 era de corte “peligrosista”, toda vez que tenía en cuenta este factor en la valoración del caso; empero esto solo se producía para la punibilidad, luego de verificada la responsabilidad penal, como ocurre en la actualidad. Tampoco era absolutamente objetiva su valoración, toda vez que admitía la culpabilidad y su apreciación<sup>56</sup>.

---

52 GUTIÉRREZ, J., 1940, p. 37 y 38.

53 GUTIÉRREZ, J. Op. cit., p. 39.

54 RESTREPO, F. J., 2005, p. 90.

55 PÉREZ, L., 1975, p. 283.

56 LOZANO, L. C., 1961, p. 107 y 183.

Lo anterior, revela en estricto sentido que había una interpretación dogmática que también provenía de la escuela jurídico penal italiana, sobre todo de la *Terza Scuola* de tipo ecléctico, lo cual quiere decir que el sistema presentaba cierta mixtura en este sentido y había un camino hacia la preferencia dogmática del sistema penal<sup>57</sup>. Sobre esto se afirma que tal vez influyó el panorama positivista que pregonaban los intérpretes y comisionados del código en su momento, pero al final esta influencia no se destacó en las instituciones concebidas en dicha legislación<sup>58</sup>.

De alguna manera, esta forma de entender tal desarrollo de la legalidad penal implicó, una mirada hacia dentro de los conceptos del sistema penal, sin observar el sistema constitucional del que también hacía parte. En todo caso se preciaba el valor dogmático de la legalidad penal y no se ampliaba el concepto de peligrosidad o defensa social que pudo intervenir en perjuicio de la garantía criminal. Sin embargo, esto no es claro en ese momento y se aplica de preferencia la vigencia de la ley.

Esta noción se fundaba, según Carlos Lozano y Lozano, uno de sus redactores, en que el Código de 1936 concedía importancia al estudio del delincuente. Sus antecedentes, su personalidad psicofísica, sus características y su manera de obrar fueron tenidas en cuenta en todos los capítulos, no solo en la parte general sino en la sistematización de las normas relativas a cada delito<sup>59</sup>. La peligrosidad y los motivos determinantes indicaban la gravedad relativa al acto que se sancionaba, junto con sus condiciones jurídicas objetivas. La reacción social frente a este acto procuró adaptarse a las condiciones y a la conducta general del agente, más que al hecho concreto, que es ante todo un síntoma de la personalidad<sup>60</sup>.

En todo caso, según este autor, la consecuencia de este criterio era la tesis de la responsabilidad legal consagrada en el art. 2, que señalaba: “Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos exceptuados en el código. En este caso sólo a los perturbados psíquicos difiere la reacción social que en estos casos corresponde a una medida de seguridad a tiempo indeterminado”<sup>61</sup>.

Adicionalmente, este concepto de la peligrosidad, según Luis Carlos Pérez, tampoco coincidía plenamente con la escuela positivista italiana, dado que el Código de 1936 se alejaba del Estatuto Italiano frente al reconocimiento de las causas de imputabilidad y de justificación e incluso regulaba la exclusión de la responsabilidad para el demente<sup>62</sup>. Tan solo se enunciaba la posibilidad teórica del delito natural propio de

---

57 RESTREPO, F. J., 2005, p. 110 y 111.

58 *Ibidem*.

59 LOZANO, Op. cit., p. 107.

60 *Ibidem*.

61 *Ibidem*.

62 PÉREZ, L., 1975, p. 283.



esta concepción, pero siempre se hacía referencia, en primer lugar, a la posibilidad legal descrita en el código de 1936. En últimas, se mencionaba la doctrina al delito natural, pero solamente como posibilidad teórica e igualmente, se reitera la fórmula del delito conforme a la legalidad escrita, más parecida a la escuela dogmática, tanto alemana como italiana<sup>63</sup>. Lo relevante es que, si se contemplaba el delito natural, esto constituía la base del sistema y por lo tanto la propuesta de un delito flexible que se acomodara a las buenas costumbres, impediría el imperio de la ley y sería injusto. Afortunadamente era una postura solamente retórica pero no legal.

Además de ello, el texto de las disposiciones penales implicó que la peligrosidad no quedara como medida de la responsabilidad y menos como base para imputar delitos, sino como una simple circunstancia de atenuación punitiva<sup>64</sup>. En este sentido, los autores de la época consideraban que si bien, se presentaban estas discusiones dada la fuerte presencia de la Escuela Italiana positivista del momento, era necesario advertir que desde el punto de vista de la justicia penal, por lo correspondiente a la dogmática jurídica y para la aplicación del derecho represivo de la época, había que referir siempre al delito como violación de la ley penal positiva<sup>65</sup>. Esta violación, según Mesa Velásquez residía en el carácter antijurídico del hecho, asunto que sin la previsión legislativa correspondiente ninguna acción por inmoral y peligrosa que se la imaginara, podría incriminarse penalmente, aunque coincidiera con la noción de delito natural que en todo caso era absolutamente indeterminada y sin soporte normativo<sup>66</sup>. En este factor residía la protección del ciudadano con respecto a la legalidad del delito, vale decir, la del código de 1936, que, en los términos analizados, puede acomodarse al concepto de garantía criminal, en los términos de Ferrajoli mencionados en la parte inicial.

En este punto, Mesa Velásquez manifiesta sobre la definición de Garófalo, en la que expresa que el delito natural, se tomó como la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad, en la medida en que se encuentran en la sociedad civil en un momento dado, por medio de acciones nocivas para la colectividad. Así mismo adiciona los cuestionamientos de Ferri a tal definición, según los cuales se deben incluir otros sentimientos como la religión, el pudor y el patriotismo. También se deben adicionar las ofensas a las condiciones de existencia social y que la acción esté subordinada a motivos determinantes antisociales<sup>67</sup>.

De lo expuesto anteriormente, se puede expresar, en términos

---

63 MESA, V. L., 1962, p. 81.

64 PÉREZ, L., 1975, p. 283.

65 MESA., Op. cit., p. 82 -83.

66 *Ibidem*.

67 *Ibidem*.

de definición de la teoría del delito como instrumento que debía ser ejecutado bajo la garantía criminal de legalidad que establecía el Dolo, la culpa, y la intención que hacía parte del dolo. Allí se expresaban los elementos determinantes que para algunos tenían una concepción moral del delito y en ella reposaba el interés del positivismo por dar explicación a sus alcances, sin embargo, otros traducían la intención en el elemento psíquico que consiste en la voluntad en la ejecución del acto y sus consecuencias. En el fondo existían elementos que podían ampliarse en la discusión, sobre todo si era determinante frente al delito, no obstante, ello no era jurídicamente estricto para este momento<sup>68</sup>. Al parecer la discusión teórica era superior al mandato legal y de todas formas seguía rigiendo el concepto normativo.

Finalmente aparecen algunos elementos de defensa social como los refiere la comisión redactora del código respecto de la imputabilidad psicofísica como base de la imputabilidad penal, no obstante, los criterios descansaban en acciones físicas y psíquicas del autor que debían medirse con base en el Dolo, la Culpa, la inmadurez, Enfermedad mental y anomalía psíquica. Todo ello procedente de la personalidad del autor<sup>69</sup>.

Sumado a lo anterior, además de la discusión planteada, el principio de legalidad que sustentaba la teoría del delito consagrada en el código de 1936, se acompañaba de leyes posteriores como la Ley 50 de 1939, mediante la cual se adicionaban normas sobre la persecución de delitos como el hurto de ganado, los beneficios de excarcelación debido al centenario del Gobierno del General Santander -Ley 59 de 1939-; la ley 224 de 1938 sobre normas pecuarias y seguridad en el campo, la ley 124 de 1937, entre otras normas que complementaban la persecución penal del delito

## CONCLUSIONES

Como se puede observar al comparar la legislación de 1936, se advierte que los conceptos teóricos de la época relativo al delito natural, no son desarrollados en el texto legal y por el contrario la garantía criminal bajo observación, tiende a ser considerada bajo factores más estrictos de legalidad que los mencionados.

Por otro lado, las actuaciones procesales tendían a recibir elementos propios de instituciones como los jurados de conciencia como último recurso para definir incluso la definición del delito. Así mismo, desde la Constitución de 1886 vigente para la época se establecía el concepto de garantías en consideración a los postulados de legalidad principalmente, la proscripción de la pena de muerte y la defensa de garantías procesales. Este criterio se asume desde 1910 hasta la expedición del código de 1936

---

68 GUTIÉRREZ, J., 1940, p. 66-67.

69 GUTIÉRREZ, Op. it., p. 80-81.

objeto de estudio y que rigió hasta 1980 en Colombia.

Finalmente, las posibilidades teóricas, tanto de la defensa social como del delito natural, no fueron objeto de definición en los términos de la Escuela Italiana de la época sino de una mixtura de teorías, entre ellas la *Terza Scuola*, junto con los mecanismos de protección del papel de los jurados de conciencia en el proceso, así como de las definiciones Constitucionales de legalidad y debido proceso. Si bien estos conceptos eran interpretados mediante concepciones formales, la materialidad de este conjunto, harían viables los antecedentes de las garantías judiciales contemporáneas en el código de 1936 en Colombia, a pesar de que no se analiza en ningún caso los contextos sociales que señalaban una serie de conflictos que, para la época, eran ajenos a la discusión jurídica.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACTO LEGISLATIVO 01 de 1936. Disponible en <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1824914>.

BERNATE OCHOA, Francisco. “El Código Penal Colombiano de 1890”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2004, vol. 6, n° 2. Disponible en: <[http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-05792004000200017&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-05792004000200017&script=sci_arttext)>

BOTERO, Sandra. “La reforma constitucional de 1936, el Estado y las Políticas Sociales en Colombia”. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 2006, n° 33, p. 85-109.

CARO, Miguel Antonio. *Estudios Constitucionales y Jurídicos*. Bogotá: Editorial Instituto Caro y Cuervo, 1986.

CHINCHILLA HERRERA, Tulio. “Concepciones sobre el juez constitucional en la reforma de 1910. Diálogos de derecho y política”. *Revista elec-trónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia*, 2010, vol 3.

DE ZUBIRIA SAMPER, Andrés. “La historia de la rama judicial en Colombia”. *Revista Criterio Jurídico Garantista*, 2012, vol 3, n° 6.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

GUTIERREZ GOMEZ, Jorge. *Comentarios al Código penal*. Bogotá: Ediciones Librería Siglo XX, 1940.

INFORME DEL CENTRO DE MEMORA HISTÓRICA. *Guerrilla y Población Civil Trayectoria de las FARC, 1949-2013*. 3ª ed. Bogotá: CNMH-Imprenta, 2014.

ITURRALDE, Manuel. *Castigo, Liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Ed. Siglo del Hombre Editores, 2010.

LEY 50 de 1939. Disponible en: <[http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1611083?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1611083?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)>

LEY 59 de 1939. Disponible en: <<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1604144>>

LOZANO Y LOZANO, Carlos. *Elementos de Derecho Penal*. 2ª ed. Bogotá: Ediciones Lerner, 1961.

MARQUEZ ESTRADA, José Wilson. “La Problemática del Jurado de Conciencia en el contexto de la justicia criminal en el Estado de Bolívar: 1860 – 1880”. *Revista Criminología*, 2012, vol 54, n° 2.

MESA VELASQUEZ, Luis Eduardo. *Lecciones de Derecho Penal*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 1962.

MOOR, Marianne y LIDUINE, Zumpolle. ¿La Industria del Secuestro en Colombia, un negocio que nos concierne? Ámsterdam: Edit. Pax Christi, 1995.

OLANO GARCIA, Hernán Alejandro. *El Acuerdo Final de Paz y el Ordenamiento Territorial del Estado*. Disponible en: <<http://www.portafolio.co/opinion/blogs/juridica/la-ley-de-los-caballos>>

PECAUT, Daniel. *Una Lucha Armada al servicio del Statu Quo Social y Político. Informe de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas*. Disponible en: <<http://equipopazgobierno.presidencia.gov.co/especiales/resumen-informe-comision-historica-conflicto-victimas/index.html>>

PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis, 2009.

PÉREZ, Luis Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 1975.

RAMIREZ BASTIDAS, Yesid et al. *Antología Jurisprudencial. Corte Suprema de Justicia*. Bogotá: Sigma Editores, 2007.

SACHICA, Luis C. *Constitución Política de Colombia, consultada y concordada*. 3ª ed. Edit. Bogotá: Biblioteca Jurídica DIKE, 1990.

SANCHEZ, Gonzalo. *Recordar y narrar el Conflicto. Grupo de Memoria Histórica*. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. Bogotá:

Presidencia de la República, 2009.

SANDOVAL MESA, Jaime Alberto. *La Garantía Criminal en Materia Penal y Penal Internacional*. Valencia: Edit. Tirant Lo Blanche, 2018.

URIBE VARGAS, Diego. *Las constituciones de Colombia. Perspectiva Histórica y Sociológica*. Ediciones cultura Hispánica. Instituto de Cooperación Iberoamericana. Madrid, España, 1985.

VAZQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. *El poder presidencial en Colombia*. 3ª ed. Barranquilla: Ediciones Suramérica LTDA, 1986.

### **RESUMEN BIOGRÁFICO**

*Jaime Alberto Sandoval Mesa* es Profesor Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho. Phd en Derecho. Artículo avance de investigación. Proyecto Financiado Der. 2317. Las garantías judiciales en Colombia. Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho, Vigencia 2017.

## 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 fática<sup>1</sup> – 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 existe<sup>2</sup>.

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). Estudos de direito internacional: anai. Menezes, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X.

**- 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. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año, vol. p. inicial-final.

ALMEIDA, Guilherme de Vasconcellos. “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.

**- 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](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](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](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](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/](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.

### **Crítérios 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 fática<sup>1</sup> – 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 existe<sup>2</sup>.

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 Vasconcellos. “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](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](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](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](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- en 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 – en 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]. [acesso 07/02/2015]. Disponível em: <[http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b\\_52/](http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b_52/)>

Versión online finalizada  
en abril de 2018.

Versión impresa finalizada  
en abril de 2018.

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 pelos 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](http://www.tprmercosur.org)

[www.revistastpr.com](http://www.revistastpr.com)

Av. Mcal. López 1141 casi Gral. Melgarejo, “Villa Aucinera”, CP 1532

Asunción, República del Paraguay - Teléfono 595 (21) 221411

