

O PROTOCOLO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS E O POTENCIAL DE SUAS MEDIDAS DE FACILITAÇÃO

Ana Rachel Freitas da Silva, Paula Laurene Jacobsen Valkinir

MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL E O DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL

Pedro Carneiro Sales

A LACUNA NA EXECUÇÃO DE LAUDOS ARBITRAIS DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

Morgana Araújo Cadó, Marcelo Mauricio da Silva

LOS PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA ESPECIAL PARA LA PAZ EN LOS ACUERDOS SUSCRITOS CON LAS FARC EN COLOMBIA Y SU RELACIÓN CON LA COMISIÓN DE LA VERDAD

Jaime Sandoval, Carlos Alberto Cárdenas Sierra

LA GRATUIDAD DE LOS DERECHOS PRESTACIONALES COMO DDHH

Eduardo Santillán Pérez, Carlos Manuel Rosales Garcia

ORDEM PÚBLICA COMO FILTRO À EFICÁCIA NO BRASIL DA PROVA OBTIDA NO EXTERIOR

Nathalia Lenzi Castro Toledo

UMA ANÁLISE DA ATUAL REALIDADE INTERNACIONAL SOB A ÉGIDE DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Eduarda Alfaro Mena Barreto Martins

INTEGRACIÓN, INNOVACIÓN Y DESARROLLO: EL FENÓMENO DE LAS STARTUPS

Pablo César Mortarotti

O DIREITO INTERNACIONAL EM BANKSY: INTERLOCUÇÕES ENTRE DIREITO INTERNACIONAL, FILOSOFIA POLÍTICA E STREETART

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira

SOCIEDADE E GOVERNANÇA GLOBAL: PERSPECTIVAS PARA AS AÇÕES COLETIVAS NO DIREITO E NA POLÍTICA EM UM MUNDO FRAGMENTADO

José Alberto Antunes de Miranda

RSTPR

Rev. secr. Trib. perm. revis.
Año 8, N° 15, 2020
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 Manuel Rivero Godoy, Tribunal Permanente de Revisión

EQUIPO EDITOR

Brenda Maffei, Tribunal Permanente de Revisión
Maidier Méndez, Tribunal Permanente de Revisión

COORDINACION TÉCNICA Y DIAGRAMACIÓN

Ruth Navarro, Tribunal Permanente de Revisión

SOPORTE DIGITAL

Manuel Fernández, Tribunal Permanente de Revisión

COLABORADORES

Renata Cenedesi, Tribunal Permanente de Revisión
Cecilia Sáez Repetto, Tribunal Permanente de Revisión
Claudio Gaona, Tribunal Permanente de Revisión

ISSN 2304-7887 (en línea)

ISSN 2307-5163 (impreso)

Año 8, N° 15, marzo 2020.



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.
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.
As opiniões contidas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores.

MIEMBROS ACTIVOS DEL CONSEJO EDITORIAL

Roberto Ruiz Díaz Labrano, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay
Alejandro Pastori, Universidad de La República, Uruguay
Alfredo Mario Soto, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Ana Cristina Paulo Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Ana María Pastorino, Universidad de La República, Uruguay
Andrés Bancalari, Universidad ORT, Uruguay
Antônio Pereira Gaio Júnior, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
Augusto Jaeger, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil
Carlos Francisco Molina del Pozo, Universidad de Alcalá de Henares, España
Carlos Hugo Centurión, Ministerio de Relaciones Exteriores, Paraguay
Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Enrique Hernández, Universidad de La República, Uruguay
Guillermo Michelson Irusta, Tribunal Permanente de Revisión, Argentina
Javier Parquet Villagra, Tribunal Permanente de Revisión, Paraguay
Jorge Cardona Llorens, Universidad de Valencia, España
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
Juan Emilio Oviedo Cabañas, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay
Leopoldo Godio, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Lilian del Castillo, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Liliana Rapallini, Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Luciane Klein, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Magdalena Bas Vilizzio, Universidad de La República, Uruguay
Marcilio Toscano Franca Filho, Tribunal Permanente de Revisión, Brasil
Miguel Angel Ciuro Caldani, Universidad Nacional de Rosario, Argentina
Nadia de Araujo, Tribunal Permanente de Revisión/Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil
Natasha Suñé, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Norma Zelaya, Universidad Columbia del Paraguay, Paraguay
Pablo Antonio Debuchy Boselli, Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Paraguay
Paula Wojcikiewicz Almeida, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Brasil
Pierre D'Argent, Universidad de Louvain, Bélgica
Raphael Carvalho de Vasconcelos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
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
Valerio Mazzuoli, Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), Brasil

MIEMBROS DEL CONSEJO EDITORIAL ANTERIORES

Alberto do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, Brasil

Calogero Pizzolo, Universidad de Buenos Aires, Argentina

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

Noemí B. Mellado, Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Paulo Borba Casella, Universidade de São Paulo, Brasil

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Sandra Cecilia Negro, Universidad de Buenos Aires, Argentina

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 – APRESENTAÇÃO

<i>Juan Manuel Rivero Godoy</i>	9
---------------------------------------	---

ARTÍCULOS ORIGINALES – ARTIGOS ORIGINAIS

O potencial das medidas de facilitação do Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos do MERCOSUL

<i>Ana Rachel Freitas da Silva, Paula Laurenne Jacobsen Valkinir</i>	11
--	----

Mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL e o direito administrativo global

<i>Pedro Carneiro Sales</i>	31
-----------------------------------	----

A lacuna na execução de laudos arbitrais do sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio

<i>Morgana Araújo Cadó, Marcelo Maurício da Silva</i>	51
---	----

Los principios de la justicia especial para la paz en los acuerdos suscritos con las FARC en Colombia y su relación con la Comisión de la Verdad

<i>Jaime Alberto Sandoval Mesa, Carlos Alberto Cárdenas Sierra</i>	71
--	----

La gratuidad de los derechos prestacionales como derechos humanos. Una propuesta para su ponderación y otorgamiento

<i>Eduardo Santillán Pérez, Carlos Manuel Rosales</i>	92
---	----

Ordem pública como filtro à eficácia no Brasil da prova obtida no exterior

<i>Nathalia Lenzi Castro Toledo</i>	123
---	-----

Uma análise da atual realidade internacional sob a égide da cooperação jurídica internacional no novo código de processo civil brasileiro

<i>Eduarda Alfaro Mena Barreto Martins</i>	148
--	-----

Integración, innovación y desarrollo: el fenómeno de las startups <i>Pablo César Mortarotti</i>	168
O Direito Internacional em Banksy: interlocuções entre direito internacional, filosofia política e street art <i>Marcus Vinicius Xavier de Oliveira</i>	186
Sociedade e governança global: perspectivas para as ações coletivas no direito e na política em um mundo fragmentado <i>José Alberto Antunes de Miranda</i>	208
NORMA EDITORIAL	227

PRESENTACIÓN

Es con gran satisfacción y un honor hacer esta primera presentación de la RTPR N°15/2020 de cara a lo que será el inicio de una nueva etapa con algunos cambios, entre ellos la incorporación de nuevos miembros para el Consejo Editorial, así como la eventual publicación en otros dos idiomas tanto en francés e inglés.

El presente número abarca una serie de trabajos de muy buena calidad académica y que propicia el campo para la natural reflexión. Es así que los artículos abordan diversas temáticas, lo que hacen a una diversidad de tópicos siempre interesantes. Entre ellos los derechos humanos, la cooperación internacional, la gobernanza mundial, el incipiente campo del arbitraje internacional y la siempre bienvenida integración.

En momentos en que el mundo se mueve hacia una mayor integración directa e indirecta, se hace importante y fundamental presentar los más variados temas que permite el derecho y que se presentan en este número de la revista.

En ese sentido, la contribución de los autores es valiosísima y ayuda a entender mejor las diferentes situaciones que acontecen en el mundo y que aún despiertan inquietudes.

Juan Manuel Rivero Godoy
Secretario del TPR

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação e honra que eu faço esta primeira apresentação do RSTPR N° 15/2020, com vistas a qual será o início de uma nova etapa com algumas mudanças, entre elas a incorporação de novos membros para o Conselho Editorial e a publicação eventual em dois outros idiomas, em francês e inglês.

Esta edição abrange uma série de trabalhos de muito boa qualidade acadêmica e que promovem o campo da reflexão natural. E assim que, os artigos abordam vários tópicos, o que torna uma variedade de temas sempre interessantes. Entre eles os direitos humanos, cooperação internacional, governança global, o campo emergente da arbitragem internacional e a integração sempre bem-vinda.

No momento em que o mundo está caminhando para uma maior integração direta e indireta, torna-se importante e fundamental apresentar os mais variados tópicos que a lei permite e que são apresentados nesta edição da revista.

Nesse sentido, a contribuição dos autores é inestimável e ajuda a entender melhor as situações diferentes que ocorrem no mundo e que ainda suscitam preocupações.

Juan Manuel Rivero Godoy
Secretário do TPR

O potencial das medidas de facilitação do Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos do MERCOSUL

El potencial de las medidas de facilitación del Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones del MERCOSUR

Ana Rachel Freitas da Silva*

Paula Laurene Jacobsen Valkinir**

Resumo: O presente artigo aponta as variações do conceito de facilitação de investimentos e sua evolução nos tradicionais Acordos de Proteção e Promoção de Investimentos. Apresenta o Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos adotado pelo Mercosul como uma alternativa inovadora entre esses acordos. Discutem-se as perspectivas práticas da inclusão das medidas de facilitação e se elas representam uma compensação pela ausência de algumas proteções típicas concedidas aos investidores.

Resumen: El presente artículo apunta las variaciones del concepto de facilitación y su evolución en los tradicionales Acuerdos de Protección y Promoción de Inversiones. Presenta el Protocolo de Cooperación y Facilitación adoptado por el MERCOSUR como una alternativa innovadora entre ellos. El artículo discute las perspectivas prácticas de la inclusión de las medidas de facilitación y si ellas representan una compensación por la ausencia de algunas protecciones típicas concedidas a los inversionistas.

Palavras-chave: MERCOSUL, Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos. Investimento Estrangeiro, Facilitação de Investimentos.

Palabras clave: MERCOSUR, Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones, Inversión Extranjera, Facilitación de Inversiones.

* Centro Universitário de Brasília, Brasil.

**Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Brasil.

E-mail: anarachel.freitas@gmail.com

Recibido: 19/03/2019. Aceptado: 03/02/2020.



1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a tradicional regulamentação do Investimento Estrangeiro Direto (IED) por meio dos Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos (APPI) mostrou-se desalinhada com os interesses dos Estados. O objetivo traçado no preâmbulo dos acordos, de promover o investimento por meio de proteções substantivas, entregou a eles o contrário do que esperavam. Houve frustração quando os governantes notaram que tais acordos haviam restringido sua soberania ao limitar sua capacidade de regular e que, além disso, os investimentos não os haviam brindado com um satisfatório crescimento econômico e, principalmente, sustentável¹.

Preocupados com a retração dos fluxos de investimento após a crise de 2008, a diminuição dos números de acordos sobre investimento firmados e com o aumento das arbitragens internacionais investidor-Estado e buscando promover o crescimento global ancorado na sustentabilidade, vários organismos internacionais advogaram por políticas voltadas à facilitação para reforma dos tradicionais acordos de investimento².

Na América do Sul, o Brasil foi pioneiro na incorporação das medidas de facilitação em acordos de investimento estrangeiro direto, tanto que criou um modelo específico, chamado Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimento, que tem como elemento-chave a facilitação como forma de beneficiar a entrada do capital estrangeiro e seu direcionamento segundo os interesses do Estado³. Convergindo para a modernização e fortalecimento do MERCOSUL, o modelo brasileiro foi proposto para o grupo, o qual, em abril de 2017, assinou o Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (PCFI).

Com isso em vista, este trabalho busca averiguar quais são as principais características do Protocolo de Cooperação e Facilitação e Investimentos enquanto parte de uma nova geração de acordos de investimento que foca nas políticas de facilitação como modo de se alcançar o equilíbrio entre as partes e o desenvolvimento sustentável.

Para tanto, em um primeiro momento, busca-se apresentar ao leitor o conceito da facilitação e sua evolução nos acordos de investimento. Em seguida, esmiúça-se o PCFI como acordo de nova geração, explicitando porque ele é um acordo de facilitação, quais são suas principais características e o que o diferencia dos APPIs. Posto esse panorama, critica-se o modelo dissertando acerca da viabilidade do seu estabelecimento no MERCOSUL, os principais problemas a serem enfrentados em suas cláusulas e, por fim, se o

1 JOHNSON, Lise et al. *Costs and Benefits of Investment Treaties Practical Considerations For States*. Columbia Center On Sustainable Investment, p. 5.

2 HERREROS, Sebastián. *Facilitação de investimentos: um caminho para a convergência entre Aliança do Pacífico e MERCOSUL*.

3 Texto modelo do Acordo, bem como os acordos firmados pelo Brasil, podem ser encontrados no sítio eletrônico da UNCTAD: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27#iialInnerMenu>>. Perspectiva histórica do modelo brasileiro pode ser encontrado em: FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. Os ACFIs e os BITS assinados pelo Brasil: uma análise comparada.

aumento da facilitação compensa a diminuição e a restrição das medidas de proteção substantivas.

1.1. Facilitação: da fluidez do conceito e sua presença nos acordos de investimentos

A facilitação é tema frequente nas discussões atuais concernentes à regulamentação do IED, porém, ainda não há uma definição concreta para o termo. Diferentes provisões são agrupadas sob o conceito de “facilitação”, como se verá. Como tais disposições têm ganhado protagonismo em tratados de investimentos apenas recentemente, não se observou uma preocupação de sistematização e conceituação de facilitação. Justifica-se, portanto, antes de examinar as propostas de facilitação de investimentos do PCFI, uma discussão teórica sobre o conceito, seguido da digressão histórica dessas medidas nos APPIs.

Há uma variedade de conceitos e sugestões feitas por países e instituições multilaterais em fóruns de discussão internacionais. A Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (OCDE), por exemplo, acredita que a facilitação abrange tanto a adoção de políticas transparentes quanto formas de redução de barreiras de acesso ao mercado. O primeiro leva à diminuição de procedimentos burocráticos com a criação de uma autoridade e um posto de requisição de informações e licenças centrais: os *one-stop-shops*. Ademais, a própria redução de barreiras de acesso ao mercado induz a adoção de políticas transparentes, que por darem clareza ao procedimento devem reduzir o risco de corrupção, tornando o ambiente previsível e transparente⁴.

De modo similar, a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) entende que as medidas de facilitação devem focar em aliviar obstáculos ao investimento. Pontua que a facilitação deve promover a transparência das informações disponíveis aos investidores, a eficiência de procedimentos administrativos e a previsibilidade e estabilidade de sua aplicação para os investidores. O órgão da Organização das Nações Unidas atenta ao fato de que a facilitação não deve ser confundida com medidas que fornecem aos investidores garantias e incentivos relacionadas à criação de Zonas Econômicas Exclusivas ou reduções tarifárias⁵.

O grupo de países formado pelo G20 também conceituou a facilitação no seu Guia de Princípios para uma Política Global de Investimentos. Para eles, a facilitação deve desenvolver políticas de incentivos que sejam transparentes, incentivem boas práticas e a governança corporativa⁶. Artigo publicado pela organização *International Institute for Sustainable Development* inclui no conceito de facilitação de investimento ações regulatórias, competências

4 OECD. *Policy Framework for Investment*, 2015, p. 39.

5 UNCTAD. United Nations Conference on Trade and Development. *UNCTAD's Global Action Menu for Investment Facilitation*, 2016a, p. 4.

6 G20. ANNEX III: *G20 Guiding Principles for Global Investment Policymaking*. Pontos VII e VIII.

institucionais e procedimentos administrativos cujo objetivo é facilitar a entrada, operação e retirada de investidores⁷.

Já os diplomatas brasileiros, Felipe Hees e Pedro Mendonça Cavalcante, acreditam que o modo mais adequado de definir facilitação é por meio de uma abordagem negativa⁸. Tal posicionamento foi adotado pelos Amigos da Facilitação de Investimento para o Desenvolvimento (FIFD) na Organização Mundial do Comércio em um Diálogo Informal sobre a Facilitação de Investimento para o Desenvolvimento⁹. Pelo conceito negativo ou excludente, a facilitação não deve abranger o acesso ao mercado, a proteção ao investimento ou a resolução de disputas¹⁰. Abrangeria, por outro lado, uma quantidade imensurável de medidas, mecanismos e ações que, em suma, devem contribuir para um ambiente nacional favorável ao investimento.

É notório que todos os conceitos acima têm similaridades e se complementam. Deles é possível concluir que o conceito de facilitação pode ser traduzido em uma forma de oportunizar o fluxo de investimento entre fronteiras por meio de políticas que têm um conteúdo e propósito determinado. Como conteúdo, as medidas devem fornecer suporte ao investidor e, como propósito, as medidas devem desenvolver procedimentos claros para a instalação do investimento por meio de auxílio prático no estabelecimento, na expansão e durante a operação.

Tendo em vista este conceito, vale mencionar que os APPIs tradicionais, aqueles assinados até início do século XXI, não tinham como praxe a adoção de medidas de facilitação. Segundo a UNCTAD, até 2016 as cláusulas de facilitação de investimentos nos acordos internacionais ou são inexistentes ou fracas, com apenas duas exceções: as cláusulas que tratam da entrada e permanência de estrangeiros e aquelas que dispõem sobre a transparência¹¹.

Tais cláusulas trazem medidas simples e um tanto quanto óbvias a serem realizadas em conjunto com um parceiro comercial. Tratam, por exemplo, da facilitação de concessão de vistos para empresários¹², de permanência

7 GUIOTTO, Luciana. A Critical Review of the Debate on Investment Facilitation.

8 HEES, Felipe; CAVALCANTE, Pedro Mendonça. *Perspectives on topical foreign direct investment issues*. Focusing on investment facilitation – is that difficult? p. 1.

9 WTO. World Trade Organization. *Proposal for a WTO Informal Dialogue on Investment Facilitation for Development*. Joint Communication from the Friends of Investment Facilitation for Development, 2017.

10 O conceito negativo é importante para diferenciar o que entendemos por APPIs tradicionais que, em geral, focam em medidas de proteção como cláusulas de expropriação direta e indireta, garantia contra o tratamento discriminatório (cláusula de nação mais favorecida e tratamento nacional), garantia de um tratamento mínimo internacional e oferece acesso direto à arbitragem para o investidor. Apesar de conter algumas dessas provisões, o ACFI se diferencia pela presença de temas de cooperação e facilitação, limitação das cláusulas de proteção como a menção apenas à expropriação direta e a ausência de arbitragem investidor-Estado.

11 UNCTAD. United Nations Conference on Trade and Development. *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy*, 2017, p. 124-125.

12 Artigo terceiro do acordo entre Colômbia e Suíça. COLOMBIA. *Agreement between the Republic of Colombia and the Swiss Confederation on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*. Berne, 17 de maio de 2006.

dos investidores no país receptor¹³, concessão de autorizações para estabelecimento do investimento, permissão para o trabalho de especialistas e consultores, possibilidade de permanência¹⁴ ou do estabelecimento de escritórios de representação nos locais que receberão o investimento¹⁵. Dados da UNCTAD demonstram que entre 1968-2010 apenas 37% de todos os tratados dispunham acerca de facilitação do trânsito de indivíduos, sendo o índice de disposições que tratam da transparência surpreendentemente mais baixo: apenas 9% dos acordos deste período os preveem¹⁶.

O incremento da discussão sobre o conceito de facilitação nos fóruns internacionais alterou um pouco esse cenário. Nos últimos anos, principalmente após a crise econômica de 2008, houve um aumento desse tipo de preocupação. Isso mostra uma tendência à aderência de tais previsões nas reformas ou nos novos acordos internacionais de investimento. Entre 2011-2016, por exemplo, o aumento da presença de cláusulas sobre facilitação de movimentação de indivíduos alcançou o índice de 59% e de transparência chegou a 46%.

O modelo brasileiro vai além da inclusão pontual de disposições sobre facilitação. Ele se assenta numa perspectiva de cooperação e facilitação. Este modelo surgiu como uma resposta pragmática e equilibrada ao sistema tradicional dos APPIs, que prezam pela proteção do investimento, corroborando a necessidade de reconfiguração dos acordos que regulamentam os fluxos de IED ao redor do globo. O Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimento, como o próprio nome sugere, foi desenvolvido visando os conteúdos e propósitos da facilitação.

1.2. O Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos: características que o tornam um acordo diferente dos tradicionais APPIs

O Protocolo, cuja proposta inicial foi apresentada pelo Brasil, segue influências e direcionamentos presentes nos ACFIs negociados anteriormente¹⁷. Por conta disso, é possível dizer que o PCFI, assim como ACFI, tem suas principais características provenientes de três pilares base (i) a governança institucional, exercida pelos Pontos Focais e pela Comissão Conjunta, em atenção à adoção dos princípios de transparência, participação

13 Artigo segundo do acordo entre Botsuana e China. BOTSWANA. *Agreement between The Government of the Republic of Botswana and the Government of the People's Republic of China on promotion and protection of Investment*. Beijing, 12 de junho de 2000.

14 Idem.

15 UNCTAD. United Nations Conference on Trade and Development. *Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends In Investment Rulemaking*, 2006, p. 27.

16 UNCTAD, 2017, p. 125.

17 O PCFI foi assinado em abril de 2017. Até esse momento, tinham sido assinados ACFIs com Angola, Moçambique, Malauí, México, Colômbia, Chile e o Acordo de Ampliação Econômico-Comercial com o Peru que contém um capítulo sobre investimentos. (Os textos dos acordos podem ser acessados na página da UNCTAD: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIias/27#iiaInnerMenu>>

e cooperação institucional, aplicados em toda execução do Protocolo; (ii) Mecanismos de mitigação de riscos e prevenção de disputas, exercido pelos Pontos Focais e pela própria Comissão Conjunta; (iii) Agendas Temáticas de Cooperação de Facilitação de Investimentos¹⁸. O PCFI mescla nestes pilares um conjunto de ações regulatórias, papéis institucionais e procedimentos administrativos com vistas a reduzir e eliminar potenciais e existentes obstáculos para os investidores por meio da facilitação e do desenvolvimento sustentável.

Podemos dizer que os pilares incorporaram as medidas de facilitação tanto por meio de princípios que deverão nortear as ações das partes, e por esse motivo estão dispostos em cláusulas abertas, quanto por meio de procedimentos de auxílio direto ao investidor, alguns estabelecidos no próprio Protocolo, como a prevenção de controvérsias, e outros a serem estabelecidos nas legislações nacionais, como os Pontos Focais. O modelo brasileiro dá prevalência às instâncias de prevenção em detrimento das de solução de controvérsias¹⁹.

O PCFI foi dividido em 5 partes. A primeira parte traz o objetivo do acordo, âmbito de aplicação e define, em especial, investimento e investidor, deixando claro que o tratado se aplica apenas ao investimento direto. A segunda parte aborda temas típicos de acordos de investimentos, como as cláusulas de não discriminação (tratamento nacional e nação mais favorecida), disposições sobre desapropriação direta e transferência de capitais, compensação em caso de perdas e algumas exceções.

A transparência, por exemplo, é enfatizada em todo o Protocolo, apesar de o artigo 8º tratar do tema especificamente. Ela melhora os resultados do acordo de investimento ao determinar a publicidade dos atos dos Estados, com melhores esforços para publicação em formato eletrônico; garantia de uma administração objetiva, imparcial e conforme o ordenamento jurídico; manifestação dos interessados quanto a essas medidas. Os interessados também poderão ser convidados a se manifestar quanto aos trabalhos da Comissão Integrada, responsável por administrar o Protocolo, conforme estabelece o artigo 17. Essa participação de setores privados e interessados dinamiza o Protocolo, pois garante o diálogo entre as partes e, em decorrência, promove a cooperação. A transparência também aparece no artigo 13 onde, de forma recíproca, exige-se dos investidores a obrigação de fornecer informações aos Estados Partes quando previsto na legislação.

A seção também conta com outros princípios que circundam a facilitação e são relativos às boas práticas empresariais que criam um ambiente favorável ao investimento²⁰, influenciando principalmente a

18 BRASIL. *World Investment Forum 2014: investing in sustainable development*. IIA Conference – 16 October 2014. Daniel Godinho.

19 MONEBHURRUN, Nitish. Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model.

20 HEES, Felipe; CAVALCANTE, Pedro. *Focusing on investment facilitation: is that difficult?*

conduta do investidor. O PCFI se inclui entre os exemplos de novos acordos que trazem obrigações de *compliance* diretamente para os investidores, assim como o Acordo da Organização da Conferência Islâmica (OCI)²¹, o modelo indiano²² e o tratado entre Marrocos e Nigéria²³. Tal abordagem ressalta a presença de obrigações recíprocas, rebalanceando os interesses dos investidores e dos países receptores de investimento. Estimula, ainda, o fluxo de investimento sustentável e cria um ambiente de confiança mútua²⁴. Ademais, para o Estado receptor de investimento, há maior espaço para legislar sobre medidas de prevenção e combate à corrupção, conforme artigo 15, e sobre questões relacionadas a problemas trabalhistas, saúde e meio ambiente, conforme artigo 16.

A grande parte das inovações relacionadas à facilitação está presente na terceira seção do Protocolo, a qual trata da Governança Institucional e Prevenção de Controvérsias. Nesta parte há um forte direcionamento de procedimentos e práticas que devem ser executados por estruturas governamentais a partir da ratificação do Protocolo. O Brasil já possui essa estrutura que também está prevista nos acordos bilaterais ratificados anteriormente pelo país²⁵.

Essas estruturas organizacionais - os Pontos Focais e a Comissão Integrada - são extremamente importantes para o bom desempenho do Protocolo já que eles são os responsáveis por administrá-lo conforme os princípios da facilitação, estabelecer as agendas de facilitação, dar auxílio direto ao investidor na fase pré e pós estabelecimento do investimento e prevenir as controvérsias.

Os procedimentos e práticas de facilitação destinadas à Comissão Integrada, instituída no artigo 17, são relativos ao compartilhamento de oportunidades para expansão de investimento mútuo, à prevenção de controvérsias – onde a Comissão deve buscar resolver empecilhos de modo amistoso – e, por fim, à discussão de temas a serem incluídos na Agenda de Cooperação e Facilitação de Investimentos.

Já os Pontos Focais deverão atuar de forma ainda mais direta, no

21 AGREEMENT on Promotion, Protection and Guarantee of Investments among Member States of The Organization of The Islamic Conference, firmado em 05/06/198. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2399>>

22 INDIA. Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty. Date of adoption 28/12/2015. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3560>>

23 RECIPROCAL Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of The Kingdom of Morocco and the Government of The Federal Republic of Nigeria. Assinado em 03 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5409>>

24 SILVA, Ana Rachel Freitas e RIBEIRO, Gustavo Ferreira. *A arguição de ilegalidade na arbitragem investidor-Estado: construindo a argumentação jurídica que permita o exame da conduta do investidor*.

25 No Brasil, o ponto focal funciona na CAMEX. O Decreto nº 8.807, de 2016, alterou o Decreto nº 4.732, de 2003, para estabelecer a competência da Secretaria Executiva da CAMEX para desempenhar as funções de Ponto Focal-Ombudsman de Investimentos Diretos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4732.htm>

dia-a-dia do investidor. Estabelecido no artigo 18, os procedimentos e práticas de facilitação a eles destinados estão relacionados à assistência aos investidores por meio de fornecimento de informações e acompanhamento em procedimentos junto aos setores administrativos envolvidos. Devido a essa forte ligação com os órgãos governamentais – no caso brasileiro, por exemplo, integra diretamente a estrutura governamental –, os Pontos Focais também atuam na prevenção de conflitos sugerindo modificações nos procedimentos, acelerando-os e intermediando a relação entre investidor e órgãos governamentais do país anfitrião. Busca-se que o investidor tenha à sua disposição “meios eficazes para superar dificuldades e desafios enfrentados para fazer e manter o investimento e promover um ambiente bom para os negócios”²⁶. Seriam uma espécie de *one-stop-shop* para as reclamações recebidas, uma espécie de interlocutor institucional para tratar dos problemas em estágio inicial²⁷.

A Comissão Integrada e o Ponto Focal têm papel importante na execução do Protocolo. Devem servir como instâncias de diálogo, onde sejam ouvidos Estados, investidores, setores privados nacionais e da sociedade civil. O artigo 19 contempla a troca de informação entre as partes por meio dessas instituições, relacionadas a oportunidades de negócios, procedimentos para instalação do investimento e eventuais alterações legislativas que possam influenciar os fluxos. Neste sentido, inclusive, afirma-se que “essas instâncias podem ser consideradas o núcleo institucional do Acordo, pois garantem a concretização dos compromissos firmados e o fortalecimento de diálogos entre as partes”²⁸. Vale ainda adicionar que, o artigo 27 incentiva a cooperação entre as partes, através de suas agências de promoção de investimento, com a finalidade de identificar áreas de cooperação mútua e aprimorar o sistema de promoção do Estado parceiro.

Por fim, as Agendas de Facilitação e Cooperação constam na quarta seção do Protocolo e objetivam a identificação de temas e iniciativas do governo que possam incrementar os investimentos entre os países. Segundo Godinho, as agendas temáticas tornam esse modelo dinâmico devido a possibilidade de desenvolvimento de anexos que podem ser criados ao longo das relações bilaterais²⁹.

O PCFI, na mesma linha que os ACFIs brasileiros, inova ao considerar outras necessidades dos investidores. É intuitivo pensar que existe um

26 MARTINS, José Henrique Vieira. *Brazil's Cooperation and Facilitation Investment Agreements (CFIA) and Recent Developments*.

27 COSTA, José Augusto Fontoura; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. A proteção dos investidores nos Acordos de Cooperação e Favorecimento de investimentos: perspectivas e limites, p. 12.

28 BRASIL. *Parecer da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional* [Sobre texto do Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola]. Mensagem nº 25, de 2016. Poder Executivo. Exposição do Deputado Marcio Marinho. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília. 30 de maio de 2016.

29 BRASIL. *World Investment Forum 2014: investing in sustainable development*. IIA Conference – 16 October 2014. Daniel Godinho.

interesse de Estados e investidores na continuação da relação. É possível obter um compromisso cooperativo entre Estados e investidores. Os mecanismos de facilitação “amortecem” os atritos e impedem que a escalada do conflito torne o rompimento da relação inevitável. Parece fazer sentido que se chame, assim, uma terapia de casais.

Afora a existência dessas medidas de facilitação, é elementar mencionar que o PCFI também detém cláusulas comuns encontradas nos demais APPIs. Algumas proteções não foram previstas devido à grande polêmica que as envolvem como, por exemplo, as cláusulas de tratamento justo e equitativo, de plena segurança e proteção, cláusula guarda-chuva e a expropriação indireta.

A exclusão expressa da cobertura da expropriação indireta, a ausência do tratamento justo e equitativo a investimentos e investidores e a não inclusão da arbitragem investidor-Estado, de natureza procedimental, constituem uma das diferenças mais relevantes em termos das garantias de tratamento entre o PCFI e os APPIs³⁰. Questiona-se se a ausência dessas previsões, em especial da arbitragem investidor-Estado, pode ser suprida pela inclusão de cláusulas de facilitação de forma a ser visto como atrativo pelos investidores do bloco. Discutiremos, a seguir, o valor agregado da facilitação e do próprio PCFI na ausência das proteções *supramencionadas*, comuns em acordos de investimentos.

1.3. O valor agregado da facilitação vis-à-vis a limitação da proteção aos investimentos no PCFI

Conforme visto, o modelo adotado pelo MERCOSUL para regulamentação dos investimentos entre os Estados Partes não tem como objetivo principal a concessão de proteção aos investidores. Tanto que diversas previsões de proteções substantivas são bem mais limitadas se comparadas com os APPIs. Em verdade, o referido Protocolo segue um modelo que busca um maior equilíbrio entre a entrada de capitais estrangeiros, os direitos dos investidores e o direito de o Estado receptor do investimento legislar sobre as questões prioritárias. Indaga-se que vantagens a facilitação pode trazer para o bloco e se a presença dessas cláusulas compensaria, de alguma forma, a ausência da arbitragem investidor-Estado no PCFI.

Inicialmente, é importante considerar que não existe uma fungibilidade entre facilitação e arbitragem investidor-Estado. Contudo, ainda que não se possa fazer uma comparação acurada entre um e outro, se considerarmos que a facilitação traz benefícios aos investidores do bloco, podemos concluir pelo saldo positivo do PCFI.

Em consulta realizada em 13/12/2018, o sítio eletrônico da UNCTAD revela a existência de 2361 acordo bilaterais de investimentos e 310 tratados

30 HAMILTON, Jonathan C.; GRANDO, Michelle. *O modelo de proteção de investimentos do Brasil: os novos acordos internacionais*, p. 15.

com disposições sobre investimentos em vigor³¹. Informa, ainda, a existência de 904 casos de arbitragem investidor-Estado conhecidos. De forma bem simplista, nos parece intuitivo que um grande fluxo de investimentos regulados por esses acordos passa longe de um processo arbitral. É claro que a possibilidade de demandar diretamente o Estado anfitrião em um tribunal arbitral independente é um *payoff* importante para o investidor³², mas não deve ser considerada a única medida de sucesso de um acordo. Se um acordo funciona bem, espera-se que as Partes cumpram seus termos e não haja a necessidade de incoar um procedimento arbitral. Consideramos, assim, que a facilitação constitui um *payoff* a ser considerado pelo investidor e que numa perspectiva global, o PCFI tem o potencial de favorecer os investimentos da região, sem incorrer em riscos típicos de um APPI.

Talvez o principal benefício da inclusão da facilitação é o fato de ser um elemento-chave para a reforma da governança institucional do acordo e das políticas de investimento estrangeiro³³. Afinal, ela visa um ambiente transparente, previsível, eficiente e cooperativo, principalmente no que toca a ações administrativas e governamentais³⁴.

Essa boa governança melhora o clima de investimentos como um todo e, nessa esteira, contribui para a atração de novos investimentos. Os investidores, por exemplo, ao definirem um local para aportar seu investimento, procuram por vantagens que vão além de proteções legais³⁵. Nesse sentido, a diminuição de fatores como corrupção, crimes, impostos e o aumento do auxílio direto na estruturação dos investimentos, que diminuem o risco do projeto, são levados em conta na hora de decidir o destino dos aportes³⁶.

Para corroborar, uma pesquisa realizada pelo Banco Mundial aponta o estabelecimento de um ambiente legal regulatório estável como segundo fator mais importante para alto fluxo de IED, sendo o primeiro o tamanho do mercado e seu potencial de crescimento³⁷. O relatório afirma que reformas políticas que visam tornar o ambiente estável melhoram a relação custo-benefício e tornam o local mais atrativo por diminuir, por exemplo, custos indiretos relacionados à corrupção³⁸. Essas medidas demandam a adoção de normas previsíveis, consistentes e transparentes que levam à diminuição de

31 Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>>

32 SILVA, Ana Rachel Freitas. Estados e investidores estrangeiros: é possível alcançar cooperação? 2017.

33 HERREROS, Sebastian. *A facilitação de investimentos: um caminho para a divergência entre Aliança do Pacífico e MERCOSUL*, p. 1.

34 ALVAREZ, Jose E. SAUVANT, Karl P. *Introduction: International Investment Law in Transition*, p. 15.

35 World Economic Forum, *'The Global Competitiveness Report 2017-2018'* (World Economic Forum, 26 September 2017).

36 JOHNSON, Lise et al. Op. cit., p. 5.

37 KUSEK, Peter; SILVA, Andrea. *What Investors Want Perceptions and Experiences of Multinational Corporations in Developing Countries*, p. 8.

38 Idem, p. 7.

barreiras causadas por empecilhos burocráticos administrativos e, por criar um ambiente seguro, diminuem os gastos prudenciais dos investidores³⁹.

Dependendo de como aplicadas, as medidas de facilitação também podem gerar oportunidades de negócios e potencializar o crescimento do mercado em setores específicos. Entretanto, tal incentivo irá requerer políticas específicas e seletivas por parte do governo para fornecer incentivos para o setor pretendido. Essa é justamente uma das tarefas das Agendas de Cooperação a serem desenvolvidas pela Comissão, as quais poderão integrar um instrumento jurídico específico, com cronogramas e atividades, e assunção de compromissos únicos voltados para um setor ou um objetivo. A possibilidade de discutir instrumentos correlacionados ao Protocolo dá grande dinamicidade a ele, visto que permite que as partes frequentemente estejam em contato buscando formas conjuntas de facilitar o investimento.

Ademais, analisando de modo mais detido a linguagem das medidas de facilitação constantes do PCFI, é possível notar que o acordo traz os objetivos a serem perseguidos, deixando aos Estados a decisão sobre como buscar esses objetivos. As medidas concretas devem observar esses objetivos, mas deverão ser tomadas pelas autoridades nacionais do modo que lhes aprouver, sendo efetivadas por meio das legislações domésticas. Além disso, não é estabelecido no PCFI quais serão os temas específicos a serem desenvolvidos pelas agendas, as políticas específicas de promoção, as medidas para ampliar a cooperação entre as agências, troca de informação, facilitação de processos administrativos e regras de *compliance*⁴⁰.

O PCFI pretende se apoiar numa premissa de cooperação. *A priori*, uma análise econômica das relações entre Estados e investidores indica que há uma convergência inicial de interesses, contudo, com o passar do tempo, Estados, numa ótica individualista, têm incentivos para se apropriar dos ganhos do investidor. Temendo essa ação expropriatória estatal, investidores podem deixar de investir. Tratados de investimentos, ao possibilitar que Estados infringentes incorram em penalidades, trazem maior segurança ao investidor⁴¹.

Por exigir a participação do Estado de nacionalidade do investidor na Comissão Integrada e na arbitragem entre Estados, talvez o PCFI não permita uma pressão tão forte como os tradicionais APPIs, já que o próprio investidor não pode iniciar diretamente uma arbitragem. Apesar disso, o foco na prevenção e a busca por soluções longe de um processo arbitral podem aumentar o clima cooperativo entre as partes. Esse clima cooperativo não se esgota na prevenção e resolução de conflitos. Ele é exercitado pela troca de informações, na busca de maior transparência e na discussão de assuntos de interesse comum.

39 HERREROS, Sebastián. Op. cit., p. 1.

40 NINTH ANNUAL FORUM OF DEVELOPING COUNTRY INVESTMENT NEGOTIATORS. *Meeting Report. Investment Treaties in a State of Flux: Strategies and opportunities for developing countries*, 2015, p.15.

41 SILVA, Ana Rachel Freitas. Op. cit., p. 137-138.

O PCFI, à semelhança do ACFI, trabalha na mitigação de riscos⁴². Sendo assim, se bem implementada, a facilitação pode criar um ambiente de previsibilidade, enfraquecendo as barreiras geradas pelas incertezas institucionais. Neste sentido, ela pode aumentar inclusive a reputação estatal a partir da confiabilidade desenvolvida pelo surgimento de uma administração imparcial e eficiente. Uma boa terapia minimiza os conflitos e pode impedir uma separação.

A presença de medidas de facilitação e a ausência de arbitragem investidor-Estado podem estimular a entrada de investimentos produtivos e desestimular o chamado *treaty shopping*, em que investimentos são feitos com o objetivo de ter acesso a arbitragem internacional⁴³. Podem, assim, promover o fluxo de IED de forma mais eficiente do que se acreditava com os tradicionais APPIs, que ofertavam proteções substantivas aos investidores como forma de atração dos investimentos⁴⁴.

Por privilegiar a prevenção em detrimento da solução de controvérsias, toda a sistemática do acordo foi elaborada para que a reclamação seja decidida em momento inicial, pelo Ponto Focal, já que foi dado a ele todo aparato para comunicação com as instituições internas envolvidas. Caso o Ponto Focal falhe, seja pela falta de estruturação ou por sua atuação ser insuficiente para a resolução de problemas, o passo seguinte é o envio da controvérsia para a Comissão Integrada. Cabe ao Estado a análise sobre a proposição do caso perante o organismo em busca de uma resolução amigável. Se a controvérsia não for resolvida pela Comissão Integrada, o caso poderá ser levado para a arbitragem entre os Estados, já que não há previsão de arbitragem investidor-Estado.

Existem fortes críticas referentes à exclusão da arbitragem investidor-Estado como método de resolução de controvérsias e a existência apenas da arbitragem entre Estados. Isso porque esta última politiza a controvérsia, já que exige a chancela do Estado de nacionalidade do investidor. Tal método é desvantajoso para o investidor, pois ele não exerce qualquer controle sobre as discussões e os termos que os Estados chegarão, seja a nível preventivo dentro da Comissão Integrada, seja a nível arbitral, já que o procedimento estabelecido no Protocolo de Olivos não prevê a participação de particulares. Contudo, há quem veja a politização positivamente: a obrigação dos Estados de dialogar sobre o problema pode fazer com que ambos auferam mútuos ganhos pela coexistência de soluções mais sensíveis que prezem pela cooperação⁴⁵. Assim, fica garantida a soberania estatal e evita-se que casos

42 BRASIL. *Apresentação geral do Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos - ACFI*, 2015, p. 3

43 Sobre *treaty shopping* e abuso do direito processual ver LÉVY, Daniel De Andrade. *O Abuso do Sistema Arbitral Internacional*, pp. 381-405.

44 Cf. ZIMNY, Zbigniew. *Do International Investment Agreements Attract Foreign Direct Investment into Developing Countries?*. 2008. e CHARLTON, Andrew, DAVIS, Nicholas. *Does Investment Promotion Work?* 2017.

45 Cf. YACKEE, Jason. *Politicized Dispute Settlement in the Pre-Investment Treaty Era: A Micro-Historical Approach*, 2017, p. 1.

desnecessários sejam levados à arbitragem, fazendo com que apenas aqueles que sejam suficientemente sérios estejam em pauta.

Além disso, a discussão do caso perante a Comissão Integrada e uma possível arbitragem entre Estados pode facilitar a resolução de conflitos de forma macro, colocando na mesa a política de um Estado. Enquanto numa típica arbitragem investidor-Estado discute-se, em regra, os danos sofridos por determinado investidor e, uma vez paga a compensação, encerra-se a discussão; o objetivo da arbitragem entre Estados é tornar a medida compatível com o acordo⁴⁶. Isso significa que o Estado que tiver descumprido o protocolo deverá reavaliar a medida impugnada e nesse movimento podem ser beneficiados investidores outros que sequer participaram do processo. A ausência da previsão da arbitragem investidor-Estado e a limitação de medidas de proteção substantivas levantam questionamentos sobre o potencial do modelo de lançar bases mais equilibradas para relações entre Estados e investidores estrangeiros.

A reforma dos tradicionais acordos de investimento busca justamente resolver o dilema entre criar um clima favorável ao investimento e remover barreiras que prejudiquem seu estabelecimento e proteger os interesses públicos regulamentados pelos Estados⁴⁷. Sob esta ótica, comparado aos tradicionais acordos de investimento, o PCFI reduziu as proteções concedidas aos investidores. Tal fato poderia tornar o Estado receptor um local mais inseguro para os investimentos ao tempo em que ele aumenta o poder regulatório do Estado. Contudo, para compensar, o Protocolo foi construído em três pilares: a) cooperação e facilitação de investimentos; b) Governança Institucional por órgãos permanentes e c) mitigação de riscos, prevenção e solução de controvérsias⁴⁸. Tais pilares trabalham em conjunto para equilibrar o modelo e concedem benefícios relacionados principalmente ao desenvolvimento da atividade empresarial.

Consideramos que esses pilares representam um *payoff* para investidores do bloco. Contudo, tais pilares podem não ser suficientes para compensar a ausência da arbitragem investidor-Estado e a limitação das proteções substantivas. O primeiro ponto a ser destacado é que o Protocolo demanda grande esforço das partes e é praticamente dependente do engajamento destas. O Protocolo exige a criação de organismos, como a Comissão Integrada e o Ponto Focal para sua administração e promoção. O Ponto Focal deve conhecer bem todos os processos administrativos que envolvem o investimento estrangeiro para conseguir fornecer auxílio ao

46 VIDIGAL, Geraldo; STEVENS, Beatriz. "Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future?". *Journal of World Investment and Trade*, nº 19. 2018, pp. 475-512.

47 ZHAN, James. *G20 Guiding Principles for Global Investment Policymaking: A Facilitator's Perspective*. December, 2016, p.3.

48 BADIN, Michele Rattón Sanches e MOROSINI, Fabio. "Navigation between Resistance and Conformity with the IIR". In: BADIN, Michele Rattón Sanches e MOROSINI, Fabio. *Reconceptualizing International Investment Law for Global South*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 218-250.

investidor. Além disso, todo o sistema nacional deve estar comprometido em adotar os princípios de transparência e previsibilidade e trabalhar em colaboração com o Ponto Focal.

Há que se considerar, ainda, que Ponto Focal e a Comissão Integrada serão compostos por representantes designados pelo executivo. A Comissão Integrada é formada por representantes dos governos e os Pontos Focais serão constituídos dentro dos Ministérios. Esses dois organismos são responsáveis por garantir toda a aplicabilidade do Protocolo, afinal de contas, cabe a eles a prevenção das controvérsias, mitigação de riscos, aperfeiçoamento de processos administrativos internos que visem a transparência e cooperação, formação das agendas de cooperação e facilitação, troca de informações sobre oportunidades de negócios, procedimentos e requisitos de investimento, entre outros. Sendo assim, se cada Estado parte não se engajar em garantir uma estrutura forte e organizada, os organismos não conseguirão cumprir estas funções essenciais para a facilitação do investimento. Portanto, o bom funcionamento desses canais vai depender, em última instância, do interesse dos países membros em dotar esses órgãos da estrutura e autonomia necessárias para realização do trabalho.

Além disso, a atuação desses órgãos, bem como a própria decisão de encampar um pleito de um investidor para fins de iniciar uma arbitragem Estado-Estado, acabam por privilegiar investidores que tenham boas relações com o Estado. Com isso em vista, questiona-se se pequenas empresas, que têm baixa influência econômica e poder de atuação, terão o mesmo tratamento que grandes conglomerados econômicos perante a Comissão Integrada na defesa de seus interesses.

Além da dúvida acerca da imparcialidade da Comissão para encaminhar e decidir as controvérsias, os acordos podem acobertar influências também no que toca a sua tarefa de construção da Agenda Temática. As Agendas são construídas segundo a soberania e interesse do Estado, de modo que podem vir a demonstrar assimetria já que investidores e empresários com maior poder e influência são capazes de opinar junto aos Pontos Focais e à Comissão Integrada seus anseios, deixando em segundo plano os interesses e benefícios reivindicados pelos investidores menores⁴⁹.

Cabe destacar, ainda, que diferentemente dos ACFIs celebrados, por exemplo, com México, Colômbia, Suriname, que trazem previsão sobre uma arbitragem compensatória⁵⁰, o PCFI se remete ao Protocolo de Olivos sem trazer mais detalhes. O artigo 1º do Protocolo é específico ao prever o uso do mecanismo para resolver “controvérsias que surjam entre os Estados Partes sobre interpretação, a aplicação ou não cumprimento”⁵¹, gerando

49 GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. *A proteção jurídica dos investimentos brasileiros no exterior*, p. 206.

50 Os textos dos acordos mencionados, com exceção do ACFI com a Guiana que ainda não foi publicado, podem ser acessados no sítio eletrônico da UNCTAD: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27#iialInnerMenu>>

51 BRASIL. Decreto nº 4.982, de 9 de fevereiro de 2004: promulga o Protocolo de Olivos para

dúvida sobre a possibilidade de Estados firmarem um compromisso arbitral específico, no âmbito do Protocolo, para examinar prejuízos causados a um investidor.

Afora os problemas de execução do Protocolo, também se questiona como serão desempenhadas algumas medidas de facilitação. Investidores com grande poder de barganha são capazes de incentivar a criação de normas domésticas que, no fim, podem não trazer um benefício econômico-sustentável, comprometendo, inclusive, a capacidade do Estado em regular. Sobre este aspecto, a facilitação em si, apesar de ter uma conotação positiva, pode trazer consequências negativas para alguns países que ainda estão discutindo e elaborando propostas em relação ao tema.

Em suma, os resultados do PCFI vão depender do engajamento dos Estados partes do bloco, sob pena do acordo converter-se em uma carta de intenções. Do ponto de vista prático, os investidores continuam muito dependentes de seus Estados de nacionalidade. Não se descarta, contudo, que o protocolo possa ser invocado perante as cortes locais, funcionando como mais um elemento de pressão sobre Estados recalcitrantes.

Em arremate, conclui-se que se todas as partes não estiverem dispostas a negociar e promover concessões por meio da facilitação, de trabalhar em pautas conjuntas, adotar outras medidas de cooperação e fornecimento de um ambiente favorável, o Protocolo poderá se tornar um instrumento com pouca utilidade. A prática fornecerá respostas sobre a efetividade desse novo modelo vis-à-vis os tradicionais APPIs.

CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho constatou-se que é recente a proliferação de medidas de facilitação nos acordos que buscam regular o fluxo de Investimento Estrangeiro Direito. Não há ainda um conceito harmônico sobre o termo entre a comunidade internacional, mas é possível identificar o conceito a partir de princípios de transparência, cooperação e eficiência, os quais devem reger as ações das partes. O conceito se reflete, ainda, em ações diretas de auxílio ao investidor, a serem tomadas pelo aparato Estatal.

Na América do Sul, o Brasil aparece como voz na defesa das medidas de facilitação por meio do seu modelo de Cooperação e Facilitação de Investimentos e das discussões no âmbito da OMC. O PCFI, inspirado nos ACFIS, notabiliza-se por observar as recentes críticas direcionadas aos tradicionais acordos de investimento e, oferecer uma alternativa aos APPIs, em especial, para a arbitragem investidor-Estado. Propõe, em substituição, instâncias de prevenção de controvérsias e arbitragem Estado-Estado.

Para compensar essa limitação das cláusulas de proteção, o modelo buscou equilibrar a relação com a inclusão das cláusulas de facilitação. Tais disposições, assim como as de proteção, também concedem benefícios

a Solução de Controvérsias no MERCOSUL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D4982.htm>

aos investidores, mas possibilitam maior controle por parte dos Estados. Os benefícios das cláusulas de facilitação aproveitarão os investidores no momento de seu estabelecimento e durante a atividade econômica do investidor e não apenas no “momento do divórcio”, quando Estado e investidores estiverem frente a um tribunal arbitral.

O Protocolo pode ser analisado sob duas dimensões. A primeira, direcionada aos princípios que a envolvem, se materializa nos vários preceitos de boa conduta espalhados por todo o Protocolo, tais como transparência, intercâmbio de informações e de melhores práticas, publicação de atos, medidas anticorrupção, entre outros. A segunda dimensão, direcionada a formas de auxílio direto ao investidor, será efetivada pelas novas instituições criadas, que dão dinamicidade ao acordo – a Comissão Integrada e o Ponto Focal. Tais instâncias permitirão que os investidores se manifestem acerca das políticas relacionadas ao investimento. Da mesma sorte, nas Agendas Temáticas, os Estados conseguirão direcionar os setores e procedimentos burocráticos que deverão ser alcançados pelas medidas de facilitação.

Se bem aplicadas, as medidas de facilitação podem criar um ambiente regulatório estável e transparente e, ainda, proporcionar potencial de crescimento para um determinado mercado. Havendo o engajamento dos governos dos países do bloco, o resultado final do *trade-off* será benéfico aos investidores.

Contudo, o Protocolo ainda não está vigente no MERCOSUL, de modo que não é possível constatar se as medidas de facilitação têm o potencial real de tornar o ambiente mais cooperativo e atraente para esses investimentos sustentáveis, como, em tese, se espera.

O sucesso do PCFI requer uma constante interação entre setores diplomáticos, agências governamentais e os novos organismos criados pelo acordo, partes do executivo. Todos eles, em conjunto e/ou individualmente, são responsáveis tanto por observar as normas de boa-conduta de forma geral, quanto por cumprirem as medidas de facilitação propostas. Logo, para que o acordo seja bem administrado, deve existir um executivo comprometido com a adoção dos mecanismos de facilitação, encarando-os como política de Estado, que seja capaz de criar um ambiente previsível, que desenvolva a transparência e gere a cooperação entre os Estados. Como consequência, espera-se que o dia-a-dia do investidor seja facilitado, inclusive com instâncias de discussão de eventuais problemas com o Estado anfitrião.

Potencial não falta ao novel acordo. Não basta, contudo, que as partes envolvidas compareçam às sessões de terapia. É preciso que se engajem no processo e busquem solucionar os conflitos. Só assim será possível manter o relacionamento, de interesse dos Estados e investidores estrangeiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Jose E. SAUVANT, Karl P. "Introduction: International Investment Law in Transition". In: ALVAREZ, Jose E. SAUVANT, Karl P. *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*. Oxford University Press. New York, 2011.

BADIN, Michele Rattton Sanches e MOROSINI, Fabio. "Navigation between Resistance and Conformity with the IIR". In: BADIN, Michele Rattton Sanches e MOROSINI, Fabio. *Reconceptualizing International Investment Law for Global South*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 218-250.

BRASIL. *Apresentação geral do Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos - ACFI*, 2015. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/arquivos/Apresentacao-Geral-do-ACFI-PT.pdf>>. Acesso em 22 de maio de 2018.

BRASIL. *Decreto nº 1.901, de 09 de maio de 1996*. Protocolo adicional ao tratado de Assunção, ao protocolo de Brasília e ao Protocolo de Ouro Preto sobre a solução de controvérsias no MERCOSUL, de 18 de fevereiro de 2002. (Protocolo de Olivos). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1901.htm>

BRASIL. *Parecer da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional* [Sobre texto do Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola]. Mensagem nº 25, de 2016. Poder Executivo. Exposição do Deputado Marcio Marinho. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília. 30 de maio de 2016.

BRASIL. *World Investment Forum 2014: investing in sustainable development*. IIA Conference – 16 October 2014. Daniel Godinho. Disponível em: <<http://unctadworldinvestmentforum.org/wpcontent/uploads/2014/10/Godinho.pdf>>

CHARLTON, Andrew, DAVIS, Nicholas. "Does Investment Promotion Work?". *The B.E. Journal of Economic Analysis & Policy*. 2007, vol. 7, nº 1.

COSTA, José Augusto Fontoura; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. "A proteção dos investidores nos Acordos de Cooperação e Favorecimento de investimentos: perspectivas e limites". *Revista de Arbitragem e Mediação: Arbitragem Aplicada*. 2007, vol. 49, nº 13, 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.49.07.PDF>

FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. "Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: uma análise comparada". *Revista de informação legislativa*. 2015, vol. 52, nº 208. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p247>

G20. *ANNEX III: G20 Guiding Principles for Global Investment Policymaking*. set, 2016. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Annex%20III%20G20%20Guiding%20Principles%20for%20Global%20Investment%20Policymaking.pdf>>. Acesso em 6 de outubro de 2018.

GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. *A proteção jurídica dos investimentos brasileiros no exterior*. 2015. 266 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.

GUIOTTO, Luciana. *A Critical Review of the Debate on Investment Facilitation*. IISD. Investment Treaty News. Disponível em: <https://www.iisd.org/itn/2018/10/17/a-critical-review-of-debate-investment-facilitation-luciana-ghiotto?utm_source=Investment+Treaty+News&utm_campaign=33388461c5-EMAIL_CAMPAIGN_2018_04_24_COPY_01&utm_medium=email&utm_term=0_ce99edb66e-33388461c5-225723097>

HAMILTON, Jonathan C.; GRANDO, Michelle. “O modelo de proteção de investimentos do Brasil: os novos acordos internacionais”. *Pontes*. 2016, vol. 12, nº 1. Disponível em: <https://www.ictsd.org/sites/default/files/review/Pontes_12-1.pdf>

HEES, Felipe; CAVALCANTE, Pedro Mendonça. *Focusing on investment facilitation: is that difficult?* 2017. Disponível em: <<https://www.ictsd.org/opinion/focusing-on-investment-facilitation-is-it-that-difficult>>

HEES, Felipe; CAVALCANTE, Pedro Mendonça. *Perspectives on topical foreign direct investment issues*. Focusing on investment facilitation - is that difficult? 2017. Disponível em: <<http://ccsi.columbia.edu/files/2016/10/No-202-Hees-and-Cavalcante-FINAL.pdf>>

HERREROS, Sebastián. “Facilitação de investimentos: um caminho para a convergência entre Aliança do Pacífico e MERCOSUL”. *Pontes*. 2018, vol. 14, nº 3. Disponível em: <<https://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/facilita%C3%A7%C3%A3o-de-investimentos-um-caminho-para-a-converg%C3%Aancia-entre-alian%C3%A7a>>

JOHNSON, Lise et al. *Costs and Benefits of Investment Treaties Practical Considerations For States*. **Columbia Center On Sustainable Investment**. New York, 2018. Disponível em: <<http://ccsi.columbia.edu/files/2018/04/Cost-and-Benefits-of-Investment-Treaties-Practical-Considerations-for-States-ENG-mr.pdf>>

KUSEK, Peter, SILVA, Andrea. *What Investors Want: Perceptions and Experiences of Multinational Corporations in Developing Countries*. World Bank Group, 2018.

LÉVY, Daniel De Andrade. “O Abuso do Sistema Arbitral Internacional”. In: MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo e UCHÔA FILHO, Sérgio Papini de Mendonça (Eds.), *Tributação, Comércio e Solução de Controvérsias Internacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 381-405.

MARTINS, José Henrique Vieira. *Brazil's Cooperation and Facilitation Investment Agreements (CFIA) and Recent Developments*. 2017. Disponível em: <<https://www.iisd.org/itn/2017/06/12/brazils-cooperation-facilitation-investment-agreements-cfia-recent-developments-jose-henrique-vieira-martins/>>

MONEBHURRUN, Nitish. “Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model”. *Journal of International Dispute Settlement*. 2017, vol. 8, p. 79-100.

NINTH ANNUAL FORUM OF DEVELOPING CONTRY INVESTMENT NEGOTIATORS. *Meeting Report. Investment Treaties in a State of Flux: Strategies and opportunities for developing countries*. Rio de Janeiro, Brazil, 16-19 november 2015. Disponível em: <<https://www.iisd.org/sites/default/files/meterial/IISD%209th%20Annual%20Forum%20Meeting%20Report%20English.pdf>>

OECD. *Policy Framework for Investment*. ed. 2015, OECD Publishing, Paris, Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264208667-en>>

SILVA, Ana Rachel Freitas da. “Estados e investidores estrangeiros: é possível alcançar cooperação?”. *Revista Direito GV*. 2017, vol. 13, n° 1, pp. 123-144. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n1/1808-2432-rdgv-13-01-0123.pdf>>

SILVA, Ana Rachel Freitas e RIBEIRO, Gustavo Ferreira. “A arguição de ilegalidade na arbitragem investidor-Estado: construindo a argumentação jurídica que permita o exame da conduta do investidor”. *Revista Brasileira de Arbitragem*. 2018, vol. 15, n° 57, 2018, pp. 23–44.

UNCTAD. *United Nations Conference on Trade and Development 2016. World Investment Report 2016: Investor Nationality: Policy changes*. New York; Geneva: United Nation Publications, 2016. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf>

UNCTAD. *United Nations Conference on Trade and Development. Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends*. In *Investment Rulemaking*, 2006. Disponível em: <https://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf>

UNCTAD. *United Nations Conference on Trade and Development. UNCTAD’s Global Action Menu for Investment Facilitation*. United Nation Publications: Geneva, 2016a. Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Action%20Menu%2023-05-2017_7pm_print.pdf>

UNCTAD. *United Nations Conference on Trade and Development. World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy*. United Nation Publications: New York; Geneva, 2017. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf>

VIDIGAL, Geraldo; STEVENS, Beatriz. “Brazil’s New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future?”. *Journal of World Investment and Trade*. 2018, n° 19, pp. 475-512.

WTO. World Trade Organization. *Proposal for a WTO Informal Dialogue on Investment Facilitation for Development*. Joint Communication from the

Friends of Investment Facilitation for Development. 2017. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=236954,236782,236668,236429,236189,236149,235960,235961,235962,235526&CurrentCatalogueIdIndex=6&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True>

YACKEE, Jason. *Politicized Dispute Settlement in the Pre-Investment Treaty Era: A Micro-Historical Approach*. University of Wisconsin Law School Legal Studies Research Paper Series Paper No. 1412 3. 2017.

ZHAN, James. *G20 Guiding Principles for Global Investment Policymaking: A Facilitator's Perspective*. December, 2016. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, 2016. Disponível em: <<http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/E15-Investment-Zhan-Final-1.pdf>>.

ZIMNY, Zbigniew, *Do International Investment Agreements Attract Foreign Direct Investment into Developing Countries?* 2008. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2435666>>



The potential of facilitation provisions on MERCOSUR Protocol on Investment Cooperation and Facilitation

Abstract: This article points out the differences and the evolution of the facilitation provisions in the traditional Agreements on Investment Promotion and Protection. It presents the MERCOSUR Protocol on Investment Cooperation and Facilitation as an innovative alternative among them. This article discuss practical perspectives regarding the inclusion of facilitation provisions, asking if they could compensate the fact that the Protocol does not contain some of the typical investor protection clauses.

Keywords: MERCOSUR, Protocol on Investment Cooperation and Facilitation, Foreign Investment, Investment Facilitation.

RESUMO BIOGRÁFICO

Ana Rachel Freitas da Silva é Doutora em Direito e Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília. Procuradora da Fazenda Nacional responsável pelo acompanhamento das negociações dos ACFIs.

Paula Laurene Jacobsen Valkinir é Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL e o direito administrativo global

Mecanismo de solución de controversias del MERCOSUR y derecho administrativo global

Pedro Carneiro Sales*

Resumo: Inicialmente, analisar-se-á o que seria a governança global e o Direito Administrativo global (DAG), enquanto conformador do seu exercício, sobretudo através dos seus princípios para busca de legitimidade e accountability. Dentre eles, serão destacados a proporcionalidade, a proteção à expectativa legítima, a participação, o dever de motivação das decisões e o direito ao recurso. O recorte, todavia, será a regulação do comércio exercida pelo MERCOSUL, na tentativa de verificar em que medida há respeito aos ditames do DAG. Centrando-se no mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL, a pesquisa fará uma análise da evolução desse sistema, até o estágio atual com uma análise crítica sob a ótica do DAG, para saber o que está de acordo com este e o que precisa evoluir para aperfeiçoar o nível de governança do comércio que, conforme se demonstrará com análise de casos práticos, já alcança níveis globais. Por fim, desenhado o panorama atual do sistema de resolução de litígios do MERCOSUL, serão traçados o rumo que se deve tomar em direção à evolução para garantir maiores estabilidade, efetividade e consolidação do processo de integração, tendo por baliza o DAG e sua contribuição à legitimidade da governa global.

Resumen: Inicialmente, se analizará lo que sería la gobernanza global y el Derecho Administrativo Global (DAG), como regulador de su ejercicio, principalmente a través de sus principios que buscan legitimidad y accountability. Entre ellos, se destacará la proporcionalidad, la protección de expectativas legítimas, la participación, el deber de motivar las decisiones y el derecho de apelación. Sin embargo, el enfoque será la regulación del comercio ejercida por el MERCOSUR, en un intento de verificar hasta qué punto se respetan los preceptos del DAG. Centrándose en el mecanismo de solución

* Universidade Salvador - UNIFACS, Brasil.
E-mail: pcarneirosales@gmail.com
Recibido: 24/09/2019. Aceptado: 25/01/2020.



de controversias del MERCOSUR, la investigación analizará la evolución de este sistema, hasta la etapa actual con un análisis crítico desde la perspectiva del DAG, para saber qué está de acuerdo con él y qué debe evolucionar para mejorar el nivel de gobernanza comercial que, como lo demostrará el análisis de casos prácticos, ya está alcanzando niveles globales. Finalmente, dibujando el panorama actual del sistema de solución de controversias del MERCOSUR, se delinearán el curso hacia la evolución para garantizar una mayor estabilidad, eficacia y consolidación del proceso de integración, basado en DAG y su contribución a la legitimidad de la gobernanza global.

Palavras-chave: Direito Administrativo Global, Regulação do comércio, MERCOSUL, Mecanismos de solução de controvérsias, Integração regional.

Palabras clave: Derecho Administrativo Global, regulación comercial, MERCOSUR, Mecanismos de solución de controversias, Integración regional.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo desta pesquisa é analisar o mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL e o exercício, por este bloco econômico regional, da regulação do comércio, inclusive com repercussão global, constatando-se seu estado atual, os avanços alcançados e os que ainda estão por vir.

Para tanto, o trabalho terá início com a análise geral e sintética da governança global de diversos setores, decorrente do fenômeno da globalização e exercida por atores que vão além das tradicionais organizações intergovernamentais. Com isto, será demonstrada a emergência de uma nova disciplina jurídica, que passou a ser chamada de Direito Administrativo Global (DAG) e tem como objetivo conduzir o estudo e a prática da governança transnacional com base em um conjunto de princípios jurídicos, tanto substantivos, quanto procedimentais. O respeito a estes princípios visa ampliar o grau de legitimidade, *accountability* e controle na regulação global.

O estudo apreciará, em seguida, a governança global do comércio exercida pelo MERCOSUL sob a ótica do DAG, sobretudo através do seu mecanismo de solução de controvérsias, partindo de uma análise evolutiva até chegar no estágio atual, cujas principais inovações foram a criação do TPR, que inaugurou um sistema de duas instâncias e recebeu a atribuição para proferir opiniões consultivas que, embora não vinculantes nem obrigatórias, são um avanço para a integração e para o fortalecimento do direito mercosulino. Ainda sobre o mecanismo de solução de controvérsias, será feita uma análise crítica à luz do DAG, demonstrando o nível de cumprimento dos ditames desta disciplina no âmbito do contencioso do MERCOSUL, demonstrando em que medida há o respeito aos seus ditames.

Como aprofundamento sobre o mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL, será estudado o caso da importação de pneus remodelados, que foi alvo de mais de uma disputa no cone sul, inclusive com repercussões

em outros lugares do globo, como na União Europeia. Assim, tentar-se-á demonstrar a dimensão global da regulação do comércio exercida pelo MERCOSUL, ressaltando, mais uma vez, a necessidade de aplicação do DAG para elevar o nível desta governança ao *rule of law* global.

2. DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL (DAG)

O Direito Administrativo, evidentemente, está intimamente relacionado à ideia de administração pública nacional, tendo em vista que um dos objetivos da disciplina é justamente a regulação do exercício da função administrativa pelo Estado, sob a égide do princípio da legalidade. Sendo assim, conforme lição de Vasco Pereira da Silva¹, “o Direito Administrativo é, na sua origem, de caráter nacional”.

No entanto, segundo o mesmo autor, vive-se atualmente uma ruptura de paradigma, na medida em que o estudo e prática jurídica estão evoluindo para a adoção de uma visão comparatistas de ordenamentos jurídicos estrangeiros e, deste modo, passa o Direito Administrativo por uma internacionalização, que resulta dos processos de globalização econômica e, conseqüentemente, de globalização jurídica².

As transformações sofridas pelo Direito Administrativo, neste contexto, mitigam o aspecto estatal deste ramo jurídico, de forma que deixa de existir um elo necessário entre este e o Estado, tendo em vista que as atividades administrativas passaram a ser promovidas, por exemplo, por organizações internacionais e até entidades privadas³. É por esta razão que se fala atualmente em governança global e, como seu alicerce e mecanismo de regulação e controle, o Direito Administrativo Global (DAG)

Na visão de Benedict Kingsbury, Nico Krisch, e Richard Stewart – precursores do estudo do DAG, este consistiria em um novo ramo jurídico, que ainda não é estudado, nem tampouco aplicado, de forma unificada, mas já há alguns esforços na doutrina para sistematização de suas normas (nacionais, transnacionais e internacionais), que promoveriam a disciplina da atuação administrativa em nível global⁴.

Sendo, pois, uma realidade a regulação no âmbito global – uma vez que organizações internacionais e outros atores transnacionais como companhias privadas e até órgãos governamentais nacionais, em regime de cooperação, praticam atos de poder, quer para restringir, quer para conceder direitos no cumprimento de decisões políticas⁵ –, é preciso reconhecer a existência de

1 SILVA, Vasco Pereira da. “Do direito administrativo nacional ao direito administrativo sem fronteiras (breve nota histórica)”. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (Ed.), *Direito público sem fronteiras*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011. p. 211.

2 Ibid. p. 214.

3 Ibid. p. 214-215.

4 KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. “The Emergence of Global Administrative Law”. *Law and Contemporary Problems*, Durham. 2005, vol. 68, nº 3, p. 15. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol68/iss3/2>>

5 Alcindo Gonçalves afirma que “constatada a interdependência entre atores, coordenação

um conjunto de normas que conformem estas atividades. Daí falar-se no DAG, a impor princípios regentes da governança global.

Diogo Freitas do Amaral define administração pública como atuação do Estado, por meio de serviços organizados e mantidos por ele, para satisfação de necessidades coletivas. A administração pública, ainda na visão de Amaral, também corresponderia à autorização, regulamentação e fiscalização, subsídio ou apoio às atividades econômicas privadas mais importantes para a sociedade⁶. Assim, resumidamente, à administração pública nacional cabe basicamente a satisfação de demandas coletivas e a regulação de alguns setores econômicos.

É possível dizer que em nível global isto também ocorre, agindo diversos atores em cooperação para satisfação de necessidades decorrentes da globalização. Assim, em âmbito global há inegável manifestação de poder⁷, o que impõe a necessidade de limitação através do reconhecimento de normas que disciplinem este exercício de autoridade transnacional. Esta é justamente a proposta do DAG, que pode ser conceituado da seguinte forma:

[...] global administrative law effectively covers all the rules and procedures that help ensure the accountability of global administration, and it focuses in particular on administrative structures, on transparency, on participatory elements in the administrative procedure, on principles of reasoned decision-making, and on mechanisms of review⁸.

Há, neste sentido, dois níveis de administração, um nacional e outro global, de modo que se pode reconhecer a existência de um espaço administrativo global, que é autônomo no que tange à administração pública interna, embora tenha com esta uma relação de complementariedade.

Com esta visão, é superada a ideia do Direito Internacional Público (DIP), de que há legitimidade democrática na governança global na medida em que responde aos Estados que, de sua vez, respondem ao seu povo e seus tribunais. De igual maneira, ultrapassa-se a ideia baseada no Direito Administrativo doméstico de que o controle e a responsabilização pelos atos praticados no exercício da regulação global se resolvem com a aplicação do Direito Administrativo doméstico quando da tomada de decisões nacionais

e cooperação são elementos-chave para o estabelecimento da governança”, demonstrando a necessidade de interação entre os diversos atores no plano global (*Governança global e regimes internacionais*. São Paulo: Almedina, 2011. p. 47).

6 AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. v. I. 4a ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 25-26.

7 Sabino Cassese preconiza a ideia de que a governança global é definida como o exercício da autoridade pública internacional, o que reforça a noção de administração transnacional como genuína expressão de poder, CASSESE, Sabino. “Global administrative law: the state of the art”. *International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 13, n. 2, p. 465, abr. 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/icon/mov022>>

8 KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. “The Emergence of Global Administrative Law”. *Law and Contemporary Problems*. 20105, v. 68, n. 3, p. 28. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol68/iss3/2>>

na internalização dos programas transnacionais⁹.

Assim, havendo uma administração global, é preciso reconhecer que esta possui dinâmica e características próprias, emergindo a necessidade de desenvolvimento de um ramo jurídico que discipline atuação administrativa no plano transnacional¹⁰. Em razão disso, Sabino Casseese afirma a existência de princípios jurídicos, previstos em diversas fontes normativas, que se aplicam aos sistemas de regulação global em si, mas também repercutem na atuação dos Estados quando da implementação dos programas regulatórios transnacionais, consolidando uma espécie de *rule of law* do DAG¹¹.

Tais princípios podem ser divididos em substantivos e procedimentais. Segundo Kingsbury, Krisch e Stewart, os princípios ou padrões substantivos do DAG são centrados basicamente nas ideias de *proporcionalidade*, em sua visão tripartida (adequação ou relação racional entre meios e fins, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), bem como de *expectativa legítima*¹².

Dentre os princípios procedimentais do DAG, cabe um destaque especial ao *direito de participação*, consistente não só na possibilidade de manifestação das pessoas naturais ou coletivas, bem como de grupos representativos de setores econômicos e sociais, passíveis de ser afetados pela decisão administrativa na esfera global¹³. Os demais princípios procedimentais são o da *transparência*, o da *motivação das decisões*, e o do *direito ao recurso*, que, de certa forma, são relacionados ao princípio da participação, porque são instrumentais ao exercício de influência dos interessados nas decisões de regulação global.

Reconhecendo-se, pois, a existência do DAG como disciplina autônoma, é nos seus próprios princípios que se deve encontrar o fundamento de legitimidade da governança global. Revela-se, pois, a importância do seu estudo para a presente pesquisa, permitindo a análise sobre o exercício ou não, no âmbito do MERCOSUL – notadamente em seu mecanismo de solução de controvérsias –, de governança em nível global e, em caso de resposta positiva, se há conformidade com o arcabouço principiológico que se desenha para a disciplina.

9 Ibid. p. 26.

10 Kingsbury e Casini tratam da necessidade emergente de respeito a boas práticas e princípios no exercício da governança global, destacando os seguintes: “[...] transparency (a governance of information, including demands for active transparency and access to information, but also demands for confidentiality and privacy, and for legal or political controls on the gathering and use of policy-shaping information),¹⁸ participation, and reason-giving, along with more general pressures for review of administrativetype actions, and for heightened accountability with consequences for regimes of liability and immunity”, CASSESE, Sabino, 2015, Op. cit., p. 4.

11 CASSESE, Sabino. *Global administrative law: cases and materials*. Rome: University of Rome “La Sapienza”, Public Law Institute, 2006. p. 9.

12 KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. Op. cit. p. 40.

13 FROTA, Hidemberg Alves da. “Direito Administrativo Global: padrões substantivos”. *Revista Digital de Direito Administrativo*. 2015, vol. 2, nº 1, p. 4. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/76149>>

3. ANÁLISE DO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL SOB A ÓTICA DO DAG

Na América Latina em geral, ainda há pouca preocupação com o debate sobre a governança global, de modo que também é deficitário o estudo do DAG, mais expressivamente desenvolvido nos Estados Unidos e na Europa¹⁴. Isto, evidentemente, demonstra a importância do aprofundamento a que se propõem esta pesquisa, tomando como referência o mecanismo de solução de litígios do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL).

Evidentemente, com a expansão do comércio internacional, a regulação meramente doméstica deste setor se mostra insuficiente, surgindo na esfera global diversos sistemas regulatórios. Apesar de serem muitos estes sistemas, dentre os quais o MERCOSUL – de modo que existem peculiaridades em cada caso –, algumas características comuns da regulação transnacional são apontadas por Sabino Casseese, sendo a principal delas a busca constante pelo equilíbrio entre interesses conflitantes¹⁵.

Fazendo uma análise de alguns sistemas de regulação do comércio internacional, o autor aponta a preocupação constante com: a) a transparência das condições para importação; b) uniformização de exigências e procedimentos para importação; c) equivalência entre os tratamentos dados aos Estados uns aos outros; d) previsão de um procedimento de consulta para que aqueles que se sentirem prejudicados possam abrir o debate em painéis de solução de controvérsias; e e) que o controle das importações pelos Estados integrantes do sistema seja feito por um procedimento célere, isonômico, sem exigências excessivas, com garantia de confidencialidade, razoabilidade, proporcionalidade e com mecanismos de revisão de decisões¹⁶.

Alguns desses pontos serão analisados a seguir na seara do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL, levando-se em consideração algumas dificuldades como a diferença de tradições jurídicas nos seus Estados-membros, sua condição de países em desenvolvimento, sem tanta solidez institucional, consolidação do Direito Administrativo doméstico e poder global, como os países desenvolvidos¹⁷.

No que tange à busca por participação dos interessados nos processos que visem a tomada de decisões que possam os atingir, é possível perceber esta preocupação do MERCOSUL. Neste bloco econômico ainda não se adota a supranacionalidade, de modo que não há uma autoridade suprema que impõe o Direito verticalmente e, por este motivo, as decisões políticas são tomadas na base da consensualidade, de modo que os Estados-membros

14 BADIN, Michelle Ratton Sanchez. "El proyecto Derecho Administrativo Global: una reseña desde Brasil". In *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Rap, 2009, p. 140-141.

15 CASSESE, Sabino. "Shrimps, Turtles and Procedure: Global Standards for National Administrations". *Global Administrative Law Series, IILJ Working Papers*, 2004, p. 4. Disponível em: <<https://www.iilj.org/publications/shrimps-turtles-and-procedure-global-standards-for-national-administrations/>>

16 *Ibid.*, p. 7-9.

17 BADIN, Michelle Ratton Sanchez. *Op. cit.*, p. 144.

são colocados em pé de igualdade em coordenação de soberanias¹⁸. É, pois, uma *members-driven organization* à semelhança da Organização Mundial do Comércio (OMC), o que já garante, ao menos do ponto de vista dos Estados-membros, alto grau de participação na governança.

Nos processos de solução de controvérsias a participação é evidenciada no viés do contraditório e da ampla defesa, prestigiados, por exemplo, no artigo 14 do Protocolo de Olivos, que disciplina a delimitação do objeto da controvérsia antes da submissão ao julgamento pelo Tribunal Arbitral *Ad Hoc*. Todavia, a participação também pode ser percebida com a ampliação do acesso ao sistema, já que também é facultado ao particular – pessoa natural ou coletiva – que se sentir prejudicado por atos contrários à normas regionais¹⁹.

Inclusive, o fato de incorporar o particular como ator no processo de regulação do comércio no âmbito do MERCOSUL, já que nas relações de comércio internacional há sempre sua participação, o aproximam ainda mais do Direito Administrativo Global, que reconhece que os indivíduos são sujeitos do processo regulatório transnacional.

Já com relação à transparência, que é ideia conseqüente à ideia de participação, cumpre salientar que as decisões proferidas no sistema de solução de controvérsias, seja pelos Tribunais Arbitrais *Ad Hoc*, seja pelo Tribunal Permanente de Revisão (TPR). Assim, é nítida a preocupação com o a publicização de seus atos, facilitando, em algum nível, o controle social da atividade de integração. Se isto não é suficiente para conferir a participação que se almeja no sistema de solução de controvérsias do cone sul, é ao menos representativo de sua disposição para a abertura cada vez maior.

Percebe-se no caso do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL, ainda, a indubitável exigência de fundamentação das decisões, tendo em vista a previsão no artigo 25 do Protocolo de Olivos de que os laudos, tanto dos Tribunais Arbitrais *Ad Hoc*, quanto do TPR, serão fundamentados. Ainda que assim não fosse, é preciso reconhecer que o dever de motivação corresponde a um princípio geral do Direito, decorrente dos próprios *rule of law* e *due process of law*, cuja implementação visa o DAG²⁰, além de que é também uma necessidade decorrente da participação e da transparência.

No que se refere à *accountability* da regulação, um dos principais problemas do Direito Administrativo Global²¹, também se percebe

18 MACHADO, Diego Pereira; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: Juspodium, 2011, p. 112.

19 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. "As instituições do Mercosul". In BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valeiro de Oliveira (Ed.), *Direito Internacional Econômico*, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 452.

20 BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia e ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 323.

21 Gustavo Binenbojm, sobre o tema, afirma que a crítica quanto à dificuldade de controle da governança global gira em torno da crença de que a "[...] expansão desenfreada de do subsistema econômico transnacional teria criado uma regulação *paróquial* e *autocentrada*,

preocupação no mecanismo de solução de litígios mercosulino, apesar da dificuldade na responsabilização da Administração global é no plano internacional, uma vez que, via de regra, seus órgãos não se submetem a mecanismos de controle de seus atos por órgãos independentes, como tribunais, por exemplo.

Neste sentido, destaca-se um avanço importante com relação à *accountability* no âmbito do MERCOSUL, que se deu justamente na jurisprudência do TPR. Trata-se do caso do “Procedimento Excepcional de Urgência solicitado pela República do Paraguai em relação à suspensão de sua participação nos órgãos do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e à incorporação da Venezuela como membro pleno”. Neste caso, se reconheceu a possibilidade de controle de decisões política-administrativas pelo sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL, desde que tenha por base as normas do bloco, refutando a alegação de que só poderia julgar disputas comerciais.

Este episódio, portanto, é mais uma demonstração do surgimento do *rule of law*, reconhecido no DAG, no âmbito do MERCOSUL, com o surgimento de certo nível de *judicial review*, capaz de corrigir atuações contrárias aos princípios do Direito e às normas do bloco.

4. AS CRÍTICAS AO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL

O comércio assumiu contornos globais e, deste modo, sua regulação também acompanha este fenômeno, de modo que foram criados sistemas regulatórios, tanto multilaterais como a OMC, quanto regionais como o MERCOSUL e o NAFTA com seus próprios órgãos jurisdicionais²². Tanto a governança exercida pelo MERCOSUL faz parte de uma rede regulatória em conexão com outros agentes reguladores, que, no exercício da jurisdição, é comum que haja choques, demonstrando que dificilmente questões regionais deixam de gerar alguma repercussão também em nível mundial.

Exemplo desta repercussão e interação entre sistemas de regulação do comércio ocorreu com a proibição feita pelo Brasil para importação de pneumáticos recauchutados, que será analisado no tópico seguinte desta pesquisa, mas, em síntese, revelou a repercussão global de medidas regulatórias adotadas no mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL, atingindo sobretudo as Comunidades Europeias. Isto deixa clara a importância e dimensão que a regulação do comércio pelo MERCOSUL, de modo que se impõe a análise crítica do mecanismo de solução de controvérsia do MERCOSUL com a lupa do DAG para que sejam apontadas as práticas e

afastada de qualquer compromisso com a razão pública e desprovida dos limites e controles próprios da democracia e do direito. Nessa toada, a *controlabilidade* político-jurídica do capitalismo tem sido erodida, aguçando as suas contradições internas, agora na arena global” (Ibid., p. 320).

22 SHANY, Yuval. *The competing jurisdictions of international courts and tribunals*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 6.

normas com ele compatíveis, bem como os aperfeiçoamentos necessários em alguns pontos do sistema para compatibilização com os padrões exigidos pela boa governança global.

Apesar dos avanços, as críticas ao sistema de solução de controvérsias instaurado pelo Protocolo de Olivos são muitas. Uma das mais contundentes consiste na falta de previsão das consequências das decisões no ordenamento jurídico interno das partes, deixando a interpretação e aplicação das normas regionais para as jurisdicionais nacionais²³. Isto leva problemas aos particulares, beneficiados com as decisões, já que pode não sentir seus efeitos, assim como dificulta a interpretação uniforme das normas do MERCOSUL pelos juízes nacionais que venham a aplicá-las em litígios internos. Esse déficit de efetividade é um problema porque fragiliza o mecanismo de solução de controvérsia, prestigiando-se a soberania nacional em detrimento do respeito às normas de integração.

Há, todavia, uma tentativa de mitigação desse problema com a previsão das medidas compensatórias, que permite ao Estado-parte beneficiário da decisão do mecanismo de solução de controvérsia praticar atos de restrição ao comércio contra o Estado derrotado, justamente para forçar o cumprimento da decisão e reduzir o dano provocado pela demora neste cumprimento²⁴. Segundo Raphael Carvalho de Vasconcelos,

as medidas compensatórias consistem basicamente na suspensão de obrigações assumidas no âmbito do acordo regional que sejam do interesse do estado supostamente faltante” e devem ser “[...] proporcionais ao dano provocado pelo não cumprimento da decisão do laudo²⁵.

Outro problema apontado no mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL é a possibilidade de submissão de um mesmo conflito tanto para organização regional, quanto para outros sistemas – desde que se escolha um deles –, havendo, pois, competência concorrente. Sobre o tema, Ernesto J. Rey Caro afirma que, embora tal possibilidade vise a proteção da coisa julgada, evitando decisões conflitantes, isto também provoca o enfraquecimento da integração, na medida em que deixa de consagrar a

23 No fim das contas, é como se a eficácia das normas de integração do MERCOSUL e do seu órgão jurisdicional dependesse do interesse dos Estados-membros, refletindo a ainda alta carga intergovernamental da organização, VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. “O Mercosul e as linhas gerais de seu sistema de solução de controvérsias”. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. 2016, vol. 4, n° 8, 2016, p. 119-120. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a4.n8.p114>>

24 MEDEIROS, Orione Dantas de. “Meios de Solução de Controvérsias entre Estados Partes do Mercosul: Controvérsias tramitadas no marco do Protocolo de Olivos”. *Revista de Informação Legislativa*. 2010, vol. 47, n° 185, p. 183. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198666/000881217.pdf?sequence=1>>

25 VASCONCELOS, Raphael Carvalho de., 2016, Op. cit. p. 132.

primazia do foro regional²⁶.

Embora isto possa representar o enfraquecimento do projeto regional de integração, acaso optem os Estado-membros do MERCOSUL por recorrer mais a outros mecanismos de solução de controvérsias como o da OMC, também revela a salutar conexão dos sistemas regulatórios do comércio, que muitas vezes concorrem na governança que exercem. Ou seja, o choque entre os sistemas de regulação é natural no mundo globalizado, ainda que possa representar um risco aos interesses regionais do MERCOSUL enquanto bloco econômico.

Por fim, a crítica que também se faz ao sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL diz respeito ao acesso do particular. É que, a apresentação de reclamações do particular que se sente prejudicado pela adoção de medidas discriminatórias por Estados-membros do MERCOSUL, deve ser feita à Seção Nacional do MERCOSUL do Estado no qual estão sediados seus negócios. Assim, é analisado se existem elementos suficientes que demonstrem a veracidade das alegações e a existência de ameaça de prejuízos, hipóteses na qual a Seção Nacional estaria obrigada a entabular contatos diretos com o Estado reclamado²⁷. A participação do particular é, pois, mitigada, o que é contrário aos ditames do DAG que impõe cada vez mais a presença dos interessados nos sistemas de regulação para conferir maior legitimidade.

Assim, apesar da possibilidade de reclamações de particulares no sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL, isto depende da intermediação da Seções Nacionais, que são compostas por membros indicados pelos governos. Desta forma, os interesses dos particulares são submetidos a uma primeira decisão que pode ter caráter político, o que certamente diminui a proteção a eles conferida. Inclusive isto leva ao questionamento quanto à possibilidade ou não de o particular se insurgir contra ato de seu próprio Estado parte²⁸.

Para resolver esta questão, cumpre mencionar a mudança da redação que era conferida no Protocolo de Brasília em relação à que consta do Protocolo de Olivos. Isto porque no primeiro se previa que, constatando a respectiva Seção Nacional do MERCOSUL os elementos que permitam determinar a veracidade da violação e a existência ou ameaça de um prejuízo ao particular, “poderá entabular contatos diretos” com o Estado reclamado. Já o segundo, prevê que, neste caso a Seção Nacional “deverá entabular contatos diretos”²⁹.

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

27 Neste ponto não houve grandes alterações com relação ao procedimento do Protocolo de Brasília, conforme descrito por MAGALHÃES, José Carlos de. “Os laudos arbitrais preferidos com base no Protocolo de Brasília para a solução de controvérsias”. Em MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rosani (Ed.), *Reflexões sobre Arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002, p. 513.

28 VASCONCELOS, Raphael Carvalho de., 2016, Op. cit. p. 134.

29 Sendo assim, questiona-se se o prosseguimento do procedimento de solução de

Assim, abre-se margem à interpretação de que a análise na reclamação seria um direito do particular, visão defendida nesta pesquisa, inclusive em respeito ao princípio da participação, que é uma das bases do DAG. Se o MERCOSUL realiza governança transnacional e se o DAG se propõe justamente a disciplinar e conferir padrões substantivos e procedimentais a esta atividade, seus princípios devem ser respeitados. Neste caso, já que há dúvida quanto à interpretação de normas do MERCOSUL, o princípio da participação deve socorrer o intérprete para suprir a lacuna, reconhecendo-se o direito subjetivo do particular de levar adiante sua reclamação no mecanismo de solução de controvérsia do bloco econômico.

Outro ponto crucial do sistema inaugurado pelo Protocolo de Olivos foi a criação do Tribunal Permanente de Revisão (TPR) que, além da competência de revisão das decisões do Tribunal Ad Hoc (TAH), funcionando como segunda instância no sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL, acumula a função de instância única nos casos em que assim optarem os Estados-partes da controvérsia, bem como a função consultiva e de apreciação de medidas excepcionais de urgência³⁰.

Há ainda, a competência do TPR de apreciar opiniões consultivas feitas pelos Tribunais Supremos dos Estados-membros e pelos órgãos decisórios do MERCOSUL para uniformização e harmonização do direito regional mercosulino. Todavia, as interpretações não são vinculativas, conforme dispõe o artigo 11 da decisão nº 37/03 do CMC, de modo que aqueles que se valem do instrumento não têm obrigação jurídica de seguir a interpretação do TPR na matéria sobre a qual recai a consulta³¹. Isto demonstra, mais uma vez, o caráter insuficiente do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL, na medida em que a previsão de decisões não vinculativas enfraquece o TPR e desperdiça seu potencial estabilizador do bloco.

Nota-se, portanto, que a criação do TPR consistiu em um importante avanço do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL. Todavia, o fato de estar fincada em uma lógica arbitral e com limitações em seus poderes, ainda mantém o sistema muito flexível. Se, por um lado, isto facilita a solução negociada das controvérsias – que muitas vezes é comemorada

controvérsia pela SN seria um ato puramente diplomático e, portanto, político-discrecionário, ou se seria vinculado, conforme anota Vasconcelos: “[...] a caracterização da atuação da Seção Nacional como proteção diplomática e não como atividade vinculada à administração dá ao estado discricionariedade para acolher ou não a reclamação. Já no caso de ser considerada atividade vinculada, não caberia a Seção Nacional fazer qualquer juízo de valor, devendo, portanto, simplesmente acolher e dar prosseguimento à reclamação que houver sido devidamente instruída” (Op. cit).

30 ZANOTO, Josianne. “A funcionalidade do tribunal permanente de revisão do MERCOSUL: entre o Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias” [Dissertação de mestrado]. Orientadora: Deisy de Freitas Lima Ventura. Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria, 2006. p. 64 *et. seq.* Disponível em: <<http://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/9735/Dissertacao.pdf?sequence=1>>

31 FERRER, Carlos Jaime Viarroel. “La competencia consultiva de los Tribunales Internacionales”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 2014, vol. 2, nº 4, p. 20. Disponível em: <<http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/70/68>>

pelos Estados-membros em razão de sua instabilidade política e econômica, bem como pela significativa influência externa –, prejudica a integração regional em razão da insegurança e instabilidade que provoca. A falta de vinculatividade e o limitado acesso às opiniões consultivas é mais um exemplo das ideias de pragmatismo, realismo e gradualismo, que marcam o processo de consolidação do MERCOSUL³².

Apesar das críticas, demonstrando-se que o atual sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL ainda não é o ideal para a estabilização do bloco, não é o definitivo (por previsão expressa nesse sentido), bem como que também não respeita integralmente os ditames do DAG, é preciso reconhecer avanços, sobretudo no que se refere à maior clareza dos aspectos procedimentais em relação ao sistema anterior. Outrossim, a inovação consistente na criação do TPR também foi salutar, já que uma instância uniformizadora permite maior harmonização na interpretação das normas do MERCOSUL.

5. A PROBLEMÁTICA DOS PNEUS REMODELADOS E O MERCOSUL ENQUANTO ATOR DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL

Um dos temas que revela a importância, dimensão e repercussão global da atuação do MERCOSUL, diz respeito ao comércio de pneus remodelados. No âmbito do mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL a questão foi debatida pela primeira vez em 2002 – portanto, pelo procedimento do Protocolo de Brasília –, por provocação do Uruguai contra medida administrativa adotada pelo Brasil, que proibia a importação deste produto³³.

Em síntese, alegou o Uruguai, que a medida restringia o comércio, violava o *pacta sunt servanda* e o princípio da boa-fé, já que a comércio deste produto entre os países já ocorria há muito tempo e sem entraves. O Brasil, por sua vez, alegou que a medida tinha como fito a proteção ao meio ambiente, o que justificaria a restrição ao livre comércio. Isto, todavia, não foi acatado pelo TAH instaurado, que, adotando uma postura neoliberal e favorável ao livre comércio, entendeu que não poderia ser admitido no âmbito do MERCOSUL tal medida, que, inclusive, violaria a decisão CMC nº 22/2000, que veda a adoção de medidas restritivas ao comércio recíproco³⁴.

Percebe-se, portanto, que a fundamentação da decisão do TAH, além de considerar o princípio do livre comércio, utilizou uma norma emitida pelo próprio MERCOSUL, portanto, sem a força dos tratados, reconhecendo

32 Para evolução do sistema, o primeiro passo, aponta Josianne Zanoto, seria o desenvolvimento de maior consciência integracionista dos Estado-membros e a superação da natureza intergovernamental das instituições do MERCOSUL, admitindo-se a possibilidade de reconhecimento de força vinculativa das opiniões consultivas, bem como a ampliação do acesso ao instrumento com a consequente democratização, com o objetivo de transformá-lo em efetivo mecanismo de integração e uniformização (Op. cit. p. 88).

33 SAVIO, Adriana Macena S. “O caso dos pneus perante a OMC e o MERCOSUL”. *Universitas Relações Internacionais*. 2011, vol. 9, nº 1, p. 356.

34 Ibid.

a ampliação das fontes normativas da regulação regional do comércio e revelando, no âmbito do bloco, uma nítida aproximação com o DAG. É que, para este, uma das características da governança global é justamente a incidência de normas com menos característica de *hard law* típica do Direito Internacional Público.

Destaque-se, ainda, que, ao cumprir a decisão do TAH, o Brasil foi além e, anulando a medida restritiva, permitiu a importação de pneus remodelados de todos os membros do MERCOSUL, demonstrando que a atuação do mecanismo de solução de controvérsias não se limitou à relação entre Brasil e Uruguai³⁵. Houve, portanto, uma repercussão transnacional com ares de governança global e, portanto, regulada pelo DAG.

O tema continuou gerando repercussão – desta vez revelando dimensão ainda mais global –, já que em 2005 as Comunidades Europeias demandaram no sistema de solução de controvérsias da OMC. A alegação desta vez foi a de que, a despeito da proibição da importação de pneus recauchutados pelo Brasil, havia a exceção com relação aos membros MERCOSUL, de modo que deveria ser aplicada a cláusula da nação mais favorecida³⁶.

Ao final, já em segunda instância, as Comunidades Europeias lograram êxito na demanda, de modo que ficou decidida e contrariedade da medida brasileira ao livre comércio, facultando-se ao Brasil a adoção de duas medidas alternativas: abertura generalizada das importações dos pneus remodelados ou fechamento total do mercado brasileiro a este produto, inclusive com relação aos membros da OMC. O Brasil escolheu a segunda opção e vetou por completo a entrada deste produto, inclusive com origem nos dos países do cone sul³⁷. Assim, se as Comunidades Europeias haviam sido atingidas por decisão do MERCOSUL em procedimento do qual não faziam parte, agora foram os países do MERCOSUL que sofreram consequências da decisão da OMC em procedimento que também não participaram.

O outro caso – que será analisado – ainda envolvendo pneus remodelados consistiu, em síntese, em proibições impostas pela Argentina por medidas administrativas e, posteriormente, por decreto e por lei, de importação destes produtos. Neste caso, que já se deu sob o a égide do Protocolo de Olivos, também se discutiu se a proibição imposta corresponderia à violação ao princípio do livre comércio ou se consistiria em exceção justificável pela proteção ao meio ambiente.

O procedimento no TAH, frustradas as negociações diretas, se iniciou em 2005 e foi marcado por ampla discussão técnica, com a indicação por ambas as partes de peritos, sobretudo para dirimir a controvérsia quanto à nocividade ou não dos pneus remodelados ao meio ambiente, o que

35 OLIVEIRA, João Paulo Ribeiro Lima Pacheco Carnevalli de; BRAGA, Márcio Bobik. “Caso dos pneus: adequação da ordem jurídica brasileira à jurisdição internacional”. *Revista da AGU*, v. 16, n. 2, 2017, p. 224. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/viewFile/875/779>>

36 *Ibid.*, p. 225.

37 *Ibid.*, p. 229-230.

justificaria ou não aplicação da medida restritiva ao comércio³⁸.

O laudo arbitral, cotejando as alegações de ambas as partes e as provas produzidas, julgou improcedente a reclamação do Uruguai, na medida em que considerou que as restrições argentinas tinham fundamento, visto que a importação de pneus remodelados de outros países aumentaria o passivo ambiental da Argentina. Seria diferente, portanto, da produção doméstica de pneus remodelados, uma vez que eram utilizados seus próprios pneus usados, de modo a diminuir este passivo.

Assim, entendeu o tribunal arbitral que a proibição, que não se dirigia tão somente ao Uruguai, não violava as normas do MERCOSUL, que também impõem a proteção ao meio ambiente, consistindo o referido caso em exceção aceitável à livre circulação de produtos entres os países-membros, já que este princípio não seria absoluto. Desta forma, ainda que não tenha mencionado expressamente, realizou um sopesamento de bens e interesses o TAH e, mesmo sem de debruçar tecnicamente sobre esta questão, considerou a proteção ao meio ambiente um valor mais importante do que o livre comércio no caso em apreço³⁹.

Foi apresentado recurso de revisão pela Argentina, levando o caso ao TPR, que, de início – analisando o direito que incidiria no caso – asseverou que seriam aplicadas as normas do MERCOSUL para saber se a exceção ambiental prevaleceria neste caso concreto ou não, mas que as demais normas de Direito Internacional somente seriam aplicadas subsidiariamente⁴⁰.

No que tange à justificativa da exceção imposta, o TPR entendeu que a medida não tinha a fundamentação devida, uma vez que nos próprios antecedentes legislativos da lei restritiva em questão, foi citado como um dos objetivos da sua edição, a proteção da indústria nacional⁴¹. Apesar disso já

38 Em semelhança do que ocorre na OMC, no mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL, também há uma preocupação acentuada com o aspecto técnico, o que é uma tendência no DAG como instrumento para tornar a governança global mais legítima e mais aceitável, DUARTE, Francisco de Abreu. “À descoberta do fundamento constitucional do Direito Administrativo Global”. *Revista Eletrônica de Direito Público (e-Pública)*. 2014, vol. 1, nº 1, p. 190. Disponível em: <<http://e-publica.pt/volumes/v1n1/pdf/Vol.1-Nº1-Art.07.pdf>>

39 O princípio da proporcionalidade é um dos fios condutores do DAG e é muito utilizado em disputas comerciais, notadamente em casos como o que aqui se analisa, nos quais estão em conflito a proteção ao meio ambiente e o livre comércio, FRANCO, Maria de Mello; STAUDOCHAR, Renata Silva; RUINA, Rinnuccia Faria La. “A relação entre o livre comércio e a proteção ambiental: análise do princípio da proporcionalidade sob a perspectiva dos casos C-284/95 e C-320/03”. *Revista do Programa de Direito da União Europeia*. 2011, nº 1, p. 102.

40 Isto representou avanço ao mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL, na medida em que se reconheceu a primazia, ao mesmo neste caso, do Direito mercosulino, algo que só foi possível com a criação do TPR para promoção de um trato jurisdicional das normas do MERCOSUL de maneira mais institucionalizada, demonstrando uma tendência à supranacionalidade da organização, como clamam de há muito os estudiosos para concretização do processo de integração, BENETI, Sidnei Agostinho. “Processo civil supranacional, União Europeia e MERCOSUL”. In LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (Ed.), *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional: o papel do juiz no processo de integração regional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 222-223.

41 O TPR, portanto, consagrou em sua decisão mais um princípio do DAG e que, deve ser observado por todo e qualquer ator que exerça regulação com alguma repercussão

ser motivo suficiente para se determinar a revogação da medida restritiva, o TPR analisou detidamente o critério da proporcionalidade. Cumpre salientar que isto já demonstra a tendência do TPR de exigir a boa governança do comércio, seja pelos Estados-membros, seja pelo próprio MERCOSUL, exigindo motivação de decisões e proporcionalidade, em consonância com os ditames do DAG.

Com relação à proporcionalidade, foi constatado que a proibição não reduziu o impacto ambiental, de modo que não seria uma via adequada para o fim que supostamente almejava a Argentina com a proibição. Por outro lado, esta também não seria o meio menos gravoso para promover a prevenção dos alegados riscos ambientais, de modo que a medida não era estritamente necessária. Poderiam ser adotadas medidas, por exemplo, de limitação e de eliminação de resíduos, mas com aplicação geral, que certamente reduziriam os danos ambientais. É que os pneus remodelados podiam ser usados em solo argentino – pela lei nacional –, de modo que, havendo a demanda, iriam continuar sendo produzidos e comercializados e, portanto, o resíduo continuaria sendo gerado⁴².

Com base em tais argumentos, o laudo do TAH foi revisto, sendo determinada a revogação das medidas restritivas pela Argentina pelas vias próprias no prazo de 120 (cento e vinte) dias e a abstenção de adoção, no futuro, de medidas semelhantes. Da decisão, foi apresentado recurso de esclarecimentos (embargos de declaração), que foi rejeitado pelo TPR, mantendo-se a decisão original.

O laudo foi descumprido pela Argentina, o que levou o Uruguai a aplicar medidas retaliativas, que foram questionadas pela Argentina em solicitação de pronunciamento sobre excesso de aplicação de medidas compensatórias. O TPR, todavia, não deu razão à Argentina, julgando que as medidas compensatórias eram proporcionais e poderiam ser mantidas pelo Uruguai. Isto é mais um indicativo de fortalecimento da regulação transnacional do comércio no âmbito do MERCOSUL, porque, apesar da impossibilidade de aplicação de sanção pecuniária, é um mecanismo de dar efetividade a suas normas e decisões, desde que se respeite a proporcionalidade que, como dito, é princípio basilar do DAG.

Estes casos demonstraram a importância do mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL, inclusive em interação com a OMC, ambos componentes da rede global de regulação do comércio. No caso das restrições do Brasil, percebeu-se que uma decisão mercosulina repercutiu

global, qual a seja o dever de fundamentação das decisões. No caso exposto, a Argentina, fundamentou sua decisão de proibição de importação dos pneus remodelados com base na proteção ao meio ambiente, mas tal motivo não era de todo verdadeiro, já que havia por traz também o interesse em proteger a indústria nacional. O dever de motivação dos atos de regulação do comércio também é reconhecido, por exemplo, pela OMC, conforme anota Pedro Infante Mota. *A função jurisdicional do Sistema GATT/OMC*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 919).

42 No litígio em questão, portanto, foram aplicados os testes da visão tripartida da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

mundialmente, já que a admissão de importação pelo Brasil de pneus remodelados somente de países do MERCOSUL afetou o comércio das Comunidades Europeias, que precisou se valer do sistema de solução de litígios da OMC.

Há, portanto, uma dimensão global na atuação do MERCOSUL que precisa ser reconhecida para que se submeta aos princípios do DAG, elevando o nível de sua governança. Neste sentido, no caso das restrições promovidas pela Argentina, embora com menor efetividade – em razão da falta de cumprimento da decisão – percebeu-se uma nítida evolução do sistema de resolução de controvérsia, já que foram destacados no julgamento alguns destes princípios como o dever de fundamentação e a proporcionalidade, seja em relação às restrições ao comércio, seja em relação às medidas compensatórias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa, inicialmente, demonstrou a existência do fenômeno da governança global, a regular importantes setores socioeconômicos – dentre os quais o comércio –, que têm repercussão para além das fronteiras nacionais e, em razão da celeridade dos avanços científico, tecnológicos e nas relações internacionais, já não podem ser contornados tão somente pelas normas do Direito Internacional.

Diante disso, surgem na doutrina estudos que visam o reconhecimento de uma nova disciplina do Direito, capaz de dar os contornos jurídicos a esta atividade regulatória, que vem sendo chamada de Direito Administrativo Global. Esta disciplina teria princípios que a caracterizariam e que precisam ser observados quando do exercício da regulação global para que se garanta certo nível de *accountability* e legitimidade a esta atividade. Destacou-se nesta pesquisa os seguintes princípios: a proporcionalidade, da proteção à expectativa legítima, da participação, da transparência, da motivação das decisões e o do direito ao recurso.

O estudo se preocupou, ainda, com o mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL, analisando-o criticamente de acordo com os ditames do DAG, passando por sua construção histórica até o momento atual, em que se transformou em um sistema arbitral, mas com um tribunal permanente de segunda instância, responsável pelo julgamento de disputas em grau de recurso ou como instância única, se assim optarem os contendores, bem como por apreciar opiniões consultivas de Estados-membros, seus tribunais supremos e órgãos do próprio MERCOSUL, interpretação e aplicação do Direito mercosulino.

Assim, compreendeu-se que a criação do TPR foi um importante avanço no sentido de estabilização da jurisprudência do Direito do bloco, mas ainda apresenta um déficit de institucionalização, já que não é considerado um tribunal supranacional, como se percebe, por exemplo, da não obrigatoriedade de adoção das interpretações do Direito do MERCOSUL

na prolação das opiniões consultivas. Este problema, associados a outros como a não exclusividade do foro do MERCOSUL para resolver litígios de sua competência; o acesso do particular meramente indireto (dependendo da proteção diplomática do seu respectivo Estado); e a não especificação das medidas que devem adotar os Estado derrotado em uma disputa para cumprir a decisão, em respeito exacerbado à soberania nacional; consiste em dificuldade que precisa ser superada para evolução do sistema.

Para percepção da repercussão global da regulação exercida pelo MERCOSUL, sobretudo seu sistema de resolução de controvérsias, levando o bloco ao respeito aos princípios do DAG, analisou-se o caso dos pneus remodelados que gerou disputas tanto no âmbito regional, quanto no âmbito da OMC.

Assim, restou demonstrada a dimensão global da regulação exercida pelo MERCOSUL e, conseqüentemente a necessidade de respeito aos princípios do DAG. Isto já começa a ser sentido na própria dinâmica do mecanismo de solução de controvérsias, que, julgando outra disputa relacionada à importação de pneus recauchutados, condenou a Argentina a permitir a importação deste produto, levando em consideração vício na motivação e falta de proporcionalidade na medida restritiva ao comércio que aquele país havia adotado. Ou seja, a própria decisão do TPR neste caso, levou em consideração princípio do DAG, que devem permear a atividade regulatória do MERCOSUL.

Diante destas considerações, percebeu-se que o MERCOSUL vive um momento transitório e de desenvolvimento de sua integração, mas que seu mecanismo de solução de controvérsias ainda precisa evoluir. Assim, para o sistema mercosulino alcançar seu objetivo de integração sem olvidar do respeito ao DAG, é necessária a ampliação da sua competência, incluindo o controle de atos que não digam respeito ao comércio e a proteção e efetivação de direitos humanos; o reconhecimento da vinculatividade das opiniões consultivas, a ensejar o fortalecimento do bloco – além do uniformização da interpretação e efetividade do direito regional; e a possibilidade do acesso direto dos particulares ao mecanismo de solução de controvérsias, concretizando a democratização do sistema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. “As instituições do Mercosul”. In BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valeiro de Oliveira (Ed.), *Direito Internacional Econômico*, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. v. I. 4a ed. Coimbra: Almedina, 2016.

BADIN, Michelle Rattón Sanchez. “El proyecto Derecho Administrativo Global: una reseña desde Brasil”. In *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Rap, 2009, p. 140-141.

BENETI, Sidnei Agostinho. “Processo civil supranacional, União Europeia e MERCOSUL”. In LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (Ed.), *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional: o papel do juiz no processo de integração regional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 222-223.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia e ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

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

CASSESE, Sabino. “Global administrative law: the state of the art”. *International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 13, n. 2, p. 465, abr. 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/icon/mov022>>

CASSESE, Sabino. “Shrimps, Turtles and Procedure: Global Standards for National Administrations”. *Global Administrative Law Series, IILJ Working Papers*, 2004, p. 4. Disponível em: <<https://www.iilj.org/publications/shrimps-turtles-and-procedure-global-standards-for-national-administrations/>>

CASSESE, Sabino. *Global administrative law: cases and materials*. Rome: University of Rome “La Sapienza”, Public Law Institute, 2006. p. 9.

CASSESE, Sabino. *Global administrative law: cases and materials*. Rome: University of Rome “La Sapienza”, Public Law Institute, 2006.

DUARTE, Francisco de Abreu. “À descoberta do fundamento constitucional do Direito Administrativo Global”. *Revista Eletrônica de Direito Público (e-Pública)*. 2014, vol. 1, nº 1, p. 190. Disponível em: <<http://e-publica.pt/volumes/v1n1/pdf/Vol.1-Nº1-Art.07.pdf>>

FERRER, Carlos Jaime Viarroel. “La competencia consultiva de los Tribunales Internacionales”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 2014, vol. 2, nº 4. Disponível em: <<http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/70/68>>

FRANCO, Maria de Mello; STAUDOHAR, Renata Silva; RUINA, Rinuccia Faria La. “A relação entre o livre comércio e a proteção ambiental: análise do princípio da proporcionalidade sob a perspectiva dos casos C-284/95 e C-320/03”. *Revista do Programa de Direito da União Europeia*. 2011, nº 1, p. 79-105.

FROTA, Hidemberg Alves da. “Direito Administrativo Global: padrões substantivos”. *Revista Digital de Direito Administrativo*. 2015, vol. 2, nº 1, p. 4. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/76149>>

GONÇALVES, Alcindo. *Governança global e regimes internacionais*. São Paulo: Almedina, 2011.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. “The Emergence of Global Administrative Law”. *Law and Contemporary Problems*, Durham.

2005, vol. 68, n° 3, p. 15. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol68/iss3/2>>

MACHADO, Diego Pereira; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: Juspodium, 2011.

MAGALHÃES, José Carlos de. "Os laudos arbitrais proferidos com base no Protocolo de Brasília para a solução de controvérsias". Em MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rosani (Ed.), *Reflexões sobre Arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.

MEDEIROS, Orione Dantas de. "Meios de Solução de Controvérsias entre Estados Partes do Mercosul: Controvérsias tramitadas no marco do Protocolo de Olivos". *Revista de Informação Legislativa*. 2010, vol. 47, n° 185, p. 183. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198666/000881217.pdf?sequence=1>>

MOTA, Pedro Infante. *A função jurisdicional do Sistema GATT/OMC*. Coimbra: Almedina, 2013.

OLIVEIRA, João Paulo Ribeiro Lima Pacheco Carnevalli de; BRAGA, Márcio Bobik. "Caso dos pneus: adequação da ordem jurídica brasileira à jurisdição internacional". *Revista da AGU*, v. 16, n. 2, 2017, p. 219-244, disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/viewFile/875/779>>, acesso em: 14 mar. 2018.

SAVIO, Adriana Macena S. "O caso dos pneus perante a OMC e o Mercosul". *Universitas Relações Internacionais*. 2011, vol. 9, n° 1, p. 356.

SHANY, Yuval. *The competing jurisdictions of international courts and tribunals*. Oxford: Oxford University Press, 2003

SILVA, Vasco Pereira da. "Do direito administrativo nacional ao direito administrativo sem fronteiras (breve nota histórica)". In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (Ed.), *Direito público sem fronteiras*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. "O Mercosul e as linhas gerais de seu sistema de solução de controvérsias". *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. 2016, vol. 4, n° 8, 2016, p. 119-120. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a4.n8.p114>>

ZANOTO, Josianne. "A funcionalidade do tribunal permanente de revisão do MERCOSUL: entre o Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias" [Dissertação de mestrado]. Orientadora: Deisy de Freitas Lima Ventura. Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria, 2006. Disponível em: <<http://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/9735/Dissertacao.pdf?sequence=1>>



MERCOSUL dispute resolution mechanism and the global administrative board

Abstract: Initially, it will be analyzed what would be global governance and Global Administrative Law (DAG), as a regulator of its exercise, mainly through its principles that seek legitimacy and accountability. Among them, proportionality, protection of legitimate expectations, participation, the duty to motivate decisions and the right of appeal will be highlighted. However, the focus will be the regulation of trade exercised by MERCOSUR, in an attempt to verify to what extent the precepts of the DAG are respected. Focusing on the MERCOSUR dispute settlement mechanism, the research will analyze the evolution of this system, up to the current stage with a critical analysis from the DAG perspective, to know what agrees with it and what must evolve to improve the level of business governance that, as the case study analysis will show, is already reaching global levels. Finally, drawing the current panorama of the MERCOSUR dispute settlement system, the course towards evolution will be delineated to guarantee greater stability, efficiency and consolidation of the integration process, based on DAG and its contribution to the legitimacy of global governance.

Keywords: Global Administrative Law, commercial regulation, MERCOSUR, Dispute settlement mechanisms, Regional integration.

RESUMO BIOGRÁFICO

Pedro Carneiro Sales é Mestrando em Direito e Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa/Portugal, especialista em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito e em Direito Eleitoral pela mesma instituição. Professor de Direito Administrativo, Ciência Política e Direitos Humanos da Universidade Salvador (UNIFACS). Advogado, sócio do escritório Menezes, Santos & Sales Advogados, atuando sobretudo na área do Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional e Direito Administrativo. Associado efetivo e membro da Comissão de Acesso do Instituto dos Advogados da Bahia (IAB-BA) e juiz da 3ª Comissão Disciplinar do Tribunal de Justiça Desportiva do Futebol da Bahia

A lacuna na execução de laudos arbitrais do sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio

Brecha en la aplicación de informes de arbitraje del sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio

Morgana Araújo Cadó*

Marcelo Maurício da Silva*

Resumo: Nas relações multilaterais econômicas as nações estão susceptíveis à conflitos durante a busca pelos seus interesses comerciais, e nesse cenário para conduzi-las a um denominador comum é possível que a disputa seja levada à Organização Mundial do Comércio a qual irá nortear as medidas pertinentes para cada caso por meio do seu órgão interno de solução de controvérsias, o qual adota a arbitragem como mecanismo. Todavia, é possível que cada nação resista à decisão do árbitro e gere nesse momento uma lacuna para o processo de execução. Com isso, o presente trabalho buscou analisar os procedimentos do trâmite executório à luz dos métodos coercitivos presentes no Direito Internacional Público. A metodologia adotada deu-se a partir de uma pesquisa qualitativa com base no estudo reflexivo amparado em referencial teórico e casos concretos, sob a referência do método de abordagem e de procedimento, indutivo e comparativo, respectivamente. Além disso, a técnica de pesquisa fundou-se na análise aprofundada de doutrina nacional e estrangeira, na interpretação de tratados internacionais, bem como, nos relatórios produzidos e emitidos anualmente pela OMC. Sob esse viés, os resultados se perfizeram com a verificação da fragilidade da execução arbitral por meio do não cumprimento ou da inércia do país reclamado. Por todo o exposto concluiu-se que por trás das vantagens do instituto arbitral existe a insatisfação do reclamante devido a negativa da execução, havendo a necessidade de aplicar sanções da esfera internacional

* Centro Universitário do Rio Grande do Norte, UNI-RN, Brasil.

E-mail: morgana_cado@hotmail.com

Recibido: 16/10/2019. Aceptado: 15/01/2020.



as quais, ainda assim, podem não ser suficientes para o cumprimento efetivo da decisão.

Resumen: En las relaciones económicas multilaterales las naciones son susceptibles de conflictos mientras persiguen sus intereses comerciales y, en este escenario, para llevarlos a un denominador común, la disputa puede remitirse a la Organización Mundial del Comercio, que guiará las medidas relevantes en cada caso a través de su organismo interno de solución de disputas, que adopta el arbitraje como mecanismo. Sin embargo, es posible que cada nación se resista a la decisión del árbitro y en ese momento genera una brecha en el proceso de ejecución. Con esto, el presente trabajo buscó analizar los procedimientos del proceso de ejecución a la luz de los métodos coercitivos presentes en el Derecho Internacional Público. La metodología adoptada se basa en una investigación cualitativa basada en el estudio reflexivo respaldado por un marco teórico y casos concretos, bajo la referencia del método de enfoque y procedimiento, inductivo y comparativo, respectivamente. Además, la técnica de investigación se basó en análisis en profundidad de la doctrina nacional y extranjera, la interpretación de los tratados internacionales, así como los informes producidos y emitidos anualmente por la OMC. Bajo este sesgo, los resultados se perfeccionaron verificando la fragilidad de la ejecución arbitral por incumplimiento o inercia del país reclamado. Por todo lo anterior, se concluyó que detrás de las ventajas del instituto arbitral existe la insatisfacción del demandante debido a la ejecución negativa, y existe la necesidad de aplicar sanciones desde la esfera internacional que, sin embargo, pueden no ser suficientes para el cumplimiento efectivo de la decisión.

Palavras-chave: Direito Internacional Público, Organização Mundial do Comércio, Sistema de Solução de Controvérsias, Execução arbitral.

Palabras clave: Derecho internacional, Organización Mundial del Comercio, Sistema de Solución de controversias, Ejecución de arbitraje.

1. INTRODUÇÃO

Como produto das revoluções de séculos passados o ramo do Direito Internacional vêm se fortalecendo constantemente por meio das relações multilaterais entre os países, os quais não podem viver isolados em meio ao mundo globalizado.

Em virtude da complexidade desses vínculos, surgiu a necessidade de criar e desenvolver organismos específicos e capazes de atender os interesses pontuais de cada Estado. Nesse sentido, para abarcar a esfera comercial surgiu o *General Agreement of Tariffs and Trade (GATT)*, um tratado multilateral que tempos depois iria solidificar as bases da maior organização de cooperação econômica: a Organização Mundial do Comércio (OMC).

Nesse sentido, é importante compreender que o viés econômico do mundo globalizado se perfaz pela necessidade de um Estado para como outro, ou seja, pela oferta e procura de matéria-prima, produtos, alimentos e tudo o que pode figurar legalmente na esfera comercial por meio de importação e exportação. É relevante frisar que em meio a esse cenário figuram países que ocupam patamares distintos na economia, com posições que variam entre nações desenvolvidas, em desenvolvimento e subdesenvolvidas as quais, por suas dificuldades econômicas e políticas podem se deparar num impasse comercial diante da busca pela sua atuação no comércio.

Vista a necessidade de desacentuar as diferenças econômicas e criar um comércio mais amplo e justo, a OMC surgiu com o escopo de estimular as relações comerciais entre seus países membros, a qual age por meio da fiscalização das normas, supressão de tarifas alfandegárias e estímulos à importação e exportação.

Todavia, as relações multilaterais estão susceptíveis à conflitos e nesse sentido, a OMC criou uma estrutura interna denominada Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) com a finalidade de sanar possíveis desavenças entre os Estados-nação.

Sob esse viés é importante frisar que a existência de um conflito entre países requer um cuidado especial, uma vez que, a não existência de uma autoridade suprema em nível internacional não implica em dizer que não devem haver normas e sanções. Com isso, a fim de preservar a soberania estatal e ao mesmo tempo a busca pela solução de controvérsias o OSC adotou como mecanismo o instituto arbitral com o escopo de evitar conflitos armados e violência entre os Estados.

Nessa perspectiva, é de suma importância compreender a aplicabilidade deste mecanismo o qual, existe desde momentos da antiguidade, mas que vem se aprimorando em cada contexto. Assim, a arbitragem hoje possui ampla valia e inúmeras vantagens que se perfazem pela celeridade, segurança e eficácia de seu funcionamento. Todavia, ainda que não seja um instituto novo, sua atuação na esfera da OMC apresenta lacunas as quais serão explanadas no decorrer deste artigo.

Para esta pesquisa utilizou-se o método indutivo, de modo que o estudo partiu da análise de uma premissa particular para uma premissa universal. Somam-se a isso os objetivos de analisar as vantagens do instituto arbitral – desde a etapa da escolha do árbitro, passando pela fase de apelação, chegando ao conteúdo da sentença – bem como, conhecer o desenvolvimento da fase de execução da arbitragem. Além disso, este trabalho buscou refletir os procedimentos da fase executória e expor o comportamento da OMC perante uma situação de não cumprimento da decisão, somado a análise das possibilidades de aplicação de sanções na esfera internacional.

Assim, urge destacar que este estudo tem como objetivo essencial refletir as consequências da não execução da arbitragem na esfera do Órgão de Solução de Controvérsias devido o choque com o Princípio da Soberania

Estatal, de modo que fragiliza a eficácia do instituto arbitral permitindo uma lacuna na etapa de execução desencadeando um mal estar entre as nações conforme será analisado com base em casos concretos.

2. O INSTITUTO ARBITRAL

Com o advento da globalização e a rápida difusão de informações surgiu a necessidade da tomada ágil de decisões com o escopo de sanar os conflitos oriundos entre as partes ali presentes. Frente a esta desmedida demanda o judiciário não pôde agir com celeridade para sanar todas as diligências e neste contexto surgiram institutos responsáveis por solver pacificamente as controvérsias, sendo a arbitragem um exemplo destes.

Ao contrário da praxe, de que a arbitragem é um instituto novo, sabe-se que este é utilizado há tempos. No contexto histórico, verificou-se que nas civilizações babilônicas o instituto arbitral era operado entre as situações que envolviam cidades-estados; na Grécia antiga, a temática solvida era aquela que tratava de diferenças raciais e religiosas; já no período Justiniano, também na Grécia, a arbitragem era aplicada às pendências a respeito do preço de compra e venda de produtos; e em Roma, nos litígios referentes ao comércio exterior.

Ainda em escala mundial, as primeiras aparições da Arbitragem no Mundo Contemporâneo deram-se na Corte Permanente de Arbitragem (CPA), estabelecida pela Convenção para Solução Pacífica de Disputas Internacionais com o intuito de discutir dois temas (desarmamentos e arbitragem) durante a conferência de Paz de Haia em 1899.

Com a operabilidade positiva, a CPA se tornou uma instituição arbitral moderna que proporcionou à comunidade internacional acesso aos serviços para resolução dos litígios internacionais. E nesse sentido, surgiu com funções semelhantes, a Corte Permanente Internacional de Justiça – CPIJ (1921) e, por conseguinte, a Corte Internacional de Justiça – CIJ (1945).

É nítida a desenvoltura do instituto arbitral ao modernizar-se para atender a demanda de serviços que vão além dos litígios entre Estados. Assim, sob essa perspectiva o processo arbitral ganhou destaque com aspectos como: I) a rapidez – uma vez que, o tempo de tramitação do processo arbitral é inferior ao prazo da Justiça Comum devido à possibilidade de as partes estipularem o prazo desejado; II) a celeridade – decorrente da impossibilidade de interpor recurso contra sentença arbitral, diminuindo assim a duração do trâmite; III) a informalidade – aspecto definido pela viabilidade de escolha do árbitro pelas partes. Diferentemente da Justiça Comum, onde os processos são direcionados aos juízes por intermédio da distribuição realizada por sorteio; IV) a especialização – referente à chance de que o árbitro seja especialista na matéria que será julgada podendo usufruir de seus conhecimentos específicos e qualificados em prol do laudo arbitral mais favorável ao desejo das partes; e V) a confiança – elemento que permite que a função do árbitro possa ser ocupada por qualquer pessoa capaz e que

tenha a confiança das partes.

Ademais, vale ressaltar, que a arbitragem não se confunde com os meios diplomáticos de solução de controvérsias, tampouco com a autocomposição, mediação, conciliação, negociação ou avaliação de terceiro neutro.

No que concernem os princípios basilares do direito internacional, urge ressaltar o Princípio da Igualdade de Soberania, no qual se presume que perante a lei todos os Estados são iguais. Com isso, a mesma ideia se perfaz ante um laudo arbitral, onde cada país terá isonomia de tratamento.

Além disso, há em que se falar também do princípio da Cooperação Internacional visando a atuação concomitante dos Estados na busca de propósitos em comum. Nesse sentido, não há como tratar sobre arbitragem internacional sem mencionar a cooperação entre estados-nação, visto que o principal objetivo da escolha arbitral norteia-se pela busca de uma solução pacífica de controvérsias.

Frisa-se aqui a existência da Teoria Voluntarista do Direito Internacional, corrente na qual defende que o direito tem fundamento na vontade expressa ou tácita do Estado uma vez que as obrigatoriedades destes partem de um consentimento comum, ou seja, por vontade própria, sem que haja submissão ou qualquer vício.

O consentimento que prevalece nessa teoria se funda na vontade coletiva dos Estados ou no consentimento mútuo destes, de modo que não há em que se falar de predomínio da vontade individual¹Com isso, se busca salvaguardar a harmonia e relações de boa-fé entre as nações.

Para Hugo Grotius (1583-1645), considerado como um dos fundadores do direito internacional, o homem possui o anseio de viver em sociedade e com isso, cria um ordenamento jurídico internacional baseado no viés positivista. Salienta-se que Grotius buscou laicizar o que se entendia por Direito Natural, de modo a desvinculá-lo do religioso e vinculá-lo à moral e consciência humana².

Já para Emmerich de Vattel em sua obra *Le Droit des Gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758), há em que se falar da soberania do estado de modo que este possui a consciência de seus deveres e que qualquer violação destes ferem os direitos que lhe são resguardados. Com isso, “o voluntarismo estatal na criação de normas internacionais e a soberania dos Estados permaneceu quase intacta até metade do século XX”, conforme afirma Reinert³

E neste remate, traz-se à baila o *pacta sunt servanda*, princípio que se funda na ideia de que “os pactos devem ser respeitados” sob o escopo de auferir maior segurança jurídica e autonomia aos signatários de acordos,

1 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 124.

2 REINERT, Thiago Luis. “Os fundadores do Direito Internacional e a participação do ser humano nas relações internacionais”. *Revista Jus Navigandi*. 2011, vol. 16, nº 2766.

3 REINERT, Thiago Luis. *Os fundadores do Direito Internacional e a participação do ser humano nas relações internacionais*. p. 2.

tratados ou contratos em esfera internacional.

Vale salientar que a aplicabilidade deste princípio em documentos como o Protocolo da Conferência de Londres (1871), onde foi declarado que “nenhuma potência possa livrar-se dos compromissos de um tratado, nem modificar as estipulações, senão como resultado do assentimento das partes contratantes, por meio de entendimento amigável”, como também na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) na qual positivou em seu artigo 26 que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas e de boa-fé”⁴

Com isso, se perfaz a ideia da existência de concordância entre os países que figuram como reclamante e reclamado no contexto arbitral. Além disso, tal aceitação não se limita apenas as cláusulas arbitrais como também, ao resultado final e a execução do conteúdo disposto na sentença proferida pelo árbitro.

Ante o apresentado, é cabível por ora salientar que o instituto arbitral pode ser compreendido como institucional ou não institucional, sendo o primeiro determinado por uma câmara e submetido ao seu regime interno; e este último, caracterizado por ser *ad hoc*, onde as partes se preocupam com todas as exigências e não usufruem de qualquer apoio institucional.

Desta evidência, urge saber que a Arbitragem Institucional tem seu fundamento delimitado no art. 5º da Lei de Arbitragem⁵ (Lei nº 9.307/96). E neste viés, entende-se a Arbitragem Institucional como sendo aquela sujeita ao regime e regras internas da entidade especializada a qual está submetida, onde fará uso de sua infraestrutura, dos árbitros escolhidos por esta, bem como, usufruirá de prazos, idioma, procedimentos e demais questões adotadas pela instituição. Nessa lógica, as partes estão isentas do desgaste minucioso com a elaboração de regras e procedimento, tendo como consequência, maior segurança jurídica e agilidade. Ou seja, quando as partes escolhem a instituição estão resguardando que a entidade gerencie o procedimento em sua totalidade.

No Brasil o instituto em tela fora regulado apenas na década de 90 por meio da lei 9.307/96 a qual segue em vigor até os dias atuais. E consoante a isso, a busca pela aplicabilidade da arbitragem deu-se devido seus benefícios como a rapidez, informalidade, confidencialidade, especialização e confiança no árbitro.

Neste viés, o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015) atualmente em vigor, considera a sentença arbitral um título executivo judicial conforme artigo 515, inciso VII. Com isso, Scavone Júnior traz à baila a economia processual que uma sentença arbitral pode proporcionar uma vez que, sem ela teriam que ser discutidas:

4 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. cit., p. 128.

5 Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Uma petição inicial, a citação, uma contestação, a produção de prova pericial, audiência de conciliação, audiência de instrução e julgamento, sentença, eventuais embargos de declaração, apelação com efeito suspensivo, contrarrazões ao recurso de apelação, acórdão, eventualmente os embargos infringentes, embargos de declaração novamente, recursos especial e extraordinário, eventual agravo de decisão que nega seguimento a esses recursos, decisão do relator dos recursos nos tribunais superiores com eventual agravo regimental, embargos de declaração novamente e embargos de divergência, entre outros recursos.⁶

Neste remate, não há como negar que a sentença arbitral é sinônimo de economia processual para diversos casos.

Soma-se às conveniências do instituto arbitral no Brasil a homologação de sua sentença, fator ímpar para concretizar a efetividade de tal alternativa, uma vez que, as partes solvem seu conflito e tal decisão é tida como harmônica perante o judiciário brasileiro devido a sua sujeição, unicamente, ao Superior Tribunal de Justiça – sendo este trâmite considerado descomplicado e ágil quando comparado aos demais procedimentos do judiciário.

Neste remate, após cristalino o conceito de arbitragem e sua classificação como institucional, urge compreender o funcionamento deste mecanismo incluso a uma organização internacional e, por conseguinte, a um caso concreto. Tal entendimento será possível mediante a compreensão do funcionamento da Organização Mundial do Comércio e a posterior execução dos seus laudos arbitrais.

3. A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC)

Após o término da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), devido a fragilidade econômica e a pobreza generalizada, passou a existir a necessidade de um acordo que almejasse o crescimento comercial a nível mundial integrando países dos mais variados níveis de desenvolvimento. Para alcançar este objetivo, os Estados Unidos criaram a Organização Internacional do Comércio (OIC), acordo o qual não entrou em vigência devido a não ratificação por este mesmo país. Com o insucesso da OIC, fora convocada, paralelamente, pela Organização das Nações Unidas (ONU) uma conferência em Genebra onde se reuniram 23 países criando o *General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT (tradução livre do inglês: Acordo Geral de Tarifas e Comércio).

O GATT entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948 discutindo questões relativas à redução de barreiras do comércio e temas afins. Norteados pelos princípios da Nação mais Favorecida, do Tratamento Nacional, da Consolidação dos Compromissos e o Princípio da Transparência, o Acordo

⁶ SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 18.

Geral ajustava suas temáticas em reuniões denominadas “rodadas”, das quais a mais importante foi a “Rodada Uruguai” (1986-1994).

Nesse sentido, esta última rodada é considerada ímpar para a história do comércio mundial uma vez que nela foram discutidas matérias referentes aos acordos sobre agricultura, têxteis e confecções, medidas de investimento, salvaguarda, comércio de serviços, barreiras técnicas, subsídios, direitos de propriedade intelectual e solução de controvérsias. E não obstante a isso, um protocolo fora produzido na cidade de Marraqueche, em Marrocos, o qual listava os acessos e as barreiras enfrentadas por cada país, bem como, criava a Organização Mundial do Comércio (OMC).

Com o início das suas atividades em 1º de janeiro de 1995, a Organização Mundial do Comércio é responsável por fiscalizar e regular o comércio mundial entre seus 160 membros (conforme dados fornecidos no relatório anual de 2017) com o intuito de conceber um ambiente propício as novas negociações comerciais.

Vale salientar que a estrutura da OMC é composta por vários órgãos, entre eles em sua maior instância, a Conferência Ministerial – composta pelos Ministros das Relações Exteriores de seus membros; aquém desta, encontra-se o Conselho Geral – constituído pelos representantes de todos os países membros; subordinados a este último estão os Conselhos de Comércio de Bens, Comércio de Serviços e Conselho para os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio; e em última ordem encontram-se diversos comitês e o Secretariado o qual exerce função de apoio às atividades da organização com um quadro de aproximadamente 700 funcionários, consoante informações concedidas pelo Itamaraty.

3.1 A atuação do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC)

No que tange ao comércio, existe uma necessidade de consumo, todavia, nem sempre o que se almeja consumir é produzido por cada Estado. Com isso, o comércio internacional buscou especializar a interdependência entre as nações, ou seja, a maneira como a diversidade estrutural de cada país pode contribuir para a economia entre sociedades por meio da combinação de recursos, considerando que os de maior relevância se destacam entre o benefício oriundo do ganho de escala e custo de produção menos onerosa; da maior abertura da concorrência; do desenvolvimento ágil de inovações e da ampla diversidade de produtos⁷.

Frisa-se que o comércio e economia na esfera internacional podem seguir por dois vieses, sendo o primeiro deles sob a perspectiva de autossuficiência econômica; e o segundo sob a ideia de interdependência econômica, ou seja, quando há uma especialização para comercializar com demais nações.

No tocante a questão da interdependência, urge compreender que ao se especializar o Estado passa a manter uma ligação útil e necessária com a

⁷ ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução a Economia*. 20a ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 845.

nação que irá importar ou exportar, sob a égide da vantagem absoluta ou vantagem comparativa. Com isso, existindo relações comerciais há em que se falar da possibilidade de conflitos entre as partes envolvidas e com isso, para fortalecer este vínculo comercial e trazer segurança jurídica, surgiu a necessidade de disciplinar e estruturar as condutas comerciais e econômicas entre as nações.

Neste viés, urge uma atenção especial para o funcionamento do Conselho Geral da OMC, o qual se reúne como Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) ou como Órgão de Revisão de Política Comercial. Sabe-se que o OSC, o qual visa solucionar conflitos por meio do Sistema de Solução de Controvérsias, possui o objetivo de garantir maior segurança à aplicação das regras deste sistema por meio da arbitragem e institutos semelhantes. Deste conjunto manifesto, percebe-se que o caminho entre a arbitragem e a OMC está pavimentado, sendo possível compreender a atuação desse mecanismo nesta organização.

Neste diapasão, é imperioso frisar que a arbitragem é o instituto primordial para o bom funcionamento do Órgão de Solução de Controvérsias, o qual é o pilar central para a estabilidade da economia global. E não obstante a isso, é importante compreender que este Órgão é disciplinado no acordo denominado Entendimento sobre Soluções de Controvérsias (ESC).

Na esfera da OMC, em primeiro momento os países membros recorrem ao Painel do OSC para solver seus conflitos – aqui, para melhor entendimento, visualiza-se o painel como um tribunal de primeira instância. Assim, este Painel é um grupo especial formado por três a cinco especialistas responsáveis por analisar o conflito e elaborar um relatório contendo os fatos, argumentos das partes e o posicionamento do grupo sobre as questões em tela. Caso os países não concordem com o painel, podem recorrer ao Órgão de Apelação, o qual poderá modificar ou mantê-lo.

Doutra banda, entende-se que existem formas de solução de controvérsias, sem que estas recorram aos painéis, sendo a arbitragem uma delas.

O mecanismo arbitral aplicado ao OSC está descrito no artigo 25⁸ do Entendimento sobre Soluções de Controvérsias, o qual trata da arbitragem como um meio facilitador para alcançar uma solução para conflitos comerciais, bem como, assegura que este é passível de recurso desde que acordado entre

8 Artigo 25. “Arbitragem. 1. Um procedimento rápido de arbitragem na OMC como meio alternativo de solução de controvérsias pode facilitar a resolução de algumas controvérsias que tenham por objeto questões claramente definidas por ambas as partes. 2. Salvo disposição em contrário deste Entendimento, o recurso à arbitragem estará sujeito a acordo mútuo entre as partes, que acordarão quanto ao procedimento a ser seguido. Os acordos de recurso a arbitragem deverão ser notificados a todos os Membros com suficiente antecedência ao efetivo início do processo de arbitragem. 3. Outros Membros poderão ser parte no procedimento de arbitragem somente com o consentimento das partes que tenham convencionado recorrer à arbitragem. As partes acordarão submeter-se ao laudo arbitral. Os laudos arbitrais serão comunicados ao OSC e ao Conselho ou Comitê dos acordos pertinentes, onde qualquer Membro poderá questionar qualquer assunto a eles relacionados.”

as partes. Além disso, este mesmo artigo enfatiza a necessidade das partes conflitantes para submeterem-se ao cumprimento do laudo arbitral de modo espontâneo.

Com isso, vislumbra-se aqui o caminho para alcançar um laudo arbitral no âmbito da Organização Mundial do Comércio. Contudo, o entendimento será por ora voltado a respeito da construção e execução destes laudos e posteriormente se dará a partir da análise do caso concreto.

Neste momento é pertinente compreender a circunscrição do Brasil no Sistema de Solução de Controvérsias da OMC, o qual ocupa a quarta posição no ranking como reclamante (Relatório Anual da OMC, 2017) – estando atrás apenas dos Estados Unidos, União Europeia e Canadá. Figurando como reclamante e reclamado em 30 e 16 casos, respectivamente, o Brasil obtém uma imagem positiva frente às disputas comerciais, uma vez que, a vitória brasileira em contenciosos de destaque serve de paradigma para controvérsias futuras sendo não apenas uma conquista jurídica, como também política e diplomática.

4. O CASO DOS SUBSÍDIOS DE ALGODÃO (BRASIL VS. ESTADOS UNIDOS) E O NÃO CUMPRIMENTO DO LAUDO

Para consolidar o entendimento exposto até agora, traz-se à baila o contencioso dos subsídios do algodão (WTO DS267), onde o Brasil figurou como reclamante fazendo uma denúncia contra a reclamada, representada pelos Estados Unidos.

No ano de 2002, o Brasil enviou uma consulta à OMC no tocante aos subsídios oferecidos pelos Estados Unidos aos produtores locais de algodão, sob o viés de que o país norte americano estaria desrespeitando a legislação e os regulamentos por meio da utilização de créditos indevidos à exportação. Nesta consulta o Brasil alegou que o descumprimento se perfazia em ao menos três medidas sendo elas: *Step 2*, *General Sales Manager (GSM)* e *Supplier Credit Guarantee (SCGP)* os quais são programas americanos responsáveis por permitir o pagamento de subsídios aos consumidores americanos de algodão, como também garantir crédito à exportação.

Com isso, em 2004 foi emitido pelo Órgão de Solução de Controvérsias um relatório reconhecendo as ilegalidades praticadas pelo país norte americano as quais figuravam pela concessão de alguns subsídios proibidos, bem como vantagens aos produtores locais, impedido a importação do Brasil nos moldes do regulamento do comércio internacional. Insatisfeito com a decisão, os EUA recorreram ao Órgão de Apelação, também da OMC, com o escopo de uma nova análise do relatório. Todavia, o resultado da apelação apenas reforçou as constatações do painel que analisou a consulta brasileira desagradando os Estados Unidos visto que, após análise de seu recurso, a decisão não sofreria modificações cabendo a este país o cumprimento das medidas impostas pela OMC.

Com suas vias recursais esgotadas e inconformado com os resultados,

o governo norte americano ficou-se inerte e não obedeceu as diretrizes da decisão do painel. Doutra banda, o Brasil encontrava-se com segurança jurídica consolidada, uma vez que todo o respaldo para alegar tal comportamento errôneo dos EUA e consequente vitória em âmbito internacional se fez com o apoio do governo brasileiro por meio do Ministério da Agricultura, Ministério das Relações Exteriores e Itamaraty com participação expressa na via política e econômica; e com empresas privadas, as quais tiveram postura significativa ao arcar com custas processuais por meio da contratação de advogados, árbitros e especialistas na matéria algodoeira.

Nesta linha, o Brasil não se contentou apenas com a vitória do caso em sede de debate no Painel da OMC, almejando por ora uma alternativa que pudesse tirar os Estados Unidos de sua inércia e fazê-lo dar início a execução da decisão arbitrada. Assim, a OMC concedeu autorização ao Brasil para praticar a retaliação.

Neste remate, é notória a existência de uma lacuna no que tange o não cumprimento da decisão. É pertinente ressaltar que conforme os princípios da Igualdade de Soberania, *pacta sunt servanda* e da Cooperação Internacional entre os Estados, os países membros da OMC não são obrigados a executar o laudo arbitral, no entanto, assumem o risco de sofrerem meios coercitivos como a retaliação, a represália, a boicotagem, o bloqueio comercial e até mesmo o rompimento das relações diplomáticas como forma de punição pela não execução do laudo.

Com isso, a não execução arbitral, em primeiro momento, parece inofensiva, no entanto, a depender da medida adotada pela parte insatisfeita, essa negativa pode alcançar proporções desfavoráveis entre as relações comerciais bilaterais e multilaterais e até mesmo na esfera jurídica.

5. A FRAGILIDADE DA EXECUÇÃO

Pavimentado o trajeto de chegada ao laudo arbitral na OMC, urge tratar neste instante da sua execução.— Aqui é importante destacar que as partes são livres para afastar-se dos procedimentos padrão do DSU e concordar com as regras e procedimentos que consideram apropriadas para a arbitragem⁹, assim, após a análise do caso denunciado ao painel do OSC passa, então, a existir uma decisão e com isso a necessidade de executá-la para que se complete a atuação da OMC a fim sanar a controvérsia. Todavia, implicitamente os Princípios da Soberania Estatal protegem o reclamado e dificultam a execução ainda que exista o *pacta sunt servanda*.

Frisa-se aqui, a atenção voltada à responsabilidade dos Estados uma

9 Módulo de Treinamento do Sistema de Solução de Controvérsias de disputas: “capítulo 8. (...) 8.2 Arbitragem nos termos do artigo 25 do DSU. Como alternativa à adjudicação por painéis e pelo Órgão de Apelação, as partes em uma disputa podem recorrer à arbitragem (Artigo 25.1 do DSU). As partes devem concordar com a arbitragem e com os procedimentos a serem seguidos (artigo 25.2 do DSU). As partes na controvérsia são, portanto, livres para se afastar dos procedimentos padrão do DSU e para concordar com as regras e procedimentos que consideram apropriados para a arbitragem, incluindo a seleção dos árbitros.”

vez que, desde o fim da Primeira Guerra Mundial, estes eram os únicos sujeitos que possuíam personalidade em esfera internacional¹⁰ e hoje, a comunidade internacional agrega grande relevância às ações estatais. Com isso, uma negativa que parte de um Estado desencadeia inúmeros danos. Assim, com bases no princípio *alterum non laedere* do Direito Romano, se uma ação oriunda do Estado violou direito de outrem, este ver-se-á obrigado a indenizar o prejuízo.

Em se tratando da obrigação de indenizar, Cretella Netotraz em sua obra que:

A obrigação de indenizar não é a única consequência da responsabilidade internacional, pois, nos casos de graves violações de normas fundamentais do ordenamento jurídico internacional – como os crimes internacionais –, impõem-se outras sanções, além da reparação do dano. No conjunto, entretanto, pode-se afirmar que, ainda hoje, a função reparatória é a mais essencial e relevante da responsabilidade internacional. Além disso, no Direito Internacional contemporâneo, o Estado não é mais o único sujeito de direito ao qual cabe responsabilização, pois o indivíduo também se tornou sujeito direto – e, algumas vezes, o **único** sujeito – de certas obrigações internacionais violadas¹¹.

Assim, tem-se nítida que a ideia de responsabilidade dos Estados não se restringe apenas à reparação de danos como também à aplicabilidade de sanções reconhecidas na esfera internacional.

Todavia, sabe-se que desde as mudanças sofridas pelo GATT até a criação do Sistema de Solução de Controvérsias busca-se a maior institucionalização e eficácia desses sistemas no que tange a fase de interposição do painel, apelação e execução do parecer. No entanto, OMC enfrenta problemas no que tange a execução imediata de suas decisões.

Por ora, urge compreender que as decisões arbitrais dos casos do OSC não são executórias,

Isto quer dizer que seu fiel cumprimento fica na dependência da boa-fé e da honradez das partes – destacadamente do Estado que sucumbe por força da decisão do árbitro. À este último, após proferida a sentença, não conserva sequer a prerrogativa jurisdicional – exceto para atender a um eventual pedido de interpretação. O árbitro não dispõe de uma milícia que garanta pela força o cumprimento de sua sentença caso o Estado sucumbente tome o caminho ilícito da desobediência¹².

10 CRETELLA NETO, José. *Teoria geral da organizações internacionais*. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 628.

11 CRETELLA NETO, José. *Teoria geral da organizações internacionais*. p. 663.

12 REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 16a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 406.

Salta aos olhos que em meio às vantagens com o advento do instituto arbitral ainda se enfrentam dificuldades em sua execução de modo a tornar-se nítida a lacuna que aqui se constrói: de um lado, há a prevalência da eficácia arbitral com todo seu arcabouço de vantagens no que tange celeridade e segurança; doutra banda, há a existência dos princípios que norteiam a soberania estatal que resguardam suas ações que se darão de acordo com o risco os quais assumiram entre sair vitoriosos ou sucumbidos após a decisão.

Com isso, torna-se nítido que cada estado-nação, assegurado por sua soberania, pauta suas ações após o resultado da decisão conforme seu melhor interesse e com isso, tornam o mecanismo arbitral frágil, diluindo suas vantagens, inclusive a sua obrigatoriedade de cumprimento decisório.

Neste momento, é imprescindível compreender que a não execução arbitral configura-se como um ato atentatório ao Direito Internacional o qual poderá sofrer sanção¹³, Nesse sentido, cabe a OMC se resguardar nas regras jurídicas internacionais para buscar meios de tornar eficaz a executoriedade do seu Sistema de Solução de Controvérsias sob o viés de não fragilizar seu órgão interno, tampouco, sua autonomia.

Dito isto, com base no Direito Internacional Público, as organizações mundiais podem usufruir de mecanismos para responsabilizar o Estado faltoso com seus compromissos, os quais acarretaram prejuízos à outra parte de modo que as sanções ou meios coercitivos operem em prol do cumprimento das obrigações decididas em sede de laudo arbitral.

No que tange a autonomia é de suma importância compreender que os Estados possuem prerrogativas jurídicas e respondem por obrigações. Nesse sentido, frisa-se este último, o qual encontra seu fundamento de validade nos tratados e costumes internacionais, e pode ter o cumprimento exigido por meios coercitivos do Direito Internacional Público¹⁴ ou seja, se há uma obrigação estatal formal esta pode sofrer coação caso não seja cumprida espontaneamente.

Dentre os meios coercitivos mais utilizados no direito internacional elencam-se: I) a retorsão – a qual se configura pelo emprego de medidas equivalentes as que foram praticadas pelo outro estado responsável por motivar a insatisfação; II) as represálias – configuradas como o contra-ataque de um Estado em relação ao outro, com medidas mais duras e mais arbitrárias, mesmo fundando-se na injustiça cometida por um Estado; III) a boicotagem – a qual se trata da interrupção da relação comercial entre os estados por meio do boicote, ou seja, há o emprego de medidas de interrupção de relações comerciais, a fim de obrigar um Estado a modificar atitude adotada anteriormente; IV) o bloqueio pacífico – também denominado de bloqueio comercial, o qual ocorre quando um Estado, sem declarar guerra ao outro, mas por meio da força armada, impede que se mantenham relações comerciais com terceiros Estados, havendo aqui uma interrupção forçada da

13 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. cit., p. 1169.

14 Ibid., p. 1668.

comercialização; e V) o rompimento das relações diplomáticas – caracterizado pela suspensão (normalmente temporária) das relações oficiais entre os Estados em conflitos¹⁵. No entanto, estas medidas apenas são permitidas desde que feita em proporções ao prejuízo causado com duração de tempo compatível para suprir o dano sofrido pelo reclamante do painel.

Todavia, frisa-se que na OMC as sanções mais comuns oscilam entre compensação voluntária e suspensão de concessões também conhecida como retaliação. A aplicabilidade destes mecanismos é definida de acordo com a demanda do caso, entretanto, sempre respeitando o conteúdo previsto nos procedimentos da OSC¹⁶.

Aqui vale se debruçar sobre as sanções comerciais, as quais se encaixam como sanções econômicas. No entanto, sua atuação não é voltada para o bloqueio total de importação e exportação, e sim, atuam de modo a aumentar ou diminuir taxas e tarifas, somadas a possibilidade de limitar a quantidade e volume de mercadorias, influenciando diretamente no fluxo comercial de modo a causar impactos ao país sancionado.

É de suma importância lembrar que as sanções comerciais existem desde séculos passados, onde a de maior destaque se deu por intermédio do Bloqueio Continental no início do século XIX, quando a França liderada por Napoleão Bonaparte decretou que os portos europeus não poderiam comercializar com outras nações, inclusive o Reino Unido. Assim, na esfera comercial internacional quando não for possível alcançar uma solução desejada, há a possibilidade de usufruir das sanções com a finalidade de buscar reparar danos sofridos.

Vale salientar que, em especial, o escopo da retaliação é pressionar os países para que cumpram a decisão da OSC, uma vez que, há de prevalecer a busca de algum modo pelo o que foi decidido no painel. Urge destacar casos céleres onde a retaliação foi efetivada após a negativa de cumprimento da decisão, como o caso *Bombardier: Brasil versus Canadá* e o caso *Boeing: Estados Unidos versus União Européia*, onde em ambos por temerem o impacto da represália optaram por executar as decisões, ainda que utilizassem de acordos e propostas.

Ainda nesse viés é de suma importância trazer à baila o conteúdo da Convenção Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Nova York, 1958) nos quais países como Estados Unidos e Brasil foram signatários em 1970 e 2002, respectivamente. Com isso, os Estados assumem o compromisso de reconhecer as sentenças como obrigatória e executá-las em conformidade com o procedimento do território na qual é invocada, segundo artigo III. Além disso, em seu artigo V, elenca o rol de situações onde a execução poderá ser indeferida, não se vislumbrando aqui

15 *Ibid.*, p. 1180-1186.

16 SCHREINER, Alexandre Luís. *A questão das retaliações na OMC: uma análise do mecanismo a partir do Caso do Algodão* (Tese Especialização em Novo Direito Internacional) – Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014. p. 26.

a situação de insatisfação com a decisão, portanto, é nítido que caso seja violada a execução arbitral configura-se como claro atentado a jurisdição internacional.

Pormenorizando esse raciocínio, é possível compreender que se houver uma decisão arbitral e esta – por força da proteção do princípio da soberania com base na má-fé como também pela ausência de honra de cada estado-nação, ou até mesmo pelo não cumprimento do *pacta sunt servanda* – não for cumprida, ainda há como respaldo o compromisso firmado perante a Convenção de Nova York que trata de resguardar a obrigatoriedade dos seus signatários em executar a sentença arbitral. Além disso, ainda assim é permitido, caso persista a inobediência, a aplicabilidade das sanções asseguradas pelo direito internacional.

Aplicando todo o exposto ao caso analisado anteriormente (subsídios de algodão – Brasil vs. Estados Unidos), é legível a lacuna na execução da decisão proferida pelo Órgão de Solução de Controvérsias no que tange ao cumprimento imediato do que fora decidido. Uma vez que o resultado do painel, o qual para o caso em tela, também era resultado de um procedimento arbitral entre ambos os países, não gerou seus efeitos espontaneamente, fazendo com que o Brasil solicitasse autorização à OMC para retaliar o país norte americano.

Nesse raciocínio, a necessidade do governo brasileiro em coagir o governo americano fez-se pertinente como sendo uma medida paliativa para alcançar a execução da decisão na qual o Brasil foi vencedor, a fim de evitar prejuízos aos produtores algodoeiros locais. Com isso, conforme afirma o Ministro Antonio Aguiar Patriota (2011) “ainda que o mecanismo de solução de controvérsias da OMC tenha efeito positivo de tornar mais conhecida, interna e externamente, as ações do Ministério das Relações Exteriores na defesa dos interesses econômico-comerciais brasileiros” não se pode falar de uma execução eficaz em sua totalidade, uma vez que, vencer a disputa no painel da OMC não implica em imediata resolução do litígio.

Pelo exposto, é válido afirmar que na esfera do OSC a celeridade arbitral vai em desencontro da efetividade da execução, uma vez que, a partir do momento em que se faz necessário usufruir dos meios de coação, significa dizer que a obrigatoriedade do cumprimento arbitral não saiu do plano teórico. Assim, se desfaz a vantagem do instituto, visto que há uma necessidade de estender o tempo do conflito ao invés de saná-lo de modo ágil. E toda essa desarmonia tem respaldo na proteção dada pela soberania estatal de modo que a segurança jurídica exercida por cada país não encontra apoio para a execução automática da decisão.

Com isso, o desfecho do caso dos subsídios de algodão entre Brasil vs. Estados Unidos em primeiro momento ilustrou, com a inércia do país americano, a possibilidade de um país reclamado se resguardar a proteção da soberania de seu estado com o escopo de protelar a execução.

Além disso, neste mesmo caso, é possível visualizar a necessidade da

insistência do país reclamante para alcançar a execução. Há aqui em que se falar da imprescindibilidade de pró-atividade governamental, diplomática e até privada para que se concretizem os pedidos expostos no painel.

Consoante o caso em estudo, DS267: *United States – Subsidies on Upland Cotton*, vale salientar os custos prévios à opção de instalar um painel na OSC, uma vez que a deliberação de recorrer à OSC necessita de organização e estratégias por parte daquele que almeja reclamar e com isso, o Brasil para denunciar as ilegalidades praticadas pelos EUA além de contar com o apoio do Ministério da Agricultura, Ministério das Relações Exteriores e Itamaraty, também contou com o apoio da Associação Brasileira de Produtores de Algodão (ABRAPA) – a qual demonstrou interesse ainda que diante de toda a complexidade do caso; bem como com a contratação de advogados e especialistas na matéria no que tange à agricultura, o algodão e a indústria têxtil por meio do apoio e subsídios de empresários agrícolas. A participação de todos os interessados para denunciar o caso ao painel se pautava no interesses em recuperar o mercado de exportação brasileiro que possuía um prejuízo em torno de US\$ 600 milhões (seiscentos milhões) de dólares – segundo consultas da OMC – os quais atingiam diretamente a economia local.

Por último, e não menos importante, o objetivo de ver o painel instaurado configura uma maneira de demonstrar segurança jurídica de um país considerado em desenvolvimento – como é o caso do Brasil – o qual, nesse quesito, apresenta uma imagem positiva na esfera jurídica em âmbito internacional. Essa vantagem é perceptível pela colocação atual do estado brasileiro como quarto lugar dentre os países que mais solicitam a análise de controvérsias à OMC.

Por esse ângulo, pode-se afirmar que a fragilidade da execução arbitral não se restringe apenas a própria Organização Mundial do Comércio como também abrange aspectos da jurisdição de cada país, dos deveres e obrigações internacionais e princípios de direito.

CONCLUSÃO

Por todos os meios de constatação da aplicabilidade positiva do instituto arbitral apresentados neste estudo, fez-se indubitável seus aspectos positivos na esfera internacional, inclusive na seara do comércio e da economia. Uma vez que há uma compatibilidade do seu funcionamento com os interesses estatais na busca por soluções pacíficas de controvérsias por meios céleres e confiáveis. Todavia, concomitante as vantagens deste mecanismo surgiram lacunas no que tangem sua execução.

Em uma situação de conflito, ambas as partes têm como principal preocupação a necessidade de solver a discordância e alcançar os resultados almejados, no entanto, o risco da sucumbência somado a insatisfação do resultado para a parte perdedora faz com que a boa-fé e a cooperação internacional sejam escudos para retardar a execução.

Com isso, este estudo concluiu que por trás das vantagens arbitrais existe uma resistência para com a sua execução espontânea, a qual é responsável direta pelo impedimento da total eficácia da solução alternativa de controvérsias.

Concernente a Organização Mundial do Comércio, o impedimento da execução da decisão arbitral traz à tona uma série de efeitos negativos diretos e indiretos, para os Estados e a população, respectivamente. Como também, reflete na segurança jurídica do país reclamante.

Nesse viés, foi possível perceber que as consequências da negativa da execução, não demonstraram apenas uma fragilidade quanto ao Órgão de Solução de Controvérsias – o qual desde momentos anteriores à época da atuação do GATT busca maior institucionalização e eficácia de seus mecanismos – como também, remetem ao malogro de uma disputa na qual se perfaz com base na união entre o governo, a diplomacia e o setor privado.

Em se tratando de países subdesenvolvidos e em desenvolvimento como reclamantes nos painéis da OSC, a falta de uma execução eficaz, em uma interpretação extensiva, mitiga todo crescimento e esforço desses estados na esfera do comércio internacional, onde tampouco adianta ser vitorioso no contencioso se sua meta final – a execução – não ocorre por inércia de reclamados insatisfeitos.

Por fim, comprova-se pelo apresentado que ao aderir o mecanismo arbitral para a solução de controvérsias se evita a submissão dos estados-nações à morosidade da justiça; mas é ao mesmo tempo um modo vislumbrar as chances de sair vitorioso do contencioso ainda que sob o risco de não visualizar procedimento de execução em sua efetividade. Assim, a arbitragem na esfera da OMC necessita de reparos a fim de que possa alcançar a eficácia imediata e com isso faça *jus* a todas as suas vantagens, as quais foram responsáveis pela sua expansão e aplicabilidade em diversos ramos inclusive no direito internacional. Mas, sem dúvidas, encontram-se aqui muitos desafios para os próximos países que almejam recorrer ao OSC para sanar seus problemas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Decreto Lei n. 4.311, de 23 de julho de 2002: Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>

BRASIL. *Lei n° 9.307, de 23 de setembro de 1996: Dispõe sobre Arbitragem*. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, vol. 9, 24 set. Seção I, p. 18897.

BRASIL. *Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>

CRETELLA NETO, José. *Teoria geral da organizações internacionais*. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Coletânea de Direito Internacional*. 12 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). *Annual report 2017*. Disponível em: <<https://bit.ly/2Ds31FG>>

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). *Dispute SettlementBody*. Disponível em: <<https://bit.ly/2STdHS3>>

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). *DS267: United States – Subsidies on Upland Cotton*. Disponível em: <<https://bit.ly/2qzAc1k>>

PEREIRA, Celso de Tarso. A retaliação na OMC: procedimento, prática e objetivos. In: BEJAMIN, Daniela Arruda (Ed.), *O sistema de solução de controvérsias da OMC: uma perspectiva brasileira*. Brasília: FUNAG, 2013.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2ª ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

REINERT, Thiago Luis. “Os fundadores do Direito Internacional e a participação do ser humano nas relações internacionais”. *Revista Jus Navigandi*. 2011, vol. 16, nº 2766. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18343>>

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 16a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução a Economia*. 20a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Goddman Andrade. *A disputa sem fim: uma análise do caso do algodão na OMC – Brasil vs. EUA. Tese Especialização em Novo Direito Internacional*. Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2015.

SARQUIS, Sarquis José Buiainain. *Comércio internacional e crescimento econômico no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.

SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHMIDT, Luiz Felipe Flores. “A construção da retaliação brasileira no caso do algodão: os desafios do pioneirismo”. In: BEJAMIN, Daniela Arruda (Ed.),

O sistema de solução de controvérsias da OMC: uma perspectiva brasileira. Brasília: FUNAG, p. 629-648, 2013.

SCHREINER, Alexandre Luís. *A questão das retaliações na OMC: uma análise do mecanismo a partir do Caso do Algodão* (Tese Especialização em Novo Direito Internacional) – Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre

SPADANO, Lucas Eduardo F.A. “Arbitragem Internacional”. In: OLIVEIRA, Barbara da Costa; SILVA, Roberto Luiz (Ed.), *Manual de Direito Processual Internacional*. São Paulo: Saraiva, p. 187-210, 2012.

TEIXEIRA, Rebeca Silveira. *O mecanismo de solução de controvérsias da OMC*. Porto Alegre: Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.

VATTEL, Emer de. *O direito das gentes*. Brasília: Universidade de Brasília. Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.



Gap in the application of arbitration reports to the World Trade Organization dispute settlement system

Abstract: In multilateral economic relations nations are susceptible to conflicts while pursuing their commercial interests and, in this scenario, to bring them to a common denominator, the dispute can be referred to the World Trade Organization, which will guide the relevant measures in each case through of its internal dispute resolution body, which adopts arbitration as a mechanism. However, each nation may resist the arbitrator’s decision and at this point creates a gap in the enforcement process. With this, the present work sought to analyze the procedures of the execution process in light of the coercive methods present in Public International Law. The adopted methodology is based on qualitative research based on reflective study supported by a theoretical framework and specific cases, under the reference of the approach and procedure method, inductive and comparative, respectively. In addition, the investigative technique was based on in-depth analysis of national and foreign doctrine, the interpretation of international treaties, as well as the reports produced and issued annually by the WTO. Under this bias, the results were perfected by verifying the fragility of the arbitration execution for non-compliance or inertia of the claimed country. For all the foregoing, it was concluded that behind the advantages of the arbitration institute there is the dissatisfaction of the plaintiff due to the negative execution, and there is

a need to apply sanctions from the international sphere that, however, may not be sufficient for effective compliance. of the decision.

Keywords: International law, World Trade Organization, Dispute Settlement System, Execution of arbitration.

RESUMO BIOGRÁFICO

Morgana Araújo Cadó é Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN).

Marcelo Maurício da Silva é Professor Doutor Orientador do Curso de Direito no Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: marcelomauricio@unirn.edu.br

Los principios de la justicia especial para la paz en los acuerdos suscritos con las FARC en Colombia y su relación con la Comisión de la Verdad

Os princípios da justiça especial pela paz nos acordos assinados com as FARC na Colômbia e sua relação com a Comissão da Verdade

Jaime Alberto Sandoval Mesa*

Carlos Alberto Cárdenas Sierra*

Resumen: El presente artículo tiene por objeto determinar la correspondencia de los principios concebidos en la Justicia Especial para la paz con la comisión de la verdad. A partir de allí, se analiza principalmente los factores de los crímenes dispuestos en los acuerdos de paz suscritos por Colombia con el Grupo de las Fuerzas Armadas Revolucionarias (FARC) y la relación de justicia que se desprende entre el aspecto judicial y la comisión de la verdad, al momento de señalar la responsabilidad.

Tanto en el foro judicial de la Justicia Especial para la Paz, como en una institución que se centra en un aspecto de verdad, como la Comisión se determinan los propósitos para cumplir con el objeto de justicia integral trazado en los acuerdos de paz.

En ese orden, el presente artículo ha sido elaborado mediante el método del diálogo epistemológico de la teoría tridimensional del Derecho¹ que consiste en integrar la visión del Derecho desde tres perspectivas: la de la Ciencia del Derecho que parte de su validez extrínseca; la de la Filosofía del Derecho que parte de su validez intrínseca o justificación; y la de la Sociología del Derecho que parte, a su vez, de la eficacia. El énfasis metodológico está en la intersección entre validez extrínseca y eficacia. Aunque la crítica la hacemos

* Universidad Santo Tomás Bogotá, Colombia.

E-mail: jaisandoval@yahoo.com

Artículo avance de investigación. Proyecto "La comisión de la verdad en el proceso de Paz en Colombia. Efectos frente al factor Justicia" Vigencia 2018 Universidad Santo Tomás Bogotá D.C. Recibido: 14/11/2018. Aceptado: 02/02/2020.

1 Inspirados en teóricos del Derecho como Miguel, Reale, Werner Goldschmidt, Norberto Bobbio, Arthur Kaufmann y Elías Díaz hemos adoptado su visión compleja del Derecho.



desde una perspectiva axiológica que parte de la primacía del bien común² como aspecto teleológico que define la validez intrínseca de toda ley, sobre todo en los efectos de los principios y diálogos entre la Comisión de la Verdad y la Justicia especial para la Paz.

Así mismo, el texto se elaboró mediante herramientas metodológicas que corresponden a este enfoque hermenéutico analítico del derecho en la visión tridimensional advertida, de tipo hipotético deductivo, descriptivo, comparativo, histórico y reflexivo.

Resumo: O objetivo deste artigo é determinar a correspondência dos princípios concebidos na Justiça Especial pela Paz com a comissão da verdade. A partir daí os fatores de crimes organizados nos acordos de paz assinados pela Colômbia com o Grupo das Forças Armadas Revolucionárias (FARC) e a relação de justiça que surge entre o aspecto judicial e comissão analisa principalmente a verdade, no momento de apontar a responsabilidade.

Tanto no foro judicial da Justiça Especial pela Paz, quanto em uma instituição que enfoca um aspecto da verdade, enquanto a Comissão determina os propósitos para cumprir o objetivo da justiça integral delineado nos acordos de paz.

Nessa ordem, o presente artigo foi desenvolvido por meio do método de diálogo epistemológico da teoria tridimensional do Direito que consiste em integrar a visão do Direito a partir de três perspectivas: a da Ciência do Direito a partir de sua validade extrínseca; o da Filosofia do Direito que parte da sua validade ou justificação intrínseca; e o da Sociologia do Direito que, por sua vez, se afasta da eficácia. A ênfase metodológica está na interseção entre validade extrínseca e eficácia. Embora a crítica seja feita a partir de uma perspectiva axiológica que parte da primazia do bem comum como um aspecto teleológico que define a validade intrínseca de qualquer lei, especialmente nos efeitos dos princípios e diálogos entre a Comissão de Verdade e Justiça a paz.

Da mesma forma, o texto foi elaborado através de ferramentas metodológicas que correspondem a essa abordagem hermenéutica analítica do direito na visão tridimensional alertada, de um hipotético tipo dedutivo, descriptivo, comparativo, histórico e reflexivo.

Palabras clave: Justicia Integral, Verdad, Comisión de juzgamiento, Principios.

Palavras-chave: Justiça Integral, Verdade, Comissão julgadora, Princípios.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo analiza el concepto de juzgamiento dispuesto para los crímenes objeto de competencia de la jurisdicción especial para la paz (JEP)

² CÁRDENAS SIERRA, Carlos Alberto. *Aportes de Tomás de Aquino para la construcción del bien común económico del siglo XXI*. Bogotá: Grupo Ibáñez, 2017, p. 40.

todo ello a fin de verificar las obligaciones de los actores del conflicto, frente a los dos foros que conforman el sistema de justicia, junto con la comisión de la verdad. En este sentido se trata de verificar la noción de justicia integral que se verifica en la relación de la persecución judicial con las obligaciones pactadas en el acuerdo y los alcances relativos a los eventuales resultados la comisión de la verdad.

El presente artículo se desarrollará conforme al método hermenéutico analítico mediante herramientas de investigación de tipo histórico, comparativo, descriptivo y propositivo. Igualmente, todo el análisis posterior será verificado mediante el método de análisis jurisprudencial en relación con las decisiones de la Corte constitucional colombiana sobre el tema objeto de investigación. Este método se desarrolla a través de la tendencia jurisprudencial conforme al texto de Diego López Medina (Cap. V), denominado el Derecho de los jueces. En el mismo se establece una metodología de verificación de tendencias de las decisiones judiciales conforme a la escuela anglosajona del derecho y por lo tanto a partir de él se pueden establecer los avances y nuevas tendencia en el Derecho³. Lo anterior a fin de corroborar los precedentes objeto de desarrollo en Colombia, a partir de las decisiones de la Corte Constitucional, como en procesos comparados que pueden determinar las líneas de decisión que podrían ser objeto de juzgamiento tanto para los resultados en la sociedad como la seguridad y justicia.

2. PRECEDENTES Y CONCEPTOS CREADOS EN LAS COMISIONES DE LA VERDAD

Las Comisiones de la Verdad son organismos *ad hoc*, sin funciones judiciales, que en un espacio de tiempo limitado, buscan a través de audiencias, en las que participan todos los actores del conflicto, contribuir al esclarecimiento de los hechos relacionados con la violación de los derechos humanos. Se han creado la de: Argentina (1983), Uganda (1986), Chile (1990), Chad (1990), El Salvador (1992), Haití (1994), Guatemala, (1994), Sudáfrica (1995), Ruanda (1999), Nigeria (1999), Sierra Leona (2000), Ghana (2002), Timor-Leste (2001), Perú (2001), Marruecos (2004), Congo (2004), Liberia (2006), Uruguay (2003)⁴ y ahora la de Colombia, mediante el Decreto Ley 588 del 5 de abril de 2017 (según facultades conferidas por el Acto Legislativo No. 2 de 2016), se conforma una “Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición” (CEV)⁵.

3 LOPEZ MEDINA Diego. *El derecho de los Jueces*. Editorial Temis. Bogotá D.C., p. 65.

4 INFORME DE LA COMISIÓN PARA LA PAZ. Montevideo Uruguay 2003. Disponible en: <https://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/commissions/Uruguay-Report_Informal.pdf>

5 HAYNER Priscila B. *Comisiones de la Verdad: resumen esquemático*. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/irrc_862_hayner.pdf> GOMEZ, Méndez María Paula. *Comisiones de la Verdad, ¿qué tanto aportan a la verdad, la justicia y la reconciliación?*. MATEROLLO, Rodolfo. *Las comisiones de la verdad. Artículo compilado en Verdad y Justicia. Homenaje a Emilio Vignone*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 2001, p. 129. CÁRDENAS SIERRA, Carlos Alberto. *Aportes de Tomás de Aquino*

En el caso nacional este objeto realmente constituye las conductas principales atendiendo la naturaleza de conflicto armado interno que se presentó con las FARC. Pero también los elementos de violaciones contra los derechos humanos que en algunos casos representan crímenes de lesa humanidad. Lo anterior revela una naturaleza compleja que es de necesaria atención por parte de las instituciones creadas en el proceso de Paz. Más aun de la relación entre la Justicia especial para la Paz y la Comisión de la Verdad, que luego de múltiples tensiones se instala por primera vez para atender las necesidades insatisfechas de Justicia que de acuerdo con lo sostenido por Tomas de Aquino también se puede lograr mediante la Verdad, nota esencial del mismo concepto de justicia⁶.

En este escenario se discute la amplitud de la naturaleza de una comisión de la verdad para identificar tales factores, no obstante, es posible que este escenario sea el más propicio para valorar este campo y para determinar muchos aspectos que no podrán hacer parte de la Justicia Especial para la paz.

De esta forma el mecanismo alterno de verdad puede remediar muchos aspectos que se escapan de la naturaleza punitiva del proceso. Además, este tipo de institutos tiene como respuesta los precedentes que se han desarrollado a lo largo de los últimos cincuenta años que corresponden a procesos similares en sociedades afectadas por la violencia sistemática y las graves violaciones de los derechos humanos. En este sentido corresponde a su definición como organismo no judicial destinado a investigar en un período específicos los graves abusos contra los derechos Humanos.⁷

En este sentido, desde el punto de vista histórico, las Comisiones de la verdad, en el caso de Argentina, implicaron el establecimiento de mecanismos sobre juicios de Verdad. Así mismo, elementos derivados de garantías de no repetición, de tipo simbólico como la fundación del museo en el centro clandestino de detenciones durante la dictadura denominado “ESMA” (Escuela Superior de Mecánica de la Armada)⁸. De igual forma, otros edificios que habían pertenecido a las Fuerzas Armadas, permitieron el establecimiento de actos conmemorativos en el río de la Plata, parques alusivos a la memoria de las víctimas, en particular frente a los casos de desaparición forzada durante el período de la dictadura (1973 – 1983)⁹. Estos antecedentes servirán de base para los análisis respectivos con respecto al caso de la comisión proyectada en el acuerdo de Paz nacional, sobre todo en el campo de medidas de

para la construcción del bien común económico del siglo XXI. Bogotá: Grupo Ibáñez-USTA, 2017, p. 40.

6 Aquino de Tomas. *Suma Teológica*, II-II, 58 c. Tratado de la Justicia. P.

7 MATTAROLLO, Op. cit. p. 129.

8 PARENTI Pablo y PELLEGRINI Lisandro. *Argentina. Justicia de Transición Informes América Latina, Alemania, Italia, España*. Montevideo: Editorial Konrad Adenauer, 2009 pp. 140-150.

9 *Ibidem*.

reparación que podrán incorporar la reparación simbólica¹⁰.

En el caso de Chile, se estableció además de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, mediante -Decreto Supremo No 55 de 1990-, la ley de reparación No 19.123. Así mismo fue creada la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Las anteriores instituciones recibieron el aporte de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura¹¹. Todo este componente beneficiaba con pensiones de reparación, becas para los hijos de las víctimas, beneficios médicos, atención en salud mental etc. En general se estableció un Programa de Reparación, atención en Salud- PRAIS; exención del servicio militar a hijos de víctimas, etc. de igual forma se establecieron obras de reparación simbólica, monumentos museos, etc¹². El caso de Chile es relevante pues representa un asunto que inicialmente fue previsto en leyes de amnistía que posteriormente fueron desatendidas judicialmente, para dar paso a los mecanismos mencionados¹³.

En “El Salvador”, la comisión de la verdad permitió el informe “De la locura a la esperanza”. Como forma de reparación simbólica. Así mismo se construyó un parque conmemorativo denominado el “parque Custatlan” en 2003¹⁴. Estos procesos fueron promovidos organizaciones de derechos humanos, la alcaldía de San Salvador y la Universidad Centroamericana. En el proceso salvadoreño todavía se cuestionan las medidas de reparación a las víctimas, las cuales no han tenido procedimientos claros de investigación, decisión y sanción a los responsables de las graves violaciones de Derechos Humanos¹⁵.

En general, aparecen también otros procesos susceptibles de revisión para el caso de las comisiones de la verdad, como en el caso de Guatemala en 1988, Perú en 2001. También es viable conforme al objeto de la presente investigación, analizar los casos de Irlanda del Norte y República de Sudáfrica¹⁶ como procesos exitosos en la búsqueda de mecanismos alternativos de justicia¹⁷. En muchos de los antecedentes citados, se han rendido informes

10 PARENTI Pablo y PELLEGRINI Lisandro pp. 140-150.

11 GUZMAN, Dalbora José L. (2009). Chile. *Justicia de Transición Informes América Latina, Alemania, Italia, España*. Montevideo: Editorial Konrad Adenauer, 2009, p. 202-223.

12 *Ibidem*.

13 *Ibidem*.

14 MARTINEZ, V. Jaime. El Salvador. *Justicia de Transición Informes América Latina, Alemania, Italia, España*. Montevideo : Editorial Konrad Adenauer, 2009, pp. 301 -323.

15 *Ibidem*.

16 VENTURA Navarrete, María del Rayo. *La Comisión de la Verdad y la Reconciliación (TRC) y su vínculo con la transición democrática sudáfricana*. México: Colegio de México XII Congreso Internacional ALADAA. Disponible en: <<https://ceaa.colmex.mx/aladaa/XII%20CONGRESO%20INTERNACIONAL%20DE%20ALADAA/venturamariadelrayo.pdf>>

17 MANTILLA Jorge Alberto. *El acuerdo de viernes santo o la paz como nuevo diseño institucional compartido: lecciones del proceso de paz en Irlanda del Norte*. Documento de Políticas Públicas. Centro de Pensamiento y Diálogo al Proceso de Paz. Bogotá: Edit. Universidad Nacional de Colombia, 2014, pp. 1-2. Disponible en: <http://pensamiento.unal.edu.co/fileadmin/recursos/focos/piensa-paz/policy_papers/documento_de_politica_publica_5.pdf>

en la actualidad y se han decretado medidas en favor de las víctimas. Tales insumos también revelan importantes aportes para el caso nacional.

Finalmente, el proceso objeto de análisis de la comisión de la verdad, implica la revisión de sus características establecidas tanto en el documento de avances de las negociaciones como en el texto final del acuerdo de 26 de noviembre de 2016. En el mismo se establecen los límites de la figura bajo análisis, su reglamentación inicial, las posibilidades de medidas específicas de verdad, sus informes y juicios especiales etc. A partir de tales postulados se desarrolla la presente investigación con respecto a los planteamientos esbozados. Lo relevante del proceso de investigación radica en la comparación de los avances logrados en los otros aspectos del acuerdo como la justicia especial para la paz, frente a la comisión de la verdad y de paso el análisis frente a experiencias internacionales similares¹⁸.

3. EL ALCANCE DE LA VERDAD DESDE LAS NORMAS RECTORAS DE LOS CRÍMENES DE LA JEP

El objeto de valoración por parte de la Justicia Especializada para la Paz (JEP), corresponde a las violaciones más graves que se representan en contra la Humanidad de acuerdo con los desarrollos de los últimos cincuenta años en la comunidad internacional. En este sentido, las conductas tienen que ver con el consenso internacional en torno a la necesidad de ampliar los efectos internos de múltiples conductas que en nuestro caso confluyen tanto en consecuencias de crímenes de lesa humanidad, como de Crímenes de Guerra principalmente. Esto es relevante en la medida en que el aspecto objetivo de juzgamiento reside en las violaciones graves dado que en el Derecho de la Guerra la responsabilidad individual se encontraba subsumida por la del Estado. Por esto algunos advierten dificultades a priori para determinar las infracciones o violaciones graves en relación con los conflictos armados no internacionales¹⁹. De igual forma, el segundo ámbito de valoración reside en las conductas transnacionales y en los delitos de justicia ordinaria.

De acuerdo con lo anterior, es necesario mencionar que en lo que respecta al ámbito judicial, en la Jurisdicción especial para la Paz, los principios que orientan los crímenes fundamentalmente se trazan en tres aspectos. El primero hace mención al reconocimiento de responsabilidad²⁰. Los fundamentos vertidos de la mesa de negociación que fueron alcanzados, se refieren a que las discusiones de cualquier índole deben partir del reconocimiento de la Verdad. Allí es necesario separar los elementos que

18 De igual forma se pueden citar los casos de Uruguay con el informe de comisión para la paz de 2003. Disponible en: <https://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/commissions/Uruguay-Report_Informal.pdf>

19 PRIETO SANJUAN, Rafael A. *Crímenes de Guerra, Infracciones y Violaciones Graves al Derecho Internacional Humanitario*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez. 2010, p. 26.

20 Punto 5. Acuerdo de Paz suscrito el 24.11.16, suscrito entre el Gobierno de la República de Colombia y las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) Aspectos iniciales.

constituyen la base de juzgamiento y la verdad de la comisión que no reside en tales presupuestos. Uno de los fundamentos principales en este sentido es la separación de estos dos aspectos de justicia, pero de competencias autónomas de valoración, la JEP bajo sus fundamentos de juzgamiento judicial y la Comisión de valoración de la verdad.

Esto es, frente a las víctimas, aspecto en el cual los actores del proceso de justicia, se someten a no intercambiar impunidades²¹. En uno u otro caso se debe privilegiar a la justicia, por encima de la seguridad jurídica²², por ello se tendrá con mayor vigor a la verdad como parámetro para la búsqueda de la decisión judicial²³. Es decir, la verdad también es un referente para dar lugar a los elementos de juzgamiento de la JEP y este elemento también haría parte de la comisión no obstante, esta última no tendría relevancia judicial. Pero en ambos casos se pretende escudriñar en este punto particular de la verdad como mecanismo de justicia.

En segundo término, aparece La participación de las víctimas: La discusión en este fundamento se refiere a la satisfacción de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario con ocasión del conflicto. Este factor determina el bien jurídico que define los derechos objeto de protección que deben ser materia de juzgamiento. Además, se requiere necesariamente de la participación de las víctimas, por diferentes medios y en diferentes momentos, tal y como lo establece el acuerdo²⁴. En este sentido se puede presentar inicialmente un derecho deficiente que afecta la legitimidad del proceso²⁵, tal y como se encuentra el derecho interno actualmente, toda vez que se requiere de los desarrollos actuales en el Congreso, del reglamento de procedimiento de la JEP, para complementar aspectos que generan cuestionamientos entre la definición del crimen y los efectos procesales de la víctima²⁶.

21 Punto 5. Acuerdo de Paz suscrito el 24.11.16, suscrito entre el Gobierno de la República de Colombia y las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) Aspectos iniciales.

22 En este sentido la seguridad jurídica comprende la tradición jurídica y la confirmación de la sociedad de los fallos en términos razonables y estables. ESPIN, Eduardo. El sistema de fuentes en la Constitución. Derecho Constitucional. Volumen I. 4ª edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanche, 2000, p. 66.

23 Punto 5. Acuerdo de Paz suscrito el 24.11.16, suscrito entre el Gobierno de la República de Colombia y las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) Aspectos iniciales

24 *Ibidem* Punto 5. Acuerdo 24.11.16, Aspectos iniciales.

25 RINESSI, Juan Antonio. *Definición Legalidad. Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XVIII-. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Omeba. Analo S.A. 1974, p. 27.

26 En el momento la ley de implementación del acuerdo de Paz frente a la jurisdicción de Paz se encuentra sometida a objeciones presidenciales, con lo cual no ha entrado a regir. Así mismo, la corte previamente ha definido su constitucionalidad, sin embargo, sin su sanción no entraría a regir. Una vez superadas las objeciones los elementos de implementación en este sentido podrían ser vinculantes mientras tanto se encuentran sin decisión definitiva. COLOMBIA, Corte Constitucional. *Sentencia C.007 de 1º de marzo de 2018. Ley 1820 de 2016. Sentencia C-080 de 15 de agosto de 2018. Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, "Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz"*.

Finalmente, otro de los fundamentos que orienta el juzgamiento de los crímenes de competencia de la JEP se denomina: El esclarecimiento de la verdad. El fundamento que puede ser considerado como norma rectora que señala: “Esclarecer lo sucedido a lo largo del conflicto, incluyendo sus múltiples causas, orígenes y sus efectos, es parte fundamental de la satisfacción de los derechos de las víctimas, y de la sociedad en general”. Mas esclarecer la verdad implica para los actores del conflicto actuar con base la virtud de la veracidad, virtud aneja a la justicia constructora del Bien Común Colectivo²⁷. Todo ello es necesario en la medida en que el gran componente del conflicto armado en Colombia se caracterizó por las graves violaciones a los derechos humanos, que aún no reciben la atención punitiva adecuada²⁸, tal y como se menciona en la primera parte, pues mediante ella se logra definir adecuadamente el delito. Este aspecto es de crucial valoración, previo a la declaración del delito objeto de persecución.

De la experiencia vertida en Colombia en los últimos 15 años se puede establecer que los diversos avances en justicia transicional pueden contribuir a esta tarea en la investigación de crímenes, como por ejemplo el análisis de contexto²⁹, necesario para cumplir con esta norma rectora, pues de un lado exige la persecución de la violación grave y de otro el esclarecimiento de la verdad³⁰. Es decir, aparece en forma coherente este mecanismo, pues en la parte final de este fundamento se establece la exigencia de la reconstrucción de la confianza, la cual depende del esclarecimiento pleno y del reconocimiento de la verdad.³¹ Nuevamente, será necesario tomar en cuenta la adecuación del orden interno a la construcción de los estándares de justicia a nivel internacional³² que se ha realizado en este último tiempo, en las cortes nacionales, especialmente en decisiones como la C-225 de 1995, la C-280 de 2007 etc.³³.

De lo anterior se puede evidenciar que los fundamentos de los crímenes objeto de persecución tienen tres objetos específicos a saber; el reconocimiento de la violación; del crimen y la responsabilidad del procesado. Así mismo, la participación de las víctimas y el Esclarecimiento de la verdad. En términos punitivos, la JEP establece no sólo el cumplimiento con la garantía criminal de legalidad sino también su debido enjuiciamiento³⁴,

27 Cfr. Cárdenas Sierra, Carlos, Op. cit., 2017.

28 GRUPO MEMORIA HISTORICA. *Informe Basta Ya. Capítulo II. Los orígenes, las dinámicas y el crecimiento del conflicto armado*. Bogotá: Departamento Presidencia de la República. Grupo Memoria Histórica. 2014, 112.

29 BENAVIDES Farid Samir y VINYAMATA I CAMP, Eduard. *Procesos e iniciativas de paz en Colombia y Ecuador. Primera*. Barcelona, España: UOC, Primera Edición, 2011. p. 17.

30 Punto 5. Acuerdo 24.11.16, Aspectos iniciales.

31 Punto 5. Acuerdo 24.11.16, Aspectos iniciales.

32 YOUNES, Diego. *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Edit. LEGIS Younes Moreno. 2012, p. 13.

33 LOPEZ Diego y SANCHEZ Astrid. “La armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Código Penal Colombiano”. *Revista International Law*, vol 12, 2008, p. 330.

34 SANDOVAL MESA, Jaime Alberto. *La Garantía Criminal en materia penal y penal*

es decir, que sus postulados obedecen más a características de juzgamiento en el terreno de los derechos humanos que en el derecho penal, de allí que la naturaleza del Tribunal sea de carácter mixto, es decir, tanto interno como internacionalizado³⁵. Lo anterior se corrobora con el enfoque de derechos que define la universalidad y progresividad para garantizar los derechos humanos de todos, más aun, frente al factor de justicia analizado, como la es la persecución de los crímenes objeto de competencia de la JEP³⁶.

Se puede concluir que básicamente, los fundamentos anteriores constituyen las normas rectoras del sistema de la JEP, que verifican inicialmente, la naturaleza de persecución de las violaciones graves de derechos humanos y que, en segundo lugar, constituyen los crímenes *rationae materiae* objeto de su competencia. Mas adelante se profundizará en este aspecto.

4. ASPECTOS GENERALES DE LOS CRÍMENES DE COMPETENCIA DE LA JEP

Los crímenes de competencia de la JEP, en primer lugar, desarrollan los tres fundamentos citados, bajo la prevención general del enfoque de derechos que puede catalogarse de Derechos Humanos para su efectiva judicialización. En tal virtud, el análisis de los mismos prevé el desarrollo de tales fundamentos bajo una mención denominada objetivos³⁷. En este sentido frente los fines de persecución de las conductas objeto de juzgamiento se establece un objetivo de Satisfacción de los derechos de las víctimas, mediante la combinación de mecanismos de carácter judicial y extra - judicial³⁸. En este caso, lo más prudente correspondería a la remisión de diligencias no falladas en la JEP a la comisión de la verdad, siempre y cuando no constituyan otro objeto de juzgamiento por parte de otra autoridad judicial.

Es decir, si los elementos no comprendidos en casos sometidos a la JEP no pueden dar lugar a decisiones judiciales por parte de este organismo lo más conveniente, sobre todo para las víctimas es su remisión a las autoridades de la comisión de la verdad para continuar con el hallazgo de elementos necesarios para la satisfacción de este mecanismo.

Ahora bien, lo anterior significa que no solamente la investigación y juzgamiento penal es suficiente para la garantía de derechos, con lo cual, se reitera los fines de la satisfacción de las necesidades de las víctimas, pues desde el plano constitucional e internacional de cumplimiento de obligaciones internacionales de justicia, no solo el punto de vista punitivo de la jurisdicción ordinaria y de la JEP atienden este propósito, la propia comisión de la verdad también permite atender los intereses de las víctimas. Desde este punto de vista es evidente que coincidan con el restablecimiento

internacional. Editorial Tirant Lo Blanche 2018, p. 21.

35 JAIMES-AMADO María Cecilia y PRIETO SANJUAN Rafael. "Justicia y Paz o cuando todos los caminos conducen a La Haya". *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 17, p. 165-230.

36 Punto 5. Acuerdo 24.11.16, Aspectos iniciales.

37 Punto 5. (a.) Acuerdo 24.11.16. Objetivos.

38 Punto 5. (a.) Acuerdo 24.11.16. Objetivos.

del derecho y la reparación del daño a las, todo ello de una manera integral.

En segundo término, se establece un objeto de Rendición de cuentas, mediante el establecimiento de responsabilidades para todos los participantes en el conflicto, de forma directa o indirecta, combatientes o no combatientes, quienes deberán asumir su responsabilidad por las graves violaciones e infracciones cometidas en el contexto y en razón del conflicto armado³⁹.

Nuevamente se dispone el juzgamiento de la violación grave como régimen jurídico especial que apunta a un bien jurídico de Derechos humanos. Este aspecto permite las modulaciones que más adelante señala la JEP en el análisis de las conductas, sin descuidar el factor de reparación del daño y restablecimiento del derecho⁴⁰.

En este sentido es importante verificar la determinación de conductas para evitar dispersiones muy amplias sin represión, lo cual obliga a trazar dos fundamentos de la decisión; una de la grave violación que seguramente deberá expresarse tal y como se ha hecho en la ley 975 de 2005 y otra la subsunción en las conductas penales tanto en el orden interno como internacional⁴¹, tal y como sería propio de un tribunal internacionalizado de naturaleza mixta que atiende tanto conductas del orden interno como internacional.

Desde dos órdenes se aprecia la valoración de conductas, en primer lugar, es relevante la definición de crímenes de lesa humanidad que correspondería a esta primera definición de violación grave traducida en crímenes internacionales⁴², es decir se trata del primer nivel de evaluación. Para tal efecto es necesario asociar todas estas situaciones que causan efectos importantes, por ejemplo, los elementos para su calificación, a saber, el contexto exigido a nivel internacional. Es necesario por ejemplo revisar el precedente interamericano que mediante las decisiones de casos como *Barrios Altos Vs. Perú* promovieron instancias internas como el caso *Simón en Argentina*⁴³, dando lugar factores de lesa humanidad imprescriptibilidad de conductas como también a los efectos de amnistías e indultos frente a este tipo de crímenes.

El segundo nivel de valoración y uno de los aspectos complejos que tiene a cargo la JEP, se relaciona con una serie de conductas asociadas a múltiples delitos de naturaleza ordinaria o interna, pero sin tener la condición de crímenes internacionales. Este factor inicial, es relevante para analizar la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), más aun, teniendo

39 Punto 5. (a.) Acuerdo 24.11.16. Objetivos.

40 Punto 5. (a.) Acuerdo 24.11.16. Objetivos.

41 SANDOVAL MESA, Jaime Alberto. "El principio de legalidad en materia penal en Colombia y su proceso de transformación. Tensiones entre la ley positiva y los criterios de seguridad jurídica, justicia material y legitimidad". Tesis doctoral. Universidad Santo Tomás Bogotá, 2016, p. 348.

42 *Ibíd*em, p. 355.

43 Caso *Barrios Altos Vs. Perú*. FERREIRA Marcelo. *Algunos casos de Responsabilidad Internacional en el Sistema Interamericano en Derechos Humanos*. Buenos Aires, Argentina: Eudeba, 1998, vol 13, p. 27-31.

de por medio, la relación evidente con la naturaleza del Conflicto Armado que debe ser objeto de valoración en esta serie de conductas⁴⁴.

Si bien en la actualidad la estructura de la norma jurídico penal desarrolla las instituciones jurídicas propias para la JEP, desde este punto de vista se aprecia, como lo señala Borja⁴⁵, la influencia histórica, política, ética entre otros factores, que van a determinar el análisis de la legalidad para este caso y por lo tanto, todo ello va a generar influencia en la naturaleza de los crímenes objeto de juzgamiento en este foro especial de justicia.

En este sentido, la calificación de graves violaciones de derechos humanos y del DIH, se revela como instrumento necesario para determinar los factores que inciden en la naturaleza de los crímenes. Es posible que sea necesario este análisis previo, en los casos objeto de juzgamiento, para indicar los factores de contexto que se analizan en la verdad como factor de imputación⁴⁶.

De alguna manera se pueden precisar elementos que después van a ser objeto de juzgamiento. Por lo tanto, este análisis previo de las violaciones y su relación con las conductas podrán determinar elementos para precisar el delito y la investigación en las siguientes instancias dentro del proceso descrito para la justicia especial para la paz⁴⁷.

Lo anterior recibe un soporte necesario con otro principio denominado Seguridad jurídica, que señala que todas las exigencias pactadas se realizan “mediante el cumplimiento de las condiciones del Sistema Integral y en especial de la Jurisdicción Especial para la Paz, con las garantías necesarias del debido proceso”⁴⁸.

En este sentido, los planteamientos de la JEP, pueden ser abordados desde dos vertientes distintas, vale decir la fundamentación punitiva que implica que tanto los elementos normativos del delito como de persecución de la acción penal deben estar descritos de manera precisa y estricta en el ordenamiento penal para asegurar al ciudadano tanto los elementos de prohibición como los alcances del tiempo de la pena establecida si se producen tales infracciones⁴⁹. De otra parte, se encuentra el mecanismo de derechos humanos que establece mediante el recurso efectivo, la justicia material y el plazo razonable que la seguridad cumpla con su objeto dentro de las previsiones legales establecidas y los tiempos más o menos adecuados

44 ITURRALDE, Manuel. Castigo, Liberalismo autoritario y Justicia Penal de Excepción. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes. Pontificia Universidad Javeriana, 2010, p. 80, p. 343.

45 BORJA JIMENEZ, Emiliano. *Entre lo Universal y lo particular en el Derecho Penal*. Valencia, España: Tirant Lo Blanche, 2012, p. 12.

46 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso 19 Comerciantes Vs Colombia Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 5 de julio de 2004.

47 Arts. 8.1 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. *Ibidem* 2004.

48 Siguiendo la definición de Ferrajoli de Garantía Judicial que desarrolla los derechos derivados del debido proceso. SANDOVAL MESA, Jaime Alberto. *Op. cit.* 2018, p. 21.

49 En el mismo sentido para la definición de garantía Criminal que desarrolla el principio de legalidad penal. SANDOVAL MESA, Jaime Alberto. *Op. cit.* p. 21.

a las diversas jurisdicciones de los países para garantizar la justicia efectiva para las víctimas⁵⁰.

De igual forma, no solo los crímenes y su persecución sino todos los componentes del sistema de justicia integral del punto 5º reciben una noción de Legitimidad, “respondiendo a las expectativas de las víctimas, de la sociedad en general, y a las obligaciones nacionales e internacionales del Estado colombiano, incluyendo el cumplimiento de lo pactado en el Acuerdo Final”⁵¹.

Esta exigencia se hace evidente en el Proceso desarrollado en el acuerdo (2016) para la definición de la responsabilidad y sobre todo basada en los elementos de verdad que deben ser revisados en primer lugar para indicar la responsabilidad. Para cumplir con esta expectativa de justicia integral, es necesaria la revisión de contexto en este tipo de procesos, en los cuales muchos precedentes derivados de Instancias Internacionales tanto de Derechos Humanos como de Derecho Penal en Tribunales especiales de naturaleza internacional, ha revelado sus aportes más representativos. Sin embargo, los mismos no se pueden considerar que tengan un carácter directo de normas constitucionales para proceder a su interpretación, para ello también será preciso analizar el alcance del bloque de constitucionalidad en estos casos⁵².

El anterior desarrollo constitucional que ha sido elaborado tanto en justicia y paz (ley 975 de 2005) como en la propia Corte Suprema de Justicia, permite un concepto de legalidad ampliada, que supone la integración internacional e interna de la persecución de conductas, y a la vez constituye un factor necesario para derivar de este proceso una justicia integral⁵³. Lo anterior permite construir una estructura de juzgamiento que satisfaga tanto los denominados estándares internacionales de la justicia internacional, como los conceptos internos de justicia, tanto para la víctima, como para el procesado, dado que de ello se derivan beneficios. Una verdad amplia y un proceso con valoraciones tanto internas como internacionales permite satisfacer estos dos conceptos de justicia que corresponden más a un criterio internacional que interno, pero que sin duda revela elementos que son necesarios en estos casos⁵⁴.

De igual forma, por el momento de fijación de los hechos objeto de

50 Concepto de legitimidad jurídica, necesario para garantizar la tarea de la JEP y de la Comisión de la Verdad en su trabajo conjunto. Esta definición hace parte de los Estados Modernos después de la Segunda Guerra mundial en el sentido de la realización material del Estado social de Derecho. *Ibidem* p. 21-23.

51 Punto 5. (a.) Acuerdo 24.11.16. Objetivos.

52 RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. *Jurisprudencia Penal Internacional Aplicable en Colombia*. Primera Edición. Bogotá: Editorial GIZ, Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal de Alemania, 2011, p. 51.

53 SANDOVAL MESA, Jaime Alberto. Ob. cit. 2016 P. 350

54 SANDOVAL MESA, Jaime Alberto y MORENO DURÁN, Alvaro. Aspectos sociojurídicos de la Justicia Transicional en el proceso de Paz en Colombia con las FARC. Texto Justicia Constitucional para el posconflicto. Edit. Universidad Santo Tomás, Bogotá D.C. 2018, p. 115-120.

investigación, en muchos casos, se tendrá que acudir a la declaratoria de imprescriptibilidad de ciertas conductas como soporte de este concepto de valoración ampliada de legalidad y verdad⁵⁵ para tal efecto deberán ser observados los precedentes de la jurisprudencia internacional, que en este aspecto también revelan muchos elementos de consideración⁵⁶. Lo interesante es la amplitud que puede tener lugar en este aspecto la interpretación dada la naturaleza especial de este Tribunal y que puede servir de base para incorporar criterios internacionales al orden interno.

Este componente garantiza que el sistema es establecido por una sociedad en un pacto de paz y que se asegura el cumplimiento de sus obligaciones principalmente el de la persecución de los crímenes bajo la violación grave originada con ocasión del conflicto armado⁵⁷.

En este orden, los elementos de los crímenes objeto de persecución también en la justicia especial para la paz, deriva consecuencias especiales en las necesidades procesales de justicia material, recurso efectivo, plazo razonable, debida diligencia etc., todo ello incluso como factor previo de revisión del concepto de justicia efectiva para las víctimas, verdad y reparación⁵⁸.

Si este factor es relevante para el juzgamiento de las conductas en la JEP, con mayor razón se derivan efectos a fortiori para las futuras consecuencias que se pueden dar por ejemplo, ante instancias punitivas internacionales que verifiquen el cumplimiento efectivo de los elementos transicionales concebidos en este tipo de jurisdicción⁵⁹. Es decir, no va a ser posible separar los efectos tanto sustanciales como procesales de los crímenes objeto de juzgamiento ante la JEP y por tal motivo es evidente la necesidad de asociar los efectos de un crimen a sus posibilidades procesales⁶⁰.

5. EL ROL DE JUSTICIA EN LA COMISIÓN DE LA VERDAD

Ahora bien, desde los elementos de creación de la comisión de la verdad resulta apropiado comparar los elementos de justicia presentes en este organismo paralelo a la justicia especial para la paz. A la postre esto revela que se presenta tanto una verdad como requisito de postulación del proceso judicial (JEP) como un elemento de verdad que constituye el centro de la comisión creada para tal efecto, sin embargo, las dos buscan el mismo acto de justicia y al final se observa, que no se repelen, sino que más bien

55 RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. 2011. Op. cit. p. 51.

56 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Barrios Altos Vs. Perú. 14 de marzo de 2001.

57 SANDOVAL MESA, Jaime Alberto y MORENO DURÁN, Alvaro. Op. cit. 2018, p. 121-122.

58 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Op. cit. 2001 y 2004.

59 COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 14 de agosto de 2018. p. 320, 330, 337 y 338.

60 *Ibidem*. Esto se presenta en cuanto al rol de las víctimas y la correspondencia de la Jurisdicción con las instancias internacionales que verifican este tipo de crímenes y juzgamiento en favor de las víctimas. p. 320-330.

se complementan y acompañan⁶¹. Es prematuro anticipar sus resultados, pero sus informes son esenciales para la valoración del factor justicia en este sentido, como propósito final del acuerdo de 2016 suscrito con las FARC.

En efecto, el Decreto Ley 588 del 5 de abril de 2017 (según facultades conferidas por el Acto Legislativo No. 2 de 2016) dice en su artículo 1 que la CEV es creada “para un período de 3 años”, contados al cabo de los “6 meses” que tiene para su preparación; y que su naturaleza jurídica es la de ser un “ente autónomo e independiente del orden nacional, de rango constitucional, con personería jurídica, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica, sujeto a un régimen legal propio”⁶².

Continúa el artículo 2 estableciendo los objetivos principales:

1) “Contribuir al esclarecimiento de lo ocurrido...” 2) “Promover y contribuir al reconocimiento de las víctimas... el reconocimiento voluntario de responsabilidades individuales y colectivas...” 3) “Promover la convivencia en los territorios...” La “construcción de la verdad” se entiende como “parte esencial de la construcción de paz” estable y duradera, porque la CEV debe contribuir “a crear las condiciones estructurales para la co+nvivencia entre los colombianos y las colombianas” sentando las “bases de la no repetición y la reconciliación...”⁶³. En muchos casos los mecanismos alternos de verdad han sido considerados de menor entidad que los judiciales sin embargo en un conflicto tan amplio y complejo como el colombiano es un factor que resulta apropiado para este tipo de juicios máxime si muchos de los hechos no pueden ser investigados o sus evidencias han desaparecido por el transcurso de los años.

La CEV tendrá las siguientes características: a) “régimen legal propio” (a. 3), circunscribiendo su accionar a la Constitución, al Decreto Ley de creación y a su propio reglamento; b) “carácter extra-judicial” (a. 4); c) velar

61 La Corte Constitucional señala que el sistema de la JEP corresponde al de Justicia Integral debido a la competencia prevalente de la misma sobre hechos relacionados con el conflicto armado que no es exclusiva, puesto que el marco jurídico colombiano ha previsto distintos procedimientos e incluso jurisdicciones que se ocupan de la investigación, juzgamiento y sanción de los hechos, dada la complejidad del conflicto armado y la variedad de los responsables de los hechos. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 14 de agosto de 2018, p. 322-323.

62 La Corte Constitucional Colombiana advierte sobre el particular que la CEV es uno de los mecanismos esenciales diseñados para garantizar el derecho a la verdad de las víctimas y uno de los principales componentes de la justicia restaurativa en el marco del modelo transicional creado. Su trabajo transita entre el análisis crítico de la historiografía y la construcción de la memoria, basada en las experiencias de quienes participaron directa o indirectamente en el conflicto y en particular de los afectados. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-018 de 21 de marzo de 2018, p. 44. Decreto Ley 588 del 5 de abril de 2017.

63 La Corte Constitucional Colombiana señala en este aspecto, que de acuerdo con el artículo 1º transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, las víctimas tienen derecho a conocer la verdad plena sobre lo ocurrido. La importancia moral de la responsabilidad personal implica que los afectados tienen derecho a saber la identidad de los autores, los bienes morales y jurídicos menoscabados, cómo cuándo, dónde y por qué sucedieron las atrocidades. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-018 de 21 de marzo de 2018, p. 44. Decreto Ley 588 del 5 de abril de 2017, p. 76.

por la “centralidad de las víctimas” (a. 5); d) asegurar la “participación amplia, pluralista y equilibrada” (a. 6) de todos los actores del conflicto; e) “enfoque territorial” (a. 7); f) “enfoque diferencial y de género” (a. 8); g) “coordinación con otras entidades de construcción de paz” (a. 9); h) tendrá que promover la “convivencia” y la reconciliación” en “las audiencias o espacios que establezca” (a. 10); i) el “período objeto de estudio” será el del “conflicto” (a. 12); j) que establezca la metodología de su accionar para esclarecer la verdad (a. 14); k) tendrá la colaboración de todas las entidades del Estado y las que conforman el SIVJRNR (a. 15); l) tendrá acceso a información reservada frente a violaciones de DDHH y DIH (a. 16)⁶⁴.

El “mandato” de “esclarecer y promover el reconocimiento” de la CEV se concreta en (a. 11):

1) prácticas que constituyen graves violaciones a las DDHH y el DIH de carácter masivo⁶⁵. Este fundamento involucra a todos los actores del conflicto, es un factor que se encuentra pendiente y que en muchos casos ha sido objeto de críticas, pues se le teme a conocer la verdad sobre los acontecimientos que contribuyeron al desarrollo del conflicto.

2) las responsabilidades del Estado, gobierno, FARC-EP, paramilitares y de cualquier grupo u organización que haya tenido participación en el conflicto. Este fundamento es necesario toda vez que involucra a los propios actores del conflicto, lo cual revela el interés por construir los orígenes sobre todo de la confrontación armada y las responsabilidades sobre asuntos que no serán objeto de la verdad judicial⁶⁶.

3) el impacto colectivo e individual del conflicto a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Es importante este factor toda vez que muchas de las causas de la ausencia de presencia estatal y la falta de desarrollo en las regiones se involucra tanto en los efectos del conflicto armado como en la corrupción o en todos ellos⁶⁷.

4) el impacto del conflicto sobre el ejercicio de la política y el funcionamiento de la democracia. Otro de los elementos de la construcción de las instituciones democráticas y las organizaciones civiles se desvela a través de las causas del conflicto armado, en este sentido se requiere de una

64 COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-018 de 21 de marzo de 2018, p. 44. Decreto Ley 588 del 5 de abril de 2017, p. 77.

65 Los afectados deben tener la posibilidad de buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real y de que les sea esclarecido lo sucedido realmente en su caso. Se les debe revelar de manera fidedigna el contexto dentro del cual fueron cometidos los delitos, el alcance preciso de las agresiones y las razones por las cuales permanecieron ocultas. COLOMBIA Corte Constitucional. Sentencia C-018 de 21 de marzo de 2018, p. 77.

66 La verdad exige que los afectados puedan saber en forma detallada los motivos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron las conductas, así como el patrón criminal con que se identifica la forma de comisión de los crímenes. *Ibidem*, p. 77.

67 La verdad es también una prerrogativa en cabeza de las sociedades que han padecido particularmente los rigores de la guerra, de las dictaduras, de los conflictos armados internacionales o internos de naturaleza civil. A partir de los artículos 1 y 2 transitorios del Acto Legislativo 01 de 2017, puede inferirse que las comunidades tienen derecho a la verdad y a la memoria histórica. *Ibidem*, p. 78.

taxonomía de las costumbres regionales asociadas a la participación de los actores armados en el mismo⁶⁸.

5) impacto del conflicto en los combatientes, sus familias y entornos;

6) el contexto histórico del conflicto, teniendo como base las memorias de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas;

7) los factores y condiciones que facilitaron o contribuyen a la persistencia del conflicto;

8) el desarrollo del conflicto en relación con todos los actores que promovieron la guerra⁶⁹. Estos fundamentos se refieren a la naturaleza del conflicto armado sus factores principales de evolución en dos sentidos con ocasión y en desarrollo de las acciones armadas, es decir como se produjeron las hostilidades y que consecuencias tuvieron lugar en tal sentido.

9) estudio profundo del fenómeno del paramilitarismo; 10) “desplazamiento forzado y despojo de tierras con ocasión del conflicto y sus consecuencias”; 11) la relación conflicto y cultivos ilícitos; 12) los procesos de fortalecimiento del tejido social; 13) “los procesos de transformación positiva de las organizaciones e instituciones a lo largo del conflicto”⁷⁰.

Las funciones de la CEV son: 1) investigar todos los componentes de su mandato con todos los recursos de las ciencias sociales; 2) crear espacios (de discusión, reflexión o ceremonias culturales y artísticas) en los ámbitos internacional, nacional, regional y territorial en donde con audiencias públicas (temáticas, territoriales, institucionales, de organizaciones), se escuche a todos los actores colectivos o individuales del conflicto, se reconozcan responsabilidades y se pida perdón, se ofrezcan explicaciones, se contribuya a la reparación, se asuman compromisos de no repetición y de construcción de paz; 3) “convocar a personas para que contribuyan al esclarecimiento de la verdad”; 4) “Informar a la JEP sobre la participación en la CEV de las personas sujetas a su jurisdicción”; 5) con todos los insumos de su mandato y sus funciones, elaborar el informe final; 6) promover la orientación a las víctimas individuales y colectivas; 7) diseñar y poner en marcha estrategia, con enfoque territorial, de relacionamiento activo entre las víctimas, sus organizaciones y las iniciativas no gubernamentales de reconstrucción de memoria individual y colectiva; 8) tomar medidas para proteger el archivo

68 COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-018 de 21 de marzo de 2018, p. 78.

69 En estricta conexión, el Principio 3 de Joinet contempla del deber oficial de recordar. Conforme a este estándar, el conocimiento por un pueblo de la historia de la opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, es necesario conservarlo mediante la adopción de medidas adecuadas en aras de dar cumplimiento a la obligación de recordar que incumbe al Estado para preservar archivos y otras pruebas relativas a violaciones de derechos humanos y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Colombia Corte Constitucional. Sentencia C-018 de 21 de marzo de 2018, p. 77.

70 En procesos de reconstrucción del tejido colectivo luego de una época de masivos abusos contra los derechos humanos, la sociedad en su conjunto y los pueblos en especial tienen derecho a conocer toda la realidad de lo sucedido y a que se garantice la posibilidad de reconstruir un relato de su propia historia, a través de la divulgación pública de los resultados de las investigaciones, e implica la obligación de contar con una “*memoria pública*” respecto de los hallazgos de las indagaciones sobre graves violaciones de derechos humanos. *Ibidem*, p. 79.

y depositar las memorias de la CEV en el Museo Nacional de la Memoria y estrechar lazos entre el accionar de la CEV y los medios de comunicación; 9) asegurar la inclusión total con la transversalidad del enfoque de género; 10) rendir cuentas a la sociedad periódicamente; 11) valorar las condiciones de su propia seguridad para solicitar al Estado la protección necesaria; 12) darse su reglamento y programa de trabajo⁷¹.

En síntesis, estos son los elementos estructurales de la comisión que tal y como se deriva de sus fundamentos que revelan una estructura que posee una amplitud necesaria para dialogar lo suficiente en materia de construcción de paz sin tener como obstáculos elementos de verdad judicial. Las tipicidades obligan a seguir el rigor judicial y en este sentido, el organismo tiene como base una amplia participación de la sociedad civil. En los pasados instrumentos de construcción de verdad como la comisión nacional de reconciliación que produjeron desde 2014 los informes sobre la naturaleza del conflicto, han servido de base para desvelar muchos elementos no conocidos por la sociedad hasta el momento.

En Colombia este organismo a medida que desarrolle sus bases principales servirá de factor de construcción y acercamiento social. Según Pablo Galain El espíritu inclusivo de estas y otras definiciones de justicia transicional como las analizadas, se traduce en aplicaciones diferenciales, tal y como se observa tanto en la JEP como en la CEV⁷².

Según este autor, estos dos fundamentos a pesar de estas diferencias permiten en la justicia restaurativa moderna un acercamiento a los asuntos del derecho penal que enfoca sus esfuerzos en reparar el daño causado por actividades delictivas (2018), mas si se trata de acciones prolongadas en un conflicto de más de 50 años.

En la práctica según Galain, estos mecanismos obedecen a la propuesta de prácticas restaurativas se implementan actualmente en aproximadamente 100 países, con casi 23 tipos diferentes de restauraciones basadas en diversos tipos de programas (2018).

Es decir existe todo el precedente necesario para la búsqueda de mecanismos alternos de justicia necesarios para la reparación de las víctimas y el acercamiento de los procesados a la sociedad⁷³.

Al final solamente se requiere voluntad para asumir los argumentos que sean revelados si se tiene en cuenta que la sociedad colombiana no se

71 De este modo, el derecho a la verdad impone el esclarecimiento detallado de la identidad de los autores, estructuras criminales, conexiones políticas, militares y sociales, intenciones y planes de los responsables, contextos, prácticas y patrones, hechos, causas y circunstancias relacionadas con los mismos, con el propósito de que las comunidades que han sufrido masivas violaciones de sus derechos puedan reconstruir ese pasado doloroso e incorporarlo a su memoria colectiva y a su identidad como pueblo. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-018 de 21 de marzo de 2018, p. 80.

72 GALAIN PALERMO, Pablo; DEL CASTILLO Federico, FRAIMAN Ricardo. "Restorative Justice in Uruguay: A Change of Lenses in a Reform of Criminal Justice?". *European Journal for security Research*. Disponible en: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s41125-018-0036-x>>

73 GALAIN PALERMO, Pablo; DEL CASTILLO Federico, FRAIMAN Ricardo. Op. cit., 2018.

ha enfrentado a conocer en detalle las causas estructurales que revelaron los alcances y participación de todos los actores armados. En últimas, lo que no sea revelado en el ámbito judicial de la JEP que se expuso anteriormente tiene oportunidad, de ser ampliado y conocido mediante la Comisión de la Verdad. En últimas son necesarios los dos fundamentos establecidos toda vez que la ausencia de uno cubre las necesidades insatisfechas del otro sobre todo en materia de justicia.

CONCLUSIONES

La Comisión de la Verdad en Colombia tiene un espacio de tiempo muy limitado en relación con la duración del conflicto, lo cual debilita el Sistema de Justicia transicional.

El destino del trabajo de la Comisión de la Verdad en Colombia es la constitución de un Archivo de Memoria sobre el Conflicto. Esto contribuye a que lo ocurrido no se olvide, pues en los términos de justicia transicional, el perdón es la base de la No Repetición elemento teleológico del Sistema de este tipo de justicia.

La Verdad es el primer paso para el “reparto segundo” o de la justicia conmutativa (mundo de las penas y las compensaciones) esto hace que la misma se convierta en nota esencial del concepto de la justicia que busca la igualdad material proporcional como lo pensaba el Aquinate.

La Justicia Especial para la Paz (JEP) tiene actualmente la debilidad de la falta de voluntad política, la cual es la base de su permanencia en el tiempo y su consolidación como tribunal especial de paz. Por ello nos referimos a su reglamento interno y a los principios establecidos en el Acuerdo de Paz y los Actos Legislativos que materializan el mismo.

No obstante, la JEP es ejemplo de tribunal de paz para procesos de paz en construcción en el mundo y de eventuales procesos de justicia transicional. Este mecanismo judicial junto con la Comisión constituye un todo integral de justicia, si la voluntad política lo permite de continuar con los mecanismos estatuidos en el acuerdo de 2016, seguramente el proceso tendrá el respaldo suficiente para servir de precedente de justicia tanto interna como internacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENAVIDES Farid Samir y VINYAMATA I CAMP, Eduard. *Procesos e iniciativas de paz en Colombia y Ecuador. Primera*. Barcelona, España: UOC, Primera Edición, 2011.

CÁRDENAS SIERRA, Carlos Alberto. *Aportes de Tomás de Aquino para la construcción del bien común económico del siglo XXI*. Bogotá: Grupo Ibáñez, 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso 19 Comerciantes Vs Colombia Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 5 de julio de 2004.

ESPIN, Eduardo. El sistema de fuentes en la Constitución. Derecho Constitucional. Volumen I. 4ª edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanche, 2000.

FERREIRA Marcelo. *Algunos casos de Responsabilidad Internacional en el Sistema Interamericano en Derechos Humanos*. Buenos Aires, Argentina: Eudeba, 1998, vol 13, p. 27-31.

GALAIN PALERMO, Pablo; DEL CASTILLO Federico, FRAIMAN Ricardo. "Restorative Justice in Uruguay: A Change of Lenses in a Reform of Criminal Justice?". *European Journal for security Research*. Disponible en: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s41125-018-0036-x>>

GOMEZ, Méndez María Paula. *Comisiones de la Verdad, ¿qué tanto aportan a la verdad, la justicia y la reconciliación?*". Disponible en: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/oasis/article/view/2393>>.

GRUPO MEMORIA HISTORICA. *Informe Basta Ya. Capítulo II. Los orígenes, las dinámicas y el crecimiento del conflicto armado*. Bogotá: Departamento Presidencia de la República. Grupo Memoria Histórica, 2014.

HAYNER Priscila B. *Comisiones de la Verdad: resumen esquemático*. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/irrc_862_hayner.pdf>.

ITURRALDE, Manuel. *Castigo, Liberalismo autoritario y Justicia Penal de Excepción*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes. Pontificia Universidad Javeriana, 2010.

JAIMES-AMADO María Cecilia y PRIETO SANJUAN Rafael. "Justicia y Paz o cuando todos los caminos conducen a La Haya". *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2010, nº 17, p. 165-230.

MANTILLA, Jorge Alberto. El acuerdo de viernes santo o la paz como nuevo diseño institucional compartido: lecciones del proceso de paz en Irlanda del Norte. Documento de Políticas Públicas. Centro de Pensamiento y Diálogo al Proceso de Paz. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2014. Disponible en: <http://pensamiento.unal.edu.co/fileadmin/recursos/focos/piensa-paz/policy_papers/documento_de_politica_publica_5.pdf>

MATTAROLLO, Rodolfo. *Las comisiones de la verdad. Artículo compilado en Verdad y Justicia. Homenaje a Emilio Vignone*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica.

PARENTI, Pablo y PELLEGRINI, Lisandro. *Argentina. Justicia de Transición Informes América Latina, Alemania, Italia, España*. Montevideo, Uruguay: Editorial Konrad Adenauer, 2009.

PRIETO SANJUAN, Rafael A. *Crímenes de Guerra, Infracciones y Violaciones Graves al Derecho Internacional Humanitario*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, 2010.

RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. *Jurisprudencia Penal Internacional Aplicable en Colombia*. Primera Edición. Bogotá: Editorial GIZ, Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal de Alemania, 2011.

SANDOVAL MESA, Jaime Alberto y MORENO DURÁN, Alvaro. *Aspectos sociojurídicos de la Justicia Transicional en el proceso de Paz en Colombia con las FARC. Texto Justicia Constitucional para el posconflicto*. Edit. Universidad Santo Tomás, Bogotá D.C. 2018, p. 115-120.

SANDOVAL MESA, Jaime Alberto. "El principio de legalidad en materia penal en Colombia y su proceso de transformación. Tensiones entre la ley positiva y los criterios de seguridad jurídica, justicia material y legitimidad". Tesis doctoral. Universidad Santo Tomás Bogotá, 2016.

SANDOVAL MESA, Jaime Alberto. *La Garantía Criminal en materia penal y penal internacional*. Editorial Tirant Lo Blanche, 2018.

SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica, II-II, 58 c. Tratado de la Justicia*.

YOUNES, Diego. *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Edit. LEGIS Younes Moreno, 2012.



The principles of special justice for peace in the agreements signed with the FARC in Colombia and its relationship with the Truth Commission

Abstract: The purpose of this article is to determine the correspondence of the principles conceived in the Special Justice for Peace with the truth commission. From there, the factors of the crimes provided in the peace agreements signed by Colombia with the Group of the Revolutionary Armed Forces (FARC) and the relationship of justice that emerges between the judicial aspect and the commission of the true, at the moment of pointing out the responsibility.

Both in the judicial forum of the Special Justice for Peace, and in an institution that focuses on an aspect of truth, as the Commission determines the purposes to comply with the object of comprehensive justice outlined in the peace agreements.

In that order, the present article has been developed through the method of epistemological dialogue of the three-dimensional theory of Law that consists of integrating the vision of Law from three perspectives: that of the Science of Law that starts from its extrinsic validity; that of the Philosophy of Law that starts from its intrinsic validity or justification; and that of the Sociology of Law that, in turn, departs from effectiveness. The methodological emphasis is on the

intersection between extrinsic validity and efficacy. Although the criticism is made from an axio-logical perspective that starts from the primacy of the common good as a teleological aspect that defines the intrinsic validity of any law, especially in the effects of the principles and dialogues between the Truth and Justice Commission peace.

Likewise, the text was elaborated through methodological tools that correspond to this analytical hermeneutic approach of the right in the three-dimensional vision warned, of a hypothetical deductive, descriptive, comparative, historical and reflexive type.

Keywords: Integral Justice, Truth, Judging Commission, Principles.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Jaime Alberto Sandoval Mesa es Abogado USTA, Docente Investigador Grupo de Derecho Público, Francisco de Vitoria. Línea Derecho Penal y Realidad. Universidad Santo Tomás Bogotá D.C., Magíster en Derecho Penal y Phd en Derecho por la Universidad Santo Tomás Bogotá D.C.

Carlos Alberto Cárdenas Sierra es Docente Investigador, Líder Grupo Raimundo de Peñafort en la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás Bogotá D.C. Línea Tomás de Aquino. Filósofo y Abogado, Magíster en Filosofía Latinoamericana y Phd en Derecho por la Universidad Santo Tomás Bogotá D.C.

La gratuidad de los derechos prestacionales como derechos humanos. Una propuesta para su ponderación y otorgamiento

A gratuidade de benefícios como direitos humanos. Uma proposta de ponderação e concessão

Eduardo Santillán Pérez*

Carlos Manuel Rosales*

Resumen: El reconocimiento y la implementación de los Derechos Humanos ha generado que su cumplimiento sea en algunos casos a costa del erario. Este artículo analizará si los derechos prestacionales solicitados como Derechos Humanos deben ser otorgados sin condiciones, o si, al contrario, debe existir un mecanismo para que no haya abuso en su exigibilidad y justiciabilidad.

Resumo: O reconhecimento e a implementação dos Direitos Humanos resultaram no cumprimento, em alguns casos, às custas do tesouro. Este artigo analisará se os direitos de benefícios solicitados como Direitos Humanos devem ser concedidos sem condições ou se, pelo contrário, deve haver um mecanismo para que não haja abuso em sua aplicabilidade e justiciabilidade.

Palabras clave: Derechos humanos, Exigibilidad, Justiciabilidad, Interpretación.

Palavras-chave: Direitos humanos, Aplicabilidade, Justiciabilidade, Interpretação.

1. INTRODUCCIÓN

Las leyes son el reflejo de la sociedad. Son la expresión del soberano que cimientan los derechos y garantías. Ellas, sin duda, identifican y permiten dirigir el destino de una nación. para poder alcanzar justicia, bien común,

* Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, México.
E-mail: carmaroga@gmail.com
Recibido: 12/02/2019. Aceptado: 09/12/2019.



seguridad¹. Alimón, para que se pueda acceder a los bienes, derechos y prestaciones que ofrece el Estado, se deben cumplir con los requisitos legales para su operación².

Como es sabido, los Derechos Humanos (DDHH) son una edificación moral universal, que son reconocidos y exigidos a partir de diversos tratados, convenciones, declaraciones, entre otros; que sirven como los valores probatorios para medir la legitimidad del Estado³. Se debe observar que los DDHH son obligatorios e intrínsecos, no requieren de leyes adjetivas para que puedan ser solicitados y cumplimentados. No necesitan una legislación orgánica para su operación, ni consideran la capacidad económica ni la infraestructura del Estado para hacerlos efectivos⁴.

Los derechos fundamentales son triunfos políticos de la sociedad y los Derechos Humanos que provienen de reconocer a la persona con ciertas prerrogativas mínimas, para que pueda vivir dignamente y desarrollar libremente su vida⁵. Existe un espacio en que ambas esferas confluyen en su identidad y objetivos, más no en la forma de su cumplimiento. Los derechos fundamentales son prestados a la población por medio de una ley que garantiza, derechos, obligaciones, requisitos, operación y ejecución de estos⁶. Al contrario de los Derechos Humanos, que su principal activo es su valor intrínseco, y sirven como directriz y freno a la actuación de las autoridades⁷.

Por lo que es menester preguntar, ¿los Derechos Humanos tienen más reconocimiento que los derechos fundamentales en un país determinado?⁸ o, dicho de otra manera, si una persona exige el cumplimiento de un DDHH, se debe conceder o consumir sin condiciones previas a diferencia de cualquier ciudadano, que debe apegarse a las normas preestablecidas para obtener acceso a ese bien o servicio.

Por lo que la metodología que guiará nuestra investigación, empezará exponiendo qué son los derechos prestacionales y luego, diversos temas que provienen de los Derechos Humanos como su reconocimiento, tutela y protección, y si su cumplimiento debe ser absoluto e incondicional. También se expondrán los principios pro *personae* y de progresividad que amplían

1 ACKERMAN, Bruce. *Social Justice in the Liberal State*. Ed. Yale University Press, USA, 1980, p. 164.

2 OJESTO Martínez Porcayo, José Fernando. "Poder, derecho y jueces: la jurisdicción como participación política". En *Testimonios sobre el desempeño del TEPJF*. México, 2003, p. 469.

3 Vid. SCJN. *Los derechos humanos y su protección por el PJF*. México: Ed. SCJN, 2011.

4 He considerado incluir en este análisis la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos que establecen un conjunto de normas, para que los ciudadanos puedan ejercer plenamente sus derechos políticos, con el objetivo de consolidar y fortalecer el sistema democrático.

5 Ronald Dworkin estima que los principios jurídicos no son patrones extrajurídicos y son vinculantes para el juez. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ed. Ariel, 1995, pp.19-22.

6 LARA SÁENZ, Leoncio. *Derechos Humanos. Colección de cuadernos de Divulgación sobre aspectos doctrinarios de la Justicia Electoral*, N° 4, TEPJF, México, 2003, pp.39-40.

7 BIX, Brian. *Jurisprudence*. Carolina Academic Press, USA, 2004, p. 88.

8 Se tomará en consideración y como referencia algunos casos paradigmáticos, principalmente de México.

la instrumentación de los DDHH. Para materializar lo anterior, se analizarán algunos casos de derechos prestacionales que brinda el Estado (salud, educación, agua y energía eléctrica), los elementos jurídicos para su solicitud, los requerimientos instituciones para que sean efectivos y averiguar cuáles son los límites para ser exequibles.

Esta investigación tiene como objetivo hacer una exposición y disertación, sobre considerar si un Derecho Humano se debe tutelar y conceder sin condición, o si debe haber requisitos para su exigibilidad y justiciabilidad, para que no se fomente, una política de concesión automática irrestricta y gratuita, fundamentado con base en los DDHH⁹.

Este trabajo también propone algunos requisitos para la exigibilidad y otorgamiento de algunos DDHH, cuáles serían los mismos y cómo podría considerarse su exigibilidad en un sistema jurisdiccional, sin que se desprotejan los mismos o se demeriten los derechos del resto de los ciudadanos¹⁰.

2. LOS DERECHOS PRESTACIONALES

El concepto prestaciones incumbe al plural de prestación. Por prestación se reseña a aquel servicio o bien que una autoridad, o en su caso un contratante, que sirven o le piden a otro.

Uno de los términos más divulgados que se genera en relación es con el de prestaciones sociales.

Una prestación es aquel servicio que el Estado o una empresa privada están obligados a brindar por medio de sus empleados y que garantizan bienes o servicios para mejorar la calidad de vida, como es el cuidado de la salud.

El Estado debe satisfacer las necesidades básicas de la sociedad, en especial, la de las poblaciones en riesgo y que no están en igualdad de circunstancias. El Estado redistribuye la riqueza, y al mismo tiempo presta servicios públicos, cuyos fines son conseguir una vida digna. El desempeño de su función social del Estado debe contar con una infraestructura adecuada de asistencia y destinar recursos suficientes para los programas que lo sostienen y respaldan¹¹.

Por regla general, los derechos de prestación son derechos programáticos, debido a que los derechos de prestación exigen un esfuerzo presupuestal y logístico del Estado que sólo se puede realizar con la debida planeación y arbitrio de recursos mediante el procedimiento fijado por la Constitución y las leyes orgánicas¹². Gradualmente, los derechos de

9 Contradicción de Tesis 293/2011.

10 WILLIAMS, Melissa and WALDRON, Jeremy. *Toleration and its limits*. Ed. New York University press, New York, 2008, p.369.

11 NINO, Carlos S. *The Constitution of deliberative democracy*. Ed. Yale, USA, 1996, pp.1-5.

12 Randy BARNETT estima que la legitimidad de las normas se obtiene por el proceso de elaboración de las mismas; por lo que, cuando los legisladores más se ajusten y respeten al procedimiento legislativo, más legítimas serán las normas producidas. *Restoring the lost constitution*, Ed. Princeton press, USA, 2004.

prestación se les van dando condiciones de eficacia, que hace posible que emane un derecho subjetivo. Por eso, a nivel teórico, en efecto, el estado inicial de un derecho de prestación es su condición programática, que luego tiende a convertirse en un derecho subjetivo¹³.

Los derechos prestacionales, en determinadas situaciones, generan un derecho subjetivo. Esto quiere decir que el titular del derecho puede exigir su ejecución a través de las vías judiciales. En otras ocasiones, los derechos de prestación tienen contenido programático, o sea, su efectividad no puede ser exigida a través de los mecanismos judiciales. En este último caso, en realidad, más que derechos son principios orientadores de la función pública. Los derechos de prestación con contenido programático tienen tal entidad porque precisamente son sólo un programa de acción estatal, una intención institucional¹⁴.

3. LOS DERECHOS HUMANOS

El contenido de los Derechos Humanos reside en expectativas de actuación por parte de los entes de autoridad, por lo que las personas deben contar con los medios que garanticen la realidad de tales aspiraciones. Para ello, las garantías de protección de los Derechos Humanos son técnicas y medios que permiten lograr la eficacia de estos; en su ausencia, el goce de los derechos que reconoce el orden constitucional no puede materializarse en las personas¹⁵.

La dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad¹⁶. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada¹⁷.

13 Sentencia T 207/95.

14 COSSÍO DÍAZ, José Ramón. "Problemas de la Justicia Constitucional". En *Sistemas de Justicia electoral: Evaluación y perspectivas*, Ed. IFE, México, 1999, p. 397. La relevancia de este principio es fundamental en los denominados derechos sociales. *Vid.* CARBONELL, Miguel. *Corte, jueces y política*. México: Ed. Fontamara, 2007, p. 23.

15 Tesis aislada CCLXXXVI/2014, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro electrónico 2007057, y título: "DERECHOS HUMANOS. NATURALEZA DEL CONCEPTO "GARANTÍAS DE PROTECCIÓN", INCORPORADO AL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, VIGENTE DESDE EL 11 DE JUNIO DE 2011."

16 CARMONA, Encarna. "Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital". *Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, no 2, Madrid, 2006, p. 185.

17 Jurisprudencia 37/2016, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

Acompañado a la dignidad, es indispensable que se goce del libre desarrollo de la personalidad¹⁸, esto significa el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera¹⁹.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, los que consisten en lo siguiente: i) universalidad: que son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana²⁰, pues lo razonable es pensar que se adecuan a las circunstancias; por ello, en razón de esta flexibilidad es que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona. ii) interdependencia e indivisibilidad: que están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados. Todos los Derechos Humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; esto es, complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente; y iii) progresividad: constituye el compromiso de los Estados para adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales²¹.

cn número de registro 2012363, de título: *"Dignidad humana. Constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética"*.

18 Vid, SCJN. *Dignidad humana*, México: Ed. PJF, 2013.

19 Tesis aislada LXVI/2009, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro electrónico 165822, de rubro: *"Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende"*.

20 ALEXY, Robert. *La construcción de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Ed. Ad hoc, 2010, pp. 24-44.

21 Tesis aislada I.4o.A.9 K (10a.) sustentada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, con número de registro IUS 2003350, de rubro: *"Principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos"*.

4. RECONOCIMIENTO

Los Derechos Humanos tienen dos reconocimientos, uno de índole moral, y otro normativo. En el primero, se reconoce a la persona por el simple hecho de ser humano; posee un conjunto de derechos inalienables, indivisibles, imprescriptibles y universales, y que no necesitan estar comprendidos dentro de alguna norma adjetiva o substantiva para su cumplimiento²². El otro sistema que se le conoce como positivista, les da su valor a los DDHH a partir de estar incorporados en el bloque de constitucionalidad. Estos sistemas jurídicos los adaptan y los adoptan a partir de tratados, convenciones, declaraciones, y demás instrumentos internacionales de Derechos humanos, que fueron ratificados por ese Estado.

4.1. Tutela y protección

Uno de los elementos que perfeccionan a las normas, es que sean tuteladas y protegidas, por la vía de la acción del Estado²³. Esto significa, que las normas tendrán efectividad, cuando están plenamente garantizadas a la población, y con ello, salvaguarde su efectividad. En el caso de los DDHH, la tutela es una consecuencia de su reconocimiento, lo que provoca que la autoridad tenga que cuidar el ejercicio y la realización de estos²⁴.

La tutela sirve como guía o amparo de las personas, al solicitar se respeten sus derechos contra las acciones de agentes públicos o privados. La protección es la defensa que coloca un límite a la acción del Estado, para que no se conculquen los mismos, y en su caso, se investigue las violaciones u omisiones, y se sancionen esas conductas²⁵.

Ambas son complementarias, la tutela nos coloca una directriz de actuación y la protección, se realiza en dos sentidos²⁶. En el primero, como función preventiva para que no se atente contra los DDHH, y en un segundo instante, para que en caso de que hayan sido conculcadas algunas de estas prerrogativas, sean restituidos y reparados sus derechos y la parte ofensora se someta a un juicio en que se le responsabilice por sus actos²⁷.

4.2. Exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos

La exigibilidad es una solicitud a la autoridad, para realizar un acto que tutele, proteja o respete un derecho²⁸. Esta exigibilidad es un acto en que

22 SALET, Wolfgang Ingo. *Mínimo existencial y justicia constitucional*. p. 630. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/29.pdf>>

23 ACKERMAN, Bruce. *We the people*. Foundations. Ed. Harvard Press, USA, 1991, p. 224.

24 SILVA HENAO, Juan Fernando. "Evolución y origen del concepto de 'Estado Social' incorporado en la Constitución Política colombiana de 1991". *Ratio Juris*, vol. 7, nº 14, pp. 141-158.

25 VILLAR BORDA, Luis. "Estado de derecho y Estado social de derecho". *Revista Derecho del Estado*, nº 20, 2007, pp.73-96.

26 GÓMEZ, Yolanda. *Estado Constitucional y protección internacional, Presente, pasado y futuro de los DDHH*. México: Ed. CNDH, 2014, pp. 231-280.

27 PICARD DE ORSINI, Marie y USECHE, Judith. "Una nueva dimensión del Estado de Derecho: El Estado Social de Derecho". *Provincia*, nº especial, 2006, pp. 189-218.

28 Vid, MEDELLÍN, Ximena. *Principio Pro persona*. México: Ed. SCJN, 2013.

se excita a la autoridad un proceder, y en que se pone de manifiesto que se está violando o incumpliendo algún DDHH. Ante este acto de exigibilidad, el operador jurídico estudiará el fondo del pedimento, emitiendo una decisión para hacer, otorgar, permitir, respetar, entre otros; que valide y consienta el uso y goce de sus DDHH²⁹.

Esta exigibilidad como se hizo notar está acompañada de la justiciabilidad, para que sea efectiva. Esto implica la acción del poder público para que determine, si hay violación a los derechos que expone el quejoso, o descalificar la misma, por no contar con elementos de forma o de fondo de dicha petición. Entre los elementos para concederla, sin previo estudio de fondo podría ser la irreparabilidad por el daño ocasionado, lo que da efecto a una medida cautelar, una suspensión del acto o la protección temporal, mientras se resuelve de fondo el asunto principal³⁰.

También se debe observar que la exigibilidad y justiciabilidad en materia de DDHH no implican gratuidad sin cortapisa. Que, si bien se reconoce y protege el DDHH, no puede resultar un factor para obtener un bien o servicio sin costo económico. Esto qué implica, que el reconocimiento de los DDHH no debe significar una puerta para el abuso en los derechos que presta el Estado (como podría ser temas en materia de salud, educación, agua, energía eléctrica, entre otros), en el que la población como receptores de un servicio, reconoce su obligación de realizar una contribución económica por el bien suministrado, sin importar si proviene de una empresa pública o privada³¹.

La posibilidad de ganar servicios o derechos de manera gratuita con

29 CARMONA, Encarna. "Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital". *Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, Número 2, España, 2006, p.187.

30 SALET, Wolfgang Ingo. Mínimo existencial y justicia constitucional. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/29.pdf>> 3 de septiembre del 2018. Estos llamados "triumfos" son acuñación de Ronald DWORKIN, que advierte que los derechos obtenidos, son triunfos de movimientos sociales o políticos. *Los derechos en serio*, Ed. Abelot-Perrot, Argentina, 1996.

31 Dicho aspecto, puede advertirse así en relación al pago de derechos por servicios del Estado, los cuales no deben proporcionarse de manera gratuita, ello en términos de la jurisprudencia 121/2007, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro IUS 170439, de rubro y texto siguiente: "*Servicios registrales. Los ordenamientos legales que establecen las tarifas respectivas para el pago de derechos, sobre el monto del valor de la operación que da lugar a la inscripción, vulneran los principios de proporcionalidad y equidad tributaria*". *Las leyes federales o locales que regulan los derechos por la inscripción, anotación, cancelación o expedición de certificaciones de actos jurídicos o documentos en un registro público, estableciendo que dichas contribuciones deben cuantificarse mediante un porcentaje o factor al millar aplicado sobre el valor económico reflejado en estos últimos, vulneran los principios de proporcionalidad y equidad tributaria contenidos en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues para determinar su importe en esos términos no se toma en cuenta el costo del servicio prestado por la administración pública, y se produce el efecto de que los contribuyentes paguen una mayor o menor cantidad dependiendo del monto de la operación que dé lugar a tales actos registrales, provocándose que por la misma función estatal se causen cuotas distintas, y aunque es cierto que esas contraprestaciones no necesariamente deben corresponder con exactitud matemática al costo del servicio recibido, sí deben fijarse en relación con el mismo*".

base a los DDHH pudiera ser o parecer un acto para obtener ventaja o abuso del sistema normativo. Por lo que se debe considerar cada solicitud, y resolver ante las circunstancias y el contexto en que se haga.

Nada parece más justo para el ciudadano que paga esforzadamente las tarifas que exigir el normal suministro de un servicio, solicitando el amparo judicial. Aparece así la versión jurídica del mismo conflicto: un apegado rigorismo que privilegia garantías individuales de origen liberal posterga otros principios constitucionales de igual rango, pero de contenido social, como la igualdad ante la ley³².

Hay que entender y razonar que los derechos prestacionales exigidos como DDHH no son un cheque en blanco. Sino que hay que ponderarlos, aplicando un test para considerar su exigibilidad, reconocer su justiciabilidad y otorgarse este derecho, según sea el caso. Para este proceso, se propone un control que calificará si el Estado debe dar, entregar o realizar un acto para tutelar algún DDHH. Con esto, se cuidaría y construiría un sistema jurídico justo, prístino e imparcial³³.

Debe puntualizarse que la limitación en el cumplimiento de un Derecho Humano no necesariamente es sinónimo de vulneración, pues para determinar si una medida lo respeta, es necesario analizar si:³⁴ (I) dicha disminución tiene como finalidad esencial incrementar el grado de tutela de un Derecho humano; y (II) generar un equilibrio razonable entre los derechos fundamentales en juego, sin afectar de manera desmedida la eficacia de alguno de ellos. En ese sentido, para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho viola el principio de progresividad de los Derechos humanos. El operador jurídico debe realizar un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho en relación con las implicaciones colectivas de la medida, a efecto de establecer si se encuentra justificada³⁵.

4.3. ¿Cumplimiento incondicional, intrínseco y absoluto de los derechos humanos *Per Se*?

Lo primero que se debe considerar, es colocar un contexto para los DDHH o sea, determinarlos dentro de un sistema normativo³⁶. Los DDHH

32 DALLA VIA, Alberto. *Los jueces frente a la política*. Revista Isonomía, nº 22, 2005, p. 22.

33 WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Ed. Oxford, USA, 2004, pp. 5, 21-48.

34 Esta misma interpretación se reitera en las SSTC 134/1989 y 140/1989, ambas de 20 de julio. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán también podemos encontrar un reconocimiento tácito del derecho a un mínimo vital, en opinión de Robert ALEXY, si se consideran conjuntamente dos sentencias de los años 1951 y 1975 (BverfGE 1, 97 y BverfGE 40, 121). Vid., del autor, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ed. Centro de estudios constitucionales, España, 2007, pp.422-423.

35 Tesis aislada CXXVI/2015, sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro IUS: 2010360, de título: "Principio de progresividad de los derechos humanos. Criterios para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho humano deriva en la violación de dicho principio".

36 En el caso de México, son parte integrante del andamiaje legal, y se encuentran por

son vistos como un eje rector del Estado, pero que podrían sobreponerse al resto del ordenamiento nacional. Esto nos origina dos supuestos: el que se concedan de manera casi automática por su peso moral, aun cuando demerite o mengue algún derecho prestacional o fundamental, que tiene una regulación para hacerlo efectivo³⁷. O ponderar si la tutela o protección que se solicita, colisiona con derechos ya sea sustantivos o adjetivos, haciéndose notar que esa determinación, creará un precedente administrativo y/o jurisdiccional³⁸.

¿Pero es más importante tutelar y proteger los DDHH, que la propia Constitución?³⁹ Pues todo depende de dos factores, el operador jurídico y el contexto en que se realiza el acto. En el primer caso, la conducta del operador jurídico podrá ser la de un garantista que maximice los derechos de las personas y restrinja la acción del Estado, garantizando los DDHH, de manera automática, impronta e indubitable. En el que su juicio o realización sea para no entrar a la cuestión de fondo, o si considera que se debe tutelar y proteger ese Derecho Humano, sin importar otras consideraciones. La sola exigibilidad asegura su justiciabilidad en este modelo, que llamare: reacción positiva. En el otro modelo, se tendrá en consideración ciertos elementos como: la gradualidad; si hay peligro vital; si se restringe alguna libertad; si es *sine qua non* para poder desarrollarse como persona; si la negación atentase contra su dignidad, que nombrare como: ponderación mínima⁴⁰.

Esta oferta de ingeniería jurisdiccional formula que no por solicitarse un Derecho Humano se debe conceder *ipso facto*; sino que, al contrario, se propone con este modelo, que se reflexionen ciertos controles, para que se garantice y se respete la estructura jurídica de un Estado, y que no por exigir vehementemente un Derecho Humano se debe conceder de manera inconsciente; sino que se debe examinar esta atención por la autoridad, con más elementos que el peso específico del DDHH en cuestión.

5. PROPUESTA DE MODELO PARA OTORGAR UN DERECHO PRESTACIONAL COMO UN DDHH

El test o modelo que se plantea está compuesto por diversas variables, que ayudarán a saber si se tiene que conceder la protección constitucional; sin considerar otros elementos como tiempo, costo económico o si el solicitante debe seguir un procedimiento como se hace con los derechos prestacionales.

debajo de la constitución nacional. Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados internacionales. constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional.

37 HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Ed. Clarendon, 1988, pp. 7-14.

38 LINZ, Juan J. *Problems of democratic transition and consolidation*. Ed. The Johns Hopkins University, USA, 1996, p. 5.

39 BICKEL, Alexander M. *The least dangerous power*. Ed. Yale press, USA, 1986, pp. 23-33, 58-59 y 199.

40 VANOSSI, Jorge Reinaldo. *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*. Ed. EUDEBA, 1987, p. 146.

Estos son los puntos torales que se deberán discernir en cada asunto:

- ¿Hay riesgo vital, si no se concede el DDHH?
- Si no se reconoce este DDHH, ¿se violaría la dignidad de la persona?
- ¿Si tiene intervención con el libre desarrollo de la personalidad del promovente?
- Considerar la irreparabilidad del daño que se podría ocasionar, si se niega el DDHH.
- ¿En qué grado necesita su cumplimiento? Esto significa, que en la medida de lo posible se determine la gradualidad en que el recurrente lo podría costear o no; esto para no provocar abusos con base en este reconocimiento (por ejemplo, un estudio socioeconómico) y las condiciones de ejecución en que se debe proveer este derecho.

Ahora, es necesario explicar y aclarar del porqué de estos elementos de control, para que las personas puedan acceder gratuitamente a los derechos que brinda el Estado con solicitud del cumplimiento de algún DDHH, pero sin conculcar el sistema normativo.

En el primer caso, hay que considerar la urgencia del caso. Esto implica que se debe observar, si la vida de la persona que pide la protección de sus Derechos Humanos está en eminente peligro y, por tanto, se debe amparar sin condición ni ponderaciones adicionales, pues la vida, es el bien primario, y que podría generar adicionalmente un tema de responsabilidad, por no tutelar sus derechos, y como víctima tendría derecho a una indemnización por responsabilidad objetiva del Estado. Por ejemplo, en el DDHH a la salud, el Estado está obligado a tutelar y garantizar, sin ninguna cortapisa, ni dilación presupuestaria o interpretación legal este derecho.

En el segundo punto, ante el caso específico hay que calificar con base en la solicitud del DDHH que se exige proteger. La atención deberá enfocarse para valorar, si la dignidad de la persona no está siendo respetada. Esto implica que la actuación de la autoridad no es la apropiada. Entonces, hay un trato indigno al no reconocer ese derecho y/o una especie de discriminación. Por ejemplo, una persona se le deja de suministrar el servicio de agua potable en su vivienda, por insolvencia financiera. Esta persona se ampara y solicita que le sea brindado el servicio de manera gratuita, por ser un Derecho Humano. Sin duda, es un bien primario, pero de no otorgársele ¿se le estaría tratando indignamente, sino se le entrega por el Estado, el líquido vital? ¿Qué cantidad de agua se le debería conceder gratuitamente? ¿por qué tiempo debe dotársele el agua potable sin costo? Sin duda, es un derecho vital, pero debería haber controles para ese beneficio, máxime si se otorga como DDHH.

En el tercer punto, se debe reflexionar si perturba el libre desarrollo como persona, si no se concede o reconoce el DDHH. Por ejemplo, una persona se encuentra estudiando en un colegio particular, y un día se eleva el costo de la matrícula escolar. La afectada por esos nuevos costos, sostiene

que estos actos atentan no le permiten el desarrollo de su personalidad y su derecho a la educación; por lo que exige que sea el Estado que financie sus estudios. Pues al elevarse el costo de la colegiatura la imposibilita continuar su desarrollo personal, y limitaría su derecho a la educación, pues acorde al proyecto de vida que pretende asumir la especial educación que brinda la institución lectiva particular es la que lograría su cometido y no la otorgada de manera pública. Pero por qué debería el Estado, ser participe en esta exigencia ante un particular, para que se cumpla su DDHH.

Otra de las variables en el control propuesto, es considerar la irreparabilidad del daño que se pudiera ocasionar, si no se reconoce y/o concede el Derecho Humano. Esto implica que se debe considerar los efectos en caso de la negación para tutelar un DDHH. Por ejemplo, una persona exige que se expida gratuitamente la copia de un expediente, para que pueda tener acceso al proceso, y que, de caso contrario, no podría analizar y estudiar su asunto. En estos asuntos, hay un costo por el servicio de fotocopiado, pero, por otro lado, la persona considera inexorable contar con su documentación, para una adecuada defensa. Aquí, se debe pensar que, si no obtiene este servicio de manera gratuita, tal vez no podría defender y proteger sus garantías judiciales.

Un aspecto importante que discurrir, es conocer las circunstancias socioeconómicas y culturales de la persona que exige que los servicios que brinda el Estado le sean otorgados de manera gratuita.⁴¹ Esto nos servirá para estimar quienes están en una situación de precariedad y otras que podrían abusar de este instrumento legal. Por ejemplo, a una persona se le deja de suministrar el servicio de electricidad por falta de pago. Esta persona recurre a su Derecho Humano a una vida digna, la imposibilidad de desarrollar su personalidad y condiciones decorosas para su familia y que, si no cuenta con el flujo eléctrico en su domicilio, se incumplen sus DDHH. Por lo que exige este servicio, y le sea facilitado sin costo o con una tarifa preferencial, por su frágil situación financiera.

Como se puede observar, se tienen que ponderar desde distintas aristas esta clase de asuntos. En que la exigencia de los derechos prestacionales que otorga o concesionó el Estado a particulares, sean facilitados sin ningún costo a los recurrentes, con base en los DDHH. Esto crea dos escenarios: En el del paternalismo estatal, en que no se cuestionen o ponderen más elementos que la jerarquía y el peso de los DDHH, y que por tanto deben ser tutelados a cualquier precio. O que haya una medida, que es la que se oferta, tomando en deferencia aspectos como: dignidad, estatus socioeconómico, desarrollo de su personalidad, irreparabilidad del daño y si es una condición vital con la que se enfrenta. Se debe poner en alto, que todo depende de las circunstancias de cada caso, y que no hay una respuesta universal ni general; es un acercamiento para que la justicia que se conceda con base en los Derechos humanos sea menos laxa y que se estudie más a fondo, como en el

41 Principios de razonabilidad y de proporcionalidad.

caso de los derechos prestacionales.

En efecto, si los Derechos Humanos se reconocen por su contenido, no puede supeditarse ese reconocimiento a la fuente formal del que deriven. El contenido material de esos derechos tiene supremacía, lo que explica que el precepto constitucional establezca que todas las personas gozarán de los DDHH reconocidos en dos fuentes que -en este sentido- son equivalentes: la Constitución y los Tratados Internacionales.

En otras palabras, la fuerza normativa de los Derechos Humanos viene dada por su fuente formal. Su vinculación normativa, los convierte en obligación del Estado, por lo que debe respetarlos y protegerlos, por ser inherentes a la dignidad humana.

Respecto a este razonamiento, es importante mencionar que la concepción de los DDHH como previos al Estado; esto no quiere decir que la Constitución acoja una postura natural de los mismos, sino que el Poder Constituyente Permanente consintió su justificación de índole internacional: el respeto por la dignidad humana y autonomía personal, al derivar de principios racionalmente aceptables. Así, la aclaración que se hace debe leerse desde el plano justificativo de los DDHH y no meramente en su ámbito conceptual o estrictamente normativo.

Ahora bien, otra implicación de aceptar que los Derechos Humanos reconocidos por el Estado radican en que ese acto de reconocimiento impacta en los ámbitos de aplicación de las otras normas constitucionales.⁴² Por tanto, las otras normas constitucionales tienen una función distinta a la de configuración clásicamente asociada a la función soberana según la cual el Estado otorga los derechos que estime convenientes.

Luego, dado que las normas constitucionales no tienen el potencial de constituir, diseñar o configurar DDHH por simple concesión, sus funciones normativas pueden ser las de acotar su ejercicio. El Derecho Humano sólo es susceptible de reconocimiento autónomo por su existencia independiente y previa, proveniente de la dignidad de la persona, por lo que aquellas normas que establezcan alguna especie de limitación o restricción no redefinen el derecho o lo traducen o diseñan, sino en su caso, acotan, limitan o suspenden su ejercicio por razones objetivas válidas.

Estas limitaciones a los derechos se individualizan en el contexto jurídico y fáctico de los asuntos en concreto, ya que se trata de normas que no permanecen con ámbitos de aplicación abiertos, sino que están llamados a concretarse en función de la maximización de otros derechos, principios o reglas igualmente relevantes para cada caso concreto.

Por tanto, la determinación de las condiciones de aplicación de los DDHH -abiertas por su formulación generalmente en forma de principios- se cierran en cada categoría de casos por las exigencias de otros principios o normas jurídicas. Reconocer que habrá de estarse a las restricciones

42 SALET, Wolfgang Ingo. *Mínimo existencial y justicia constitucional*. p. 623. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/29.pdf>>

constitucionales, no es más que reconocer esta naturaleza peculiar de los Derechos humanos como principios.

Además, afirmar el valor normativo de las restricciones constitucionales es equivalente a reconocer a los Derechos Humanos dentro del modelo de Estado constitucional y democrático de derecho; esto es, afirma la existencia de los derechos humanos en el centro de una “constelación de principios” igualmente importantes para el régimen constitucional.

En ese tenor, la restricción constitucional de un Derecho Humano ha de entenderse a partir de su caso paradigmático en un orden constitucional funcional: como contenidos resultantes de procesos democráticos cualificados que buscan tutelares bienes constitucionales. Por consiguiente, las restricciones constitucionales más que elementos opuestos y arbitrarios que mutilan derechos humanos, deben interpretarse, en principio, como decisiones con dignidad democrática que formulan bienes valiosos para la tradición del constitucionalismo moderno, cuyas exigencias se pueden formular por el intérprete como principios⁴³.

Afirmar la vinculatoriedad de las restricciones constitucionales es mostrar deferencia al proceso democrático y buscar maximizar la totalidad de los principios del constitucionalismo moderno, en cuyo centro se ubican los Derechos Humanos.

La cuestión de la aplicabilidad de las restricciones constitucionales expresas a los DDHH desembocará en un ejercicio de ponderación. Las restricciones no habrán de aplicarse como reglas sujetas a subsunción, sino como elementos normativos que deberán interpretarse de manera conforme con los Derechos Humanos y, en su caso, se sujetarán al estándar de su compatibilidad con el sistema general de DDHH, ya que una abierta incompatibilidad de la restricción podría generar su inaplicación al trascender en el ámbito de lo indecible.

En ese sentido, las restricciones expresas de naturaleza constitucional al ejercicio de los Derechos Humanos pueden tener dos causas posibles en un régimen democrático: a) ser el resultado de un ejercicio de ponderación propio del Constituyente de los mismos Derechos humanos (las obligaciones generadas por dichos derechos suelen entrar en conflicto) y b) ser el resultado de un ejercicio democrático de ponderación entre determinados derechos y otros bienes constitucionalmente protegidos.

Las limitaciones de la Constitución al ejercicio de los DDHH podrán encuadrarse en algunas de estas categorías y, por tanto, se debe otorgar deferencia al juicio del Poder Constituyente, sólo derrotables en casos límites cuando los resultados de esas ponderaciones democráticas sean

43 Al respecto, véase lo considerado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 20/2014, con número de registro IUS: 2006224, de epígrafe: “Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”.

abiertamente incoherentes con el sistema general de Derechos Humanos.

Además de los elementos de control propuestos, se debe meditar sobre el Derecho Humano que se está reclamando (pues no es lo mismo, el derecho al agua que el derecho a una familia), se debe pormenorizar la urgencia, confeccionar la gradualidad y condiciones en que se pudiera otorgarse ese derecho.

6. CASOS DE ESTUDIO

En el siguiente apartado, se presentarán y analizarán diversos asuntos en que los solicitantes exigieron la protección constitucional de sus DDHH, para que pudieran acceder a varios bienes o servicios que presta el Estado o empresas particulares, sin ningún costo, y poder tener una vida digna o realizarse libremente su personalidad⁴⁴. Asimismo, se adjuntan los casos legales y criterios jurisprudenciales más relevantes sobre cada uno de los temas expuestos, para exponer la interpretación que hacen de cada Derecho Humano, y como decidieron que se debían proteger estos⁴⁵.

6.1. Derecho a la salud sin costo al paciente

El primer caso que se analizará sucedió en México, en el que unos elementos pertenecientes a la Secretaria de Marina (SEMAR) fueron despedidos por que se conoció que el síndrome del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH). La Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM) de esa época fue el medio para resolver este negocio.

Ahora, resulta conveniente indicar que dentro de las funciones principales del ISSFAM, deben suministrar prestaciones de carácter social, económico y de salud a los militares en activo, en situación de retiro, a sus derechohabientes, a los pensionistas y a los beneficiarios.

Pero al conocerse la condición de los elementos de la Marina fueron separados de sus funciones, y luego dados de baja sin una causa justificada. También se determinó que la Institución no debía de cuidar su derecho a la salud, por no ser una enfermedad adquirida por el desarrollo de sus labores.

En el desarrollo del tema, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) analizó el contenido y el alcance que tienen para el caso concreto las garantías de igualdad, de no discriminación y de acceso a la salud.

Asimismo, la Corte consideró pertinente aludir a los alcances de la garantía de discriminación en el sentido de que la Constitución instituye que todos son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación

44 ELSTER, Jon. *Explaining social behavior*. Ed. Cambridge, USA, 2007, p.179 y ss.

45 PICARD DE ORSINI, Marie y USECHE, Judith. "Una nueva dimensión del Estado de Derecho: El Estado Social de Derecho". *Provincia*. 2000, n° especial, pp.189-218.

deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor⁴⁶. De esta forma, el principio de igualdad dispone que este es uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación.

Sin embargo, se consideró que debía tenerse en cuenta que no toda desigualdad de trato o exclusión se traduce en un acto discriminatorio, en tanto es necesario que tales actos afecten la dignidad de las personas o tengan como resultado, restringir o anular sus derechos y libertades.

En adición a lo anterior, se tomó en cuenta que al reconocer en los Tratados Internacionales la posibilidad de ampliar el catálogo de derechos fundamentales, particularmente, en el caso, los que se relacionan con las personas que padecen una disminución física, psíquica o sensorial, y en ese entendido se retomaron los contenidos de la normatividad internacional sobre la materia y estableció una especial protección para ese grupo de personas.

Para dar respuesta a los argumentos esgrimidos, se determinó que en ningún momento se privó a los quejosos de alguna de las garantías previstas en la Constitución por la circunstancia de que se tomen o no en cuenta los años de servicio por el solo hecho de establecerse en la ley distintos requisitos para los sistemas de seguridad social un militar en las condiciones de salud que narra el solicitante, éste siendo sometido a un trato que afecte su dignidad humana.

Se consideró que de darse alguna violación con respecto a la dignidad humana ésta sería por contravenir al derecho de protección de la salud o el mandato de no discriminación, pero no, como sucedía en los casos analizados, por la existencia o inexistencia de mayores o menores requisitos en la ley para otorgar el derecho a recibir asistencia médica y suministro de medicamentos, máxime si se trataban de requisitos fundados objetivamente. En el caso, la distinción establecida respecto al número de años exigidos en cada régimen de seguridad social se vinculó con la diferenciación que de éstos se hizo en la Constitución, refiriéndose a las leyes de seguridad social aplicables a la población abierta de las que se ocupan de quienes pertenecen al ejército. Por tanto, dicha finalidad se consideró constitucionalmente admisible.

Los accionantes de los distintos juicios aludieron que se trasgredieron en su perjuicio las garantías individuales consagradas en la Constitución, pues fueron objeto de discriminación por motivo de condiciones de salud. se observó la preferencia del interés constitucional de eficacia de las fuerzas armadas y protección de la integridad de sus miembros y de terceros, frente al interés del militar diagnosticado con alguna infección recurrente atribuibles a estados de inmunodeficiencias, en el caso VIH, quién pese a ello está respaldado por las garantías de igualdad y no discriminación por razón de salud, inclusive al grado de hacer posible el retiro definitivo del militar

46 SALAZAR, Pedro. "Justicia constitucional y democracia". En VÁZQUEZ, Rodolfo. *Corte, jueves y política*. México: Ed. Fontamara, 2007, p. 39.

respectivo, la consecuente eliminación de sus percepciones y la sustracción de los beneficios de seguridad social que ordinariamente le corresponderían en activo.

En ese punto del argumento, fue donde encontró relevancia la aplicación de los criterios para evaluar en qué casos se genera una violación a los principios de igualdad y no discriminación por razón de salud, teniendo en cuenta que las garantías individuales encuentran su límite, en ocasiones, en el interés público y en las garantías constitucionales de terceros. Los servicios de salud, en general, se clasifican en tres tipos: de atención médica, de salud pública y de asistencia social y atendiendo a los prestadores de estos,

De conformidad con la autoridad sanitaria, el Sistema de Protección Social en Salud, previsto para las personas que no sean derechohabientes de las instituciones de seguridad social o no cuenten con algún otro mecanismo de previsión social en salud, el cual será financiado de manera solidaria por la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los propios beneficiarios, excepto cuando “exista la incapacidad de la familia” para cubrir la cuota relativa, en el sentido de que no impedirá a los enfermos incorporarse y ser sujetos de los beneficios que se deriven del Sistema de Protección Social en Salud⁴⁷.

De lo expuesto, se concluyó en la sentencia respectiva que la garantía de acceso a la salud pone en responsabilidad del Estado el establecimiento de los mecanismos necesarios para que todos los mexicanos tengan acceso a los servicios de salud, en la cual se encuentra la asistencia médica y el suministro de medicamentos, y a su vez se encuentran los diversos regímenes de seguridad social.

Como argumento relativo al caso, se comentó que con base en el artículo 4° de la Constitución Federal la facultad de exigir a una determinada institución la prestación de servicios de salud no se entiende derivada directamente del mandato constitucional, sino que requiere la necesaria existencia de una ley que habilite el ejercicio de este derecho cuya creación se encuentra asignada al legislador ordinario. De esta manera, se resolvió un tema de suma importancia respecto a las garantías de igualdad, no discriminación y derecho a la salud previstas en la Constitución.

Asimismo, la SCJN ha generado diversas tesis jurisprudenciales en las que reconoce la importancia y valor del derecho a la salud. Se parte de la premisa de que, aunque en un Estado constitucional democrático el legislador ordinario y las autoridades gubernamentales y administrativas tienen un margen muy amplio para plasmar su visión de la Constitución y, en particular, para desplegar en una dirección u otra las políticas públicas y regulaciones que deben dar cuerpo a la garantía efectiva de los derechos, el Juez Constitucional puede contrastar su labor con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y en los Tratados de Derechos Humanos que forman

47 Amparo en revisión 73/2016, del índice de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

parte de la normativa y vinculan a todas las autoridades estatales⁴⁸.

La Corte mexicana ha señalado que el derecho a la protección de la salud previsto en el citado tiene, entre otras finalidades, la de garantizar el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan las necesidades de la población, y que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad. Así, lo anterior es compatible con varios instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que destacan el apartado 1º del artículo 25º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; el artículo 12º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁴⁹ que alude al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y refiere que los Estados deben adoptar medidas para asegurar la plena efectividad de este derecho; y el artículo 10º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, según el cual toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. En ese sentido y en congruencia con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el derecho a la salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos y no sólo como el derecho a estar sano.

Así, el derecho a la salud entraña libertades y derechos, entre las primeras, la relativa a controlar la salud y el cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, torturas, tratamientos o experimentos médicos no consensuales; y entre los derechos, el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

Asimismo, la protección del derecho a la salud incluye, entre otras, las obligaciones de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con ella; vigilar que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia; de ahí que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más

48 Al respecto, véase la tesis aislada XV/2011, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro IUS: 161331, de rubro: “Derecho a la salud. Su naturaleza normativa”.

49 *Vid*, CERVANTES, Magdalena. *¿Hay justicia para los DESC?* México: Ed. UNAM, 2014.

alto nivel posible de salud⁵⁰.

El Sistema de Protección Social en Salud prevee para las personas que no sean derechohabientes de las instituciones de seguridad social o no cuenten con algún otro mecanismo de previsión social en salud, que será financiado de manera solidaria por la Federación, los Estados y los propios beneficiarios mediante cuotas familiares que se determinarán atendiendo a las condiciones socioeconómicas de cada familia, sin que el nivel de ingreso o la carencia de éste sea limitante para acceder a dicho sistema. Lo anterior permite advertir que el derecho a la protección de la salud se traduce en la obligación del Estado de establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud y que en virtud de que ésta es una responsabilidad que comparten el Estado, la sociedad y los interesados, el financiamiento de los respectivos servicios, no corre a cargo del Estado exclusivamente, pues incluso, se prevé el establecimiento de cuotas de recuperación a cargo de los usuarios de los servicios públicos de salud y del sistema de protección social en salud, que se determinan considerando el costo de los servicios y las condiciones socioeconómicas de los usuarios, eximiéndose de su cobro a aquellos que carezcan de recursos para cubrirlas, de ahí que la salud sea una responsabilidad que comparten indisolublemente el Estado, la sociedad y los interesados, con base en criterios de capacidad contributiva y redistribución del ingreso⁵¹.

Asimismo, la SCJN ha señalado que el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece obligaciones de contenido y de resultado; aquéllas, de carácter inmediato, se refieren a que los derechos se ejerciten sin discriminación y a que el Estado adopte dentro de un plazo breve medidas deliberadas, concretas y orientadas a satisfacer las obligaciones convencionales, mientras que las de resultado o mediatas, se relacionan con el principio de progresividad, el cual debe analizarse a la luz de un dispositivo de flexibilidad que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de los DESC.⁵² En esa lógica, teniendo como referente el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental contenido en el artículo 12 del citado Pacto, se impone al Estado, por una parte, la obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel esencial del derecho a la salud y, por otra, una de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio por todos los medios apropiados, hasta el máximo de los

50 Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, abordó el tema en la tesis aislada LXV/2008, con número de registro IUS: 169316, de título: "Derecho a la salud. Su regulación en el artículo 4º de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos y su complementariedad con los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos."

51 Como así lo expresó el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1368/2008, con número de registro IUS: 168549, de epígrafe: "Salud. El derecho a su protección conforme al artículo 4º, tercer párrafo, de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, es una responsabilidad social".

52 ARANGO, Rodolfo. *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho mínimo vital*. Ed. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Colombia, 2002, p. 16.

recursos de que disponga. De ahí que se configurará una violación directa a las obligaciones del Pacto cuando, entre otras cuestiones, el Estado no adopte medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho indicado⁵³.

También, la Corte ha ampliado la protección de la salud como derecho fundamental del que el Estado está obligado a garantizar; y que está tutelado en la Constitución, el artículo 25º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 12º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 10º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de los cuales se advierte que los servicios básicos de salud consisten, entre otros aspectos, en la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud, para cuyo efecto habrá un cuadro básico y catálogo de insumos del sector salud. No obstante, *no debe entenderse como un impedimento o una restricción para los beneficiarios de las dependencias y entidades que prestan el servicio de protección de la salud, el hecho de que algún medicamento no esté incluido en ese cuadro básico*. Por tanto, atento a la visión progresiva con la que deben apreciarse los derechos fundamentales del gobernado, dichas dependencias y entidades, entre las que se encuentra el suministrar a sus beneficiarios esos medicamentos, aun cuando no estén en ese cuadro básico, siempre que exista una prescripción médica que lo avale⁵⁴.

6.2. Energía eléctrica gratuita

Existen varios casos en que se podría considerar vital el suministro eléctrico, unos directos y otros indirectos. Por ejemplo, un hospital necesita de manera permanente y continua energía eléctrica para los aparatos que registran los latidos o los equipos que hacen una hemodiálisis. Es indubitable que no se debe hacer un corte de suministro de electricidad, pues provocaría un daño a la salud de los pacientes y tal vez un daño irreversible o irreparable. En otro asunto, se dejó de brindar el suministro de energía eléctrica a una empresa que se dedica a la explotación de mantos acuíferos, y sin el funcionamiento de las bombas, los clientes no podrán obtener el líquido vital para cubrir sus necesidades.

Pero hasta qué punto tiene derecho la empresa eléctrica, para interrumpir la continuidad del flujo eléctrico, si no hay el pago correspondiente y que se suscribió en un contrato bilateral. Este tipo de negocios crea un

53 Como así lo estableció la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada CVIII/2014, con número de registro IUS: 2007983, intitulada: "Salud. Derecho al nivel más alto posible. Éste puede comprender obligaciones inmediatas, como de cumplimiento progresivo".

54 Al respecto, resulta consultable el criterio que emitió el Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, en la tesis aislada IX.1o.1 CS (10a.), de rubro: "El instituto mexicano del seguro social debe suministrar a sus beneficiarios los medicamentos que se les prescriban, aun cuando no estén incluidos en el cuadro básico y catálogo de insumos del sector salud."

espacio para la protección del consumidor, en que la función jurisdiccional del Estado deberá tutelar los derechos sociales de la población.

Pero en qué casos debería el Estado intervenir para que los distribuidores de electricidad otorguen su servicio sin costo a un hogar o establecimiento con fin social. Y que las empresas soliciten el pago ya no al beneficiario del servicio, sino que sea el Estado el que deba costear el consumo directamente o por medio de mecanismos fiscales.

Si se considera a los generadores de electricidad y al consumidor como una relación entre entes privados, que se obligan a ciertos derechos y obligaciones por medio de un contrato, en qué instante se vuelve un derecho social para que alguien lo solicite y pueda tener una vida digna, así como sucede con el derecho al agua potable. A manera de ejemplo, hay una situación particular en Argentina⁵⁵. Por medio de una ley se garantiza el derecho de los “electrodependientes” o sea personas que necesitan del continuo y permanente suministro de energía eléctrica por cuestiones vitales que involucre su salud. Por ejemplo, un cardiograma que vigile la función del corazón, un respirador artificial o un refrigerador para la conservación de los medicamentos.

Se debe aclarar que, si bien el beneficiado no paga, el Estado lo efectúa al cubrir con beneficios fiscales el pago de la electricidad que se entrega al enfermo o persona en tratamiento. Esta norma ya es vigente en Buenos Aires, y las personas pidieron de forma retroactiva los pagos que habían hecho, mismo que fueron abonados en sus cuentas posteriores. Asimismo, diversas provincias de la Argentina se están adhiriendo a esta ley, en beneficio de la sociedad. Pero aún queda pendiente su reglamentación.

6.3. Educación superior gratuita

La educación es una de las metas de la agenda con objetivos de desarrollo de las Naciones Unidas al 2030. Es un elemento clave para el progreso sostenible de las naciones. Con la educación se busca alcanzar el pleno desarrollo de las personas, en todas y cada una de las etapas de su vida, de manera que no se agota al culminar los estudios básicos, tiene un alcance progresivo y permanente en mujeres y hombres con la finalidad de perfeccionar sus capacidades, habilidades y destrezas, para alcanzar su máximo desarrollo.

Esta idea la vemos reflejada en los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por el Estado, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. XII), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Art. 12º), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 13º), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 26º), la Convención de los Derechos del Niño (Art. 28º), Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad (Art. 24º) o el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Derechos

⁵⁵ Ley 27 351 o conocida como ley de electrodependientes.

de los Pueblos Indígenas y Tribales (Arts. 26º, 27º y 29º).

De igual forma, está reconocido que es una obligación de madres y padres educar a sus hijas e hijos y enviarles a la escuela, y, es deber del Estado otorgar protección al ejercicio de este derecho, conforme lo señala la legislación sobre educación y el modo en que este derecho debe garantizarse a niñas, niños, adolescentes, jóvenes y personas adultas⁵⁶.

En distintas ocasiones⁵⁷, la SCJN ha emitido resoluciones contra instituciones privadas de educación; por ejemplo, en el estado de Chiapas⁵⁸ se dictó una sentencia, que determinó que una universidad privada puede ser considerada autoridad responsable. Se señaló procedente el amparo contra particulares, cuando aquellos crean, modifican o extingan situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria, con base en una concesión otorgada por el Estado para ejercer esa función, de tal manera que se asimila al servicio que en su lugar brindaría el ente público, sin que para ello sea necesario que forme parte de un ente estatal.

Respecto de la educación como obligación del Estado⁵⁹, la SCJN estableció que el Estado debe adoptar políticas públicas que permitan a todo ser humano recibir la formación, instrucción, dirección o enseñanza necesarias para el desarrollo armónico de todas sus capacidades cognoscitivas, intelectuales, físicas y humanas, como elemento principal en la formación de su personalidad y que para hacerlo efectivo tienen que cumplir obligaciones como la capacitación de las personas para participar en una sociedad libre, impartirse por las instituciones o por el Estado de forma gratuita y ajena de toda discriminación. Asimismo, estableció que la educación debe tener las siguientes características: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. Es decir, la Corte determinó que el derecho a la educación es una estructura compleja a cargo de las autoridades con obligaciones impuestas que deben cumplirse.

En otro asunto, una estudiante de la Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo (UMSNH), obtuvo un amparo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que garantizó la gratuidad de su educación hasta que concluyera su licenciatura⁶⁰.

La ciudadana impugnó la constitucionalidad del Acuerdo del Consejo Universitario que determinaba que los alumnos de educación media superior y superior debían cubrir cuotas de inscripción o reinscripción en

56 En la actualidad se ha ampliado el alcance del derecho a la educación con nuevas interpretaciones judiciales. Aquí destacan los casos en que se determinó que una institución privada puede considerarse autoridad responsable para efectos de la protección constitucional; sobre la obligación de las instituciones educativas de evitar situaciones de violencia y discriminación; respecto de los compromisos asumidos por el Estado para garantizar educación a las personas; y, por el derecho a la educación bilingüe o multilingüe de las personas indígenas. Amparo en revisión (AR) 35/2014.

57 AR 78/2014, AR 323/2014, Incidente de suspensión 87/2015, Queja 213/2015, AR 261/2015. 58 Amparo 902/2016.

59 AR 323/2014, del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

60 AR 1374/2015, ídem.

sus respectivas escuelas y facultades. Inconforme, la alumna recurrió a la protección constitucional contra el acuerdo por considerar que violenta el Derecho Humano a la educación y el principio de progresividad. Se basó en el Artículo 138º de la Constitución de Michoacán de Ocampo, que establece que la educación superior impartida por la entidad será gratuita, y en Artículo 1º de la Constitución Federal que estipula el deber de respetar los DDHH de conformidad, entre otros, con el principio de progresividad.

De esta manera, se concedió el amparo a la estudiante a efecto de desincorporar de su esfera jurídica la obligación de cubrir las cuotas en los subsecuentes ciclos escolares. Sin embargo, el rector y el tesorero de la Universidad interpusieron la revisión del amparo.

Al resolver el recurso, la Corte confirmó la sentencia recurrida y amparó a la estudiante al considerar que los actos reclamados “violaron su Derecho Humano a la educación previsto en el Artículo 3º de la Constitución Federal y desarrollado por el Artículo 138º de la Constitución del Estado de Michoacán”.

También determinó que se violó el principio de progresividad, porque las autoridades responsables no demostraron fehacientemente la ausencia de recursos económicos para garantizar la gratuidad de la educación superior impartida por el estado de Michoacán, ni que hubieran realizado todos los esfuerzos posibles para obtenerlos.

Los ministros de la Suprema Corte precisaron que la autonomía universitaria no exige a la Universidad de respetar el derecho a la gratuidad de la educación superior reconocido por la Constitución local, ya que dicha figura “constituye una garantía institucional del derecho a la educación cuya finalidad es maximizarlo, no restringirlo”. Además, indicó que, en virtud del principio de progresividad, una vez que dicha entidad ha extendido la gratuidad a la educación superior tiene prohibido adoptar medidas regresivas.

Al conceder la protección constitucional a la estudiante, el gobernador del estado estará obligado a transferir a la Universidad Michoacana los recursos necesarios para garantizar la gratuidad de la educación que reciba la quejosa hasta el nivel licenciatura, lo que incluye, al menos, los recursos necesarios para cubrir las cuotas de inscripción.

En tanto, la Universidad y sus autoridades deberán abstenerse de vulnerar la gratuidad de la educación superior que reciba la estudiante, es decir, evitar cobrarle las cuotas de inscripción durante su formación profesional.

Varias resoluciones del Poder Judicial de la Federación han sentado precedentes que han abierto el camino hacia una revisión de las políticas públicas o el funcionamiento de los sistemas educativos y ha generado transformaciones en la aplicación del derecho a la educación. Otros temas que no han sido abordados aún a nivel jurisdiccional son los relacionados con la educación inclusiva, los ajustes razonables o la accesibilidad en todos los sentidos; sin embargo, es claro que la definición del derecho a la educación

es amplia y no sólo se protege a nivel individual, sino también colectivo.

La SCJN ha configurado en el artículo 3º constitucional un contenido mínimo del derecho a la educación que el Estado está obligado a garantizar con efecto inmediato; contenido que puede y debe ser extendido gradualmente por imperativo del principio de progresividad.

El artículo 3º de la Constitución advierte que el Estado está obligado a impartir educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. Que la educación básica está conformada por la educación preescolar, primaria y secundaria. De aquí se sigue que, en el sistema constitucional, la configuración mínima del derecho a la educación implica que la educación básica y media superior que imparta el Estado debe ser gratuita, obligatoria, universal y laica. Y que la educación superior que imparta el Estado no es obligatoria ni debe ser, en principio, necesariamente gratuita, aunque no está prohibido que lo sea, pues bien puede establecerse su gratuidad en virtud del principio de progresividad; y, además, debe respetar otros principios como el de acceso sobre la base de las capacidades y la no discriminación en el acceso, permanencia y conclusión, entre otros⁶¹.

Asimismo, en el artículo 1º Constitucional establece que las principales fuentes de reconocimiento de DDHH son la propia Constitución y los Tratados Internacionales. El Derecho Humano a la educación está reconocido tanto en los artículos 3º y 4º de la Carta Magna, como en diversos instrumentos internacionales, entre los que destacan los artículos XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 13º del Protocolo adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo De San Salvador"; y 28º de la Convención sobre los Derechos del Niño. Las normas citadas coinciden en lo esencial, entre otras cosas, en lo relativo a que la titularidad del derecho a la educación es de toda persona; en que el contenido de la educación básica debe estar orientado a posibilitar la autonomía de sus titulares y a habilitarlos como miembros de una sociedad democrática; en que la enseñanza básica debe ser asequible a todos sin discriminación, de manera obligatoria, universal y gratuita, y el Estado debe garantizarla; y en que los padres tienen derecho a elegir la educación que se imparta a sus hijos y los particulares a impartirla, siempre y cuando respeten el contenido mínimo de ese derecho.⁶²

Ahora, si bien la configuración mínima del derecho a la educación pública superior, prevista en la Constitución Federal, no establece que el Estado deba proveer de manera gratuita la educación superior, sino sólo el de promoverla para lograr distintos objetivos colectivos necesarios para el

61 Jurisprudencia 79/2017, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro IUS 2015297, de rubro: "Derecho a la educación. Su configuración mínima es la prevista en el artículo 3º constitucional".

62 Jurisprudencia 78/2017, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro electrónico 2015300, de título: "Derecho fundamental a la educación. Su referente normativo en el sistema jurídico mexicano".

desarrollo de la Nación, lo cierto es que el Estado asumió el deber de extender la gratuidad también a la educación superior, de acuerdo con el principio de progresividad previsto en el artículo 1º Constitucional y en las diversas normas internacionales, así como en el compromiso asumido en el artículo 13º, número 2, inciso c), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el artículo 13º, número 2, inciso c), del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, que establecen que debe implantarse progresivamente la enseñanza superior gratuita.⁶³

En estos negocios, el poder judicial no estimó considerar las condiciones económicas de los solicitantes y, tampoco acordó nada adicional, para que no se produjera un futuro acto con daño irreparable.

6.4. Suministro de agua gratuito

En el año 2017, en el estado de Tamaulipas, México, se solicitó la gratuidad en el suministro de agua potable. En este caso procedió la cancelación del suministro por la falta de pago en el cobro del servicio; por lo que la recurrente se amparó contra el acto de autoridad por negar el acceso al agua potable, que en su perspectiva se conculcaban sus DDHH. En la sentencia se anota, que el derecho al agua comprende la garantía de acceso al líquido vital, razón por la cual se ha establecido varios mecanismos para que todas las personas puedan contar con este.⁶⁴

El acceso al agua ha sido el centro de múltiples instrumentos internacionales llevados a cabo con el propósito fundamental de garantizar una distribución mínima indispensable; así, por su parte en el año del 2002 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas aprobó su Observación General Número Quince, sobre el derecho del agua, en el que lo definió de la siguiente manera: “El Derecho Humano al agua es indispensable para una vida humana digna”.

También en dicha observación se conceptualizó a tal derecho como aquel a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico.

En los artículos 11º y 12º del Pacto Internacional de los DESC se establece el derecho fundamental a una vida digna para los individuos y su familia, que incluye alimentación vestido y la mejora continua de sus condiciones de existencia.

En su observación general número quince, el Comité de los DESC aclaró el alcance y el contenido del derecho al agua, explicando qué significa disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y

63 Jurisprudencia 84/2017, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro electrónico 2015296, de epígrafe: “Derecho a la educación pública superior. El estado mexicano tiene la obligación de implantar progresivamente su gratuidad”.

64 Amparo 374/2017-b y Amparo en revisión 661/2017.

asequible para su uso personal y doméstico, y que comprenden el consumo el lavado de ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica.

La declaración del agua como derecho deriva de la idea del recurso hídrico como un bien social y cultural, y no como un bien de carácter económico. El derecho implica además la posibilidad de tener acceso inquebrantable y con ello, un constante paso a sistemas de abastecimiento en igualdad de oportunidades para toda la comunidad, sin olvidar que paradójicamente, el mayor problema radica en la imposibilidad de acceso al agua apta para el consumo de las personas.

Para poder ejercer el derecho al agua, varía en función de distintas condiciones, por ello, en la referida observación general número quince se precisaron los factores a aplicar en cualquier circunstancia, a saber: a) Disponibilidad; b) Calidad y c) Accesibilidad.

Para la SCJN, el derecho al agua encuadra precisamente en uno de los derechos implícitos del derecho a una vida digna, es decir, a la propia dignidad de la persona como ser humano en el sentido que el Estado no puede negar de forma absoluta o total el acceso o suministro a un mínimo vital por falta de pago⁶⁵.

La Corte ha señalado al respecto que el artículo 11º, numeral 1, del Pacto Internacional de DESC establece el derecho de toda persona a una vivienda adecuada, así como la obligación de los Estados Parte de tomar las medidas apropiadas para asegurar su efectividad. Ahora bien, de la interpretación realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas en la Observación General N° 4 (1991) (E/1992/23), a dicho numeral, así como de los Lineamientos en Aspectos Prácticos respecto del Derecho Humano a la Vivienda Adecuada, elaborados por el Comité de Asentamientos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, y los Principios de Higiene de la Vivienda, emitidos por la Organización Mundial de la Salud, en Ginebra en 1990, se concluye que el derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa, tiene las siguientes características: (a) debe garantizarse a todas las personas; (b) no debe interpretarse en un sentido restrictivo; (c) para que una vivienda se considere “adecuada” requiere contar con los elementos que garanticen un nivel mínimo de bienestar a quien la habite, esencialmente, una infraestructura básica adecuada, que proteja de la humedad, la lluvia, el viento, así como riesgos estructurales, con instalaciones sanitarias y de aseo, un espacio especial para preparar e ingerir los alimentos, espacio adecuado para el descanso, iluminación y ventilación adecuadas, acceso al agua potable, electricidad, y drenaje; y, (d) los Estados deben adoptar una estrategia nacional de vivienda para alcanzar el objetivo establecido en el pacto internacional de referencia, así como tomar e implementar las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y judiciales adecuadas para la realización plena de dicho derecho, dentro de las cuales está asegurar a la

65 *Vid*, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?tag=ponderacion-de-derechos>

población recursos jurídicos y mecanismos judiciales para que los gobernados puedan reclamar su incumplimiento, cuando las condiciones de las viviendas no sean adecuadas o sean insalubres⁶⁶.

Ratificando el criterio anterior, la SCJN consideró que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud, la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 11º), reconocen el derecho al agua, así como que los Estados participantes quedaron vinculados a garantizar que los habitantes de su jurisdicción tengan acceso al agua potable, de modo que esté a disposición de todos, sin discriminación y económicamente accesible; en tanto que la Constitución advierte que el derecho al agua potable es fundamental e indispensable para la realización, goce y disfrute de los demás Derechos Humanos, cuya preservación en cantidad, calidad y sustentabilidad es tarea fundamental tanto del Estado como de la sociedad, por cuanto a que tal derecho está basado en las premisas de un acceso al bienestar de toda la población, sustentado por los principios de igualdad y no discriminación, independientemente de las circunstancias sociales, de género, políticas, económicas o culturales propias de la comunidad en la que se opera.

En este sentido⁶⁷, el Estado garantizará que el derecho al agua sea seguro, aceptable, accesible y asequible tanto para uso personal como doméstico, erigiéndose como un beneficio colectivo que debe basarse en criterios de solidaridad, cooperación mutua, equidad y en condiciones dignas, por lo que se ha proclamado de prioridad y de seguridad nacional la preferencia del uso doméstico y público urbano en relación con cualesquier otro uso, razones que excluyen la posibilidad de que pueda ser concebido atendiendo a intereses particulares o de grupos minoritarios, pues de ser así, imperaría un régimen de aprovechamiento del agua sin visión humana y social, con lo cual se atentaría contra la dignidad humana.⁶⁸

También, la Corte interpretó que para obtener el servicio de agua potable se deberá tramitar ante el organismo operador el dictamen de factibilidad para la conexión a la red general de agua potable y drenaje sanitario; y, satisfechos los requisitos de factibilidad, las autoridades competentes deben construir las instalaciones y conexiones de agua potable y drenaje sanitario conforme al proyecto autorizado, así como las obras de infraestructura que en su caso se requieran⁶⁹. Sin embargo, los peticionarios del servicio no deben, para gozar del derecho humano a la salud, previsto en la Constitución,

66 Derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa. Su contenido a la luz de los Tratados Internacionales.

67 Fracciones I y XXII del artículo 14º Bis 5 de la Ley de Aguas Nacionales de México.

68 Tema que abordó el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, en la tesis aislada XI.1o.A.T.1 K, con número de registro electrónico: 2001560, de título: "Agua potable. Como derecho humano, la preferencia de su uso doméstico y público urbano es una cuestión de seguridad nacional".

69 Artículo 34º de la Ley de Agua Potable y Saneamiento para el Estado de Nuevo León,

esperar a que se establezca la infraestructura a que se refiere el mencionado artículo, pues ante la ausencia de redes y establecida la necesidad del servicio de agua, el Estado tiene una doble obligación: La primera, prevista en el artículo 12º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que lo constriñe a atender de manera inmediata el derecho a la salud en el más alto nivel posible; y, la segunda, establecida en el numeral 2 del propio pacto, que dispone que los Estados deberán adoptar todos los medios apropiados y hasta el máximo de los recursos que disponga. En esos términos, ante la falta de red o infraestructura para proporcionar el servicio de agua, las autoridades están obligadas a proporcionar de manera inmediata el vital líquido para lo cual, en tanto se construyan las redes de distribución adecuadas para asegurar el abastecimiento⁷⁰.

La SCJN dispuso el Derecho Humano de acceso al agua para el consumo personal y doméstico, y establece que ese acceso debe ser en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. Así como que el Estado debe garantizarlo y que la ley definirá las bases, apoyos y modalidades correspondientes. Así, si bien es cierto que dicho precepto no reconoce expresamente el derecho mencionado para otros usos, como el agrícola o para el funcionamiento de otras áreas productivas del sector primario, también lo es que sí debe entenderse con esa amplitud, dada la estrecha vinculación que existe entre él y otros Derechos Humanos, como los relativos a la alimentación y a la salud; todo lo cual fue advertido así por el Constituyente Permanente en sus discusiones y, además, reconocido por fuentes internacionales, como la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, que es el órgano facultado para interpretar y establecer los alcances del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la cual constituye una interpretación más amplia y favorable del citado derecho a la luz de este último instrumento internacional y resulta obligatoria⁷¹.

Para finalizar este capítulo, se exponen diversas ideas sobre la factibilidad y justiciabilidad en materia de la gratuidad de los derechos

70 Al respecto, destaca el criterio sustentado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, en la tesis aislada IV.1o.A.66 A, con número de registro electrónico 2013753, de rubro: "Derecho humano a la provisión de agua potable. La obligación de proporcionarla es una obligación del estado que se debe realizar de forma inmediata, aun y cuando no exista red general ni se haya efectuado el dictamen de factibilidad", de la cual destaca la parte que indica: "[...] La autoridad judicial puede provisionalmente indicar métodos generalmente utilizados con ese propósito, tal como la instalación de un tanque nodriza elevado y que conectado a una cisterna de reserva con bomba hidroneumática, abastezca de agua a la comunidad en cantidad y calidad; así, la propia judicatura, con apoyo en el artículo 1º de la Constitución asegura y protege el derecho al suministro de agua y a la salud, como medida básica y de subsistencia que necesita el ser humano, hasta en tanto quede instalada la red de agua potable y alcantarillado."

71 Tesis aislada VI.3o.A.1 CS, sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito, con número de registro electrónico 2009628, de rubro: "Derecho humano de acceso al agua. Está reconocido constitucional y convencionalmente tanto para el consumo personal y doméstico, como para el uso agrícola o para el funcionamiento de otras áreas productivas del sector primario".

prestacionales exigidos como Derechos humanos.

CONCLUSIONES

Es importante discernir sobre la explotación de los derechos prestacionales exigidos como DDHH. Esto ha producido diversos abusos por los recurrentes, por lo que es preciso contar con límites para su otorgamiento, más no para su reconocimiento.⁷²

Este apartado propone que no haya parcialidad administrativa o judicial *per se*, cuando una persona reclama un DDHH. Los Derechos Humanos tienen una fundamentación moral; sin embargo, los derechos que presta un Estado se basan en un binomio derecho/obligación que debe cumplir toda la población. Ahora, la justificación de que se otorgue un Derecho Humano a costa del erario debe depender del caso concreto y bajo ciertos controles, pues podría pauperizar a la Constitución.

El reconocimiento y otorgamiento de un derecho prestacional solicitado como DDHH, debe ponderarse bajo ciertos cánones o parámetros, para que no abata los derechos fundamentales de la demás población, que ha cubierto los requisitos sustantivos y adjetivos para recibir esa prerrogativa.

En diversas ocasiones, la autoridad ha reconocido y cumplido un derecho prestacional como un Derecho Humano de forma gratuita. Esto permite la oportunidad que otra persona pueda exigir ese mismo servicio, y que podría usufructuar ese bien o servicio público. Uno de los problemas que sucede, es que no se ponderan las situaciones especiales del caso, y que tal vez el recurrente no requiera de asistencia por parte del Estado.

El test propuesto es un mecanismo que enfoca y localiza judicialmente a los DDHH, para que no se acumulen en una caja de Pandora; sino que, que su otorgamiento sea con base en la ponderación hecha por el operador jurídico, estimando que no toda exigencia fundamentada en DDHH debe ser resuelta o desahogada incondicionalmente a favor del solicitante; por lo que debe revisar cada asunto, tutelando y protegiendo tanto los DDHH, como los derechos fundamentales de la población⁷³.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *Social Justice in the Liberal State*. Ed. Yale University Press, USA, 1980, p. 164.

ACKERMAN, Bruce. *We the people*. Foundations. Ed. Harvard Press, USA.

ALEXY, Robert. *La construcción de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Ed. Ad hoc, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ed. Centro de Estudios

⁷² Vid, NINO, Carlos S. "El principio de autonomía de la persona". En *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1989, pp. 199-236.

⁷³ Vid, SERPE, Alessandro. "Argumentando a partir de los derechos humanos". *Revista utopía y praxis latinoamericana*. 2010, vol. 15, n° 51.

Constitucionales, 2007.

ARANGO, Rodolfo. *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho mínimo vital*. Ed. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Colombia, 2002, p.16.

BARNETT, R. *Restoring the lost constitution*. Ed. Princeton Press, USA, 2004.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous power*. Ed. Yale Press, USA, 1986.

BIX, Brian. *Jurisprudence*. Carolina Academic Press, USA, 2004, p. 88.

CARBONELL, Miguel. *Corte, jueces y política*. México: Ed. Fontamara, 2007.

CARMONA, Encarna. “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”. *Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, no 2, Madrid, 2006, p. 185.

CERVANTES, Magdalena. *¿Hay justicia para los DESC?* México: Ed. UNAM, 2014.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón. “Problemas de la Justicia Constitucional”. En *Sistemas de Justicia electoral: Evaluación y perspectivas*, México: Ed. IFE, 1999.

DALLA VIA, Alberto. “Los jueces frente a la política”. *Revista Isonomía*, nº 22, 2005, p. 22.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Buenos Aires: Ed. Abelot-Perrot, 1996.

ELSTER, Jon. *Explaining social behavior*. Ed. Cambridge, USA, 2007.

GÓMEZ, Yolanda. *Estado Constitucional y protección internacional, Presente, pasado y futuro de los DDHH*. México: Ed. CNDH, 2014.

HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Ed. Clarendon, 1988.

LARA SÁENZ, Leoncio. “Derechos Humanos”. *Colección de cuadernos de Divulgación sobre aspectos doctrinarios de la Justicia Electoral*, Nº 4, TEPJF, México, 2003, pp.39-40.

LINZ, Juan J. *Problems of democratic transition and consolidation*. Ed. The Johns Hopkins University, USA, 1996.

MEDELLÍN, Ximena. *Principio Pro persona*. México: Ed. SCJN, 2013.

NINO, Carlos S. “El principio de autonomía de la persona”. En *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1989.

NINO, Carlos S. *The Constitution of deliberative democracy*. Ed. Yale, USA, 1996.

OJESTO Martínez Porcayo, José Fernando. "Poder, derecho y jueces: la jurisdicción como participación política". En *Testimonios sobre el desempeño del TEJF*. México, 2003, p. 469.

PICARD DE ORSINI, Marie y USECHE, Judith. "Una nueva dimensión del Estado de Derecho: El Estado Social de Derecho". *Provincia*. 2000, n° especial.

SALAZAR, Pedro. "Justicia constitucional y democracia". En VÁZQUEZ, Rodolfo. *Corte, jueces y política*. México: Ed. Fontamara, 2007.

SALET, Wolfgang Ingo. *Mínimo existencial y justicia constitucional*. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/29.pdf>>

SCJN. *Los derechos humanos y su protección por el PJF*. México: Ed. SCJN, 2011.

SERPE, Alessandro. "Argumentando a partir de los derechos humanos". *Revista utopía y praxis latinoamericana*. 2010, vol. 15, n° 51.

SILVA HENAO, Juan Fernando. "Evolución y origen del concepto de 'Estado Social' incorporado en la Constitución Política colombiana de 1991". *Ratio Juris*, vol. 7, n° 14, pp. 141-158.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*. Ed. EUDEBA, 1987.

VILLAR BORDA, Luis. "Estado de derecho y Estado social de derecho". *Revista Derecho del Estado*, n° 20, 2007.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Ed. Oxford, USA, 2004.

WILLIAMS, Melissa and WALDRON, Jeremy. *Toleration and its limits*. Ed. New York University press, New York, 2008.



The gratuitousness of the benefits as human rights. A proposal for its weighting and granting

Abstract: The recognition and the implementation of the Human Rights has generated that his fulfillment is in some cases at the cost of the budget. This article will analyze if the servicial rights requested as human rights, they must be granted without conditions, or if, on the contrary, a mechanism must exist in order that there is no abuse in their exigibility and justiciability.

Keywords: Human rights, exigibility, justiciability, interpretation.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Eduardo Santillán Pérez es Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM. Actualmente, Presidente de la Comisión de Justicia del Congreso de la Ciudad de México.

Carlos Manuel Rosales es Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Diplomado por la Universidad de Heidelberg. Estudios de Magister y Doctorado por la Universidad de Chile. Actualmente, investigador en el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

Ordem pública como filtro à eficácia no Brasil da prova obtida no exterior

El orden público como filtro de la efectividad en Brasil de la evidencia obtenida en el extranjero

Nathalia Lenzi Castro Toledo*

Resumo: Até que ponto a ordem pública pode ser invocada para impedir a eficácia da prova obtida no exterior? É possível apontar, abstratamente, os limites à validade ou eficácia da prova obtida no exterior? Para responder a essas perguntas, optou-se por fazer uma pesquisa exploratória e uma revisão bibliográfica. O artigo foi organizado da seguinte forma: (1) introdução; (2) ordem pública; (3) cooperação jurídica internacional; (4) lei aplicável à obtenção de provas no exterior; (5) o filtro da ordem pública; (6) o desafio da cooperação jurídica internacional; conclusão. Analisa-se o estado da arte da cooperação jurídica internacional no ordenamento jurídico brasileiro para a obtenção de provas no exterior. Reflexo da crescente circulação de bens, serviços e capitais entre diferentes países, o artigo perpassa o conceito de ordem pública para o direito internacional privado, os institutos da cooperação jurídica internacional aplicáveis à obtenção de provas por um Estado estrangeiro e a preferência pela aplicação da *lex diligentiae* para a obtenção de provas internacionalmente. Demonstra-se que a ofensa à ordem pública impede a eficácia no Brasil de leis, atos e sentenças provenientes de outro país, mas ressalta-se que o conceito de ordem pública é marcado pela sua indefinibilidade e mutabilidade no tempo e no espaço. Em seguida, são apresentadas algumas das polêmicas mais famosas que envolvem a produção probatória transnacional, de forma a compreender em que medida cada situação estaria suscetível ao filtro da ordem pública brasileira. Identifica-se que há uma xenofobia jurídica por parte dos juízes brasileiros que impede a eficácia de ato estrangeiro, abusando da utilização da cláusula de ordem pública frente a atos diferentes dos praticados no território brasileiro, gerando uma verdadeira insegurança jurídica às partes interessadas. Nesses casos, a

* Universidade de Brasília, Brasil.
E-mail: nathaliaenzi@gmail.com
Recibido: 16/10/2019. Aceptado: 11/02/2020.



decisão é ilegal. Assim, conclui-se que o recurso à ordem pública somente deve ser feito quando for absolutamente necessário, isto é, quando a prova em si ou o procedimento adotado para obtê-la for chocante à mentalidade e sensibilidade médias da sociedade brasileira. Por fim, conclui-se que o sistema jurídico brasileiro ainda carece de regulamentação que assegure a obediência aos princípios aplicáveis de direitos humanos ao tempo em que forneça previsibilidade e segurança jurídica quando o assunto é cooperação jurídica internacional em matéria de obtenção de provas.

Resumen: ¿En qué medida se puede invocar el orden público para evitar la efectividad de la evidencia obtenida en el extranjero? ¿Es posible señalar, de manera abstracta, los límites a la validez o efectividad de la evidencia obtenida en el extranjero? Para responder a estas preguntas, se eligió como metodología una investigación exploratoria y una revisión bibliográfica. El trabajo fue organizado de la siguiente manera: (1) introducción; (2) orden público; (3) cooperación jurídica internacional; (4) ley aplicable a la obtención de pruebas en el extranjero; (5) el filtro de orden público; (6) el desafío de la cooperación jurídica internacional; conclusión. Se analiza el estado del arte de la cooperación jurídica internacional en el ordenamiento jurídico brasileño para la obtención de pruebas en el extranjero. Como reflejo de la creciente circulación de bienes, servicios y capital entre diferentes países, el trabajo abarca el concepto de orden público de derecho internacional privado, los institutos de cooperación jurídica internacional aplicables a la obtención de pruebas por un Estado extranjero y la preferencia por aplicar la *lex diligentiae* para la obtención de pruebas a nivel internacional. Se demuestra que la ofensa al orden público impide la efectividad en Brasil de las leyes, actos y sentencias de otro país, pero se enfatiza que el concepto de orden público está marcado por no estar definible y por su capacidad de cambio en el tiempo y el espacio. En seguida, se presentan algunas de las controversias más famosas que involucran la producción probatoria transnacional, con el fin de comprender en qué medida cada situación sería susceptible al filtro del orden público brasileño. Identificase que existe una xenofobia jurídica por parte de los jueces brasileños que impide la efectividad de un acto extranjero, abusando del uso de la cláusula de orden público contra actos diferentes a los practicados en el territorio brasileño, generando una verdadera inseguridad jurídica para las partes interesadas. En tales casos, la decisión es ilegal. Por lo tanto, concluyese que el uso del orden público solo debe hacerse cuando sea absolutamente necesario, es decir, cuando la evidencia misma o el procedimiento adoptado para obtenerla son impactantes para la mentalidad y sensibilidad media de la sociedad brasileña. Finalmente, concluyese que el sistema jurídico brasileño aún carece de regulaciones que aseguren el cumplimiento de los principios de derechos humanos aplicables al tiempo que proporciona previsibilidad y seguridad jurídica en lo que respecta a la cooperación jurídica internacional en la obtención de pruebas.

Palavras-chave: Cooperação jurídica internacional, Brasil, LINDB, Ordem pública, Provas.

Palabras clave: Cooperación jurídica internacional, Brasil, LINDB, Orden público, Evidencias.

1. INTRODUÇÃO

No contexto das medidas de intercâmbio jurisdicional, essa pesquisa escolhe concentrar-se no ato de cooperação jurídica internacional consistente na obtenção de provas produzidas no exterior e em sua relação com o princípio da ordem pública. Para abordagem do tema escolhido, o artigo divide-se em cinco partes: ordem pública; cooperação jurídica internacional; lei aplicável à obtenção de provas no exterior; o filtro da ordem pública; e o desafio da cooperação jurídica internacional. O objetivo, inicialmente, é fazer uma revisão bibliográfica de forma a situar o leitor no seguinte problema: até que ponto a ordem pública pode ser invocada para impedir a eficácia da prova obtida no exterior?

Sabe-se que somente a prova que é obtida no exterior de forma lícita será considerada pelo juízo competente. Entretanto, se a prova apresentar aspecto chocante à mentalidade e sensibilidade médias da sociedade (filtro da ordem pública), deverá ser rejeitada. Nesse quadro, é possível apontar, abstratamente, os limites à validade ou eficácia da prova obtida no exterior?

2. ORDEM PÚBLICA

O direito internacional privado considera a ordem pública como um dos seus mais importantes princípios da disciplina, capaz de impedir a aplicação de leis, o reconhecimento de atos e a execução sentenças estrangeiras. Diferencia-se, portanto, da noção de ordem pública do direito interno, entendido como um princípio limitador da vontade das partes, cuja liberdade não é admitida em certos aspectos da vida privada, embora o direito internacional privado seja, na realidade, direito público interno, cujos critérios são determinados soberanamente por cada Estado.¹ Segundo o entendimento de André de Carvalho Ramos:

A ordem pública no Direito Internacional Privado consiste no *conjunto de valores essenciais defendidos* por um Estado que impede: (i) a aplicação de lei estrangeira eventualmente indicada pelos critérios de conexão; (ii) a prorrogação ou derrogação da jurisdição; e, finalmente, (iii) a cooperação jurídica internacional pretendida².

1 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 7-8.

2 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 323.

Nesse contexto, Jacob Dolinger³ demonstra que a ordem pública é sobretudo indefinível, haja vista que se caracteriza pela sua fluidez e mutabilidade no tempo e no espaço. Nas suas palavras, “ordem pública é o reflexo da filosofia sócio-político-jurídica de toda legislação, que representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas do Estado”. Não obstante sua indefinição em abstrato, a análise no caso concreto a partir da ordem pública é responsável por avaliar se determinado fator é compatível ou incompatível com o sistema jurídico de um país.

Nessa linha, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) enfatiza o princípio ao estabelecer, no artigo 17, que a ofensa à soberania nacional (plano político), à ordem pública (plano jurídico e econômico) e aos bons costumes (plano moral) impede a eficácia das “leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade”. Nota-se que não basta que a lei estrangeira, por exemplo, seja diferente da lei local. Para que não seja aplicável, é preciso que seja chocante, ofendendo aquilo que o país requerido considera como ordem pública. Além disso, aferir eventual ofensa à ordem pública não significa questionar a validade da lei, do ato ou da sentença, tendo em vista que não é possível que um entendimento nacional interfira na ordem jurídica estrangeira. Trata-se apenas de uma constatação quanto à impossibilidade de se ter eficácia no Brasil.

Ressalta-se, ainda, que a LINDB utiliza, além da ordem pública, outros dois critérios para limitar o direito estrangeiro: soberania nacional e bons costumes. De maneira geral, a doutrina concorda que esses critérios podem estar contidos na expressão “ordem pública”. Nessa linha, a Resolução nº 9 do Superior Tribunal de Justiça sobre a homologação de sentenças estrangeiras e concessão de *exequatur* desconsidera a expressão “bons costumes” ao versar, em seu artigo 6º, que “não será homologada sentença estrangeira ou concedido *exequatur* a carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordem pública”. Entretanto, é possível distingui-los se considerarmos que a ofensa à soberania consiste na afronta ao *jus imperii* do Estado brasileiro (como a competência dos tribunais brasileiros em julgar brasileiros, por exemplo) e que o conceito de bons costumes engloba o conjunto de princípios éticos contemporâneos de uma nação⁴.

De acordo com Jacob Dolinger⁵, o princípio da ordem pública se apresenta em três níveis: (i) na garantia de determinadas regras jurídicas, impedindo que a sua observância seja derogada pela vontade das partes; (ii) no eventual impedimento à aplicação direta da lei estrangeira indicada pelas regras de conexão pelo juiz nacional; e (iii) na ponderação para o reconhecimento de direitos adquiridos no exterior. No primeiro nível, tem-se a ordem pública para o direito interno e são consideradas, por exemplo, as

3 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen, 2018, Op. cit., p. 445-446.

4 RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 327.

5 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen, 2018, Op. cit., p. 456-458.

leis de proteção aos menores, aos incapazes, à família e à economia nacional. O segundo nível, por sua vez, trata da ordem pública em matéria de direito internacional privado e, por isso, sua incidência é bem menos frequente do que no plano interno. Isto porque não é toda lei considerada cogente internamente que será insubstituível por lei estrangeira, visto que isso depende diretamente da gravidade da ofensa que tal lei estrangeira poderia gerar à ordem pública nacional. Por exemplo, uma lei estrangeira que concedesse maioria a um indivíduo com idade inferior, de forma totalmente inaceitável para a ordem jurídica interna. Já o terceiro nível é ainda mais raro e tem como exemplo clássico a vedação à poligamia. No Brasil, não é permitida a validação de casamentos concomitantes, mesmo que tenham sido celebrados em jurisdição que permita o regime multimatrimonial, mas são reconhecidos os seus efeitos jurídicos, permitindo, por exemplo, a reivindicação por alimentos promovida por uma das esposas cujo marido esteja no Brasil⁶.

De todo modo, Jacob Dolinger explica que cabe ao Judiciário decidir quando há ofensa à ordem pública:

Os órgãos do Judiciário são soberanos para apreciar se a norma jurídica estrangeira que se pretende aplicar em obediência à regra de conexão do DIP é, ou não, admissível no foro, se o ato realizado ou o contrato firmado no exterior pode, ou não, ter eficácia no ambiente local, se a sentença estrangeira que se deseja executar é, ou não, exequível⁷.

6 DOLINGER, Jacob. *Direito e amor: e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 269-274. Sobre a poligamia, vale notar que, em 29 de junho de 2018, o Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) decidiu, por 8 votos a 5, que ainda não é possível que cartórios façam o registro de uniões poliafetivas em escrituras públicas, mas pontuou que é possível que esse entendimento mude conforme se tenha um amadurecimento da união poliafetiva como entidade familiar na sociedade brasileira: “7. A diversidade de experiências e a falta de amadurecimento do debate inabilita o ‘poliafeto’ como instituidor de entidade familiar na atual estágio da sociedade e da compreensão jurisprudencial. Uniões formadas por mais de dois cônjuges sofrem forte repulsa social e os poucos casos existentes no país não refletem a posição da sociedade acerca do tema; conseqüentemente, a situação não representa alteração social hábil a modificar o mundo jurídico. 8. A sociedade brasileira não incorporou a ‘união poliafetiva’ como forma de constituição de família, o que dificulta a concessão de status tão importante a essa modalidade de relacionamento, que ainda carece de maturação. Situações pontuais e casuísticas que ainda não foram submetidas ao necessário amadurecimento no seio da sociedade não possuem aptidão para ser reconhecidas como entidade familiar. 9. Futuramente, caso haja o amadurecimento da ‘união poliafetiva’ como entidade familiar na sociedade brasileira, a matéria pode ser disciplinada por lei destinada a tratar das suas especificidades, pois a) as regras que regulam relacionamentos monogâmicos não são hábeis a regular a vida amorosa ‘poliafetiva’, que é mais complexa e sujeita a conflitos em razão da maior quantidade de vínculos; e b) existem conseqüências jurídicas que envolvem terceiros alheios à convivência, transcendendo o subjetivismo amoroso e a vontade dos envolvidos. (...) 11. A sociedade brasileira tem a monogamia como elemento estrutural e os tribunais repelem relacionamentos que apresentam paralelismo afetivo, o que limita a autonomia da vontade das partes e veda a lavratura de escritura pública que tenha por objeto a união ‘poliafetiva’.” (Conselho Nacional de Justiça, Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000, Relator Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Plenário, julgado em 29/6/2018).

7 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen, 2018, Op. cit., p. 462.

Além disso, dada a instabilidade do conceito de ordem pública, André de Carvalho Ramos chama a atenção para o fato de que é necessário “traçar uma linha de interpretação que evite o arbítrio e o decisionismo do julgador no momento da incidência da ordem pública, que levam à insegurança e à violação de direitos aos envolvidos nos fatos transnacionais”⁸. Da mesma maneira, Christian Herrera Petrus também defende que é necessário se manter um conceito estrito de ordem pública, pelo qual as hipóteses de violação sejam limitadas aos casos em que haja uma verdadeira transgressão a valores considerados fundamentais. Para tanto, o autor sugere que cada Estado elabore critérios precisos para a classificação de atos como atentatórios a sua respectiva ordem pública⁹.

A Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, de 1979, também traz a importância da interpretação restritiva da cláusula de ordem pública, devendo sua aplicação ser restringida apenas às situações em que há algum caráter manifestamente contrário aos princípios da ordem pública defendida pelo Estado. Sobre o tema, André de Carvalho Ramos adverte para o risco do uso abusivo da cláusula de ordem pública “redundar em *xenofobia jurídica*, em desfavor de um Direito Internacional Privado que aceita a pluralidade de valores que informa o mundo contemporâneo”¹⁰. Igualmente, Christian Herrera Petrus adverte que não se deve haver um rigor excessivo no controle da ordem pública, sob pena de resultar em bloqueio à própria cooperação jurídica internacional e na consequente perda da sua efetividade como instituição¹¹.

Da mesma forma, Jacob Dolinger adverte que:

Se cada Estado considerar somente a sua ordem pública, o futuro trará graves distúrbios à ordem pública internacional. Um novo conceito de ordem pública, a ordem pública verdadeiramente internacional, exige que os Poderes Legislativo e Judiciário de cada Estado levem em consideração os interesses públicos de outras soberanias, bem como os de comunidades regionais. Isto se aplica ao vasto campo do direito internacional e das relações internacionais¹².

3. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

O conceito de cooperação jurídica internacional é bem resumido por Nadia de Araujo como “o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais provenientes do Judiciário de um Estado estrangeiro”¹³. Trata-se de matéria resultante do inter-relacionamento

8 RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 331.

9 HERRERA PETRUS, Christian; BERMANN, George A. *La obtención internacional de pruebas: asistencia jurisdiccional en Europa*. Bolonia: Real Colegio de España, 2005, p. 105-106.

10 RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 328.

11 HERRERA PETRUS, Christian; BERMANN, George A. Op. cit., p. 106.

12 DOLINGER, Jacob. Op. cit., p. 266.

13 ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 7ª ed. São

entre cidadãos de países diferentes, que faz surgir a necessidade de produção de atos processuais em um país para cumprimento em outro. Assim, tem-se a cooperação jurídica internacional como forma de assegurar o pleno funcionamento da Justiça, por meio de um dever de cooperação mútua. Como bem sublinha André de Carvalho Ramos, o diálogo entre Estados, de forma a garantir o acesso à justiça, consolida uma nova visão de soberania¹⁴.

De modo geral, o tema é regido de três modos – o dever geral de cooperação, tratados e promessa de reciprocidade. Na hipótese em que há tratados, estes oferecem segurança jurídica sobre o modo de realizar a cooperação e asseguram sua continuidade enquanto os diplomas forem válidos. No entanto, a cooperação jurídica internacional também pode ser realizada por meio de acordos *ad hoc* entre Estados que não possuem acordo entre si, com base no princípio da reciprocidade. Quando é feita a promessa de reciprocidade entre os países A e B, entende-se que o Estado A se vincula a agir de igual maneira caso a mesma demanda seja apresentada pelo Estado B, e vice-versa¹⁵.

A cooperação jurídica internacional é considerada ativa quando o requerente é um órgão nacional e passiva quando o requerente é um Estado estrangeiro. Os Estados e, eventualmente, as organizações internacionais com personalidade jurídica própria são considerados sujeitos imediatos da cooperação jurídica internacional. Por outro lado, são considerados sujeitos indiretos os indivíduos que serão afetados pela cooperação, sejam eles titulares de direitos beneficiados ou restringidos pela concessão ou denegação do pedido de cooperação¹⁶.

Quanto às modalidades de cooperação jurídica internacional previstas no ordenamento jurídico brasileiro, vale dissertar rapidamente a respeito da carta rogatória e do auxílio direto, diferenciando-os, tendo em vista que ambos podem ser utilizados para fins de obtenção de provas pelo Estado estrangeiro. A carta rogatória destina-se ao cumprimento de atos ordinatórios (citação, notificação e cientificação), instrutórios (coleta de provas) e executórios (medidas de caráter restritivo)¹⁷. Na carta rogatória passiva, já existe um processo em andamento no país estrangeiro e o juiz estrangeiro solicita que

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 218.

14 RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 451.

15 Ibid., p. 448-450.

16 Segundo RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 456, “A cooperação jurídica internacional possui sujeitos imediatos ou diretos que formalmente respondem pelo pleito cooperacional. Na atualidade, são sujeitos imediatos da cooperação os Estados e, eventualmente na cooperação jurídica vertical, as organizações internacionais. (...) Há ainda os sujeitos mediatos ou indiretos da cooperação, que são os indivíduos que terão seus direitos afetados pela concessão (titulares de direitos beneficiados pela cooperação) ou denegação da cooperação (titulares de direitos que serão restringidos pela concessão de cooperação)”. Por sua vez, TRIUNFANTE, Luís de Lemos. A cooperação judiciária europeia em matéria penal: o espaço ibérico em particular. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 15-16, sustenta que a cooperação jurídica internacional passou “de um modelo baseado na cooperação bilateral entre Estados – restringida à atuação conjunta dos Estados Cooperantes – a uma cooperação multilateral ou regional, em que já não intervém apenas Estados Soberanos, mas também organizações internacionais com personalidade jurídica própria”.

17 ARAUJO, Nadia de. Op. cit., p. 224.

determinado ato seja praticado no Brasil. O pedido passa, então, pela via diplomática ou autoridade central (a depender da existência de tratado), que encaminhará ao STJ para que seja concedido o *exequatur* à carta rogatória (ou negada a sua aplicação, caso ofenda a ordem pública) e o pedido seja remetido ao Juízo brasileiro competente para a sua execução¹⁸.

O auxílio direto, por sua vez, permite que um juiz nacional conheça de solicitação estrangeira como se o procedimento fosse inteiramente doméstico. Para tanto, a autoridade central recebe a solicitação diretamente da parte interessada (Ministério Público ou autoridade policial, por exemplo), e não do Juízo estrangeiro, que compartilha elementos de convicção suficientes para que um procedimento inteiramente nacional seja iniciado. Uma vez recebida a demanda, a autoridade central transmitirá o caso para o Ministério Público Federal (se for de matéria penal) ou para a Advocacia-Geral da União (se for de matéria civil) propor a demanda. Assim, ressalta-se que, ao se valer do auxílio direto, a parte autora se submete inteiramente à decisão do juiz brasileiro, único juiz da causa, com cognição plena para julgar a matéria que lhe foi submetida¹⁹.

Em conformidade com o artigo 30 do Código de Processo Civil, o auxílio direto é cabível desde que o caso esteja respaldado em tratado do qual o Brasil faça parte, ou se enquadre nas hipóteses previstas na lei, quais sejam: “I - obtenção e prestação de informações sobre o ordenamento jurídico e sobre processos administrativos ou jurisdicionais findos ou em curso; II - colheita de provas, salvo se a medida for adotada em processo, em curso no estrangeiro, de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira; III - qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira”.

Ademais, completa Nadia de Araujo:

Nesse sentido, o CPC, ao estabelecer regras para o seu cabimento, esclarece que “cabe auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil”. Ou seja, se o pedido não proceder de decisão judicial (e sendo o aval judicial necessário para o cumprimento do pedido no Brasil), nada haverá para o STJ delibear, devendo o pedido ser formulado diretamente na Justiça Federal²⁰.

4. LEI APLICÁVEL À OBTENÇÃO DE PROVAS NO EXTERIOR

Tradicionalmente, o direito internacional privado não resolve a questão de justiça material, mas se debruça sobre a escolha da lei aplicável ao caso com elemento estrangeiro significativo. No que concerne à obtenção de provas no exterior, a escolha da lei que regerá o processo aplicável à diligência

18 LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio Direto: Novo Instrumento de Cooperação Jurídica Internacional Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 64-65.

19 *Ibid.*, p. 106-108.

20 ARAUJO, Nadia de. *Op. cit.*, p. 229.

é extremamente relevante, pois pode gerar a desconsideração da prova, por violação à ordem pública, no foro em que tramita o processo principal.

Quando o assunto é o exercício da jurisdição, tem-se, geralmente, a *lex fori regit processum* como regra para a determinação do procedimento e do direito material aplicável²¹. Entretanto, quando se trata de conflito de leis no espaço, somam-se outros dois critérios para a escolha da lei aplicável: *lex causae* e *lex diligentiae*.

Existem situações em que a lei procedimental a ser aplicada será definida a partir da lei aplicável ao mérito da questão. Por exemplo, um processo que seja iniciado no país A contra indivíduo domiciliado no país B em que as partes tenham determinado a aplicação da lei de um país C para a resolução do mérito da disputa. Nessa situação, é possível que alguns aspectos procedimentais da lei do país C tenham que ser levados em consideração. Tem-se, assim, a *lex causae* como determinante de variações no processo²². Essa hipótese, no entanto, é a mais rara de ser observada.

Por outro lado, a Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, de 1970, estabelece que a regência da prova processual pode se dar pela lei do Estado no qual o processo original se desenvolve (*lex fori*) ou pela lei do Estado estrangeiro onde a diligência será realizada (*lex diligentiae*).

Embora a regra geral no processo seja a aplicação da *lex fori*, no que concerne à obtenção de provas internacionalmente, a *lex diligentiae* será aplicada como regra e a *lex fori* como exceção.²³ Dessa forma, se o Brasil necessita de uma prova que está na Alemanha, como regra, será aplicada a lei processual alemã para a obtenção da prova solicitada (*lex diligentiae*). Entretanto, é possível que o Brasil solicite que a Alemanha aplique excepcionalmente a lei processual brasileira. Nesse caso, se o pedido não violar a sua ordem pública, a Alemanha poderá autorizar a aplicação da *lex fori*.

De acordo com Jacob Dolinger, a preferência pela *lex diligentiae* se justifica por duas razões. A primeira diz respeito à deferência à jurisdição estrangeira onde a prova será colhida, tendo em vista que a jurisdição original é limitada pelo próprio território. A segunda visa garantir o reconhecimento e a execução da respectiva sentença também no país em que a prova foi obtida, evitando que este alegue alguma violação a um princípio doméstico que impeça a sua eficácia no seu território²⁴.

O artigo 13 da LINDB dispõe que “a prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça”. Para André de Carvalho Ramos, a determinação da *lex*

21 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. The Forum Law Rule in International Litigation – Which Procedural Law Governs Proceedings to be Performed in Foreign Jurisdictions: Lex Fori or Lex Diligentiae? *Texas International Law Journal*. 1998, vol. 33, n° 3, p. 428.

22 Ibid., p. 430-431.

23 Ibid., p. 434.

24 Idem.

diligentiae como regra geral da LINDB e do Código Bustamante (Convenção de Direito Internacional Privado, de Havana, de 1928) objetiva dar segurança jurídica aos que necessitam provar fatos transnacionais.

Em que pese a opção brasileira pela *lex diligentiae*, o artigo 13 da LINDB deve ser lido em conjunto com o artigo 17 da mesma Lei, o qual versa sobre a exceção de ordem pública. Sendo assim, na hipótese de a aplicação da lei estrangeira produzir resultado considerado ofensivo à ordem pública no Brasil, a lei nacional (*lex fori*) terá prevalência. Em outras palavras, não basta que a LINDB faça referência à escolha da lei estrangeira para regular a produção de provas no exterior, tendo em vista que caberá ao julgador nacional determinar, em última instância, se o procedimento adotado violou a ordem pública do foro. Nesse caso, se julgar que houve ofensa à ordem pública brasileira, poderá descartar a diligência por inteiro. Por esse motivo que André de Carvalho Ramos considera que há um “eterno retorno” à *lex fori*, em decorrência da aplicação da cláusula de proteção da ordem pública²⁵.

No tocante à prova desconhecida pela lei brasileira, André de Carvalho Ramos defende que esta somente será inadmitida se for considerada “moralmente ilegítima”, o que implica reconhecer a ofensa à ordem pública brasileira²⁶.

Nas situações em que o Brasil figura no polo passivo da cooperação jurídica internacional, a jurisprudência indica o reiterado uso da *lex diligentiae* (no caso, a lei brasileira) no cumprimento de pedidos cooperacionais oriundos de Estado estrangeiro, sem maior consideração sobre as leis e práticas do Estado Requerente de origem do processo. Tem-se, nesses casos, o reforço à supremacia da lei nacional. Da mesma maneira, também na hipótese de pedido do Estado estrangeiro para que seja seguido um procedimento probatório diferenciado, conforme exceção à regra da *lex diligentiae* permitida na Convenção da Haia de 1971, poderá ser invocada a cláusula de ofensa à ordem pública para justificar a denegação de tal pedido²⁷.

Nesse contexto, André de Carvalho Ramos chama a atenção para o “predomínio oculto” da *lex fori* no direito internacional privado, uma vez que há grande insegurança jurídica devido ao fato de que a parte interessada na produção probatória, mesmo cumprindo todos os requisitos exigidos pela *lex diligentiae*, pode ser surpreendida depois pela alegação de ofensa à ordem pública e ter a prova obtida completamente descartada pelo juízo competente²⁸.

5. O FILTRO DA ORDEM PÚBLICA

Sabe-se que a Constituição Federal brasileira exige que todas as decisões prolatadas pelos órgãos do Poder Judiciário sejam fundamentadas

25 RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 501-506.

26 Ibid., p. 505.

27 Ibid., p. 509-510.

28 Ibid., p. 512-513.

(artigo 93, inciso IX, da Carta Magna). Na mesma linha, o Código de Processo Penal brasileiro vai além e determina, em seu artigo 155, que o juiz deverá formar “sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Isso significa que a eficácia na obtenção de determinado elemento probatório é fundamental ao processo, sob pena de ser desconsiderado quando da análise da autoridade judicial ou até mesmo ter decretada a nulidade da própria decisão de mérito que teve por fundamento principal o respectivo elemento probatório.

As partes em um processo possuem, portanto, direito à prova, que se diferencia de elemento informativo. Por um lado, tem-se que a prova é produzida em juízo durante o processo, de forma dialética, com incidência do contraditório na prova ou sobre a prova. Por outro, o elemento informativo é obtido durante a fase de investigação e, por esse motivo, dispensa o contraditório²⁹.

Segundo Patrícia Silva Pereira, o direito à prova é “uma emanção dos direitos, liberdades e garantias do cidadão que assegura e efetiva o seu direito de ação e de defesa”. Assim, o direito à prova assegura ao acusado que “sua eventual condenação resultará da confirmação de uma conduta criminosa”³⁰. De acordo com José Frederico Marques, prova é aquilo que constitui a demonstração dos fatos narrados pela acusação e pela defesa, de forma a possibilitar que o juiz seja capaz de formar sua opinião acerca desses fatos. Para as partes, a prova é um instrumento utilizado para influir na convicção do juiz. Para o juiz, a prova é o meio de que se servirá para averiguar a narrativa das partes e formar sua convicção³¹.

Além disso, José Frederico Marques sustenta que o juiz não é mero espectador durante a instrução do processo, visto que cabe a ele ordenar diligências instrutórias caso verifique que não foi devidamente averiguada a matéria da acusação ou da defesa³².

Essas distinções são necessárias tendo em vista que outros Estados podem não ter as mesmas exigências que o Brasil impõe para si no que concerne à obtenção de provas. Por exemplo, ao solicitar a cooperação para obter uma prova que se encontra fora do território brasileiro e sob a jurisdição do país A, é possível que este Estado, na função de requerido, não considere a atuação de autoridade judiciária como elemento imprescindível para obtenção de provas. Ou ainda, para o Estado A, a necessidade ou não da atuação de um juiz pode depender da natureza do ato requerido (se prova ou

29 BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 37.

30 PEREIRA, Patrícia Silva. *Prova indiciária no âmbito do processo penal: admissibilidade e valoração*. Coimbra: Almedina, 2016. (Coleção monografias), p. 29.

31 MARQUES, José Frederico; SILVEIRA, Victor Hugo Machado da. *Elementos de direito processual penal – volume II*. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 1997, p. 253.

32 *Ibid.*, p. 269.

elemento informativo)³³.

É possível, também, que as provas de um delito inteiramente praticado no território nacional estejam armazenadas em território estrangeiro. Nessa linha, Antenor Madruga e Luciano Feldens trazem o exemplo das provas eletrônicas armazenadas em servidor fisicamente localizado no exterior. Conforme destacado no item anterior, o fato de a lei material brasileira ser aplicável ao crime cometido no território nacional e a autoridade brasileira ser competente para julgar esse caso, não se confunde com as normas processuais incidentes sobre a coleta de provas localizadas no exterior (*lex diligentiae*), que dependem da cooperação jurídica internacional. Nas palavras dos autores:

o lugar da remessa ou recepção de mensagens, assim como a residência ou domicílio das pessoas que as veiculam pode, circunstancialmente, revelar-se determinante para afirmação da jurisdição da autoridade brasileira para processar e julgar eventual delito. Entretanto, tais circunstâncias em nada autorizam o juiz ou tribunal brasileiro a impor cumprimento de suas ordens ou diligências no exterior, à margem do procedimento de cooperação jurídica internacional³⁴.

Ressalta-se que, para fins de obtenção de prova no exterior, a existência de dupla incriminação não necessariamente é elemento imprescindível para que a cooperação jurídica internacional ocorra. Nesse sentido, o XIII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em 1984 no Cairo, capital do Egito, adotou a Resolução nº 10, que versa que a dupla incriminação deve ser abandonada quando a cooperação jurídica internacional não implicar medidas coercitivas. Nessa linha, a título exemplificativo, o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América determina que “a assistência será prestada ainda que o fato sujeito a investigação, inquérito ou ação penal não seja punível na legislação de ambos os Estados” (artigo I, inciso 3). No entanto, existem exceções, como é o caso do acordo bilateral entre o Brasil e a França, que exige a dupla incriminação em qualquer modalidade de solicitação de assistência, e do acordo bilateral entre o Brasil e a Itália, que exige a dupla incriminação quando a assistência solicitada envolver revista pessoal, apreensão e sequestro de bens³⁵.

De acordo com Fábio Ramazzini Bechara, a análise da eficácia da prova obtida no exterior deve levar em consideração o respeito ao contraditório e à igualdade de armas. Por respeito ao contraditório, deve ser dada ciência à parte contrária sobre o ato a ser realizado e deve ser garantida a

33 BECHARA, Fábio Ramazzini. Op. cit., p. 97.

34 MADRUGA, Antenor; FELDENS, Luciano. “Dados eletrônicos e cooperação internacional: limites jurisdicionais”. In: BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. *Temas de cooperação internacional*. Brasília: MPF, 2015, p. 55.

35 BECHARA, Fábio Ramazzini. Op. cit., p. 155.

sua participação. Já em respeito à igualdade de armas, a possibilidade de recorrer à cooperação jurídica internacional deve ser assegurada a ambas as partes (acusação e defesa)³⁶. Entretanto, sublinha-se que o próprio direito brasileiro reconhece que o contraditório e a ampla defesa devem ser sempre garantidos, mas o contraditório pode, excepcionalmente, ser diferido, tendo em vista que, a depender da situação, dar ciência ao réu da intenção da acusação de realizar eventual diligência pode frustrar o objetivo da referida medida investigativa. Nesse sentido, a Resolução nº 9 do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que:

Art. 8º A parte interessada será citada para, no prazo de 15 (quinze) dias, contestar o pedido de homologação de sentença estrangeira ou intimada para impugnar a carta rogatória.

Parágrafo único. A medida solicitada por carta rogatória poderá ser realizada sem ouvir a parte interessada quando sua intimação prévia puder resultar na ineficácia da cooperação internacional.

Analogamente, é possível concluir que a mesma exceção aplicada por Estado estrangeiro responsável pela produção probatória solicitada pela via da cooperação jurídica internacional não pode resultar na ineficácia da prova no Brasil sob a justificativa de violação à ordem pública. Ou seja, o mero diferimento do contraditório, por si só, não significa ofensa à ordem pública se o conhecimento sobre a diligência puder causar prejuízo à própria investigação³⁷.

Outro fator relevante diz respeito às provas atípicas, não rituais e anômalas. Segundo Fábio Ramazzini Bechara, quando não há previsão legal para o procedimento a ser seguido para a obtenção de determinada prova ou mesmo quanto o próprio meio de prova não está previsto em lei, considera-se a prova como atípica. Por outro lado, quando a prova é produzida através de meio de prova típico, mas sem observar o procedimento probatório previsto em lei, a prova é considerada não ritual. Já a prova anômala é uma prova típica que é utilizada para atingir finalidade característica de outra

36 Ibid., p. 104-105.

37 Segundo ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 344, “[o] Supremo Tribunal Federal brasileiro adotou o mesmo entendimento, permitindo a realização das diligências rogadas com contraditório postergado. Foi no caso do pedido de apreensão de bens móveis e imóveis em Carta Rogatória expedida por Portugal, no qual o STJ concedeu o exequatur sem dar ciência ao interessado, para não frustrar pedido de cooperação internacional, consoante o art. 8º, parágrafo único da Resolução n. 9. Após, o interessado interpôs habeas corpus perante o Supremo Tribunal Federal alegando ofensa ao direito constitucional de contraditar o pedido português antes da implementação da medida. Porém, o STF considerou que o direito constitucional em tela não era absoluto, sendo ‘legítima, em carta rogatória, a realização liminar de diligências sem a ciência prévia nem a presença do réu na ação penal, quando estas possam frustrar o resultado daquelas’”. O habeas corpus referido pela autora é o HC nº 90.485/SP, de relatoria do Min. Cezar Peluso, julgado em 10/4/2007 pela Segunda Turma do STF.

prova típica. Nesses casos, Fábio Ramazzini Bechara defende que a eficácia da prova produzida no exterior estará preservada – seja ela atípica, não ritual ou anômala – se o Estado requerido respeitar o marco de garantias (ampla defesa e contraditório) na produção da respectiva prova³⁸. De todo modo, em nenhuma dessas hipóteses se configuraria ofensa à ordem pública.

Para melhor ilustrar a discussão, serão apresentadas algumas das polêmicas mais famosas que envolvem a produção probatória transnacional.

Em primeiro lugar, temos a interceptação telefônica. Para o direito interno brasileiro, a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, só poderá ocorrer se autorizada judicialmente (CF, artigo 5º, inciso XII) e, por óbvio, somente as interceptações legítimas poderão servir como prova da acusação em eventual investigação criminal ou instrução processual penal (Lei nº 9.296/1996, art. 1º). Isso porque a decisão que autoriza a interceptação telefônica é tida como uma exceção ao direito à intimidade e à vida privada, garantidos constitucionalmente (artigo 5º, inciso X)³⁹.

Sob a perspectiva do direito internacional, vale ressaltar a opinião de Saulo Stefanone Alle⁴⁰, que relembra a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o Caso Escher e outros vs. Brasil, prolatada em 6 de julho de 2009. A Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como a nossa Constituição Federal, também resguarda o direito à vida privada em seu artigo 11.2. Entretanto, a referida sentença esclarece que “o direito à vida privada não é um direito absoluto e, portanto, pode ser restringido pelos Estados quando as ingerências não forem abusivas ou arbitrárias; por isso, devem estar previstas em lei, perseguir um fim legítimo e ser necessárias em uma sociedade democrática”⁴¹.

Paralelamente, o Supremo Tribunal Federal⁴², corretamente, tem entendido que a interceptação telefônica, para ter eficácia no Brasil, exige reserva jurisdicional, isto é, deve ser previamente autorizada por decisão judicial, seja ela obtida no território nacional ou em território estrangeiro. Portanto, pode-se concluir que a ausência de autorização judicial para a interceptação telefônica atenta contra a ordem pública brasileira. Sublinha-se apenas que na hipótese de que a interceptação telefônica seja levada a efeito em território estrangeiro, deverá o juízo estrangeiro (e não o juízo brasileiro), tendo recebido o pedido de cooperação jurídica internacional, autorizar a medida.

Em segundo lugar, temos a quebra de sigilo bancário. Nessa hipótese

38 BECHARA, Fábio Ramazzini. Op. cit., p. 126-127.

39 Supremo Tribunal Federal, Inq 2560, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 8/3/2016, DJe 20/5/2016.

40 ALLE, Saulo Stefanone. “Cooperação jurídica internacional e dever geral de cooperar”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 2017, vol. 5, nº 10, p. 441.

41 CORTE IDH. Caso Escher e outros vs. Brasil, sentença de 6 de julho de 2009, p. 36. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf>

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ext 506, Relator Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/1991, DJ 26/11/1993. E também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 23452, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/9/1999, DJ 12/5/2000.

também está presente o direito à privacidade dos indivíduos. Na mesma linha de raciocínio apresentada sobre a interceptação telefônica, tem-se aqui que o direito à privacidade que protege o sigilo bancário também não é absoluto. Em verdade, o Supremo Tribunal Federal já estabeleceu que a quebra do sigilo bancário poderá ser feita sob certos limites e condições:

A primeira condição para a ruptura da “intimidade constitucional financeira” das pessoas é a autorização por *autoridade constitucionalmente legitimada*. Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal reconhece, em geral, o poder dos juízes e das Comissões Parlamentares de Inquérito.

Em seguida, outra condição é a de que a quebra não pode ser determinada de modo *arbitrário* por tais autoridades constitucionalmente legitimadas. O STF quer limitar a chamada *fishing expedition*, ou seja, a devassa *indiscriminada* da intimidade financeira até que se encontre algum crime. Logo, impõe-se que sejam mencionados os motivos e a pertinência temática com a investigação para que seja decretada a quebra do sigilo bancário.

E ainda, além dos motivos e pertinência temática, o STF determina que seja demonstrada a sua *necessidade* sem que seja possível substituí-la por outra prova qualquer⁴³.

De acordo com Fábio Ramazzini Bechara, tratando-se de cooperação jurídica internacional, é fundamental que a quebra do sigilo bancário seja determinada por decisão judicial do Estado requerido para que o documento tenha validade no Brasil. Nessa linha, a desclassificação do documento, portanto, dependerá da análise do juízo estrangeiro quanto ao interesse do processo e à necessidade do sigilo.

Sobre o assunto, Antenor Madruga e Luciano Feldens chamam a atenção para as chamadas “intimações Nova Scotia” (*Nova Scotia subpoenas*) existentes no direito norte-americano. Não é de se espantar que a Suprema Corte dos Estados Unidos, em *United States v. Bank of Nova Scotia*, tenha admitido a possibilidade de exigir que o banco Nova Scotia, situado no estado da Flórida, obtivesse dados bancários localizados na filial do banco nas Bahamas de indivíduos que estejam no território norte-americano, independentemente de cooperação jurídica internacional que solicite aos tribunais das Bahamas a autorização para tanto⁴⁴. Entretanto, trata-se de tentativa de coagir a outra parte a compartilhar dados eletrônicos hospedados no exterior. Fato é que, quer os Estados Unidos aceitem ou não, a sua Suprema Corte não tem jurisdição alguma sobre o território estrangeiro e, por isso, não é possível fugir da imprescindibilidade da cooperação jurídica internacional. Os autores ressaltam, ainda, que “a jurisdição do Estado requerente para investigar, processar e julgar crime é elemento pressuposto – e não substitutivo – da cooperação solicitada ao Estado onde deva ser

43 ABADE, Denise Neves. Op. cit., p. 338-339.

44 MADRUGA, Antenor; FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 49.

cumprida a ordem judicial ou realizada a diligência”⁴⁵.

Na figura de agente passivo da cooperação jurídica internacional, Denise Neves Abade destaca dois casos em que o Brasil indeferiu a solicitação de quebra do sigilo bancário feita por um Estado estrangeiro: a Carta Rogatória nº 11.147 e a Carta Rogatória nº 11.268. Em ambos os casos, o Supremo Tribunal Federal sublinhou que o sigilo bancário mantém forte relação com o direito à intimidade e que a sua quebra é uma medida excepcional que somente pode ser autorizada quando estiverem presentes indícios suficientes da prática de um delito. Consequentemente, foi negado o *exequatur* a ambos os pedidos em razão da não identificação de tais indícios⁴⁶.

Inversamente, Saulo Stefanone Alle traz a hipótese de um Estado estrangeiro que não exige a reserva jurisdicional para a quebra do sigilo bancário transmitir espontaneamente ao Brasil informações e elementos probatórios sobre crime que esteja sujeito à jurisdição brasileira. Vejamos, se o Brasil tivesse requerido esses dados, teria sido necessário solicitar ao Estado estrangeiro a reserva jurisdicional (*lex fori* como exceção à *lex diligentiae*) para que o produto da cooperação jurídica internacional não ofendesse à ordem pública brasileira em razão da falta de decisão judicial. Entretanto, no caso da espontaneidade, não dá para exigir do Estado estrangeiro um procedimento diferente daquele definido pela sua jurisdição. Assim, o autor defende que a tendência da jurisprudência brasileira é de admitir essas provas em deferência à *lex diligentiae*:

Se a obtenção de determinadas informações bancárias não estiver sujeita a reserva jurisdicional no Estado requerido, então a produção terá sido legal e a sua utilização em processo no Brasil será legítima – desde que, é claro, submetida ao devido contraditório⁴⁷.

Resta a dúvida se, em caso de hipotética inexistência de sigilo bancário no Estado estrangeiro, ainda assim o Estado brasileiro exigiria a reserva jurisdicional para a obtenção desses dados. Nesse caso, nos parece que não violaria a ordem pública brasileira a obtenção de dados que já estariam disponíveis para consulta pública independentemente de decisão judicial, desde que respeitado o contraditório.

Paralelamente, Denise Nunes Abade⁴⁸ questiona a admissibilidade no Brasil de depoimento prestado em Estado estrangeiro por corréu como testemunha. Ora, no ordenamento jurídico brasileiro, a pessoa que depõe em processo como testemunha tem a obrigação legal de falar a verdade, sob pena de sofrer as consequências decorrentes do falso testemunho, previstas pelo artigo 342 do Código Penal brasileiro. Entretanto, ao corréu é

45 Ibid., p. 55.

46 ABADE, Denise Neves. Op. cit., p. 341.

47 ALLE, Saulo Stefanone. Op. cit., p. 440.

48 ABADE, Denise Neves. Op. cit., p. 344-345.

resguardado o direito de ficar em silêncio e até mesmo mentir em nome do direito à ampla defesa, tendo em vista que o corréu não é obrigado a produzir provas contra si mesmo (princípio *nemo tenetur se detegere*).

Neste caso, o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que admitir o corréu como testemunha é claramente ofensivo ao ordenamento brasileiro. Portanto, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Habeas Corpus nº 87.759/DF⁴⁹, concluiu que “acatar, em nome da cooperação internacional, a realização no Brasil de ato contrário a direitos fundamentais, é inadmissível”⁵⁰.

Em quarto lugar, temos o caso da coleta de sangue sem a anuência do indivíduo. Conforme ressalta Denise Neves Abade, “o Supremo Tribunal Federal, ao contrário de outros tribunais estrangeiros, considera incompatível com a dignidade humana e o direito à integridade física, a retirada *manu militari* de gota de sangue ou fio de cabelo para que seja realizado o exame de ácido desoxirribonucleico – DNA”⁵¹. O caso que estava sendo analisado pelo Supremo Tribunal Federal referia-se à Carta Rogatória nº 8443, proveniente da Dinamarca, que solicitava que a coleta de sangue fosse feita a despeito da autorização do indivíduo, para que fosse realizado exame pericial (DNA)⁵².

Nesse caso, tem-se um Estado estrangeiro solicitando que o procedimento invasivo seja realizado no Brasil. Entretanto, é possível que o procedimento seja realizado de forma inversa. Na Alemanha, por exemplo, o já citado princípio *nemo tenetur se detegere*, que proíbe que o Estado obrigue o acusado a produzir provas contra si mesmo, não se aplica ao caso de intervenção corporal do acusado. Em verdade, o Código de Processo Penal alemão, em sua seção 81, permite a intervenção corporal do acusado, independentemente de seu consentimento, para a produção de provas (coleta de sangue ou de material genético, por exemplo), desde que devidamente autorizado pelo juízo competente. O único limite que o código alemão traz serve para impedir a realização de eventual procedimento que coloque em risco a saúde do acusado⁵³.

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 87.759/DF, Relator Min. MARCO AURÉLIO, julgamento em 26/2/2008.

50 ABADE, Denise Neves. Op. cit., p. 345. Discussão semelhante é trazida por Fábio Ramazzini Bechara (2011) quanto às exceções ao cumprimento do dever de prestar depoimento: “no Direito brasileiro, por exemplo, segundo os arts. 206 e 207 do CPP, as pessoas que possuem relação de parentesco com o réu ou suspeito, por vínculo sanguíneo ou por afinidade e as pessoas, que por dever funcional, devem guardar sigilo, não estão obrigadas a depor. No Direito alemão, segundo Claus Roxin, o cônjuge e determinados parentes do acusado têm o direito ilimitado de se abster de depor. As pessoas de confiança, como os eclesiásticos, o defensor, médicos e outros, possuem o direito limitado de se abster de depor. As testemunhas também podem se abster de depor quando o conteúdo da declaração puder incriminá-las. Os deveres e as exceções estão previstos tanto no direito interno do Estado requerente como do Estado requerido. O problema surge quando não há uma perfeita equivalência entre os ordenamentos jurídicos envolvidos” (pp. 111-112).

51 Idem.

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, CR 8443, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) CELSO DE MELLO, julgado em 03/09/1998, publicado em DJ 14/09/1998 PP-00030.

53 Ver Código de Processo Penal alemão (*Strafprozeßordnung* – StPO), seções 81 a 81h.

A referida Carta Rogatória nº 8443 tratava de ação civil de investigação de paternidade promovida no Estado dinamarquês. Na oportunidade, o Ministro Celso de Mello indeferiu o *exequatur* relativamente à coleta de sangue pretendida pela Dinamarca porque considerou que considerou que constranger o réu a submeter-se a exame de DNA para fins de investigação de paternidade ofende a ordem pública brasileira, *in verbis*:

No caso ora em análise, observo, como precedentemente já enfatizado, que a diligência processual solicitada pela Justiça rogante reveste-se de índole executória, eis que objetiva, além da citação, a coleta de sangue para efeito de realização do exame de DNA do ora interessado. Vê-se, portanto, que a providência probatória em questão, exatamente por implicar a efetivação de ato de caráter executório - de todo inadmissível em sede de comissão rogatória - acha-se desautorizada pela jurisprudência do STF, como acima demonstrado. *Demais disso, cumpre ter presente - considerada a natureza da diligência ora rogada - a existência de regra de ordem pública que justifica, no caso ora em exame, a presente recusa de concessão de exequatur relativamente à coleta de sangue.* É que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC nº 71.373-RS, Rel. p/ o acórdão Min. MARCO AURÉLIO, deixou consagrado, a partir do reconhecimento da *existência de garantias constitucionais estabelecidas em favor do réu, que este, em ação civil de investigação de paternidade, não pode ser constrangido a submeter-se, coativamente, à coleta de material orgânico para efeito de realização do exame de ácido desoxirribonucleico - DNA.* Desse modo, sendo insuscetível de cumprimento, em nosso País, mediante simples procedimento rogatório, a diligência referente à coleta de sangue, indefiro, quanto a ela, a concessão do pretendido exequatur, deferindo-a, no entanto, no que concerne à efetivação do ato citatório. Defiro, pois, apenas em parte, a concessão de exequatur⁵⁴.

Em sede de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, o Superior Tribunal de Justiça também já se debruçou sobre a questão da coação de indivíduo a submeter-se a coleta de sangue, em detrimento do princípio *nemo tenetur se detegere*, considerando-a inconstitucional:

Recurso ordinário - mandado de segurança - processo administrativo disciplinar - embriaguez habitual no serviço - coação do servidor de produzir prova contra si mesmo, mediante a coleta de sangue, na companhia de policiais militares - princípio do “Nemo tenetur se detegere” - Vício formal do processo administrativo - cerceamento de defesa - direito do servidor à

ALEMANHA. The German Code of Criminal Procedure. *Federal Ministry of Justice and Consumer Protection*, 1987. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.pdf>

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, CR 8443, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) CELSO DE MELLO, julgado em 03/09/1998, publicado em DJ 14/09/1998 PP-00030. Grifou-se.

licença para tratamento de saúde e, inclusive, à aposentadoria por invalidez - recurso provido.

1. *É inconstitucional qualquer decisão contrária ao princípio nemo tenetur se detegere*, o que decorre da inteligência do art. 5º, LXIII, da Constituição da República e art. 8º, § 2º, g, do Pacto de São José da Costa Rica.

Precedentes.

2. *Ocorre vício formal no processo administrativo disciplinar, por cerceamento de defesa, quando o servidor é obrigado a fazer prova contra si mesmo, implicando a possibilidade de invalidação da penalidade aplicada pelo Poder Judiciário, por meio de mandado de segurança.*

3. A embriaguez habitual no serviço, ao contrário da embriaguez eventual, trata-se de patologia, associada a distúrbios psicológicos e mentais de que sofre o servidor.

4. O servidor acometido de dependência crônica de alcoolismo deve ser licenciado, mesmo compulsoriamente, para tratamento de saúde e, se for o caso, aposentado, por invalidez, mas, nunca, demitido, por ser titular de direito subjetivo à saúde e vítima do insucesso das políticas públicas sociais do Estado.

5. Recurso provido⁵⁵.

Ora, a jurisprudência brasileira é pacífica quanto à impossibilidade de obrigar um indivíduo a submeter-se a coleta de sangue ao menos em âmbito civil e administrativo por considerar o ato como uma ofensa à ordem pública brasileira.

No exemplo da prova obtida na Alemanha com a intervenção corporal involuntária do acusado, o que está em questão não é a existência de autorização judicial, pois esta é pressuposto para a sua licitude no Estado alemão. A reflexão que tem que ser feita aqui é quanto ao grau de reprovabilidade dessa conduta perante a sociedade brasileira. Dessa forma, sem maiores detalhes sobre o crime supostamente cometido pelo acusado, é possível que essa prova venha a ser rejeitada pelo ordenamento jurídico brasileiro por ofensa à ordem pública. Entretanto, é possível também que, na hipótese dessa prova pericial ser a única capaz de comprovar a inocência do acusado, a prova obtida tenha eficácia no Brasil, a despeito da violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*.

6. O DESAFIO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

Considerando que o recurso à ordem pública somente deve ser feito quando for absolutamente necessário, vimos que a mera divergência processual entre as jurisdições não é fator suficiente para alegar ofensa à ordem pública. Conforme observamos, a ordem pública é marcada pela sua

55 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RMS 18.017/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2006, DJ 02/05/2006, p. 390. Grifou-se.

indefinibilidade decorrente da sua fluidez e mutabilidade no tempo e no espaço, ou seja, o que a sociedade brasileira considera hoje como chocante, daqui a algumas décadas pode não ser mais. De todo modo, Maria Rosa Guimarães Loula destaca que “a ordem pública tem principalmente conteúdo material e excepcional, não devendo ser vulgarizada ou alegada sempre que se pretenda que exista qualquer obstáculo à produção de efeitos no Brasil de um ato estrangeiro”⁵⁶.

Denise Neves Abade, por sua vez, chama a atenção para o chauvinismo e a xenofobia jurídica existente no ordenamento jurídico brasileiro que faz com que o juiz nacional tenda a repelir a eficácia da lei estrangeira, substituindo-a pela lei nacional, sob a justificativa de ofensa à ordem pública. Trata-se de verdadeiro abuso na utilização da cláusula de ordem pública, seja porque o juiz nacional acha mais simples aplicar a lei nacional, conhecida, seja porque não confia no direito estrangeiro como garantidor de direitos fundamentais, como se o ordenamento jurídico brasileiro fosse o único capaz de promover garantias ao acusado⁵⁷. Portanto, temos que o recurso à ordem pública como mera desculpa para evitar o desconhecido é ilegal.

Ademais, a autora aponta que a previsibilidade e o controle das decisões ficam prejudicados em razão de não haver balizamentos mínimos para a incidência dos direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional por meio da cláusula de ordem pública. Segundo a autora:

a falta de parâmetros precisos para determinar o que é “ordem pública” na seara penal gera inegável insegurança jurídica, em especial porque, no âmbito penal e processual penal, as impugnações da defesa querem fazer valer a tese de que todo o nosso ordenamento processual penal é de “ordem pública”.

Esse argumento *maximalista* vulgariza o conceito de ordem pública e lhe retira sua característica básica, que é servir para proteger tão somente os valores máximos do nosso ordenamento. Banalizar o conceito de *ordem pública* para abarcar todo o modelo de persecução penal brasileiro significa modificar seu próprio conceito e *ofende sua finalidade* de defesa contra agressões a valores supremos do ordenamento brasileiro. De fato, não se imagina que modelos diferentes de persecução penal de Estados com tradição de respeito a direitos fundamentais possam violar a ordem pública brasileira⁵⁸.

Por outro lado, Fábio Ramazzini Bechara defende que a eficácia no Brasil da prova produzida no exterior e a maior eficiência da cooperação jurídica internacional dependem do reconhecimento de um padrão normativo universal em matéria de direitos humanos e garantias processuais, que supera a diversidade entre os sistemas jurídicos. Nas suas palavras:

56 LOULA, Maria Rosa Guimarães. Op. cit., p. 215.

57 ABADE, Denise Neves. Op. cit., p. 197-198.

58 Ibid., p. 352-353.

o padrão normativo universal dos direitos humanos qualifica-se como o fundamento para assegurar mais eficiência à cooperação jurídica internacional, porquanto: acarreta uma nova configuração da soberania e da ordem pública nacional; afirma o princípio da confiança mútua como expressão do valor solidariedade a nortear a relação entre os Estados cooperantes; e justifica a adoção de medidas que tendem a tornar a assistência jurídica internacional mais dinâmica e ágil⁵⁹.

De todo modo, Saulo Stefanone Alle sustenta que a jurisprudência brasileira aponta uma tendência consolidada de admitir a existência de um dever geral de cooperar fundamentado pelo direito internacional e, sobretudo, pelo direito internacional dos direitos humanos⁶⁰. Sublinha que a cooperação não depende da existência de tratado específico para que aconteça, visto que os tratados de cooperação nada mais são do que um meio facilitador para tornar o procedimento a ser seguido mais simples e acessível⁶¹. Complementa que a cooperação jurídica internacional não limita a soberania estatal, mas, pelo contrário, reforça-a, visto que possibilita que decisões e atos nacionais sejam respeitados para além das fronteiras físicas de seu território⁶². Por isso, o Estado precisa que a cooperação jurídica internacional ocorra de forma eficaz para que possa garantir o acesso à justiça por parte de seus nacionais⁶³.

Na mesma linha, Luís de Lemos Triunfante ressalta que a cooperação jurídica internacional, baseada na confiança recíproca entre os Estados, é fundamental para a satisfação da tutela jurisdicional. Segundo o autor, não apenas a criminalidade não se restringe aos limites territoriais nacionais, como também as partes de um processo não podem ser prejudicadas em razão de um elemento estrangeiro estar inacessível⁶⁴.

CONCLUSÃO

Em resumo, vimos que a ordem pública, um dos princípios mais importantes do direito internacional privado, é sobretudo indefinível, haja vista que se caracteriza pela sua fluidez e mutabilidade no tempo e no espaço. Entretanto, a sua análise no caso concreto é responsável por avaliar se determinado fator é compatível com os interesses fundamentais do sistema jurídico do foro. Vimos também que a diferença da lei estrangeira para a lei local não faz com que a sua eficácia seja impedida pela cláusula de ordem pública, é preciso que seja chocante à mentalidade e sensibilidade médias daquela sociedade.

59 BECHARA, Fábio Ramazzini. Op. cit., p. 168.

60 ALLE, Saulo Stefanone. Op. cit., p. 151.

61 Ibid., p. 134.

62 Ibid., p. 140.

63 Ibid., p. 148.

64 TRIUNFANTE, Luís de Lemos. Op. cit., p. 28-30.

Em seguida, traçamos o conceito de cooperação jurídica internacional e dissertamos sobre os institutos aplicáveis à obtenção de provas por um Estado estrangeiro, a carta rogatória e o auxílio direto. No tocante à lei aplicável à obtenção de provas internacionalmente, explicamos porque a *lex diligentiae* é aplicada como regra e a *lex fori* como exceção.

Posteriormente, destacamos alguns exemplos nos quais outros Estados possuem exigências diferentes daquelas que o Brasil impõe para si no que concerne à obtenção de provas. Nessa parte, buscamos compreender em que medida cada situação estaria suscetível ao filtro da ordem pública brasileira.

Finalmente, temos que o recurso à ordem pública somente deve ser feito quando for absolutamente necessário, isto é, quando a prova em si ou o procedimento adotado para obtê-la for chocante à mentalidade e sensibilidade médias da sociedade brasileira. Além disso, concordamos com Denise Nunes Abade e com André de Carvalho Ramos no sentido de que existe uma verdadeira xenofobia jurídica que faz com que juízes nacionais impeçam a eficácia de ato estrangeiro, sob a justificativa de ofensa à ordem pública, apenas por ser diferente. Trata-se de verdadeiro abuso na utilização da cláusula de ordem pública, o que torna a decisão ilegal. Concluimos, pois, que o sistema jurídico brasileiro ainda carece de regulamentação que assegure a obediência aos princípios aplicáveis de direitos humanos ao tempo em que forneça previsibilidade e segurança jurídica quando o assunto é cooperação jurídica internacional em matéria de obtenção de provas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. The German Code of Criminal Procedure. *Federal Ministry of Justice and Consumer Protection*, 1987. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.pdf>

ALLE, Saulo Stefanone. “Cooperação jurídica internacional e dever geral de cooperar”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 2017, vol. 5, nº 10, p. 132-152.

ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RMS 18.017/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2006, DJ 02/05/2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, CR 8443, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) CELSO DE MELLO, julgado em 03/09/1998, publicado em DJ 14/09/1998 PP-00030.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ext 506, Relator Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/1991, DJ 26/11/1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 87.759/DF, Relator Min. MARCO AURÉLIO, julgamento em 26/2/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 23452, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/9/1999, DJ 12/5/2000.

CORTE IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil, sentença de 6 de julho de 2009*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf>

DOLINGER, Jacob. *Direito e amor: e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. “The Forum Law Rule in International Litigation – Which Procedural Law Governs Proceedings to be Performed in Foreign Jurisdictions: Lex Fori or Lex Diligentiae?”. *Texas International Law Journal*. 1998, vol. 33, nº 3, pp. 425-461.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

HERRERA PETRUS, Christian; BERMAN, George A. *La obtención internacional de pruebas: asistencia jurisdiccional en Europa*. Bolonia: Real Colegio de España, 2005

LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio Direto: Novo Instrumento de Cooperação Jurídica Internacional Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MADRUGA, Antenor; FELDENS, Luciano. “Dados eletrônicos e cooperação internacional: limites jurisdicionais”. In: *BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. Temas de cooperação internacional*. Brasília: MPF, 2015.

MARQUES, José Frederico; SILVEIRA, Victor Hugo Machado da. *Elementos de direito processual penal – volume II*. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 1997.

PEREIRA, Patrícia Silva. *Prova indiciária no âmbito do processo penal: admissibilidade e valoração*. Coimbra: Almedina, 2016. (Coleção monografias).

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva, 2018.

TRIUNFANTE, Luís de Lemos. *A cooperação judiciária europeia em matéria penal: o espaço ibérico em particular*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.



Public order as a filter for efficiency not Brazil gives prova obtained not external

Abstract: To what extent can public order be invoked to avoid the effectiveness of the evidence obtained abroad? Is it possible to point out, in an abstract way, the limits to the validity or effectiveness of the evidence obtained abroad? To answer these questions, an exploratory investigation and a bibliographic review were chosen as the methodology. The work was organized as follows: (1) introduction; (2) public order; (3) international legal cooperation; (4) law applicable to taking evidence abroad; (5) the public order filter; (6) the challenge of international legal cooperation; conclusion. The state of the art of international legal cooperation in the Brazilian legal system for obtaining evidence abroad is analyzed. Reflecting the increasing circulation of goods, services and capital between different countries, the work covers the concept of public order of private international law, the institutes of international legal cooperation applicable to the taking of evidence by a foreign State and the preference to apply the *lex diligentiae* for obtaining evidence internationally. It is shown that the offense to public order prevents the effectiveness in Brazil of the laws, acts and sentences of another country, but it is emphasized that the concept of public order is marked by not being definable and by its ability to change over time and the space. Next, some of the most famous controversies involving transnational evidentiary production are presented, in order to understand to what extent each situation would be susceptible to the filter of Brazilian public order. It was identified that there is a legal xenophobia on the part of the Brazilian judges that prevents the effectiveness of a foreign act, abusing the use of the public order clause against acts different from those practiced in the Brazilian territory, generating a true legal insecurity for the interested parties. In such cases, the decision is illegal. Therefore, it should be concluded that the use of public order should only be done when absolutely necessary, that is, when the evidence itself or the procedure adopted to obtain it are shocking to the mentality and average sensitivity of Brazilian society. Finally, it should be concluded that the Brazilian legal system still lacks regulations that ensure compliance with applicable human rights principles while providing predictability and legal certainty with regard to international legal cooperation in obtaining evidence.

Keywords: International legal cooperation, Brazil, LINDB, Public order, Evidences.

RESUMO BIOGRÁFICO

Nathalia Lenzi Castro Toledo é Bacharela em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília e Graduanda em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público.

Uma análise da atual realidade internacional sob a égide da cooperação jurídica internacional no novo código de processo civil brasileiro

Un análisis de la actual realidad internacional bajo la cooperación jurídica internacional en el nuevo código procesal civil brasileño

Eduarda Alfaro Mena Barreto Martins*

Resumo: Por efeito do aumento das atividades que ultrapassam as fronteiras a cooperação jurídica entre os países tem impulsionado-se cada vez mais, com isso, assumindo um significativo papel diante do atual contexto internacional de um mundo globalizado. Nesse sentido, o ato de cooperar juridicamente revela-se como um importante mecanismo à garantia ao acesso à justiça, assim como, para o alcance de uma efetiva tutela jurisdicional além das fronteiras nacionais. Partindo dessa premissa, pretende-se empreender um estudo desde as dinâmicas da atual realidade internacional ao novo paradigma brasileiro da cooperação jurídica internacional, sobretudo, buscando enfatizar as inovações e os aperfeiçoamentos dos mecanismos de cooperação trazidos pelo Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei nº 13.105/2015). Dessa forma, o trabalho encontra-se estruturado em dois capítulos, no primeiro será abordada uma contextualização das atuais dinâmicas da realidade internacional e no segundo capítulo será analisado especificamente os mecanismos de cooperação jurídica internacional vigentes no diploma processual civil brasileiro.

Resumen: Por efecto del aumento de las actividades más allá de las fronteras la cooperación jurídica entre los países se ha impulsado cada vez más, con eso, asumiendo un significativo papel ante el actual contexto internacional de un mundo globalizado. En este sentido, el acto de cooperar jurídicamente presentase como un mecanismo importante para garantizar el acceso a la

* Universidad de la Empresa (UDE), Uruguay.
E-mail: eduardambmartins@gmail.com
Recibido: 31/10/2019. Aceptado: 03/02/2020.



justicia, así como para el alcance de una efectiva tutela jurisdiccional más allá de las fronteras nacionales. Desde esa premisa, se pretende emprender un estudio desde las dinámicas de la actual realidad internacional hasta el nuevo paradigma brasileño de la cooperación jurídica internacional, sobretudo, buscando enfatizar las innovaciones y las mejoras de los mecanismos de cooperación aportados por el Nuevo Código Procesal Civil Brasileño (Ley nº 13.105/2015).

De esta forma, el trabajo se estructura en dos capítulos, en el primero se abordará una contextualización de la dinámica actual de la realidad internacional y en el segundo capítulo se analizará específicamente los mecanismos de cooperación jurídica internacional vigentes en el diploma procesal civil brasileño.

Palavras-chave: Realidade Internacional, Cooperação Jurídica Internacional, Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

Palabras clave: Realidad Internacional, Cooperación Jurídica Internacional, Nuevo Código Procesal Civil Brasileño.

1. INTRODUÇÃO

As profundas e radicais mudanças sociais, políticas, econômicas e científico-tecnológicas, por um lado, e o espetacular aumento quantitativo no plano dos atores e das interações, por outro, acompanhados pelo surgimento de novos e dramáticos problemas e o agravamento dos já existentes, vêm influenciando sobremaneira, na evolução das próprias concepções das relações internacionais e, com isso, no próprio paradigma que inspira as mesmas.

Atualmente, devido à amplificação das diversas atividades que ultrapassam as fronteiras, há um crescente impulso do desenvolvimento da cooperação jurídica entre países. Partindo desse pressuposto, verifica-se que cada vez mais existem litígios em âmbito internacional que carecem de uma efetiva assistência, ocasionando, com isso, complexos desafios ao direito processual civil.

Em vista dessa nova realidade, o estudo da cooperação jurídica internacional assume um particular destaque, especialmente porque busca proporcionar o estreitamento das relações entre os países para que busquem conjuntamente contribuir para a composição de conflitos que transcendam suas respectivas fronteiras, seja por meio de tratados, convenções ou protocolos.

Nesse sentido, considerando que houveram significativas alterações com o advento do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, no que diz respeito ao capítulo da cooperação internacional, torna-se imprescindível debruçar-se ao estudo dessa temática, especialmente considerando o

preceito constitucional de que as relações internacionais regem-se, dentre outros princípios, pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade¹, ou seja, cooperar não implica em um ato de favor, mas sim no cumprimento de uma obrigação jurídica e, mais que isso, na efetivação de um princípio constitucional.

Sendo assim, o presente estudo propõe-se a abordar desde as dinâmicas da atual realidade internacional ao novo paradigma brasileiro da cooperação jurídica internacional, sobretudo, buscando enfatizar as inovações e os aperfeiçoamentos dos mecanismos de cooperação trazidos pelo Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Para tanto, a metodologia desenvolveu-se com base no método de procedimento histórico e no método de abordagem dedutivo.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DAS DINÂMICAS DA ATUAL REALIDADE INTERNACIONAL

O mundo, em consequência do acelerado desenvolvimento social, econômico, científico-técnico e comunicacional, caracteriza-se através do crescente fenômeno da interdependência e da cooperação, isso porque suas estruturas e dinâmicas vêm experimentando uma mudança transcendental².

Estamos diante de um importante processo de transformação, considerando a existência de uma sociedade internacional onde as dimensões transnacionais e humanas passam a ter, junto à dimensão interestatal, uma importância e protagonismo igualmente decisivo nas relações internacionais³.

Por efeito, em decorrência desse fenômeno, desencadeiam-se, constantemente, novos problemas e desafios, suscitando, assim, necessidades e demandas novas, de maneira que surgem valores e interesses comuns a todos os países.

Assim, tanto na regulação de interesses comuns dos Estados, como na regulamentação jurídica de interesses gerais da comunidade internacional em seu conjunto, o clássico direito internacional vem substituindo-se por um direito internacional mais social, ou seja, mais comunitário⁴.

Atualmente, a sociedade internacional já não mais deve ser caracterizada por um sistema exclusivamente interestatal e estatocêntrico, mas sim por uma sociedade cada vez mais multicêntrica, a nível de atores e, conseqüentemente, mais imprevisível e mais instável a nível de estruturas e dinâmicas, visto que os problemas resultantes das atividades humanas transcendem os limites estatais⁵.

1 Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

2 ARENAL, Celestino. "La teoría de las relaciones internacionales hoy: debates y paradigmas". *Estudios Internacionales*. 1989, vol. 22, nº 86, p. 165.

3 ARENAL, Celestino. "La Nueva Sociedad Mundial y las Nuevas Realidades Internacionales: un reto para la teoría y la política". *Revista Cursos de Derecho Internacional y Realidades Internacionales de Vitoria-Gasteiz*. 2001, nº 1, p. 21.

4 BARBÉ, Esther. *Relaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 98.

5 ARENAL, 2001, Op. cit., p. 27.

Não obstante as positivas transformações, a atual sociedade mundial caracteriza-se por ser um sistema em profunda mutação, carregada de crescentes incertezas, tendo em vista, sobretudo, o debilitamento da atuação do Estado, como entidade soberana, em consequência do crescente papel que vêm desempenhando os atores transnacionais e, inclusive, os indivíduos, tanto no âmbito internacional, como no interno⁶.

Nesse sentido, Celestino Del Arenal corrobora:

La sociedad internacional actual se encuentra en proceso de mutación o de cambio, como consecuencia de las tensiones dialécticas que se producen entre lo viejo y lo nuevo, entre el futuro y el pasado, entre un mundo de Estado que continúa anclado en el viejo dogma de la soberanía nacional y un mundo complejo, global, transnacionalizado e interdependiente en el que no existen fronteras y en el que actúan actores de todo tipo, entre las soluciones nacionales y egoístas que continúan ofreciendo los Estados y las soluciones comunes y solidarias que demanda el carácter global y humano de sus problemas⁷.

Em meio a evolução que vem experimentando a sociedade internacional pode-se destacar uma série de dinâmicas que passaram a caracterizá-la. Dessa forma, segundo Esther Barbé⁸ “a atual sociedade internacional merece múltiplos adjetivos”.

Primeiramente, segundo definição de Celestino del Arenal⁹, a universalização é a dinâmica fundamental da atual sociedade internacional, uma vez que ocasionou consequências e efeitos em diversos níveis, isto é, refere-se ao processo de configuração de um único mundo em escala planetária, considerando em termos geográficos, políticos e econômicos.

O resultado mais notável da mundialização foi a unificação do campo político-diplomático, estratégico e, principalmente, do campo jurídico internacional, econômico, da comunicação e informação¹⁰.

A partir da mundialização, ganharam impulso os processos de globalização, interdependência e transnacionalização, provocando a progressiva erosão das fronteiras estatais e do papel do Estado nas relações jurídicas, bem como, do desenvolvimento e fortalecimento das interdependências e dependências de todo tipo (políticas, econômicas, culturais, estratégicas, jurídicas, tecnológicas, etc).

Em segundo lugar, a dinâmica da interdependência atinge sua máxima a partir da Segunda Guerra Mundial, através do aumento e intensificação dos intercâmbios e interações no âmbito econômico, político, cultural e social,

6 Idem.

7 ARENAL, 2001, Op. cit., p. 29.

8 BARBÉ, 1995, Op. cit., p. 101

9 ARENAL, 2001, Op. cit., p. 30.

10 Ibid., p. 31.

entre os Estados, os atores internacionais e os indivíduos¹¹.

Celestino Del Arenal¹², aponta que a interdependência se expressa claramente “no carácter comum e global de muitos problemas da sociedade mundial, diante dos quais as políticas nacionais ou individuais dos atores nada podem fazer, sendo necessárias políticas comuns e globais, baseadas na coordenação de políticas nacionais”.

A noção de interdependência é complexa, pois em princípio refere-se a uma situação de mútua dependência, onde os custos são repartidos entre os atores envolvidos, reduzindo-se, assim, a autonomia dos mesmos. É imperioso referir que a interdependência não se configura nos intercâmbios em que não há custos recíprocos¹³.

Ainda que, a interdependência ocasione custos recíprocos, pode-se considerar que os mesmos tragam consigo benefícios às partes, com o intuito de promover a integração e a cooperação, através do incremento de mecanismos passíveis à coordenação de ações que buscam um resultado em comum.

Estritamente relacionado com a dinâmica da crescente interdependência e com a mundialização, está a dinâmica da globalização. A globalização determina-se pelo desenvolvimento e incremento, que se produz nas últimas décadas, das interações que transcendem fronteiras, ou seja, superando as mesmas e, conseqüentemente, a lógica espacial do Estado e a lógica de tempo imperante até então¹⁴.

Novos desafios surgiram a partir desse processo multidimensional que é a globalização, como consequência da proliferação e relevância dos atores internacionais, considerando-se desde as organizações não governamentais às empresas transnacionais e, sobretudo, o imponente papel que assume o indivíduo¹⁵.

Por essa perspectiva, Celestino Del Arenal assinala:

La globalización, en cuanto fenómeno y proceso multidimensional, se expresa, por lo tanto, a través de la intensificación, inmediatez e interdependencia de las interacciones políticas, económicas, científico-técnicas, sociales y culturales transfronterizas, entre los distintos actores, estatales y transnacionales, afectando de forma desigual a los diferentes subsistemas internacionales, regiones y actores, provocando interdependencias y dependencias crecientes de todo tipo y conformando una sociedad mundial nueva.

La globalización, por sus profundos efectos a nivel de actores, estructuras y dinámicas, está actuando en el sentido de provocar un radical cambio en

11 Ibid., p. 32.

12 Ibid., p. 33.

13 ARENAL, 2001, Op. cit., p. 33.

14 ARENAL, 2001, Op. cit., p. 35.

15 AYLLÓN, Bruno. La cooperación Internacional para el desarrollo: fundamentos y justificaciones en la perspectiva de la teoría de las relaciones internacionales. *Carta Internacional*. 2007, vol. 2, nº 2, p. 28.

la naturaleza de la sociedad mundial. Con todo es a nivel económico, muy especialmente financiero, y comunicacional e informativo, donde hasta el momento la globalización ha conocido su mayor desarrollo¹⁶.

Justamente considerando o crescente papel que vêm desempenhando os indivíduos, manifesta-se a dinâmica da humanização. Dessa forma, apresenta-se notável o triunfo da democracia e dos direitos humanos, ensejando, como consequência, em um novo consenso internacional, no qual o ser humano, tanto individual como coletivamente, passa a ser tomado em consideração a nível internacional¹⁷.

Nesse sentido, Celestino Del Arenal¹⁸ destaca que a transformação passa a ocorrer notavelmente a partir da Segunda Guerra Mundial, como reflexo de uma tomada de consciência, desde a opinião pública aos responsáveis governamentais, acerca da concepção dos direitos humanos a nível internacional. Por efeito, o reconhecimento dos direitos humanos em âmbito internacional implica no fornecimento de respostas às dinâmicas sociais diretamente relacionadas com situações de violação dos mesmos.

Diante do fortalecimento da dimensão humana e, considerando a transcendência da dimensão humanitária na atualidade, passa-se a ter em vista a concepção de que os problemas mais gerais do nosso mundo, são problemas globais e comuns, que atingem à todos e, portanto, a solidariedade, como um valor e atitude, passe a fazer frente aos mesmos¹⁹.

Assim, o caráter dinâmico da sociedade internacional exemplifica-se na multiplicação do número e do tipo de atores²⁰, os quais implicam na debilidade do papel do Estado, fazendo com que este seja conduzido à expandir-se cada vez mais ao exterior, restringindo sua margem de autonomia²¹.

Dessa forma, impende assinalar que, com a evolução dos povos e das relações entre os mesmos além de seus limites territoriais, restou notória a insuficiência da concepção da soberania, diante da nova realidade fática que se manifesta nas últimas décadas²².

Ordinariamente, no terreno jurídico, o Estado se diferencia de qualquer outro ator por gozar de um status legal único, ou seja, por gozar de soberania²³. Acerca da conceituação de soberania, Hedley Bull²⁴, assinala que a soberania interna demanda supremacia sobre qualquer outra autoridade existente, já a soberania externa significa independência de qualquer autoridade externa.

16 ARENAL, 2001, Op. cit., p. 26.

17 ARENAL, 2001, Op. cit., p. 47.

18 Ibid., p. 44.

19 ARENAL, 2001, Op. cit., p. 81.

20 BARBÉ, 1995, Op. cit., p. 102.

21 ARENAL, 1989, Op. cit., p. 165.

22 CAPUCIO, Camila. Dimensões da cooperação jurídica internacional: do direito à cooperação ao dever de cooperar. *Revista da Faculdade de Direito*. 2016, vol. 61, nº 3, p. 278.

23 BARBÉ, 1995, Op. cit., p. 126.

24 BULL, Hedley, 1977, p. 8 apud BARBÉ, 1995, p. 126.

Esther Barbé²⁵, complementa, apontando que no conceito de soberania externa entende-se que não há nenhum superior hierárquico com autoridade legítima que determine ao Estado o que deve realizar, este é considerado independente.

Ocorre que, diante das novas dinâmicas sociais, o paradigma da soberania exige uma nova interpretação. Luigi Ferrajoli²⁶ aponta que a partir da Declaração dos Direitos do Homem, a soberania externa do Estado deixa de ser uma liberdade absoluta e, passa a subordinar-se, juridicamente, ao imperativo da paz e à tutela dos direitos humanos.

Com isso, observa-se que a transformação do conceito de soberania é reflexo das transformações no sistema internacional e nas relações internacionais do século XX, possibilitando que as instituições internacionais amplifiquem sua atuação, de modo a ressignificar o conceito de soberania²⁷.

Ao encontro da ressignificação do conceito de soberania, Antonio Remiro, esclarece:

La sociedad y el Derecho internacional se hicieron propiamente universales sólo desde el momento en que se renunció a los estándares civilizatorios para justificar la negación a los pueblos autóctonos de los derechos de soberanía y, por lo tanto, de igualdad, lo que ocurrió sólo en el presente siglo, cuando el principio de la libre determinación, que se había venido incubando tanto en el pensamiento liberal como en el socialista, animó la acción política que dió al traste con el colonialismo, y el principio de no intervención, enarbolado sobre todo por los países latinoamericanos, fue definitivamente enarbolado para atajar el imperialismo²⁸.

Assim, impende observar que na mundialização as dimensões espacial e temporal são essenciais, fazendo com que o espaço e o tempo se façam únicos e planetários, permitindo a culminação, desde o ponto de vista jurídico-internacional, da universalização da sociedade e do direito internacional²⁹.

Nesse contexto, evidencia-se a necessidade de “compartilhamento do aparato estatal para a resolução de questões jurídicas”³⁰, visto que a jurisdição estatal, basicamente assentada no princípio da territorialidade, mostra-se insuficiente frente às demandas jurídicas oriundas das relações mantidas além das fronteiras nacionais.

Isso justifica-se em razão de que todos os dilemas que desencadeiam-se atualmente são de caráter global e comuns, sendo produtos da interdependência e da globalização que caracterizam a sociedade mundial, assim como, da

25 BARBÉ, 1995, Op. cit., p. 127.

26 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías – La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 144.

27 CAPUCIO, 2016, Op. cit., p. 279.

28 REMIRO, Antonio, 1999, p. 12 apud ARENAL, 2001, p. 31.

29 ARENAL, 2001, Op. cit., p. 31.

30 CAPUCIO, 2016, Op. cit., p. 279.

superação do referente ente estatal para fazer frente aos mesmos³¹.

Desse modo, revela-se na cooperação jurídica internacional a expectativa em fornecer respostas às profundas transformações apresentadas pelas atuais dinâmicas da sociedade internacional.

3. A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Por efeito da dinâmica da interdependência apresenta-se evidente o desenvolvimento da cooperação entre os povos, constituindo-se em uma das características mais determinantes da atual realidade internacional frente ao passado.

As demandas atuais deixaram de ser exclusivamente estatais para transformarem-se em problemas globais e comuns entre os seres humanos, os quais, por consequência, demandam políticas e soluções comuns e globais por parte dos atores internacionais, baseadas na cooperação e na solidariedade.

Nesse sentido, indaga-se, afinal, o que é cooperar? Etimologicamente cooperar significa atuar conjuntamente com outros para conseguir um mesmo fim. A cooperação implica coordenação de interesses a partir da percepção de problemas comuns. Supõe, ainda, reciprocidade, desejo de dar e receber, esforço coletivo, criação de oportunidades para todos, distribuição equitativa de custos e benefícios³².

De acordo com Celestino del Arenal³³ a cooperação existe quando as ações dos atores se adequam mutuamente através de um processo de negociação, ou seja, quando as políticas desenvolvidas por um governo são consideradas como meio de facilitar a execução de seus próprios interesses, como reflexo de um processo de coordenação de políticas.

Diante do atual contexto, o Novo Código de Processo Civil concedeu maior importância à cooperação internacional, considerando a necessidade de colaboração entre os Estados, sobretudo, diante da crescente globalização. Na atualidade, é impossível pressupor a existência de um Estado ilhado e centrado em seus limites territoriais, uma vez que, constantemente, os indivíduos estão em interação nas mais diversas áreas e, com isso, as distâncias não mais consideradas como obstáculos ao intercâmbio³⁴.

O atual diploma processual civil prevê que a cooperação jurídica internacional reger-se-á por tratado em que o Brasil seja signatário. Inclusive, conforme o teor do art. 13, os tratados internacionais em matéria processual prevalecem sobre a lei brasileira em caso de conflito³⁵, sendo esta, outra

31 ARENAL, 2001, Op. cit., p. 53.

32 AYLLÓN, 2007, Op. cit., p. 33.

33 ARENAL, 2001, Op. cit., p. 52.

34 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 198.

35 BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Planalto – Governo Federal*.

significativa inovação trazida pelo novo Código.

Dessa forma, os acordos internacionais determinados como fonte primária da cooperação, apresentou um destacado avanço, uma vez que a cooperação “depende da conjugação de vontades de pelo menos dois Estados soberanos e, nesse sentido, não poderia ficar à mercê de regulamentação unilateral exclusiva pelo Direito doméstico de um único Estado”³⁶.

Para tanto, deve ser levado em consideração: a) o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente; b) a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados; c) a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente; d) a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação; e) a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras³⁷.

A partir do exposto, verifica-se que o novo Código de Processo Civil foi lançado sob a égide principiológica da cooperação jurídica internacional. Inicialmente, a garantia do devido processo legal implica na observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa, da produção de prova lícita e vedação de provas ilícitas e a publicidade dos atos processuais³⁸.

O princípio da igualdade de tratamento, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988³⁹, foi muito bem incluído ao diploma processual civil, sobretudo, porque visa garantir o pleno acesso à justiça tanto aos nacionais como aos estrangeiros, concedendo assistência judiciária aos que necessitem.

A regra da publicidade dos atos que tratem de demandas cooperacionais, somente será excepcionada pela eventual imposição de sigilo previsto no ordenamento jurídico brasileiro e no estrangeiro⁴⁰. Assim, a publicidade opera-se na cooperação internacional como forma de garantir o devido processo legal, assim como, a ordem pública internacional⁴¹.

A devida importância dada à figura da autoridade central é um ponto relevante do Direito Processual Internacional moderno e possui como objetivo precípuo simplificar e homogeneizar os critérios e as medidas tomadas para o processamento dos requerimentos⁴².

O princípio da espontaneidade na tramitação de informações a

36 PEREIRA, Luciano Meneguetti. A cooperação jurídica internacional no Novo Código de Processo Civil. *Revista CEJ*. 2015, vol. 19, nº 67, p. 25.

37 BRASIL, Op. cit., 2015.

38 PEREIRA, Op. cit., 2015, p. 25.

39 Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

40 BRASIL, Op. cit., 2015.

41 PEREIRA, Op. cit., 2015, p. 26.

42 HILL, Flávia Pereira. Considerações sobre a cooperação jurídica no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista Jurídica Luso Brasileira*. 2015, vol. 1, nº 4, p. 531.

autoridades estrangeiras, por sua vez, implica no tratamento menos burocrático quando tratar-se de mera troca de informações, ou seja, não se torna exigível que um procedimento formal específico⁴³.

Em que pese a regra trazida pelo *caput* do art. 26, nada impede que, na ausência de tratado internacional, a cooperação jurídica poderá realizar-se com base na reciprocidade, manifestada por via diplomática⁴⁴.

Tratando-se de homologação de sentença estrangeira não será exigida a reciprocidade⁴⁵. Desta feita, Luciano Meneguetti Pereira, complementa aclarando:

A não exigência de reciprocidade deveria ser a regra estabelecida pelo NCPC, pois tem como objetivo assegurar, em um contexto transnacional, o pleno exercício de direitos pertencentes a pessoas privadas, de modo a não sacrificá-las por culpa do Estado, que se omite em não oferecer reciprocidade. Com isso evita-se limitar indevidamente o acesso à tutela judicial transnacional. Da omissão em não firmar tratados ou oferecer reciprocidade, deve resultar restrições de interesses tão somente do próprio Estado inerte e não aos particulares⁴⁶.

Não obstante a previsão legal de não exigibilidade de reciprocidade nos casos de homologação de sentença estrangeira, a doutrina majoritária compreende que a exigência da reciprocidade para a cooperação jurídica internacional em geral vai de encontro aos sistemas mais avançados em escala global.

No mesmo sentido, Flávia Hill esclarece:

[...] Cremos ser desaconselhável a exigência categórica da assinatura de tratado internacional ou reciprocidade para que o acesso à justiça, que é uma garantia fundamental com vocação intrinsecamente universal, seja efetivamente garantido por nosso ordenamento jurídico-processual aos cidadãos envolvidos em litígios transnacionais⁴⁷.

Ademais, em matéria de cooperação jurídica internacional não será admitida a prática de atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem a República Federativa do Brasil⁴⁸. Deve-se entender, por normas fundamentais, aquelas previstas na Constituição Federal, consagradoras de princípios fundamentais, assim como, direitos e garantias individuais e coletivos, inclusive, os que se

43 *Ibid.*, p. 533.

44 BRASIL, *Op. cit.*, 2015.

45 *Idem.*

46 PEREIRA, *Op. cit.*, 2015, p. 25.

47 HILL, *Op. cit.*, 2015, p. 527.

48 BRASIL, *Op. cit.*, 2015.

encontram dispersos no texto constitucional⁴⁹.

Ainda, no que tange as disposições gerais, o novo Código disciplina que o Ministério da Justiça exercerá as funções de autoridade central na ausência de designação específica⁵⁰. Todavia, a Procuradoria Geral da República exerce a função de autoridade central para pedidos de auxílio direito destinados e provenientes de Portugal e do Canadá. Já para os pedidos de auxílio direto de outros países, esta função é exercida pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, vinculado à Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça⁵¹.

No que se refere ao objeto dos pleitos cooperacionais, o novo Código apresenta um rol exemplificativo, possibilitando a adoção de qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não vedada pela legislação brasileira⁵², o que apresenta-se no mínimo conveniente, “uma vez que o Direito Processual Internacional encontra-se em franca evolução, com a permanente criação de novos instrumentos de cooperação voltados a melhor atender às novas relações que vêm sendo estabelecidas na sociedade contemporânea”⁵³.

Assim, conforme preceitua o art. 27, a cooperação jurídica internacional terá como objeto: a) citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial; b) colheita de provas e obtenção de informações; c) homologação e cumprimento de decisão; d) concessão de medida judicial de urgência; e) assistência jurídica internacional⁵⁴.

Em relação a modalidade de cooperação, o novo diploma processual civil, consagrou a distinção entre ativa e passiva, a depender do local em que for realizado o pedido e daquele em que será realizado o ato. Assim, se o Brasil for o solicitante de determinado ato ao país estrangeiro, a cooperação denomina-se ativa. Caso o Estado brasileiro seja o solicitado, ou seja, quando a autoridade central estrangeira é quem requer a realização de ato, a cooperação é passiva⁵⁵.

Desta feita, o pedido de cooperação oriundo de autoridade brasileira será, primeiramente, encaminhado à autoridade central para, posteriormente, ser enviado ao Estado requerido para lhe dar seguimento. Tanto o pedido como os documentos anexos que lhe instruem, serão enviados à autoridade central com a devida tradução para a língua oficial do Estado requerido⁵⁶.

Com relação ao pedido de cooperação internacional passiva, o mesmo será recusado no âmbito nacional se configurar ofensa manifesta à ordem pública⁵⁷. O que referenda na disposição geral no texto processual, quanto

49 PEREIRA, Op. cit., 2015, p. 26.

50 BRASIL, Op. cit., 2015.

51 HILL, Op. cit., 2015, p. 532-533.

52 BRASIL, Op. cit., 2015.

53 HILL, Op. cit., 2015, p. 533.

54 BRASIL, Op. cit., 2015.

55 THEODORO JÚNIOR, Op. cit., 2016, p. 200.

56 BRASIL, Op. cit., 2015.

57 Idem.

a não admissão da prática de atos que contrariem ou que gerem resultados incompatíveis com as normas fundamentais do Estado brasileiro, implicando, assim, na preocupação em resguardar a ordem pública interna⁵⁸.

Além disso, no que diz respeito aos pedidos de cooperação realizados no Brasil, insta salientar que os documentos em língua estrangeira terão validade quando traduzidos para o vernáculo, por tradutor juramentado, oficial ou público⁵⁹.

No entanto, é possível que documentos e comunicações que estejam em língua estrangeira possam valer no Brasil, independente de tradução oficial, quando autorizado por acordo internacional ou quando a compreensão do teor seja clara o suficiente⁶⁰.

O diploma processual, permite, ainda, que documentos e comunicações redigidos em língua estrangeira poderão valer no Estado brasileiro, ainda que não traduzidos por tradutor juramentado, em caso de tramitarem pela via diplomática ou por meio de autoridade central⁶¹.

A partir da contextualização do capítulo constante no novo Código de Processo Civil que trata especificamente da cooperação jurídica internacional, revela-se importante ressaltar a inquestionável importância que o legislador brasileiro concedeu ao tema, isso porque, sob a égide do antigo Código de Processo Civil nada se falava sobre a importância e a utilização da cooperação internacional.

Flávia Pereira Hill e Humberto Dalla Bernardina de Pinho⁶² sustentam que o foco da cooperação jurídica internacional deve ser, prioritariamente, o indivíduo, o qual é destinatário da prestação jurisdicional e sujeito das garantias fundamentais do processo, a quem deve ser conferido o pleno acesso à justiça, em escala global. Isso justifica-se em razão de que a cooperação jurídica deve ser viabilizada em consequência do compromisso assumido pelo Estado em garantir o efetivo acesso à justiça, ao invés de priorizar meras conveniências geopolíticas.

À vista disso, Ricardo Andrade Saadi e Camila Colares Bezerra, concluem:

[...] A cooperação jurídica internacional deixa de ser exclusivamente um ato de cortesia entre os Estados e, se antes podia ser vista como uma ameaça à soberania, hoje se apresenta como essencial à sua própria manutenção. Mais que isso, se antes a cooperação internacional se justificava somente pela necessidade de contribuir com a paz e o progresso da humanidade, atualmente o próprio exercício das funções soberanas por parte dos Estados

58 HILL, Op. cit., 2015, p. 534.

59 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Pública e Privado – Incluindo Noções de Direitos Humanos e Direito Comunitário*. 10ª Ed., rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 766.

60 Ibid., p. 767.

61 BRASIL, Op. cit., 2015.

62 HILL, Flávia Pereira; PINHO, Humberto Dalla Bernardina. A nova fronteira do acesso à justiça: a jurisdição transnacional e os instrumentos de cooperação internacional no CPC/15. *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil*. 2017, vol. 18, nº 2, p. 286.

depende vitalmente da ajuda internacional. A garantia dos direitos individuais, coletivos e difusos, a manutenção da segurança pública, o combate ao crime organizado, a estabilidade do sistema econômico-financeiro, e tantos outros temas a cargo dos Estados dependem cada vez mais da cooperação jurídica internacional⁶³.

Depreende-se, portanto, que promover a cooperação jurídica internacional é uma imposição natural da própria comunidade internacional e, qualquer atitude de resistência ou desconfiança relacionada ao cumprimento de atos oriundos do estrangeiro, deve ceder lugar ao princípio da boa-fé, o qual rege as relações internacionais⁶⁴.

Com efeito, ante o atual contexto, prevalece a necessidade de observação de uma solidariedade transnacional e transtemporal, considerando o humano como elemento comum, sem que jamais seja desatendida a diversidade cultural. Assim, a efetividade da justiça não pode ser barrada pelas fronteiras nacionais, as quais de modo algum podem se constituir em obstáculos à própria efetividade do Direito, sobretudo, no marco das relações jurídicas para além das fronteiras⁶⁵.

Assim sendo, torna-se premente a necessidade dos Estados em cooperar juridicamente, ou seja, pressupõe trabalho conjunto, colaboração e solidariedade para proporcionar a solução de um objetivo comum revestido de reflexos jurídicos, respaldando-se pelos mecanismos de cooperação jurídica, com vistas à garantir efetividade ao acesso à justiça.

3.1. Auxílio Direto e Carta Rogatória

Um dos mais importantes avanços no que concerne a cooperação jurídica internacional foi a regulamentação do instituto do auxílio direto, mecanismo revestido de extrema importância no âmbito das demandas judiciais da atualidade.

Observa-se que o auxílio direto consiste em um mecanismo de cooperação mais coerente com a realidade atual, por tratar-se de um veículo mais aberto, célere e efetivo⁶⁶, além do mais, funda-se em normas oriundas de tratados e convenções de cunho internacional, bem como na reciprocidade.

Assim, o auxílio direto representa um dos grandes progressos do novo

63 SAADI, Ricardo Andrade; BEZERRA, Camila Colares. A autoridade central no exercício da cooperação jurídica internacional. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil*. 4ª ed. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 2014, p. 18.

64 ARAUJO, Nadia. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil*. 4ª ed. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 2014, p. 30.

65 SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SUBTIL, Leonardo de Camargo. Os desafios do processo e da jurisdição frente à internacionalização do direito e aos processos de integração: rumo à efetividade dos direitos humanos. *Revista NEJ – Eletrônica*. 2010, vol. 15, nº 3, p. 349 e 353.

66 PEREIRA, Op. cit., 2015, p. 27.

Código de Processo Civil, o qual passou a regular esse instituto em seus artigos 28 a 34. Em suma, o Código estipula que “cabe auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil”⁶⁷.

Como juízo de delibação, entende-se “elementos que giram em torno da preservação dos princípios gerais do ordenamento do Estado em que se pretende executar o ato jurisdicional alienígena, sem que haja análise de fundo sobre o bem da vida posto em julgamento”⁶⁸.

A solicitação de auxílio direto deverá ser direcionada pelo órgão estrangeiro à autoridade central, competindo ao Estado requerente assegurar a autenticidade e a clareza do pedido⁶⁹, ou seja, de modo a não deixar dúvidas sobre a solicitação oriunda do Estado requerido. Nesse ponto, cabe às autoridades centrais atuarem como intermediadoras e facilitadoras na tramitação e comunicação de atos cooperacionais.

O art. 30 determina que o auxílio direto terá como objetos (além dos casos previstos em tratados do quais o Brasil é signatário): a) obtenção e prestação de informações sobre o ordenamento jurídico e sobre processos administrativos ou jurisdicionais findos ou em curso; b) colheita de provas, salvo se a medida for adotada em processo, em curso no estrangeiro, de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira; c) qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira⁷⁰.

À exemplo de providências que podem ser tomadas a partir do pedido de auxílio direto, pode-se mencionar: comunicações de atos processuais, fixação de pensão alimentícia, medidas cautelares, produção de provas⁷¹.

Com referência ao procedimento, o art. 31 prevê que a autoridade central brasileira se comunicará diretamente com suas congêneres e, fazendo-se necessário, com os demais órgãos estrangeiros responsáveis pela tramitação e execução de pedidos de cooperação, sempre, respeitando as disposições específicas provenientes de tratados⁷².

Sendo recebido o pedido de auxílio direto passivo, isto é, proveniente de outro Estado, a autoridade central encaminhará para a Advocacia-Geral da União, a qual requererá em juízo a medida solicitada. Se o Ministério Público for a autoridade central para o ato, deverá requerer em juízo a medida pleiteada⁷³.

O pedido de auxílio direito passivo que demande prestação de atividade jurisdicional, é de competência do juízo federal do local em que a medida deva ser executada⁷⁴, trata-se, portanto, de uma competência da

67 BRASIL, Op. cit., 2015.

68 PEREIRA, Op. cit., 2015, p. 27.

69 BRASIL, Op. cit., 2015.

70 Idem.

71 PORTELA, 2018, Op. cit., p. 792.

72 BRASIL, Op. cit., 2015.

73 Idem.

74 BRASIL, Op. cit., 2015.

Justiça Federal.

Havendo atos que não necessitem de prestação jurisdicional, conforme a lei brasileira, a autoridade central está autorizada a adotar as providências necessárias para seu cumprimento⁷⁵. Isso implica na possibilidade da cooperação jurídica internacional ocorrer por meio da via administrativa⁷⁶.

Nesse sentido, Luciano Meneguetti Pereira aponta as situações em que pode ocorrer pedido de auxílio direto administrativamente:

- I) havendo um órgão administrativo competente diverso da Autoridade Central para o atendimento do pedido de auxílio, o pedido é enviado a este pela Autoridade Central, para cumprimento;
- II) não havendo um órgão administrativo competente diverso da Autoridade Central para o atendimento do pedido, este é cumprido pela própria Autoridade Central⁷⁷.

Outrossim, faz-se mister ressaltar que a figura da autoridade central surge com vistas à modernização do instituto da cooperação jurídica internacional. Tratam-se, portanto, de “órgãos das estruturas governamentais dos Estados, indicados por estes, que concentrarão o tratamento das demandas relativas ao auxílio que os entes estatais prestam entre si”⁷⁸.

Em suma, compete às autoridades centrais de cada Estado “enviar e receber pedidos de cooperação jurídica internacional, encaminhá-los à atenção das autoridades competentes, exercer um juízo de admissibilidade sobre os pedidos de cooperação e acompanhar sua execução”⁷⁹.

No âmbito nacional, a principal autoridade central é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), o qual é subordinado à Secretaria Nacional de Justiça, órgão este pertencente ao Ministério da Justiça⁸⁰.

Conforme as palavras Ricardo Andrade Saadi e Camila Colares Bezerra, substancialmente, o papel da autoridade central concentra-se em dois eixos:

O primeiro está relacionado ao trabalho de receber, analisar, adequar e tramitar os pedidos de cooperação jurídica, conferindo maior celeridade e efetividade a este processo. O segundo, tão ou mais importante que o primeiro, refere-se à lisura da cooperação, dando ao Estado e aos cidadãos que dela se utilizam maior garantia da autenticidade e legalidade do que se tramita⁸¹.

75 Idem.

76 PEREIRA, 2015, Op. cit., p. 29.

77 Idem.

78 PORTELA, 2018, Op. cit., p. 787.

79 PORTELA, 2018, Op. cit., p. 788.

80 Idem.

81 SAADI, BEZERRA, 2014, Op. cit., p. 20.

À vista disso, a autoridade central caracteriza-se como um órgão especializado responsável, essencialmente, pela boa condução da cooperação jurídica exercida por cada Estado, competindo, assim, além do mero recebimento e transmissão dos pedidos, o exame e adequação dessas solicitações quanto a legislação estrangeira e ao tratado que a constitui⁸².

Por essa perspectiva, Ricardo Andrade Saadi e Camila Colares Bezerra, concluem:

A ideia de concentrar em um único órgão o envio e recebimento dos pedidos representa, sem dúvida, um grande avanço na organização da cooperação jurídica internacional, especialmente se considerarmos que o fluxo de pedidos dessa natureza aumenta exponencialmente a cada ano. No entanto, o papel da Autoridade Central vai além da tramitação de documentos, se estendendo a aspectos ligados à efetividade, celeridade e lisura da cooperação⁸³.

Ademais, um dos mais importantes mecanismos de cooperação jurídica internacional são as cartas rogatórias, as quais “tratam-se de pedidos feitos pelo juiz de um Estado ao Judiciário de outro ente estatal, com vistas a obter a colaboração deste para a prática de certos atos processuais”⁸⁴.

Em outras palavras, as cartas rogatórias tratam-se de um pedido formal, realizado por uma autoridade judiciária de um Estado a outro, com o fim de obter auxílio para a instrução de um processo.

Humberto Theodoro Júnior conceitua como “o instrumento de cooperação utilizado para a prática de ato como a citação, a intimação, a notificação judicial, a colheita de provas, a obtenção de informações e de cumprimento de decisão interlocutória”⁸⁵.

Via de regra, é regulada pelo direito interno dos estados ou por tratados internacionais, que visam a harmonização e unificação da normativa, a fim de facilitar seu trâmite e execução⁸⁶.

As cartas rogatórias dividem-se em ativas e passivas. Diz-se ativas quando o Estado as emite para uma autoridade judiciária estrangeira e passivas quando o Estado recebe da autoridade estrangeira⁸⁷.

No campo das cartas rogatórias a Emenda Constitucional nº 45/2004 já implementou significativa mudança ao transferir a competência da concessão de *exequatur* às cartas rogatórias ao Superior Tribunal de Justiça, originariamente do Superior Tribunal Federal, buscando, com isso, fornecer maior celeridade ao procedimento.

No novo Código de Processo Civil sua regulamentação encontra-se no capítulo dedicado à cooperação jurídica internacional, sendo a segunda

82 Ibid., p. 19.

83 Idem.

84 PORTELA, 2018, Op. cit., p. 770.

85 THEODORO JUNIOR, 2016, Op. cit., p. 201.

86 PORTELA, 2018, p. 770

87 PORTELA, 2018, p. 770

modalidade de cooperação prevista. O art. 36 prevê que o procedimento da carta rogatória perante o Superior Tribunal de Justiça é de jurisdição contenciosa e deve ser assegurado às partes as garantias do devido processo legal⁸⁸.

Ainda, com relação ao procedimento, a defesa deve limitar-se à discussão quanto ao atendimento dos requisitos para que o pronunciamento judicial estrangeiro produza efeitos no Brasil e, em qualquer das possibilidades, é vedada a revisão do mérito do pronunciamento judicial estrangeiro pela autoridade judiciária brasileira⁸⁹.

No âmbito interno, o processamento da carta rogatória é regulamentado por tratados e pela Constituição Federal, pela Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), pelo Código de Processo Civil e pelo Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça⁹⁰.

Do ponto de vista do ordenamento processual brasileiro, a rogatória ativa deverá atentar aos seguintes requisitos: a) a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato; b) o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado; c) a menção do ato processual que lhe constitui o objeto; d) o encerramento com a assinatura do juiz⁹¹.

A emissão da carta rogatória ao Estado estrangeiro dar-se-á por intermédio das autoridades centrais ou por via diplomática ou, ainda, admite-se por qualquer outro meio estabelecido por tratado internacional⁹².

Cabe referir que o juiz deve fixar o prazo para cumprimento da carta rogatória, atendendo à facilidade das comunicações e à natureza da diligência. As partes serão devidamente intimadas do ato de expedição da carta, as quais acompanharão o cumprimento da diligência perante o juízo destinatário, devendo cooperar para que se faça o cumprimento seja efetivado⁹³.

O disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 36 vem a corroborar com o conceito de juízo de delibação, deixando clarividente que compete ao Superior Tribunal de Justiça apenas verificar o cumprimento dos requisitos legais, para que, assim, seja realizada a providência requisitada pelo Estado estrangeiro no território nacional, sendo vedado ao Judiciário brasileiro reexaminar o mérito⁹⁴.

Por fim, conforme as disposições gerais no tocante a cooperação jurídica internacional, o objeto das cartas rogatórias serão os seguintes: a) citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial; b) colheita de provas e obtenção de informações; c) homologação e cumprimento de decisão; d) concessão de medida judicial de urgência; e) assistência jurídica

88 BRASIL, Op. cit., 2015.

89 Idem.

90 PORTELA, 2018, Op. cit., p. 771.

91 BRASIL, Op. cit., 2015.

92 PORTELA, 2018, Op. cit., p. 772.

93 BRASIL, Op. cit., 2015.

94 HILL, 2015, Op. cit., p. 538.

internacional; f) qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira⁹⁵.

Dessa forma, restou possível verificar que a cooperação jurídica internacional é crucial para a defesa dos interesses dos Estados, assim como, para a garantia do pleno acesso à justiça, com vistas a alcançar a efetiva tutela jurisdicional no plano transnacional e a enaltecer o respeito aos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual realidade internacional, caracterizada pelas dinâmicas da universalização, da interdependência, da globalização e da valorização do humano, onde relações interpessoais transcendem os limites fronteiriços e, por conseguinte, os fatos jurídicos adquirem desdobramentos em outros países, a cooperação jurídica internacional passa a assumir, ainda mais, uma função de suma importância no Direito Processual Civil e no Direito Internacional Privado.

O novo Código de Processo Civil Brasileiro, atento às transformações das dinâmicas internacionais, atribuiu maior relevância à cooperação internacional, dedicando, assim, um capítulo completo para tratar do tema (Capítulo II, do Título II, do Livro II (“da função jurisdicional”).

Os avanços e aperfeiçoamentos trazidos pelo novo diploma processual civil brasileiro representam o fundamental papel em promover o alinhamento do Brasil à atual tendência verificada nos diplomas jurídicos de diversos países, em vista da desburocratização de atos e diligências judiciais entre países, sem que, com isso, desatenda as garantias processuais. Além de que, o Estado, como provedor do acesso à justiça, torna-se o responsável por criar, desenvolver e fortalecer os mecanismos de cooperação capazes de garantir a efetiva prestação jurisdicional às partes envolvidas na relação processual.

Conclui-se, portanto, que as fronteiras não mais representam um obstáculo à livre circulação de bens, serviços, capitais e pessoas e, a crescente troca de informações, como produto da globalização, naturalmente, promove conflitos jurídicos que dependem da cooperação internacional para sua solução. Isto posto, o dever de cooperar revela-se primordial à construção de uma verdadeira comunidade internacional para que, assim, possa-se vislumbrar um efetivo acesso à justiça tanto no âmbito nacional, como internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Nadia. “A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional”. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil*. 4ª ed. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 2014.

95 BRASIL, Op. cit., 2015.

ARENAL, Celestino. “La Nueva Sociedad Mundial y las Nuevas Realidades Internacionales: un reto para la teoría y la política”. *Revista Cursos de Derecho Internacional y Realidades Internacionales de Vitoria-Gasteiz*. 2001, nº 1, p. 21.

ARENAL, Celestino. “La teoría de las relaciones internacionales hoy: debates y paradigmas”. *Estudios Internacionales*. 19, vil. 22, nº 86, 1989.

AYLLÓN, Bruno. “La cooperación Internacional para el desarrollo: fundamentos y justificaciones en la perspectiva de la teoría de las relaciones internacionales”. *Carta Internacional*. 2007, vol. 2, nº 2, p. 28.

BARBÉ, Esther. *Relaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos, 1995.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Planalto – Governo Federal.

BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Planalto – Governo Federal.

CAPUCIO, Camila. “Dimensões da cooperação jurídica internacional: do direito à cooperação ao dever de cooperar”. *Revista da Faculdade de Direito*. 2016, vol. 61, nº 3, p. 278.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías – La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

HILL, Flávia Pereira. “Considerações sobre a cooperação jurídica no Novo Código de Processo Civil Brasileiro”. *Revista Jurídica Luso Brasileira*. 2015, vol. 1, nº 4.

HILL, Flávia Pereira; PINHO, Humberto Dalla Bernardina. “A nova fronteira do acesso à justiça: a jurisdição transnacional e os instrumentos de cooperação internacional no CPC/15”. *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil*. 2017, vol. 18, nº 2, p. 286.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. “A cooperação jurídica internacional no Novo Código de Processo Civil”. *Revista CEJ*. 2015, vol. 19, nº 67.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Pública e Privado – Incluindo Noções de Direitos Humanos e Direito Comunitário*. 10ª ed., rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

SAADI, Ricardo Andrade; BEZERRA, Camila Colares. “A autoridade central no exercício da cooperação jurídica internacional”. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil*. 4ª ed. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 2014.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SUBTIL, Leonardo de Camargo. “Os desafios do processo e da jurisdição frente à internacionalização do direito e aos processos de integração: rumo à efetividade dos direitos humanos”. *Revista NEJ – Eletrônica*. 2010, vol. 15, nº 3, p. 349 e 353.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.



An analysis of the current international reality under international legal cooperation in the new civil procedural code

Abstract: Due to the increase in activities across borders, legal cooperation between countries has been increasingly promoted, thereby assuming a significant role in the current international context of a globalized world. In this sense, the act of legal cooperation appears as an important mechanism to guarantee access to justice, as well as to achieve effective judicial protection beyond national borders. From this premise, it is intended to undertake a study from the dynamics of the current international reality to the new Brazilian paradigm of international legal cooperation, above all, seeking to emphasize innovations and improvements in the cooperation mechanisms provided by the New Brazilian Civil Procedure Code (Law nº 13.105 / 2015).

In this way, the work is structured in two chapters, in the first one a contextualization of the current dynamics of international reality will be addressed and in the second chapter the mechanisms of international legal cooperation in force in the Brazilian civil procedural diploma will be specifically analyzed.

Keywords: International Reality, International Legal Cooperation, New Brazilian Civil Procedure Code.

RESUMO BIOGRÁFICO

Eduarda Alfaro Mena Barreto Martins é Advogada. Mestranda em Direito das Relações Internacionais, pela Universidad de la Empresa - UDE (Montevideu/UY). Pós graduanda em Direito Processual Civil, pela Faculdade Damásio de Jesus - Damásio Educacional. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA, Brasil.

Integración, innovación y desarrollo: el fenómeno de las startups

Integração, inovação e desenvolvimento: o fenômeno das startups

Pablo César Mortarotti*

Resumen: El objetivo de este trabajo es examinar el actual fenómeno de las “startups” y su impacto, desafíos y abordaje en los procesos de integración regional (Unión Europea y MERCOSUR).

Se utiliza un modelo de investigación de carácter cualitativo, centrado en aspectos descriptivos, especialmente a través del análisis de contenido bibliográfico e instrumentos de los distintos órganos de los procesos de integración señalados.

El trabajo comienza con una introducción donde se exponen los conceptos principales de la temática, para seguir luego con un desarrollo centrado en las actuales políticas de la Unión Europea en la materia, el análisis del impacto del fenómeno en el paradigma clásico de la integración, para continuar con el estudio de la situación en el MERCOSUR. Se finaliza con las conclusiones en relación al problema delimitado en la introducción.

Se presenta el tema sosteniendo que el Estado y las empresas clásicas han dejado de ser los protagonistas de esta época. Por el contrario, los nuevos productos y servicios que hoy requiere el mundo comienzan a ser generados por nuevos actores, entre ellos las hoy llamadas startups.

Así, estos nuevos modelos de negocios -con el rol clave de los equipos en la creación de soluciones a los problemas y necesidades actuales de la agenda local, regional y global- cobran hoy el protagonismo.

Si pensamos un espacio adecuado y propicio para el desarrollo de startups, basado en los recursos naturales existentes en los diferentes Estados, la integración regional tiene un papel crucial. La colaboración entre las distintas startups dentro de un proceso de integración regional, podría generar una “red” que permitiera a su vez conectar e integrar regiones de los distintos Estados.

* Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

E-mail: pcmortarotti@gmail.com

Recibido: 24/11/2019. Aceptado: 03/02/2020.



Se concluye que, en la Unión Europea, se observan distintos incentivos, proyectos y plataformas para startups, que reflejan una política activa en este campo de cara al Siglo XXI. En el MERCOSUR, advertimos el surgimiento de varias startups en muchos de los Estados Partes y Asociados. Si el MERCOSUR y la región se constituyen en un espacio generador de la innovación que las necesidades del siglo XXI imponen, será también un espacio para el desarrollo de más y nuevas startups. Esto generará un polo de crecimiento y supondrá la posibilidad de un desarrollo que permita superar las brechas y las necesidades sociales y económicas, consolidando el añorado desarrollo con calidad de vida para sus habitantes.

Resumo: O objetivo deste trabalho é examinar o fenômeno atual das “startups” e seu impacto, seus desafios e seu abordagem nos processos de integração regional (União Europeia e MERCOSUL).

Utiliza-se um modelo investigativo de tipo qualitativo, centrado nos aspectos descritivos, em especial a través da análise do conteúdo bibliográfico e instrumentos dos órgãos desses processos de integração.

O trabalho começa com uma introdução que expõe os conceitos principais do tema, e segue com um desenvolvimento centrado nas atuais políticas da União Europeia sobre o assunto, a análise do impacto do fenômeno no paradigma clássico da integração, e logo o estudo da situação no MERCOSUL. Finaliza com as conclusões sobre o problema delimitado na introdução.

O tema é apresentado com a afirmação de que o Estado e as empresas clássicas não são mais as protagonistas da nossa época. Ao invés disso, os novos produtos e serviços que o mundo de hoje precisa começam a serem gerados por novos atores, entre eles as chamadas startups.

Assim, esses novos modelos de negócio –com a função essencial das equipes na criação de soluções para os problemas e as necessidades atuais da agenda local, regional e global– ganham hoje o protagonismo.

Ao pensar um espaço apropriado e favorável para o desenvolvimento dos startups, com base nos recursos naturais próprios dos diferentes Estados, a integração regional tem um papel crucial. A colaboração entre diferentes startups dentro de um processo de integração regional poderia gerar uma “rede” que permitiria conectar e integrar regiões dos diferentes Estados.

A conclusão é que na União Europeia há diversos incentivos, projetos e plataformas para os startups, que refletem uma política ativa para o setor pensada para o século XXI. No MERCOSUL, observamos o surgimento de vários startups em muitos dos Países Membros e Associados. Se o MERCOSUL e a região se constituem como um espaço gerador da inovação que as necessidades do século XXI impõem, será também um espaço para o desenvolvimento de mais novas startups. Isso geraria um centro de crescimento e abriria a possibilidade de um desenvolvimento que permita superar as desigualdades e as necessidades sociais e econômicas, consolidando o anelado desenvolvimento com qualidade de vida para as pessoas.

Palabras clave: Startups, Innovación, Integración, Desarrollo.

Palavras-chave: Startups, Inovação, Integração, Desenvolvimento.

1. INTRODUCCIÓN

El término “startup” se puede traducir como “poner en marcha”, “arrancar” o “habilitar” y es actualmente utilizado para referirse a aquellos proyectos empresariales que son de reciente creación, presentan un gran potencial de crecimiento y se encuentran en una etapa temprana de su actividad, denominada fase de arranque, desarrollando su producto o servicio para generar ingresos que permitan consolidar su sostenibilidad y crecimiento. Se trata pues de una organización centrada en el desarrollo de productos o servicios de gran innovación, con una gran capacidad para el cambio y la flexibilidad, y orientada completamente al cliente¹.

En general se asocia el término con proyectos que presentan un alto componente tecnológico relacionado con el ámbito de las tecnologías de la información, el entorno digital e internet; sin embargo, el concepto es más amplio ya que se refiere a cualquier proyecto empresarial que presenta un grado de innovación importante y que se encuentra en una fase muy inicial, independientemente del nivel de aplicación tecnológica que presente el mismo.

Según Tramón², una startup es una organización centrada en el desarrollo de productos o servicios con unas características peculiares que la diferencian de la categoría de pequeña y mediana empresa (pyme). El objetivo de una startup es *salir al mercado en búsqueda de financiación* para cubrir sus necesidades de capital, haciendo uso de una gran innovación y generalmente apoyándose en el uso de las tecnologías digitales para lograr su crecimiento. Por el contrario, el objetivo de las pymes se centra más en invertir y arriesgar parte de sus beneficios en proyectos y líneas de negocios que generan un incremento de los mismos a mediano o largo plazo.

Entre las principales características de las startups se destacan: a) Se trata de empresas jóvenes con menos de tres años, con un alto componente creativo y gran motivación por el proyecto; b) Su entorno habitual es la incertidumbre, ya que constantemente se debaten entre la desaparición o la evolución; c) La rapidez de crecimiento y desarrollo es un factor principal para buscar su supervivencia y sostenibilidad. Su alternativa por tanto es evolucionar o desaparecer; d) Son lideradas y gestionadas mediante una combinación de análisis empresarial y emociones personales por parte de los fundadores con un gran componente de innovación sobre la que se basa su crecimiento y evolución; e) Los proyectos presentan un alto grado de

1 TRAMÓN, LUIS: *¿Qué es una startup? Más allá del concepto y su desarrollo*. Disponible en: <<https://www.todostartups.com/recursos-para-emprendedores/que-es-una-startup-mas-alla-del-concepto-y-su-desarrollo>>

2 Ídem.

escalabilidad, factor clave, siendo capaces de replicar su modelo de negocios en distintos mercados a un coste bajo buscando así esa evolución necesaria desde el incremento de ingresos y la disminución de costes asociados; f) Están formadas por equipos multidisciplinares, con variedad de perfiles, que enriquecen el proyecto y operan bajo estructuras empresariales horizontales o mixtas no jerarquizadas; g) Buscan y utilizan fuentes de financiación alternativas a los tradicionales instrumentos bancarios, optando por captar capital aportado por inversores a cambio de un porcentaje de la empresa, “business angels”³ y entidades de capital riesgo⁴.

Actualmente suelen confundirse los conceptos de *startups*, *scaleups* y *pymes*. No obstante, existen diferencias. Según la Unión Europea (UE) en su Reglamento N° 651/2014⁵, la Comisión Europea determina como *microempresas* a aquellas empresas que cuentan con menos de 10 empleados efectivos y poseen una cifra de volumen de negocio o de Balance General igual o inferior a 2 millones de euros. Para ser considerada *pequeña empresa* ha de contar con menos de 50 empleados efectivos y una cifra de volumen de negocio o de Balance General igual o inferior a 10 millones de euros. La *mediana empresa* es aquella que cuenta con menos de 250 empleados y su facturación es igual o menos que 50 millones de euros.

Según esta normativa, las startups podrían englobarse dentro de cualquiera de estas categorías si consiguen las cifras indicadas *en sus primeros tres años*. Un modelo de negocio escalable y repetible, con alto potencial de crecimiento y una existencia inferior a tres años, son sus notas diferenciadoras. Generalmente, las micro y pequeñas empresas buscan incrementar su volumen de negocio con un modelo de negocio ya definido y testado en el mercado independientemente de sus años de vida o existencia.

En el momento en que una *startup* encuentra su modelo de negocio disruptivo e innovador con crecimiento rápido y en que el volumen de facturación crece a un ritmo del 20% anual durante más de tres años seguidos (gracias a que han conseguido validar su producto en el mercado), o alcanzan más de un millón de dólares en financiación, se comienza a hablar ya de *scaleup*. Finalmente, en el ecosistema emprendedor toda startup puede convertirse en “*unicornio*”⁶.

Ahora bien, ¿Cuál es la importancia de las startups en los modelos de integración regional? ¿Es la integración regional el ámbito propicio para

3 Un “business angel” o “inversor angelical” es aquella persona física o jurídica que aporta financiación o experiencia en la fase inicial de proyectos emergentes con el fin de obtener una ganancia futura. Además del capital financiero aporta sus conocimientos empresariales, ejerciendo el rol de mentor. Son inversores informales, generalmente con una amplia fortuna personal y suelen invertir entre 25.000 a 100.000 dólares.

4 TRAMÓN, LUIS. Op.cit. p. 2

5 UNION EUROPEA. *Reglamento N° 651/2014 de la Comisión Europea por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado*, firmado en Bruselas el 17 de junio de 2014.

6 CALLEJA, Daniela. *¿Qué son las compañías unicornios?* Disponible en: <<https://www.entrepreneur.com/article/268414>>

su desarrollo? ¿Deberían los procesos de integración apostar a ellas como mecanismos que potencien el desarrollo económico-social de los Estados desde una integración mirada “de arriba hacia abajo” para avanzar en una integración en otros campos? ¿Cuál es la situación en la Unión Europea y en el MERCOSUR? ¿Son las startups un desafío actual para el MERCOSUR?

Son interrogantes que trataremos de responder a partir del estado de situación actual del fenómeno.

2. LAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN A LAS STARTUPS

Actualmente, la Unión Europea tiene como objetivo impulsar el crecimiento y la consolidación de las startups tecnológicas y de las pymes innovadoras para escalar a nivel internacional, ya que motu proprio es muy dificultoso alcanzar dicho nivel.

Así, en la Unión Europea, el aporte se da actualmente en el marco del Proyecto “Startup Europe” que busca conectar a todos los actores del hoy llamado “ecosistema de emprendimiento europeo”. El Proyecto supuso en 2017 un fondo por parte de la UE de 10 millones de euros para impulsar empresas tecnológicas en Europa y ha liderado el crecimiento de más de 700 proyectos de startups. De ellos, diez proyectos europeos conectan 16 ciudades con más de un centenar de actividades de internacionalización, generando 3.500 empleos y captando 200 millones de euros de inversión⁷.

Startup Europe es una iniciativa de la Comisión Europea diseñada para conectar startups, inversores, aceleradores, emprendedores, redes corporativas, universidades y medios a través de una variedad de redes. Además, tiene la intención de *conectar los ecosistemas locales de inicio* en toda Europa y mejorar su capacidad para invertir en otros mercados como Silicon Valley, India e Israel.

Así, promueve la creación de un verdadero ecosistema emprendedor a nivel de toda la Unión Europea. Es que el emprendimiento tecnológico en Europa es muy local, no existe un ecosistema transnacional que las startups puedan aprovechar para crecer y obtener los recursos que precisan, tal y como llevan haciendo las empresas de cierta dimensión con el Mercado Interior desde hace ya varias décadas. Esta iniciativa comunitaria es una de las herramientas de las que se valió la Comisión para sentar las bases del Mercado Digital Único⁸.

Es interesante destacar la *visión pan europeísta* de distintas plataformas. Por un lado, *Startup Europe Partnership (SEP)*⁹, promovido por Startup Europe y la Comisión Europea, es la plataforma integrada y abierta de innovación pan-europea que ayuda a las mejores scaleups de la Unión

7 HOLDED. *La UE destinará 10 millones de euros para startups*. Disponible en: <<https://www.holded.com/es/blog/ue-destinara-10-millones-euros-startup/>>

8 CASADO PÉREZ, Laura. *Startup Europe concibe al conjunto de Estados miembros como un gran ecosistema emprendedor*. Disponible en: <<https://www.iniciador.com/es/blog-emprendedores/entrevista-emilio-corchado>>

9 Para más información: <<https://startupeuropepartnership.eu/>>

Europea a crecer. En esta plataforma las mejores scaleups se encuentran con las mejores corporaciones e inversores. Asimismo, conecta los “ecosistemas europeos” con Silicon Valley (Misión SEC2SV) e Israel (Misión SEC2 1L).

Por otro lado, se encuentra la iniciativa *Startup and Scaleup Initiative*¹⁰ basada en una comunicación de la Comisión Europea lanzada en 2016, cuyos dos objetivos principales son: eliminar las barreras a la ampliación en el mercado único con proyectos de construcción de ecosistemas y desarrollar oportunidades de trabajo en red, mejorando el ecosistema de inicio, conectando clústeres, personas y ecosistemas locales en toda Europa. La iniciativa también incluye actividades para ayudar a las nuevas empresas a encontrar alcance internacional. Las nuevas empresas y los creadores de ecosistemas tienen fácil acceso a todos los servicios de financiación y otro tipo de soporte ofrecido a nivel de la UE.

Corchado¹¹ considera que la Unión Europea ha dado un importante salto cualitativo en su política de apoyo a los emprendedores a través del Proyecto Startup Europe, ya que nació con un enfoque claramente *paneuropeo*, concibiendo al conjunto de los Estados miembros como *un gran ecosistema emprendedor* y no simplemente como una suma de polos de creatividad y de talentos aislados. Según su opinión, se parte de la premisa de que los emprendedores y empresas vinculados a los negocios digitales requieren de una estrategia de impulso específica a nivel europeo que deje a las startups libertad para definir y desarrollar las tecnologías con más futuro.

Superar el excesivo localismo a la hora de financiarse y reclutar talento es una asignatura pendiente en la Unión Europea. La dimensión nacional es insuficiente, pero también parece serlo la comunitaria; tender puentes con otros Estados extracomunitarios a nivel mundial, y por qué no con otros procesos de integración, parecen ser los desafíos actuales. Por ejemplo, el reciente Acuerdo “en principio” de Asociación MERCOSUR –UE tiene un capítulo especial sobre pequeñas y medianas empresas y facilitación del comercio que supondrán avanzar en la regulación del comercio con participación de startups¹².

3. INTEGRACIÓN REGIONAL EUROPEA Y EL DESARROLLO DE STARTUPS: NUEVOS PARADIGMAS E IMPLICANCIAS

Es interesante destacar la perspectiva que en relación a la integración regional y el desarrollo de las startups se tiene hoy en la Unión Europea. Así ya se deja de hablar de países, para hablar de “*ecosistemas y ciudades*” porque

10 UNION EUROPEA. *Comunicación 733 (2016) de la Comisión Europea. Communication from the commission to the European Parliament, the council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Europe's next leaders: the Start-up and Scale-up Initiative*. Strasburgo, 22 de noviembre de 2016. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2016%3A733%3AFIN>>

11 CASADO PÉREZ, Laura. Op cit., p. 1.

12 MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. *Acuerdo de Asociación MERCOSUR - Unión Europea*. Disponible en: <<https://www.cancilleria.gob.ar/es/acuerdo-mercosur-ue/pequenas-y-medianas-empresas>>

son éstas junto con la *cultura* que se desarrolla y *los apoyos* que consiguen, los motores que facilitan que las startups desarrollen su modelo de negocio. Un ejemplo es actualmente Madrid como uno de los mejores ecosistemas de toda la Unión Europea¹³. Las ciudades europeas denominadas “*hubs europeos de innovación*” que lideran el ranking por el número de startups/scaleups y número de inversión que atraen son, en orden decreciente: Londres, París, Estocolmo, Berlín, Helsinki, Barcelona, Amsterdam, Copenhague, Madrid, Milán, Oslo, Zurich y Viena¹⁴.

Podemos afirmar que el proyecto Startup Europe aumenta el Mercado Único Digital Europeo y multiplica el empleo, el crecimiento y la inversión. Es que internet y las tecnologías digitales están cambiando el mundo. Así, la Comisión Europea considera que ha llegado el momento de lograr la adaptación del mercado único de la UE a la era digital *derribando los muros* que suponen las diferentes legislaciones y pasando de 28 mercados nacionales a uno único. Esto podría aportar 415.000 millones de euros al año a la UE y crear cientos de miles de nuevos puestos de trabajo.

La estrategia para el mercado único digital se basa en tres pilares: a) mejor el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes en línea; b) un entorno en el que puedan prosperar las redes y los servicios digitales (elaborando normas que se ajusten al ritmo de la tecnología y apoyen el desarrollo tecnológico); y c) el sector digital como motor del crecimiento (garantizar que la economía, la industria y el empleo se beneficien plenamente de la digitalización)¹⁵.

La estrategia para el Mercado Digital Único Europeo lanzada en 2014, se sustenta en un impulso a los innovadores de la Unión Europea para “quedarse y prosperar en Europa”, según el vicepresidente de la Comisión Europea, Andrus Ansip. El objetivo es llevar la libre circulación de bienes y servicios *al mundo digital*, uniendo 28 pequeños mercados y sistemas legales para evitar la fragmentación¹⁶.

En la Asamblea Digital de 2019, se ha lanzado la “Iniciativa de Innovación Digital y Escalamiento” (DISC). Esta iniciativa conjunta de la Comisión Europea, el Banco Europeo de Inversiones, el Fondo Europeo de Inversiones, el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, y el Banco Mundial y la Corporación Financiera Internacional, aborda la subinversión en el centro y este y la economía digital del sudeste de Europa (CESEE) y está estableciendo la primera instalación de inversión regional que apunta específicamente a las innovaciones digitales y la ampliación de nuevas empresas digitales en la región.

13 CASADO PÉREZ, Laura. Op.cit., p. 2.

14 Ver en: <<https://www.bbva.com/es/las-ciudades-que-atraen-a-las-startups-mas-exitosas-de-europa/>>

15 UNION EUROPEA. *Mercado Único Digital*. Disponible en: <https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_es>

16 EFE Edición España. *El mercado único digital impulsará a innovadores europeos, dice Andrus Ansip*. 16 de diciembre de 2018. Disponible en: <<https://www.efe.com/efe/espana/economia/el-mercado-unico-digital-impulsara-a-innovadores-europeos-dice-andrus-ansip/10003-3844076>>

También es interesante destacar la visión pan europeísta de otra plataforma denominada *StartupCity Europe Partnership* (SCEP)¹⁷; una plataforma pan-europea integrada para conectar ciudades de tamaño medio de Europa y promover su transformación en “startup cities” o ciudades de desarrollo de startups. SCEP es una iniciativa de Startup Europe de la Comisión Europea organizada como parte de Startup Europe Partnership (SEP). Esta nueva plataforma, dirigida por “Mind the Bridge”, tiene como objetivo crear una red paneuropea de ciudades con el objetivo de fomentar el desarrollo de estrategias de inicio interconectadas a nivel local. Se lanzó oficialmente en el Parlamento Europeo en Bruselas en noviembre de 2018 con el apoyo del presidente Tajani y la Comisaria de Economía y Sociedad Digital de la UE, Mariya Gabriel.

La brecha material entre las ciudades y el corazón desindustrializado de Europa ha crecido durante décadas hasta convertirse en la falla más problemática en las democracias occidentales. Desafortunadamente, estas tensiones no son una sorpresa en la economía global actual, donde los activos clave son el conocimiento y el capital. Además, el conocimiento y el capital se reúnen en las ciudades más que en la tierra y la industria¹⁸.

La investigación “Mind the Bridge”¹⁹ muestra que el 67% de los escalamientos europeos se ubican en una o dos ciudades como máximo por país. Eso significa que la economía de la innovación en Europa está fuertemente concentrada en unos 50 centros urbanos principales, mientras que todas las demás ciudades y municipios, que han sido la columna vertebral de la economía europea tradicionalmente enfrentan el riesgo de ser cada vez más marginados.

Es por eso que SCEP considera que su iniciativa aborda una de las principales prioridades políticas para el futuro de Europa por no creer en dos Europas: la Europa de los principales centros de ciudades tecnológicas, por un lado, y otra Europa por el otro lado. Su trabajo se sustenta en la idea de *una Europa única*, donde el conocimiento y el capital se pueden aprovechar a través de redes, y *donde todos los países y ciudades deben participar activamente y contribuir*²⁰.

Europa es hoy refugio para 7.034 scaleups tecnológicas y el ecosistema

17 UNION EUROPEA. *StartupCity Europe Partnership launches first Startup Europe Day*. Disponible en: <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/startupcity-europe-partnership-launches-first-startup-europe-day>>

18 STARTUP EUROPE PARTERNSHIP. *StartupCity Europe Partnership*. Disponible en: <<https://startupeuropepartnership.eu/startupcity/>>

19 STARTUP EUROPE PARTERNSHIP. *StartupCity Europe Partnership*. Disponible en: <<https://startupeuropepartnership.eu/startupcity/En:https://startupeuropepartnership.eu/reports/>>

20 STARTUP EUROPE PARTERNSHIP. *StartupCity Europe Partnership*. Disponible en: <<https://startupeuropepartnership.eu/startupcity/>>

está en crecimiento²¹. Así se lee en el Reporte “Tech Scaleup Europe 2019”²² presentado este año en Bruselas con la presencia del Comisario de la UE de Investigación, Ciencia e Innovación, Carlos Moedas.

“It’s great to see that our efforts to get Europe back in the lead in global innovation are starting to pay off with strong growth in both startups and scaleups. This paints a picture of a European ecosystem which is not only catching up with other regions but also charting its course towards success”.²³

A través de una comparación en profundidad de los principales ecosistemas del mundo, EE. UU lidera en términos de la cantidad de scaleups con 22.910 a fines de 2018, de las cuales Silicon Valley representa 6496. Le sigue China con 9.935, Europa con 7.034 e Israel con 1159.

Los promedios regionales confirman que el Reino Unido y los países nórdicos están mostrando el mejor desempeño. Las Islas Británicas superan al resto de Europa con aproximadamente el 35% de las scaleups y el capital recaudado, frente al 12% de la población y el 14% del PIB. Los Estados centrales liderados por Francia y Alemania contribuyen con el 27% de las scaleups y el 30% de las inversiones, aunque representan el 28% de la población europea y el 36% del PIB. En el extremo opuesto, los nórdicos representan el 16% de las scaleups y el 19% del capital invertido, aunque representan solo el 5% de la población de Europa y el 6% del PIB. Los países bálticos también producen el 1,5% de las scaleups y el 1,2% del capital, a pesar de que representan menos del 1% del PIB y la población del continente. El sur de Europa está nuevamente arrastrando sus pies en la ola de innovación con el 10% de las scaleups y el 6% del capital recaudado, independientemente de su participación del más 20% en el PIB y la población de Europa. Europa del Este aún no ha explotado su potencial²⁴.

4. ¿QUÉ SUCEDE EN EL MERCOSUR?

Podemos decir que desde el bloque regional aún no apreciamos iniciativas o programas comunes entre los Estados Partes en relación al desarrollo, estímulo y regulación de startups.

No obstante, dos de sus Estados Partes fundadores, Argentina y Brasil, han diseñado en septiembre de 2017 el denominado “Programa de Intercambio de Emprendedores” en la V Comisión Bilateral de Producción y Comercio. Es un programa de intercambio de startups entre Argentina y Brasil con la meta de fortalecer el comercio bilateral de la internacionalización de emprendedores nacionales de cada uno de los Estados, concretamente de

21 STARTUP EUROPE PARTERSHIP. Tech Scaleup Europe is finally taking off!. Disponible en: <https://startupeuropepartnership.eu/tech_scaleup_europe_2019/>

22 STARTUP EUROPE PARTERSHIP. *Tech Scaleup Europe 2019 Report*. Disponible en: <<https://startupeuropepartnership.eu/reports/>>

23 Ídem.

24 Ver en: <https://startupeuropepartnership.eu/tech_scaleup_europe_2019/>

30 startups especializadas en agritech, fintech, e-commerce, y medtech.

En la V Comisión (quinta reunión en un año y medio, luego de cinco años de inactividad bilateral), el secretario de Emprendedores y PyMEs, Mariano Mayer, expresó:

Creemos que los emprendedores nos van a ayudar a avanzar no solo en la integración comercial entre Brasil y Argentina, sino también en la integración productiva y tecnológica. Casos emblemáticos como los de Despegar y Mercado Libre, con equipos binacionales, nos muestran que trabajar juntos nos hace más fuertes y nos abre oportunidades para crecer²⁵.

El secretario de Comercio, Miguel Braun, afirmó:

El certificado de origen digital y la eliminación de trabas como la doble imposición en servicios son resultados concretos del trabajo de esta Comisión en este año y medio. Debemos simplificar la vida a las PyMEs y emprendedores, que son quienes más nos necesitan. Nos estamos tomando muy en serio la relación bilateral y económica. Poner eso en práctica requiere de mucho trabajo y esfuerzo. No es simple simplificar el comercio, sobre todo para que PyMEs puedan comprar y vender en los dos países. Y tampoco es sencillo integrarse productivamente. Estamos poniendo los cimientos²⁶.

El Programa de Intercambio se complementa con la implementación de la *Certificación de Origen Digital (COD)*²⁷, y con la ley argentina de Apoyo al Capital Emprendedor N° 27349²⁸.

Ambos países hablan ya de un “ecosistema digital regional” e internacionalización.

Es que en la región existen *más de 5.000 empresas de base tecnológica o startups* (de las cuales 123 superan los U\$S 25 millones) con un valor aproximado de *37.7000 millones de dólares*. De este “ecosistema”, el *82% pertenece a Argentina y Brasil*, y entre ellas se destacan unicornios como Mercado Libre, Despegar, Globant, Totvs y B2W. Los 9 “unicornios”²⁹ de la región valen más de U\$S 1.000 millones. El 61% del valor total del ecosistema proviene de esos 9 unicornios.

Esas empresas startups son las que se han dado en llamar “tecnolatinas”: compañías privadas de base tecnológicas nacidas en la región. El 48% de ellas

25 MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN Y TRABAJO. *Argentina y Brasil trabajarán en el intercambio de startups para fortalecer el comercio bilateral*. Disponible en: <<https://www.produccion.gob.ar/2017/09/14/argentina-y-brasil-trabajarán-en-el-intercambio-de-startups-para-fortalecer-el-comercio-bilateral-67100>>

26 Ídem.

27 Vigente desde mayo de 2017 para evitar la doble imposición tributaria en la industria de los servicios entre Argentina y Brasil.

28 Sociedades de Acciones Simplificadas (SAS), han sido receptadas por esta ley.

29 Denominación que se da a las startups tecnológicas cuya facturación supera 1.000 millones de dólares en alguna etapa del proceso de levantamiento de capital.

están basadas en Brasil y de ellas, el 73% apuntan a su mercado interno. El desafío entonces es *regionalizar o internacionalizarlas*. De las empresas no-brasileñas, el 80% es creado por empresas de impronta regional o de proyección³⁰.

La mayor parte de las tecnolatinas se centran en *internet*. No obstante, los campos de expansión actuales son la *biotecnología, medicina digital, energías renovables, seguridad del software, tecnología espacial, el fintech y el agrotech*. Por primera vez América Latina está creando compañías tecnológicas de escala³¹.

La mayoría de las tecnolatinas está concentrada en Brasil (59), Argentina (22) y México (17). El mapa de las Tecnolatinas es muy distinto al mapa de las multilatinas, es decir las multinacionales de América Latina (mayormente ubicadas en sectores tradicionales), ya que los factores clave para tener éxito en este espacio son muy distintos de los sectores tradicionales. *El clúster Brasil y Argentina acumula el 37% de las multilatinas, y el 66% de las tecnolatinas* (y Argentina representa un 37% del total del valor del ecosistema regional). Por otro lado, México, Chile y Colombia, representan el 55% de las multilatinas, pero solo el 29% de las tecnolatinas³².

Otro dato importante es que la mayoría de las tecnolatinas son nuevas (el 69% tiene menos de 10 años) y fueron creadas por emprendedores jóvenes innovadores. Son el resultado de un ecosistema de apoyo rápido y floreciente que incluye ONGs, universidades, inversionistas, gobiernos y proveedores de servicios. Su referencia cultural es Silicon Valley. Se mantienen actualizados sobre las tendencias mundiales y globales del mercado utilizando las tecnologías digitales más avanzadas. Están experimentando constantemente con las últimas prácticas de negocios como modelos de negocio en canvas, pruebas A/B y crowdfunding³³.

Las tecnolatinas tienen acceso instantáneo a grandes mercados que no se corresponden con el tamaño de sus países de origen. Pueden elegir enfocarse en América Latina, una región con al menos 400 millones de usuarios de Internet. También pueden enfocarse en otras regiones como lo han hecho las conocidas OLX, Bluesmart o Satellogic. Los mercados de aplicaciones móviles son un ejemplo de esta amplitud de mercado.

El e-commerce es considerable y está creciendo. Los mercados de Apps proveen acceso a amplios mercados con solo tocar un botón. Startups como Etermax, una compañía de entretenimiento argentina que creó aplicaciones como Apalabrado y que alcanzó una audiencia global de 60 millones de personas en pocos años, tiene ingresos anuales de más de US\$ 150 millones. Se están desarrollando nuevos mercados a un ritmo acelerado. Las startups

30 ARRIETA, A; COSTA, G; CRUZ, M; CORONEL, F; PEÑA, I. *Tecnolatinas Report. América Latina en el Tsunami de la Tecnología*. Disponible en: <http://tecnolatinas.com/wp-content/uploads/2017/01/TECNOLATINAS_ES_PDF_220116.pdf>

31 *Ibíd.* p. 6

32 *Ibíd.* p. 12

33 *Ibíd.* p. 15

están creando valor y desarrollándose a una velocidad récord³⁴.

Las tecnolatinas se disponen a transformar el paisaje de negocios regional en las próximas décadas. Pueden generar toda una nueva y enorme industria en áreas como biotecnología, agrotech, Internet de las Cosas (IOT) y energías renovables. Son capaces de manejar la gran ola de creación de valor impulsada por la tecnología y rápidamente alcanzar escala y visibilidad al tener éxito. También pueden redefinir la inserción de la región en el espacio tecnológico. Están listas para transformar la dinámica del mercado y el comportamiento del consumidor en todos los ámbitos, desde las finanzas, hasta los bienes de consumo, desde el sector inmobiliario y agricultura, hasta el entretenimiento³⁵.

Hoy el campo de acción de las denominadas tecnolatinas es su propio territorio, siendo locales el 46% del total. No obstante, la proyección regional es del 38%, y la global del 19%. Asimismo, el 52% de las tecnolatinas que provienen de países hispanohablantes, eligen jugadas regionales contra un 28% que tienen perspectivas a mercados globales a subescala³⁶. Esto nos da la pauta que *el espacio regional tiene un protagonismo actual y a futuro crucial en el desarrollo y potenciación de las startups*.

Es importante destacar la importancia que el Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe (INTAL), en el ámbito del Banco Interamericano de Desarrollo (BID,) le está dando a la promoción y al desarrollo de la startups, especialmente aquellas que están innovando en materias cruciales para la región en el Siglo XXI como ser: agua, saneamiento, higiene, salud, y que proponen soluciones que mejoran la vida de las ciudades en América latina y el Caribe³⁷. También ha desarrollado el espacio INTAL-LAB como herramienta para el análisis de los procesos de integración y comercio. Se lo define como *“un espacio para imaginar juntos el futuro de la región”*³⁸ formado por expertos mundiales, hackatones, rallies de innovación, experimentos de crowdworking, seminarios, design thinking, como modo de fomentar la inteligencia colectiva que mejore la vida en los grandes temas de la integración y el comercio regional.

CONCLUSIONES

De todo lo expuesto, y a modo de conclusión, podemos advertir la irrupción, el desarrollo y el rol protagónico de *las startups* en los *procesos de integración regional*.

Estamos transitando el Siglo XXI, y el desarrollo de las startups cobran

34 Ibíd. p 17.

35 Ibíd. p. 22.

36 Ibíd. p. 25.

37 BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Noticias*. Disponible en: <<https://www.iadb.org/es/solr-search/content?keys=startups&f%5B0%5D=language%3Aes>>

38 BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Intal- LAB. Espacio para reimaginar juntos el futuro de la región*. Disponible en: <<https://intal-lab.iadb.org/index-il.php>>

una importancia estratégica para América Latina, la región y especialmente para el Mercosur. La región tiene el desafío de participar en la nueva revolución tecnológica y del conocimiento que le permita lograr el desarrollo económico y social para las próximas décadas, en un mundo inestable en todos los órdenes y con la agenda climática y los nuevos paradigmas productivos y de ciudadanía como ejes centrales.

Con un grado más avanzado en la Unión Europea -debido a políticas concretas y persistentes en relación a ellas-, también comienza a cobrar importancia en América Latina y el Caribe y especialmente en el Mercosur: Argentina y Brasil, dos de sus Estados Partes, acumulan el 60% de las startups hoy conocidas como “tecnolatinas”.

Advertimos el comienzo de una revolución tecnológica y digital nunca antes vista. Las startups latinoamericanas o mercosureñas pueden verse como una oportunidad de ingreso, desde un *ecosistema regional*, a ese mercado mundial del nuevo siglo.

Por ello, es necesario comenzar a diseñar un ecosistema regional fuerte que apunte al desarrollo sostenible, lo que supondrá un cambio profundo en las estrategias regionales de crecimiento y desarrollo. Así, el fortalecimiento del ecosistema y su comercio regional estarán determinados por cuán capaces seamos de innovar, emprender, apostar al desarrollo del conocimiento y a la reserva de los talentos regionales, especialmente de los jóvenes y las mujeres.

Las startups regionales seguramente serán las generadoras de nuevos empleos en el marco de la demanda global de recursos humanos ligados a ellas, lo que supondrá nuevos vínculos laborales y una nueva cadena de valor ya que de los empleos directos se derivarán empleos indirectos como por ejemplo la venta de productos a través de plataformas digitales (actualmente, por ejemplo, Mercado Libre genera condiciones para cientos de miles de personas que viven de la venta de productos). Asimismo, son y se consolidarán como los nichos de inversión de la nueva época y como financiación de nuevos emprendedores.

Dicho esto, considero que el Mercosur aún debe fortalecer el comercio regional y apostar a un desarrollo económico y productivo como eje del proceso que supere el simple crecimiento. ¿Cómo hacerlo frente a las diversas problemáticas sociales, económicas y ambientales de sus Estados Partes y de la región en la que se encuentra inmerso?. Considero que la clave está en la *innovación*, pero una innovación ligada a las características y necesidades actuales de los Estados que forman el bloque regional y a la región misma, y a los nuevos desafíos ambientales y sociales. Dichos desafíos suponen el reto de dejar de considerar a los recursos naturales –ricos y en cantidades importantes, sin lugar a dudas- como la única vía de crecimiento y desarrollo de los Estados, y comenzar a trabajar con miras a crear y desarrollar nuevos productos y servicios –que pueden partir de dichos recursos- con liderazgo privado y público, con nuevos actores y con nuevos modelos de negocios,

que lleven al crecimiento pero también al *desarrollo*.

El Estado y las empresas clásicas no son los únicos protagonistas de esta época. Por el contrario, los nuevos productos y servicios que hoy requiere el mundo pueden ser generados por nuevos actores como las startups y los hoy conocidos lackathons, aceleradoras, espacios de mercado, espacios de coworking, fondos de capital de riesgos corporativos, etc. Los nuevos modelos de negocios -con el rol clave de los equipos en la creación de soluciones a los problemas y necesidades actuales de la agenda local, regional y global- cobran hoy el protagonismo que otrora tuvieron los clásicos modelos de negocios basado en el estereotipo empresario/empleo o empresario/emprendedor.

Si pensamos un espacio adecuado y propicio para el desarrollo de startups basado en los recursos naturales existentes en los diferentes Estados, *la integración regional tiene un papel crucial*. En el caso del Mercosur, el bloque regional sería el “trampolín” para competir en espacios tecnológicos emergentes del mundo, innovando y creando valor. Si el Mercosur y la región se constituyen en espacio generador de la innovación que las necesidades del siglo XXI imponen, será también un espacio para que los inversores mundiales (especialmente capital inteligente para emprendedores y capital de riesgo) apuesten al ecosistema regional. Esto generará un polo de crecimiento y supondrá la posibilidad de un desarrollo que permita superar las brechas y las necesidades sociales y económicas, consolidando el añorado desarrollo con calidad de vida para sus habitantes.

La colaboración entre las distintas startups en el ámbito regional, podría generar una “red” que permita a su vez conectar e integrar regiones de los distintos Estados.

Asimismo, no debemos olvidar que se requiere un marco legal y administrativo ajustado a los nuevos tiempos como incentivo para la verdadera innovación corporativa en el área de las startups. Los Estados, deberán comenzar por remover y ajustar la normativa que suponga barreras legales y fiscales inadecuadas para la innovación, el desarrollo y la proliferación de las startups, consensuar barreras regionales más efectivas y diseñar nuevos marcos regulatorios para quienes apuesten a dar vida a una startup regional (como es el supuesto de los inversionistas en el área: actualmente denominados “fondos ángeles, crowdfunding, etc.).

El Mercosur tiene la oportunidad histórica de revisarse asimismo, reformularse en lo que sea necesario, relanzarse con una agenda agionarnada a las necesidades actuales y potencialidades de sus recursos humanos y consolidarse con la creación de valor en negocios liderados por el conocimiento, la innovación, la creatividad y la tecnología. Tengamos presente que la región cuenta ya con nueve startups devenidas en “unicornios” que representan el 61% del ecosistema regional de América latina. Ellos acaparan la mayor parte de los mercados digitales. Por ello, y atendiendo a que las nuevas startups tienen dificultad de acceder al mercados, se torna necesario

encarar los esfuerzos en potenciar el desarrollo de pequeñas startups creando un ecosistema regional fuerte que considero estaría en condiciones de transformar el proceso de integración mercosureño.

Es que las startups serán necesarias para construir una economía abierta y dinámica en este siglo que debe tener como eje el desarrollo sostenible y el cuidado de los recursos escasos. El desafío en el Cono Sur es inmenso; las oportunidades de despegue también lo son. Pero las iniciativas nacionales serán insuficientes. Será necesario complementarlas con las que al respecto tenga el Mercosur como proceso que integre la innovación, el conocimiento y el trabajo. Así, un Mercosur que logre fijar la agenda a largo plazo necesita pensar y tener claridad respecto a qué recursos y potenciales tiene entre sus Estados Partes, qué quiere hacer y desarrollar, qué necesita y requiere el mundo actual, y en qué puede efectivamente contribuir y ser para consolidarse como un actor de importancia regional y mundial. Si tenemos claro esos puntos, estaremos en condiciones de diseñar ese despegue y liderarlo. La oportunidad es aquí y ahora.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRIETA, A.; COSTA, G.; CRUZ, M.; CORONEL, F.; PEÑA, I. *Tecnolatinas Report. América Latina en el Tsunami de la Tecnología*. Disponible en: <http://tecnolatinas.com/wp-content/uploads/2017/01/TECNOLATINAS_ES_PDF_220116.pdf>

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Intal- LAB. Espacio para reimaginar juntos el futuro de la región*. Disponible en: <<https://intal-lab.iadb.org/index-il.php>>

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Noticias*. Disponible en: <<https://www.iadb.org/es/solr-search/content?keys=startups&f%5B0%5D=language%3Aes>>

CALLEJA, Daniela. *¿Qué son las compañías unicornios?* Disponible en: <<https://www.entrepreneur.com/article/268414>>

CASADO PÉREZ, Laura. *Startup Europe concibe al conjunto de Estados miembros como un gran ecosistema emprendedor*. Disponible en: <<https://www.iniciador.com/es/blog-emprendedores/entrevista-emilio-corchado>>

CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA. *Ley N° 27.349*.

EFE Edición España. *El mercado único digital impulsará a innovadores europeos, dice Andrus Ansip*. 16 de diciembre de 2018. Disponible en: <<https://www.efe.com/efe/espana/economia/el-mercado-unico-digital-impulsara-a-innovadores-europeos-dice-andrus-ansip/10003-3844076>>

HOLDED. *La UE destinará 10 millones de euros para startups*. Disponible en: <<https://www.holded.com/es/blog/ue-destinara-10-millones-euros-startup/>>

MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN Y TRABAJO. *Argentina y Brasil trabajarán en el intercambio de startups para fortalecer el comercio bilateral*. Disponible en: <<https://www.produccion.gob.ar/2017/09/14/argentina-y-brasil-trabajaran-en-el-intercambio-de-startups-para-fortalecer-el-comercio-bilateral-67100>>

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. *Acuerdo de Asociación MERCOSUR - Unión Europea*. Disponible en: <<https://www.cancilleria.gob.ar/es/acuerdo-mercosur-ue/pequenas-y-medianas-empresas>>

STARTUP EUROPE PARTERNSHIP. *StartupCity Europe Partnership*. Disponible en: <<https://startupeuropepartnership.eu/startupcity/>En: <https://startupeuropepartnership.eu/reports/>>

STARTUP EUROPE PARTERNSHIP. *StartupCity Europe Partnership*. Disponible en: <<https://startupeuropepartnership.eu/startupcity/>>

STARTUP EUROPE PARTERNSHIP. *Tech Scaleup Europe 2019 Report*. Disponible en: <<https://startupeuropepartnership.eu/reports/>>

STARTUP EUROPE PARTERNSHIP. *Tech Scaleup Europe is finally taking off!* Disponible en: <https://startupeuropepartnership.eu/tech_scaleup_europe_2019/>

TRAMÓN, LUIS: *¿Qué es una startup? Más allá del concepto y su desarrollo*. Disponible en: <<https://www.todostartups.com/recursos-para-emprendedores/que-es-una-startup-mas-alla-del-concepto-y-su-desarrollo>>

UNION EUROPEA. *Mercado Único Digital*. Disponible en: <https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_es>

UNION EUROPEA. *Reglamento N° 651/2014 de la Comisión Europea por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado*, firmado en Bruselas el 17 de junio de 2014.

UNION EUROPEA. *StartupCity Europe Partnership launches first Startup Europe Day*. Disponible en: <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/startupcity-europe-partnership-launches-first-startup-europe-day>>



Integration, innovation and development: the phenomenon of startups

Abstract: The objective of this work is to examine the current phenomenon of “startups” and their impact, challenges and approach in the processes of regional integration (European Union and MERCOSUR).

A qualitative research model is used, focused on descriptive aspects, especially through the analysis of bibliographic content and instruments of the different organs of the integration processes indicated.

The work begins with an introduction where the main concepts of the subject are exposed, to then continue with a development focused on the current policies of the European Union in the matter, the analysis of the impact of the phenomenon on the classic paradigm of integration, to continue with the study of the situation in MERCOSUR. It ends with the conclusions regarding the problem defined in the introduction.

The topic is presented holding that the State and classic companies are no longer the protagonists of this time. On the contrary, the new products and services that the world requires today begin to be generated by new actors, among them the so-called startups.

Thus, these new business models - with the key role of the teams in creating solutions to current problems and needs on the local, regional and global agenda - are taking center stage today.

If we think of a suitable and conducive space for the development of startups, based on the natural resources existing in the different States, regional integration has a crucial role. Collaboration between the different startups within a regional integration process could generate a “network” that would in turn connect and integrate regions of the different States.

It is concluded that, in the European Union, different incentives, projects and platforms for startups are observed, reflecting an active policy in this field facing the 21st century. At MERCOSUR, we note the emergence of several startups in many of the States Parties and Associates. If MERCOSUR and the region become a space that generates the innovation that the needs of the 21st century impose, it will also be a space for the development of more and new startups. This will generate a pole of growth and will suppose the possibility of a development that allows to overcome the gaps and the social and economic needs, consolidating the long-awaited development with quality of life for its inhabitants.

Keywords: Startups, Innovation, Integration, Development.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Pablo César Mortarotti es Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Máster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. España). Diplomado en Diplomacia Contemporánea (Universidad Nacional de Córdoba). Prof. Adjunto de Derecho Internacional Público (Universidad Católica de Córdoba). Prof. Ayudante de Derecho Internacional Público (Universidad Nacional de Córdoba). Prof. Titular de Derecho

Internacional Público y Derecho de la Integración Regional (Universidad Siglo 21). Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI) y Miembro de la Asociación de Estudios de la Integración (AdEI). Miembro del Instituto de Derecho Internacional y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba.

O Direito Internacional em Banksy: interlocuções entre direito internacional, filosofia política e street art

El Derecho Internacional en Banksy: interlocuciones entre derecho internacional, filosofía política y street art

Marcus Vinicius Xavier de Oliveira*

Resumo: Deve(riam) existir em tempos de complexidade social como a que hoje vige uma teoria, uma práxis e uma disposição à transdisciplinariedade, cuja dimensão epistemológica é caracterizada pela multipolaridade dos campos de estudo e pela interconectividade dos saberes. Entretanto, em razão daquilo que é identificado nesse artigo como casmurrice, trabalhos desse jaez são julgados, quando muito, inapropriados. Dito isso, o presente artigo analisa, desde uma perspectiva transdisciplinar, uma obra do artista britânico Banksy que foi reproduzida num muro da cidade de Belém, na Cisjordânia. Essa imagem, por razões que ficarão mais claras no curso dos dois primeiros tópicos, é paradigmática para se tentar compreender a vigência do princípio de Vegetibus no Direito Internacional contemporâneo, isto é, si vis pacem para bellum, discutida no último tópico desse trabalho.

Resumen: Tiempos como hoy, de extrema complejidad social, debería suscitar la construcción de una teoría y una praxis orientada por la transdisciplinariedad, cuya dimensión epistemológica es caracterizada por la multipolaridad de campos de estudio y interconectividad de los saberes. Pero, en razón de lo que identificase aquí como casmurrice, trabajos así son considerados, cuando mucho, inapropiados. Dicho eso, el presente artículo analizo, desde una perspectiva transdisciplinaria, una obra de lo artista callejero Banksy hecha en un muro de la ciudad de Belén, en la Cisjordania. Esta obra, por motivos que se explicarán a lo largo del trabajo, es paradigmática para tentarse comprender la vigencia del principio de

* Universidade Federal de Rondônia, Brasil.
E-mail: marcusoliveira@unir.br
Recibido: 30/07/2019. Aceptado: 15/01/2020.



Vegetibus en el Derecho Internacional contemporáneo – se vis pacem para bellum - discutida en lo último tópico.

Palavras-chave: Direito Internacional, Filosofia Política, Street art, Interlocução, Transdisciplinariedade.

Palabras clave: Derecho Internacional, Filosofía Política, Street art, Interlocución, Transdisciplinariedad.

1. INTRODUÇÃO: OU PARA NÃO SER UM CASMURRO: TRANSDISCIPLINARIEDADE E DIREITO INTERNACIONAL

Estou muito feliz que você me fez essa pergunta, já que muitas vezes eu encontro com pessoas que me chamam de pessimista. Em primeiro lugar, em um nível pessoal, isto não é verdade em todos os casos. Em segundo lugar, os conceitos de pessimismo e de otimismo não têm nada a ver com o pensamento. Debord citou muitas vezes uma carta de Marx, dizendo que “as condições desesperadoras da sociedade em que vivo me enchem de esperança”. Qualquer pensamento radical sempre adota a posição mais extrema de desespero. Simone Weil disse: “Eu não gosto daquelas pessoas que aquecem seus corações com esperanças vazias”. Pensamento, para mim, é exatamente isso: a coragem de desesperança. E isso não está na altura do otimismo?¹.

The bad artist imitate, the great artists steal, Banksy².

Acessa-se, sem muito esperar, o Instagram. Entre fotos e mais fotos de sorrisos, viagens, pratos e eventos gastronômicos, e muita, mas muita propaganda das mais variadas mercadorias e serviços, depara-se com a seguinte imagem: uma pomba branca, de asas abertas e levando em seu bico um ramo de oliveira – imagem que, como sabemos, é associada à paz e à esperança de dias mais propícios à convivência pacífica entre os povos -, mas que, no entanto, está vestida com um colete à prova de balas e encontra-se sob a mira de uma arma de grosso calibre, cujo agente ameaçador, em razão da tecnologia empregada, pode estar a uma distância considerável de seu alvo. Impossível não sentir, ao mesmo tempo, um pesar pela realidade representada pela imagem, como também ver se formar no rosto um sorriso, se não de condescendência, mas de cansaço e de compreensão de que a afirmação confuciana - “uma imagem vale mais que mil palavras” – é, em muitos aspectos, verdadeira.

1 CERF, Juliet. *Thought is the courage of hopelessness: an interview with philosopher Giorgio Agamben*. Disponível em: <<https://www.versobooks.com/blogs/1612-thought-is-the-courage-of-hopelessness-an-interview-with-philosopher-giorgio-agamben>>

2 Inscrição que consta em uma pedra na qual gravou a frase de autoria de Pablo Picasso, e que foi apresentada no Bristol's Museum & Art Gallery. “*Banksy versus Bristol Museum*”. Coll Hunting. Disponível em: <<https://coolhunting.com/culture/banksy/>>

A imagem acima descrita, e que se encontra registrada em um muro da cidade de Belém, na Cisjordânia, é do artista plástico contemporâneo Banksy, cuja obra, em grande medida, se manifesta por meio de uma das formas mais democráticas e acessíveis nos dias atuais, a *streetart*, essa estranha miscelânea de pichos, desenhos e mensagens de elevação ou vulgaridade que marcam as atuais (grandes) cidades do mundo como verdadeiras tatuagens de um corpo que parece demandar, para expressar toda a complexidade de sua identidade, muito mais do que o próprio corpo: é preciso ser marcada, desenhada e coberta de imagens e mensagens que teriam ou têm o condão de as comunicar e dar inteligibilidade³.

É certo, entretanto, que o mundo da arte em geral, e da pintura em particular, não é estranha ao Direito Internacional. Se ficarmos, por exemplo, no evento magno que deu origem ao sistema westfaliano, teremos tanto no âmbito da literatura – *Der abenteuerliche Simplicius Simplicissimus*, de Hans Jakob Christoffel von Grimmelshausen, novela satírica escrita em 1648 e publicada em 1649, que narra as (des)venturas de seu personagem no curso da Guerra dos Trinta Anos em terras germânicas, cujos fatos e circunstâncias são filtrados por uma disposição de espírito que faz jus a seu nome⁴ –, como no da pintura, obras de qualidade invulgar que procuraram retratar esse fato importantíssimo para a história da disciplina.

Um exemplo dentre os últimos é o quadro que pertence à National Gallery de Londres, de autoria de Gerard ter Borch II, intitulado “*The Swearing*

3 Que as tatuagens – e grafites, por extensão – têm o condão de expressar o pertencimento e a identidade dos indivíduos – e das cidades –, encontra-se presente, por exemplo, no belíssimo poema “Também no Estado de Bem Estar”, de Thomas Tranströmer: “Também no estado de bem estar/ existe a mulher só/ que golpeia em seu apartamento/ com o martelo de suas lágrimas./ E encolhido em seu agasalho/ um homem no café/ que remói e remói/ a mesma palavra no almofariz de sua boca./ E os meninos do reformatório/ que se tatuam mutuamente/ para assinalar/ que pertencem a outra tribo./ A presença da beleza/ pode ser perigosa./ A ausência da beleza/ é mortal” (livre tradução; grifamos). A presente tradução foi feita desde a versão espanhola de Francisco J. Uriz, e que foi publicada no volume 22 na Minerva, Revista del Círculo de Bellas Artes, em 2014, cujo conteúdo ali registrado é o seguinte: “También en el estado de bienestar/ existe la mujer sola/ que golpea en su apartamento/ con el martillo de sus lágrimas./ Y acurrucado en su abrigo/ un hombre en el café/ que machaca y machaca/ la misma palabra en el almirez de su boca./ Y los chicos del reformatorio/ que se tatúan mutuamente/ para marcar/ que pertenecen a otra tribu./ La presencia de la belleza/ puede ser peligrosa./ La ausencia de la belleza/ es mortal”. TRANSTRÖMER, Thomas. *También en el Estado de Bienestar*, tradução de Francisco J. Uriz. Disponível em: <<http://www.circulobellasartes.com/revistaminerva/articulo.php?id=590>>

4 Sobre este personagem, Negri e Hardt afirmaram: “Simplicissimus is born in the midst of Germany’s Thirty Yers’ War, a war in which one-third of the German population died, and true to his name Simplicissimus views this world with the simplest, most naive eyes. How else can one understand such a state of perpetual conflict, suffering, and devastation? The various armies- the French, Spanish, Swedish, and Danish, along with the different Germanic forces - pass through one after the other, each claiming more virtue and religious rectitude than the last, but to Simplicissimus they are all the same. They kill, they rape, they steal. Simplicissimus’s innocent open eyes manage to register the horror without being destroyed by it; they see through all the mystifications that obscure this brutal reality” HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. *Multitude: war and democracy in the age of Empire*. New York: Penguin Press, 2004, p. 5.

of the Oath of Ratification of the Treaty of Münster”, de 1648, e que retrata o ato de ratificação do Tratado de Münster nesse mesmo ano, com o qual se pôs termo à Guerra dos Oitenta Anos entre a Holanda e a Espanha, e que toma parte, historicamente, dos tratados que compõem a Paz de Westfália.



Gerard ter Borch II: “The Swearing of the Oath of Ratification of the Treaty of Münster”, 1648 - National Gallery, London, United Kingdom.

A pintura retrata o encontro das delegações holandesa (os seis homens ao centro da mesa) e espanhola (os dois homens à direita) na Ratskammer da Prefeitura de Münster, no momento em que ratificam, simultaneamente, as duas versões do Tratado. Ponto interessante é que, à extrema esquerda do quadro e junto à delegação espanhola, foi retratado um padre franciscano, e à extrema esquerda, um autorretrato do pintor. A composição tem, no todo, setenta e sete homens. A solenidade com que a imagem foi feita evidencia, doutra parte, o seu caráter oficial, como seja, a pretensão de retratar, para os seus contemporâneos e para a posteridade, o evento tal como ele, pretensamente, ocorreu, bem como a importância do ato e dos atores envolvidos.

O presente trabalho, no entanto, intenta aproximar, desde uma perspectiva transdisciplinar, uma possível interlocução entre Direito Internacional, *street art* e filosofia política, cujo principal objetivo é o de

demonstrar, de um lado, que os problemas sentidos pela comunidade de internacionalistas é compartilhada por outras formas de expressão da razão e da emoção humanas, mas sem a usual contenção que a Ciência Jurídica interpõe como parâmetro de fazer-se ciência para ser-se relevante e aceitável, aqui representada pela figura do casmurro⁵, e de outro lado perceber, desde esta perspectiva transdisciplinar, que é possível não somente enriquecer-se o discurso jurídico, mas também torná-lo relevante e audível por outros campos da razão e da emoção humanas, e com isso permitir-se, quem sabe, o diálogo entre saberes.

A transdisciplinariedade que guia este trabalho é identificada a partir das lições do filósofo italiano Giorgio Agamben e o seu conceito de paradigma.

2. POSSIBILIDADES E EXIGÊNCIAS DA INTERLOCUÇÃO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL, FILOSOFIA POLÍTICA E STREET ART

Afirma-se que existe interlocução quando, e somente quando, as disciplinas que se põem a dialogar, seja por um ato pessoal (em um artigo orientado pela transdisciplinariedade, por exemplo) ou coletivo (em um artigo coletivo escrito por autores de duas ou mais áreas do conhecimento, mas também numa mesa redonda ou ciclo de conferências etc), abdicam, cada qual, de sua pretensão à hegemonia discursiva e à apresentação da “palavra final”⁶, e se abraça a exigência da construção de uma narrativa construída pelo diálogo plural, cujo resultado é a presença, nesse relato, de todos os campos chamados à sua composição.

A interlocução, portanto, constitui-se numa exigência. Mas o que vem a ser uma exigência? Qual o seu estatuto epistemológico? Conforme Giorgio Agamben⁷,

Uma exigência nunca coincide com as categorias modais com as quais estamos familiarizados. O objeto da exigência não é nem necessário nem contingente, não é possível nem impossível. Pode-se dizer, entretanto, que uma coisa “exige” ou demanda [a] outra quando ocorre que, se a primeira coisa é, a outra também tem que ser, sem que, necessariamente, a primeira esteja logicamente implicada na segunda ou forçando-a a existir no âmbito

5 Conforme o Houaiss, “diz-se de ou indivíduo fechado em si mesmo; ensimesmado, sorumbático”.

6 Impossível não nos lembrarmos do poema A Palavra Final, de Elemér Horváth, na tradução de Barreto Guimarães: “A palavra final pertence ao Editor/ ele tem um secretário da cultura/ o Secretário tem um primeiro-ministro/ o primeiro ministro tem um governo/ o governo tem uma polícia/ a polícia tem armas./ Eu tenho um poema/ o poema é um tirano/ recusa assumir compromissos/ no sentido estrito da palavra/ é a palavra final/ a neve é azul como uma laranja”. HORVÁTH, Elemér. *A palavra final*, tradução de Barreto Guimarães. Disponível em: <<http://mesquita.blog.br/elemer-horvath-versos-na-tarde-blog-do-mesquita>>

7 AGAMBEN, Giorgio. “A quem se dirige a poesia?”. Tradução de Marcus V X de Oliveira. In DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier, et al. *Direitos Humanos às bordas do abismo: interlocuções entre Direito, Filosofia e Artes*. Vila Velha: Editora Praia, 2018, pp. 611.

dos fatos. Uma exigência é simplesmente algo além de toda necessidade e de toda possibilidade. É similar a uma promessa que somente pode ser cumprida por aquele que a recebe.

Se os tempos que hoje correm tendem a impedir o diálogo e a construção de alternativas às catástrofes que nos abatem, a interlocução entre disciplinas constitui-se, a todo rigor, numa exigência de nosso tempo, e que somente pode ser assumida por aquele que internaliza o cumprimento da promessa contida no ideal emancipatório concernente aos princípios que fundamentam o Direito Internacional dos Direitos Humanos e à Democracia e uma filosofia política de natureza crítica.

Disso não se segue, doutra banda, que a interlocução terá, como efeito concreto, a alteração da realidade. Por ser, ao mesmo tempo, uma postura e um procedimento, terá, necessariamente, aquela topologia que Michel Foucault tão bem descreveu em *O que é a crítica? Crítica e Aufklärung*, isto é, a exterioridade, uma vez que, tendo a pretensão de desempenhar o papel de polícia (criticar o poder e a verdade), não tem a capacidade de fazer a lei⁸.

Como já afirmado, o cumprimento dessa exigência de interlocução no presente trabalho se dará a partir do conceito agambeniano de paradigma.

Todos, de uma forma ou de outra, principalmente os que fazem das comunidades universitárias sua forma de vida, usam, correta ou incorretamente, o conceito de paradigma e suas variações nas mais diversas acepções epistemológicas possíveis. Paradigma, portanto, será ou um conceito epistemológico ou um chavão/muleta linguística em uso corrente na vida acadêmica ou mesmo fora.

Por que esse conceito é importante para o presente trabalho? Simplesmente porque Agamben define o seu trabalho intelectual essencialmente como arqueológico e paradigmático. Em 2006, numa entrevista dada a Flávia Costa, Agamben assim definiu o seu pensamento:

Meu método é arqueológico e paradigmático num sentido muito próximo ao de Foucault, mas não completamente coincidente com ele. Trata-se, diante das dicotomias que estruturam nossa cultura, de ir além das exceções que as têm produzido, porém não para encontrar um estado cronologicamente originário, mas, ao contrário, para poder compreender a situação na qual nos encontramos. A arqueologia é, nesse sentido, a única via de acesso ao presente. Porém, superar a lógica binária significa, sobretudo, ser capaz de transformar cada vez mais as dicotomias em bipolaridades, as oposições substanciais num campo de forças percorrido por tensões polares que estão presentes em cada um dos pontos sem que exista alguma possibilidade de traçar linhas claras de demarcação. Lógica do campo contra lógica da substância. Significa, entre outras coisas, que entre A e B se dá um terceiro elemento que não pode

8 FOUCAULT, Michel. *O que é a crítica? Crítica e Aufklärung*. Tradução de Gabriela Lafeté Borges. Disponível em: <<http://www.unb.br/fe/tef/filoesco/foucault/>>

ser, entretanto, um novo elemento homogêneo e similar aos anteriores: ele não é outra coisa que a neutralização e a transformação dos dois primeiros. Significa, enfim, trabalhar por paradigmas, neutralizando a falsa dicotomia entre universal e particular. Um paradigma (o termo em grego quer dizer simplesmente “exemplo”) é um fenômeno particular que, enquanto tal, vale por todos os casos do mesmo gênero e adquire assim a capacidade de construir um conjunto problemático mais vasto. Nesse sentido, o panóptico em Foucault e o duplo corpo do rei em Kantorowicz são paradigmas que abrem um novo horizonte para a investigação histórica, subtraindo-a aos contextos metonímicos cronológicos (França, o século XVIII). No mesmo sentido, em meu trabalho, lancei mão constantemente dos paradigmas: o *homo sacer* não é somente uma figura obscura do direito romano arcaico, senão também a cifra para compreender a biopolítica contemporânea. O mesmo pode ser dito do “muçulmano” em Auschwitz e do estado de exceção⁹.

Esse conceito foi mais bem desenvolvido por Agamben em seu *Signatura Rerum: Sul Metodo*¹⁰. Assim, segundo ele, o seu pensamento é paradigmático, e não histórico, sendo essa afirmação importante por dois motivos: a uma, para defenestrar os críticos que pretendem ver em seu trabalho o mesmo déficit que se tentou apontar no de Foucault – o de que ele fazia história, e não filosofia -, e a duas, para se compreender corretamente o que ele pretende descrever em termos filosóficos quando se utiliza de conceitos como *homo sacer*, estado de exceção, biopolítica, teologia econômica, teologia política etc, e que estão presentes em sua obra.

Para Agamben, o paradigma é compreendido desde a obra de Aristóteles, que em sua Retórica, afirmou que o exemplo – que ele utiliza como sinônimo de paradigma – não concerne à parte em relação ao todo, nem ao todo em relação à parte, mas sim que este atine a uma relação da parte consigo mesma. O exemplo, por isso, não se move do particular ao geral – indução -, nem do geral para o particular – dedução -, mas sim que o exemplo se move do particular para o particular, manifestando a sua própria singularidade.

Nesta relação da parte consigo mesma ocorre uma neutralização das substâncias, surgindo um novo elemento – o exemplo -, que em sua singularidade não gera uma oposição – ou A ou B -, mas sim uma tensão bipolar – entre A e B surge um *tercium genus* antes oculto, um novo elemento -, e com ela, um novo contexto ontológico capaz de explicar ambas as polaridades¹¹.

Um exemplo significativo em sua obra é o *homo sacer*. O *homo sacer* era uma figura pertencente ao direito romano arcaico que identificava

9 COSTA, Flávia. “Entrevista com Giorgio Agamben, tradução de Susana Scramim”. *Revista do Departamento de Psicologia*, 2006, vol. 18, nº 1, pp. 132-133.

10 AGAMBEN, Giorgio. *Signatura rerum: sul método*. Torino: Bollati Boringhieri, 2008.

11 AGAMBEN, *Signatura rerum...*, pp. 11-35.

uma pessoa condenada pela sociedade por ter praticado um determinado ilícito, sendo, em razão disso, posta numa zona de gris entre o direito divino e o direito humano, tornando-se, pois, em uma vida *insacrificável*, porém *matável*. O que isto quer significar? Que essa pessoa, em razão da sua condenação (*sacer esto*), somente pertencia à esfera do direito humano na medida em que qualquer um que a encontrasse poderia matá-la, sem com isso atrair a imputabilidade jurídico-penal pela prática do homicídio. Era, portanto, *matável*. De outro giro, o *homo sacer* não poderia ser oferecido em oblação aos deuses, porquanto excluído da esfera do direito divino. Era, portanto, *insacrificável*¹².

Se o *homo sacer* é um paradigma, é porque desde o mesmo se pode levantar três hipóteses bastante interessantes acerca da relação entre vida, poder e direito¹³:

- a) que o princípio da sacralidade da vida humana, reitor da política moderna, deve ser interpretado como o ponto de indecidibilidade em que a vida humana, embora sacra e inviolável por força das normas jurídicas, se torna *matável* sempre que se instaura o estado de exceção, entendido, em sentido político, como a suspensão voluntária da vigência do ordenamento jurídico;
- b) como primeira consequência, a principal característica da política moderna é a de gerar *homines sacri*, já que aquela se funda, desde sempre sobre a vida, como seja, é desde sempre uma biopolítica. Com efeito, essa teoria da filosofia política contemporânea se caracteriza pela crítica que faz ao fato de que a gestão da vida biológica pelo poder estatal implica no estabelecimento de políticas sanitárias e em práticas eugenistas, bem como na adoção de políticas humanitárias, isto é, em atos de gestão política que têm por finalidade a depuração das doenças e pestes que possam criar riscos à população, como também, na adoção de políticas que, pelo exercício da violência ou mesmo da guerra, pretendem salvar a vida humana. O que qualifica, neste sentido, a biopolítica é que a vida humana, nas suas manifestações mais mezinhas – nascimento, morte, trabalho, sexualidade, saúde etc – se torna em objeto de controle do poder político, podendo, em muitos casos, converter-se numa tanatopolítica, valer dizer, numa gestão econômica da morte daqueles sobre quem se decide serem portadores de “uma vida indigna de ser vivida”; e
- c) como segunda consequência, como o estado de exceção se tem tornado a regra no regime político ocidental, todos os homens são passíveis de se tornarem *homines sacri*, seja na figura do refugiado,

12 AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e vida nua I*, tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

13 DE OLIVEIRA, Marcus Vinicius Xavier. *Guerra do terror: da biopolítica à bioguerra*. Porto Alegre: Editora Fi, 2014, pp. 50-52.

do além-comatoso, dos favelados que são os alvos preferenciais das políticas de segurança pública ou pelos assistidos de ajuda humanitária, cujas vidas, embora sacras e invioláveis, são matáveis sempre que uma decisão jurídico-política os declarem portadores de uma vida que não merece ser vivida.

Para o presente trabalho será exemplar, isto é, paradigmática, a obra de Banksy abaixo reproduzida, e que foi extraída da página que o artista mantém no Instagram, e que será mais bem analisada e discutida no tópico que segue.

3. BANKSY E O DO DIREITO INTERNACIONAL

De Banksy, mesmo, pouco se sabe além daquilo que ele tenha revelado de si¹⁴, por exemplo, no documentário “*Exit Thought the Gift Shop*” - que venceu nessa categoria o Oscar de 2011, competindo, dentre outros, com o filme sobre a obra do artista plástico brasileiro Vik Muniz, *Lixo Extraordinário* -, uma vez que ele decidiu adotar a *persona* que dá visibilidade pública à sua obra, ocultando, nesse sentido, a própria. Com isso, a discussão acerca da (real) identidade de Banksy – se uma pessoa ou um grupo de artistas, por exemplo - se tornou em um fenômeno cultural *par excellence*, espocando cá e lá matérias que tentam identificar o indivíduo por trás da *persona*¹⁵. A prática, como se sabe, não é estranha ao mundo das artes em geral, bastando lembrar, nesse sentido, que ela foi adotada pelo grupo de hard rock Kiss durante muito tempo, isto é, desde 1973, com a formação da banda e o lançamento do primeiro álbum em 1974 – *Kiss* -, até 1983, quando foi divulgado o seu décimo primeiro álbum – *Lick it up* -, no qual eles apareceram na capa do disco sem as famosas máscaras.

Interessante lembrar que a ocultação da identidade do artista e a adoção de uma *persona* que lhe dá visibilidade pode ser remontada à origem do teatro grego e à *civitas* romana.

14 Uma frase a ele atribuída dá pistas sobre a sua intenção em ocultar-se: “I don’t know why people are so keen to put the details of their private life in public; they forget that invisibility is a superpower”. “*Banksy had it right: The future holds a mere 15 minutes of anonymity for everyone*”. CSO NEWS. Disponível em: <<https://www.csoonline.com/article/2220646/banksy-had-it-right--the-future-holds-a-mere-15-minutes-of-anonymity-for-everyone.html>>.

15 Por exemplo: “Who is Banksy and what is his real name? The man behind the myths and rumors”. THE TELEGRAPH. Disponível em <https://www.telegraph.co.uk/art/what-to-see/who-is-banksy-and-what-is-his-real-name-the-man-behind-the-myths/>, acessado em 20.jan. 2018; “Who is the street artist Banksy?”. BBC NEWS disponível em: <<https://www.bbc.co.uk/newsround/27050301>>; “A identidade de Banksy pode ter sido revelada. Para além do nome, por que sua obra importa”. NEXO JORNAL. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/06/24/A-identidade-de-Banksy-pode-ter-sido-revelada.-Para-al%C3%A9m-do-nome-por-que-sua-obra-importa>>; “Sem querer, identidade de Banksy pode ter sido revelada por amigo”. FOLHA DE SÃO PAULO. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2017/06/1895406-sem-querer-identidade-de-banksy-pode-ter-sido-revelada-por-amigo.shtml>>

Com efeito, a palavra grega que dá origem à expressão pessoa na conotação ora estudada – πρόσωπον [*prósopon*; no plural πρόσωπα, *prosopa*]; a outra é ὑπόστασις [*hypostasis*], sendo que esta última geralmente é empregada no contexto da ontologia ocidental para identificar a substância, o próprio ser - originou-se, segundo Boécio,

[...] daquelas pessoas que nas comédias e tragédias representavam homens; pois pessoa vem de “apresentar-se”, porque devido à concavidade, necessariamente se fazia mais intenso o som. Os gregos chamaram a estas pessoas *prosopa*, posto que punham sobre a face e os olhos para ocultar o rosto¹⁶.

Já no contexto romano, o conceito de *prosopa*-máscara passou a identificar a própria identidade do cidadão romano, uma vez que

Persona significa na origem “máscara” e é através da máscara que o indivíduo adquire um papel e uma identidade social. Assim, em Roma, cada indivíduo era identificado por um nome que exprimia a sua pertença a uma *gens*, a uma estirpe, mas esta era, por sua vez, definida pela máscara de cera do antepassado que cada família patrícia guardava no átrio de sua casa. Daqui a fazer *persona* a “personalidade” que define o lugar do indivíduo nos dramas e nos ritos da vida social, a distância é curta e *persona* acabou por significar a capacidade jurídica e a dignidade política do homem livre. Quanto ao escravo, do mesmo modo que não tinha nem antepassados, nem máscara, nem nome, não podia também ter uma “pessoa”, uma capacidade jurídica (*servus non habet personam*)¹⁷ (destaque no original).

Importante lembrar que a obra de Banksy não pode ser circunscrita somente à *streetart*. Nada obstante tenha sido esta forma artística aquela que lhe deu visibilidade desde sua (possível) cidade-natal, Bristol¹⁸, hoje ela se dispersa em diversas formas, desde a vídeo instalação, passando pela performance, chegando a outras que se situam no limiar entre todas as outras, como, por exemplo, o parque “Dismaland” (a Disneylândia para anarquistas)¹⁹, e o denominado “hotel com a pior vista do mundo”, o “Walled off Hotel”, que foi por ele aberto com o apoio de outros artistas na cidade de Belém, na Cisjordânia, em frente ao muro construído por Israel na zona ocupada da Palestina²⁰, muro que foi considerado como uma violação ao

16 BOETHIUS. *The theological tractates*, tradução e organização de H. F. Stewart e E. K. Rand. Cambridge: Harvard University Press, 1968, pp. 85/87.

17 AGAMBEN, Giorgio. *Nudez*. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água, 2009, p. 61.

18 BULL, Martin. *This is not a photo opportunity: the street art of Banksy*. Oakland: PM Press, 2015.

19 “*The Lasting Legacy Of Banksy’s Dismaland*”. HUFF POST. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/entry/banksy-dismaland_us_579cad7be4b0e2e15eb6172a>

20 “*Banksy Walled Off Hotel in Palestine to sell new works by elusive artist*”. THE

Direito Internacional pela Corte Internacional de Justiça no Parecer Consultivo “*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestine Territory*”²¹.

Outro ponto interessante de sua produção artística concerne ao fato de que em recente pesquisa junto à opinião pública inglesa acerca da obra de arte que os súditos da rainha mais apreciavam, o grafite/quadro “The Girl with Balloon” de Banksy foi a escolhida²², à frente, por exemplo, dos clássicos pintores ingleses – e altamente rentáveis – J.M.W. Turner, Antony Gormley e John Constable²³ -, o que levou a crítica especializada a, em muitos casos, tachar à opinião pública de ignorante e estúpida²⁴.

Essa dissociação entre opinião pública e crítica especializada, mais do que demonstrar a inexistência de uma ponte entre os dois âmbitos de apreciação estética, evidencia o próprio auto encerramento da crítica e do mundo da arte num círculo pouco afeito, se não completamente ignorado e ignorante à externalidade na qual vive, como se, entre os dois polos, existisse, quando menos, uma aporia, se não uma anfibia, isto é, uma impossibilidade de predicação e compreensão que os impede de se comunicar e se compreender.

Feitas estas ligeiras considerações biobibliográficas de Banksy, passemos a analisar a obra que escolhemos para firmar a interlocução entre Direito Internacional e *streetart*.

GUARDIAN. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/artanddesign/2017/sep/07/banksy-walled-off-hotel-palestine-gift-shop>>

21 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Advisory Opinion 09 July 2004, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestine Territory*. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>>

22 “*Banksy stencil soars past Hay Wain as UK’s favourite work of art*”. THE GUARDIAN. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/artanddesign/2017/jul/26/banksy-balloon-girl-hay-wain-favourite-uk-work-of-art-constable-poll-nation>>

23 “*Banksy’s ‘Balloon Girl’ beats paintings by Constable and Turner to be named Britain’s favourite artwork*”. INDEPENDENT. Disponível em: <<https://www.independent.co.uk/arts-entertainment/art/news/banksy-britains-favourite-artwork-balloon-girl-john-constable-jack-vettriano-jmw-turner-a7858856.html>> A relação de artistas/obras, por ordem de preferência foi a seguinte: 1. Banksy: Balloon Girl; 2. John Constable: The Hay Wain; 3. Jack Vettriano: The Singing Butler; 4. JMW Turner: The Fighting Temeraire; 5. Antony Gormley: The Angel of the North; 6. L S Lowry: Going to the Match; 7. John William Waterhouse: The Lady of Shalott; 8. Peter Blake: Sgt Pepper album cover; 9. Hipgnosis and George Hardie: Dark Side of the Moon album cover; 10. George Stubbs: Mares and Foals; 11. Thomas Gainsborough: Mr and Mrs Andrews; 12. John Everett Millais: Ophelia; 13. Andy Goldsworthy: Balanced Rock Misty; 14. David Hockney: A Bigger Splash; 15. Bridget Riley: Movement in Squares; 16. Anish Kapoor: ArcelorMittal Orbit; 17. Stik: A Couple Hold Hands in the Street; 18. Maggi Hambling: Scallop; 19. Henry Moore: Reclining Figure; 20. Jamie Reid: Never Mind the Bollocks album cover. “*Banksy’s balloon girl chosen as nation’s favourite artwork*”. BBC NEWS. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/uk-england-40717821>>

24 “*Britain’s best-loved artwork is a Banksy. That’s proof of our stupidity*”. THE GUARDIAN. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/jul/26/britain-artwork-banksy-art-girl-with-balloon>>

4. SI VIS PACEM PARA BELLUM

[...] a paz continua a ser, como sempre foi, uma trégua entre duas guerras²⁵.

A obra de Banksy que escolhemos foi aquela inicialmente relatada no presente trabalho, e que se encontra abaixo reproduzida.



Banksy. Bethlem, Cisjordânia.

Como o sabe qualquer professor da disciplina, um dos primeiros problemas que é preciso ser enfrentado na compreensão dessa imagem desde uma interlocução com o Direito Internacional é a necessária distinção entre conflito e guerra, internacional ou não.

Com efeito, ao ler-se o disposto nos artigos 1.1 e 2.3 da Carta das Nações Unidas, o que o Sistema da Carta busca assegurar não é a inexistência de conflitos, conceito que pode ser interpretado desde aquele que é dado pela ciência processual – pretensão resistida de interesse, no caso, nacionais ou internacionais entre Estados -, mas a guerra, entendida em sentido jurídico-internacional, conforme Oppenheim, como “[...] a contenda entre dois ou mais Estados por meio de suas forças armadas, com o propósito de sobrepor um ao outro e impor condições de paz aprazíveis ao vitorioso”²⁶. Com efeito,

25 BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora Unesp, 2003, p. 12.

26 *Apud* DINSTEIN, Yoram. *Guerra, agressão e legítima defesa*, 3 ed. Tradução Mauro Raposo de Mello. Bauer: Manole, 2004, p. 5.

segundo já afirmara Rousseau,

Não é, pois, a guerra uma relação de homem para homem, mas uma relação de Estado para Estado, na qual os particulares apenas acidentalmente são inimigos, não na qualidade de homens, nem mesmo como cidadãos, mas como soldados; não como membros da pátria, mas como seus defensores. Enfim, cada Estado não pode ter como inimigo senão outro Estado, nunca homens, entendido que entre coisas de naturezas diversas é impossível fixar uma verdadeira relação²⁷.

Hans Kelsen, em seus comentários à Carta das Nações Unidas, assim se manifestou sobre esta distinção:

The peace maintenance or restoration of which is a purpose of the United Nations is characterised (*sic*) as international peace. In ordinary language, international peace is a condition of absence of force in the relations among the states [...] Hence the Principles formulated as obligations of Members: to settle international disputes by peaceful means and to refrain from threat or use of the force, apply also to non-members states²⁸.

Em síntese, no Sistema da Carta objetiva-se a manutenção da paz internacional – entendida como a inexistência de conflitos armados entre Estados, obrigação que se estende inclusive para aqueles Estados que não são membros das Nações Unidas (artigo 2, 5 e 6 da Carta) -, mas não os conflitos de interesses. Se estes existirem, constitui-se em obrigação internacional dos Estados buscarem a solução do diferendo por formas pacíficas (artigo 2, 3 da Carta), que sendo uma obrigação de comportamento, abre um amplíssimo espaço para que eles escolham o meio de se obter a solução do conflito, conforme expresso no princípio de livre escolha dos meios (Declaração de Manila sobre a Solução Pacífica de Conflitos Internacionais, Resolução 37/10 da Assembleia Geral das Nações Unidas)²⁹.

Contextualizada, no entanto, a imagem de Banksy, é bastante claro que ele não se preocupou em retratar o problema das diversas guerras que espocaram desde a aprovação da Carta das Nações Unidas em 1945, mas os fracassos dos acordos de paz entre Israel e a Palestina, aos quais se poderia jungir as diversas Resoluções das Nações Unidas que busca(ra)

27 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*, tradução de Rolando Roque da Silva. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>

28 KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems*. London: Stevens & Sons Limited, 1951, p. 19.

29 “International disputes shall be settled on the basis of the sovereign equality of States and in accordance with the principle of free choice of means in conformity with obligations under the Charter of the United Nations and with the principles of justice and international law. Recourse to, or acceptance of, a settlement procedure freely agreed to by States with regard to existing or future disputes to which they are parties shall not be regarded as incompatible with the sovereign equality of States”.

m impor limites *vis-à-vis* aos contendores, desde a proibição da ampliação de novos assentamentos judeus em terras palestinas aos bombardeios em terras israelenses promovidos pelo Hamas, passando, por obviedade, pela adoção, por Israel, de uma genuína política de Apartheid em relação aos árabes e palestinos que vivem em Israel e na Cisjordânia, que se acentuou, da perspectiva constitucional, com a aprovação da Lei do Estado-Nação que declara Israel Estado judeu³⁰, e a recente declaração unilateral de que ele pretende exercer soberania sobre as Colinas de Golã, até o momento reconhecida somente pelos Estados Unidos.

Entretanto, a questão mais interessante da imagem é o fato de ela expor, imagetivamente, um conhecido princípio das relações internacionais que pode ser sintetizado na sentença que Gerald Flavius Vegetius Renatus cunhou em seu *Epitoma Rei Militaris*, segundo a qual “[i]gitur qui desiderat pacem praeparet bellum [...]”³¹, popularmente conhecida “si vis pax para bellum”: se queres a paz, prepara-te para a guerra.

Conforme demonstrou Christopher Allmand em seu *The De Re Militari of Vegetius. The reception, transmission and legacy of a roman text in the middle ages*, a obra de Vegetius se constituiu numa das principais referências da polemologia e de estratégia militar durante largos séculos, tendo influenciado a obra de autores tão importantes como John de Salisbury, Alfonso X e suas *Siete Partidas*, Jean Juvénal e Maquiavel, mormente pelo fato de este autor ter posto a relação guerra-paz não numa perspectiva transcendental tão comum ao pensamento medieval, mas realista, uma vez que o ponto central de sua concepção polemológica funda-se sobre o conceito de *prudentia*, pois o estar preparado para a guerra “[...] involved the provision of adequate arms, and in particular armour, and proper training in the use of both, as well as the creation of a psychological background favourable to those about to go into battle [...]”³². Mas não somente a preparação material, como também a de natureza psicológica e de formação e treinamento contínuo dos soldados, uma vez que Vegetius defendeu consistentemente a importância da formação moral das tropas,

[...] emphasising that the state of mind of those actively participating in war could be a crucial factor in deciding the outcome of events. Fear was one such factor to which Vegetius made reference, directly or indirectly, on several occasions. Men, he argued, were not naturally brave, but might become so with training, as weapons properly used helped to inspire confidence. The

30 O texto da lei pode ser acessado aqui <<http://knesset.gov.il/laws/special/eng/BasicLawNationState.pdf>>

31 O texto integral do parágrafo é o seguinte: “Igitur qui desiderat pacem praeparet bellum; qui victoriam cupit milites imbuat diligenter; qui secundos optat eventus domicet arte, non casu. Nemo provocare, nemo audet offendere, quem intellegit superiorem esse si pugnet”. REEVE, M. D (Ed.). *Vegetius Epitoma Rei Militaris*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 64.

32 ALLMAND, Christopher. *The De re militari of Vegetius: the reception, transmission and legacy of a Roman text in the Middle Ages*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 83.

part to be played by morale was something which Vegetius understood very well. More than once he underlined the need for every commander to address his men before battle, a practical step to encourage confidence in their ability to defeat the enemy. Over the centuries the leader's stirring address became an essential part of any description of a battle about to take place³³.

Essa concepção polemológica parece, em muitos sentidos, distante do pensamento contemporâneo que pretendeu, pelo menos desde o entre guerras, proscrever a guerra como meio de solução de controvérsias internacionais³⁴, tendo mesmo, logo após o término da Segunda Guerra, erigido o sistema internacional da Carta, cuja meta mais ambiciosa é aquela que se encontra inscrita nas palavras iniciais do preâmbulo: “[...] preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade [...]”.

Com efeito, conforme afirmado por Prosper Weil, “La Charte des Nations Unies [...] substitué au “modèle de Westphalie”, caractérisé par la force comme principale source de légitimité, le “modèle de la Charte” [...] qui refuse toute légitimité au recours à la force”³⁵, pelo que o *jus ad bellum* restou convertido no *jus contra bellum* e no *jus in bellum* na forma da legítima defesa, individual, mas principalmente coletiva³⁶.

Que o sistema da Carta tenha abolido a legitimidade da guerra como forma de solução de controvérsias internacionais não implica em afirmar-se, no mesmo passo, que os Estados tenham renunciado ou devam renunciar à máxima de Vegetibus, e não devam se preparar para a guerra, caso ela venha a espocar há qualquer momento.

Tanto isso se constitui num truísmo das relações internacionais em qualquer época, que a própria Carta da Nações Unidas, em seu capítulo VII, institui tanto a legitimidade da legítima defesa individual em face de uma agressão armada (artigo 51)³⁷, uma vez

33 ALLMAND, *The De re military of Vegetibu*, p. 258.

34 “Your don't have to be an expert in international relations to know that the agreement – referem-se ao Pacto Briand-Kellog – signed that day [...] failed to end war. Three years after the grand pronouncement, Japan invaded China. Four years after, Italy invaded Ethiopia. Four years later, Germany invaded Poland and the most of Europe. With the exception of Ireland, every one of the states that had gathered in Paris to renounce war was *at war*. And the ensuing catastrophe was for more destructive than the one that proceeded it”. HATHAWAY, Oona A., Shapiro, Scott J. *The internationalists: and their plan to outlaw war*. London: Allen Lane, 2017, p. xi.

35 WEIL, Prosper. *Le Droit International en quête de son identité*, RCAD 237, 1992, p. 28.

36 DE OLIVEIRA, *Guerra do terror: da biopolítica à bioguerra*, pp. 153-182.

37 Importante lembrar que no Relatório Ago do *draft* sobre Responsabilidade Internacional dos Estados, ele havia proposto que aquilo que o Relatório Crawford mais tarde denominou de *exceptionally serious wrongful act* deveria ser identificado como Delito Internacional. Conforme Ago, tal se justificava pelo seguinte motivo: “La notion du délit, ou plus exactement celle du tort ou du fait illicite, dont, pour des raisons de commodité terminologique, nous la considérerons comme synonyme, entre dans cette catégorie de notions (droit subjectif,

que, da perspectiva tanto do Direito Internacional como do Direito Penal Internacional, a agressão armada é qualificada como espécie de crime internacional próprio (artigo 5º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional), ensejando a persecução penal internacional direta pelos tribunais penais internacionais, bem como a imputação de responsabilidade internacional pelo cometimento de ato ilícito internacional excepcionalmente grave (*exceptionally serious wrongful act*), como também o Conselho de Segurança, na qualidade de garante da segurança e da paz internacionais, pode adotar todas as medidas necessárias para obrigar a um Estado que tenha praticado uma agressão internacional a cessá-la, inclusive mediante a intervenção armada internacional, para a qual os Estados membro deverão prestar colaboração, bem como acatar as resoluções de natureza substantiva proferidas pelo órgão (artigos 45-50 da Carta).

Royo Villanova, em obra precursora dos estudos entre literatura e Direito Internacional – Cervantes e o Direito das Gentes, de 1907, assim asseverou este truísmo:

Entretanto, há muitos que estranham quando se afirma que a finalidade das armas é a paz (e Conferência da Paz se chamou àquela que se reuniu na Haia com o frustrado propósito do desarmamento) e, no entanto, D. Quixote afirma, no referido discurso, que “*a finalidade das armas é a paz, que é o maior bem que os homens possam desejar nessa vida*”. Assim traduzia D. Quixote o célebre apotegma *si vis pacem para bellum* cada vez mais comprovado pela triste e reiterada experiência dos povos. A causa da guerra não [se] fundamenta tanto na força dos poderosos como na fraqueza dos débeis. Se Espanha tivesse conhecido sua debilidade ou tivesse se inteirado da fortaleza dos ianques, certamente que não teria ido à guerra. Se Rússia, ao mesmo tempo em que rogava a Deus pela paz na generosa iniciativa de Nicolau II, continuasse a se preparar (no original, [...] rogando à Dios por la paz [...] hubiesse seguido dando al mazo [...] de provisões e armamentos, não teria o Japão se atrevido a perturbar a paz dos Czares. Isso significa as alianças na Europa conforme a afirmação pacífica de Soberanos e Chanceleres. Essa acumulação de forças em extraordinários armamentos são uma garantia da paz pela inquietude que assalta os ânimos dos estadistas face à ideia de turbá-la, rompendo hostilidades cujo começo é sabido, mas cujas consequências ninguém poderia calcular. Dize-o bem D. Quixote: “a finalidade das armas é a paz”³⁸.

devoir juridique, contrat, acte juridique, etc) qui n'appartiennent pas plus au droit étatique qu'au droit international, mais qui, même si elles ont été étudiées plus spécifiquement par rapport à une certaine branche du droit, ont par ailleurs été admises dans le domaine de la théorie générale du droit [...] l'attribution de la qualité juridique d'illicite à un fait donné s'identifie une obligation de réparer ou bien légitimant l'application d'une sanction” AGO, Roberto. *Le délit international*, RCADI 39, 1939, pp. 422/426.

38 ROYO VILLANOVA, Antonio. “Cervantes e o Direito das Gentes”. In DE OLIVEIRA, Marcus

Para Royo Villanova, devia a Rússia, enquanto rogava a Deus pela paz, “[...] hubiesse seguido dando al mazo [...]” pois, para ficarmos em mais expressão cervantina, em matéria de defesa nacional, “[t]anto se pierde por carta de más como por carta de menos”, sendo esse princípio político uma exigência ainda persistente nas relações internacionais entre os Estados, nada obstante todo o rechaço – devido e necessário – à guerra.

CONCLUSÃO, OU DO ABANDONO

A própria natureza do presente escrito – mais um ensaio que um artigo científico – afasta(ria) a exigência de uma “conclusão”, pelo menos aquela definida pela metodologia na forma da lógica da pesquisa científica – problema/hipótese – pesquisa – resultado = conclusão. Talvez fosse possível aplicar, no presente caso, a lógica agambeniana do abandono, por ele definida no penúltimo volume da série *Homo Sacer*³⁹.

No entanto, ante a prevalência dos casmurros/apolíneos na comunidade científica sobre os dionisíacos, procurar-se-á nas linhas abaixo sintetizar uma espécie de conclusão, assim consignada:

1. A interlocução entre saberes e o método transdisciplinar é uma exigência contemporânea. Enquanto exigência, a única possibilidade de sair do âmbito da potência de não para a potência de sim, e com isso fazer-se ato, é se assumir a promessa de defesa renhida, consistente e permanente dos princípios fundamentais da comunidade internacional, sintetizadas, ao modo kantiano, no conceito de dignidade humana, isto é, “[...] quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade⁴⁰.

2. A paz que se busca assegurar pelo Direito Internacional contemporâneo é aquela caracterizada pela ausência de um conflito armado entre dois os mais Estados. Nada no sistema da Carta ilide ou infirma a existência de um conflito de interesses entre os Estados. As principais exigências, caso eles surjam, são que: a) seja solucionado de forma pacífica, e b) que os Estados se abstenham do uso da força ou de ameaça como forma de compelir à contraparte à solução do conflito. No entanto, nesse âmbito, aos Estados se assegura uma ampla discricionariedade internacional.

Vinícius Xavier. *Estudos sobre a jurisdição (penal) internacional: formas de implementação, extensão, fragmentação e actio popularis*. Porto Velho: Eudfro, 2019, s/p (no prelo).

39 Coloro che hanno letto e compreso le parti precedenti di quest’opera sapranno che non devono aspettarsi né un nuovo inizio né tanto meno una conclusione. Occorre, infatti, revocare decisamente in questione il luogo comune, secondo cui è buona regola che una ricerca cominci con una *pars destruens* e si concluda con una *pars construens* e, inoltre, che le due parti siano sostanzialmente e formalmente distinte. In una ricerca filosofica, non soltanto la *pars destruens* non può essere separata dalla *pars construens*, ma questa coincide in ogni punto senza residui con la prima. AGAMBEN, Giorgio. *L’uso dei corpi. Homo sacer IV*, 2. Vicenza: Neri Pozza, 2014, p. 9.

40 KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2013, p. 82.

3. Nesse sentido, como tem sido indicado por Pastor Ridruejo, 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 de Organizações Internacionais e/ou regimes internacionais) e na jurisdicionalização (sistemas judiciais ou quase-judiciais de soluções de controvérsias) as suas marcas mais significativas⁴¹. Entretanto, as conhecidas deficiências do Direito Internacional, sinteticamente alocadas por este autor nas expressões “carências institucionais” e “politização alargada”⁴², somente poderão ser mitigadas não com a infirmação das jurisdições nacionais (*rectius*: soberania), mas com a exigência de atuação concreta e institucionalmente adequada dos Estados na defesa dos valores e interesses comuns da humanidade.

4. Até que se opere aquela transição acima indicada, os Estados continuarão sendo os principais atores internacionais, seguindo, pois, desde uma perspectiva do realismo político, a máxima de Vegetibus.

5. A unir as duas concepções, ter-se como guia a lição que Pastor Ridruejo consignou: para ser-se idealista é preciso, antes de tudo, ser-se realista, isto é, sustentar a necessidade de aperfeiçoamento dessas instituições com pés firmes na realidade das relações internacionais tal como elas efetivamente se concretizam e de conformidade com o Direito Internacional posto⁴³, e não em ideais (ainda) inatingíveis e moralizações que tendem a excluir a própria esfera política de que se revestem as relações entre Estados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

“A identidade de Banksy pode ter sido revelada. Para além do nome, por que sua obra importa”. NEXO JORNAL. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/06/24/A-identidade-de-Banksy-pode-ter-sido-revelada.-Para-al%C3%A9m-do-nome-por-que-sua-obra-importa>>

“Banksy had it right: The future holds a mere 15 minutes of anonymity for everyone”. CSO NEWS. Disponível em: <<https://www.csoonline.com/article/2220646/banksy-had-it-right--the-future-holds-a-mere-15-minutes-of-anonymity-for-everyone.html>>

“Banksy stencil soars past Hay Wain as UK’s favourite work of art”. THE GUARDIAN. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/>>

41 PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 18 ed. Madri: Tecnos, 2014, pp. 48-49.

42 PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 23.

43 *Ibid.*, pp. 42-43.

artanddesign/2017/jul/26/banksy-balloon-girl-hay-wain-favourite-uk-work-of-art-constable-poll-nation>

“*Banksy versus Bristol Museum*”. COOL HUNTING. Disponível em: <<https://coolhunting.com/culture/banksy/>>

“*Banksy Walled Off Hotel in Palestine to sell new works by elusive artist*”. THE GUARDIAN. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/artanddesign/2017/sep/07/banksy-walled-off-hotel-palestine-gift-shop>>

“*Banksy’s ‘Balloon Girl’ beats paintings by Constable and Turner to be named Britain’s favourite artwork*”. INDEPENDENT. Disponível em: <<https://www.independent.co.uk/arts-entertainment/art/news/banksy-britains-favourite-artwork-balloon-girl-john-constable-jack-vettriano-jmw-turner-a7858856.html>>

“*Banksy’s balloon girl chosen as nation’s favourite artwork*”. BBC NEWS. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/uk-england-40717821>>

“*Britain’s best-loved artwork is a Banksy. That’s proof of our stupidity*”. THE GUARDIAN. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/jul/26/britain-artwork-banksy-art-girl-with-balloon>>

“*Sem querer, identidade de Banksy pode ter sido revelada por amigo*”. FOLHA DE SÃO PAULO. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2017/06/1895406-sem-querer-identidade-de-banksy-pode-ter-sido-revelada-por-amigo.shtml>>

“*The Lasting Legacy Of Banksy’s Dismaland*”. HUFF POST. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/entry/banksy-dismaland_us_579cad7be4b0e2e15eb6172a>

“*Who is Banksy and what is his real name? The man behind the myths and rumors*”. THE TELEGRAPH. Disponível em: <<https://www.telegraph.co.uk/art/what-to-see/who-is-banksy-and-what-is-his-real-name-the-man-behind-the-myths/>>

“*Who is the street artist Banksy?*”. BBC NEWS. Disponível em: <<https://www.bbc.co.uk/newsround/27050301>>

AGAMBEN, Giorgio. “A quem se dirige a poesia?”. Tradução de Marcus V X de Oliveira. In DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier, et al. *Direitos Humanos às bordas do abismo: interlocuções entre Direito, Filosofia e Artes*. Vila Velha: Editora Praia, 2018.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e vida nua I*, tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *L’uso dei corpi. Homo sacer IV, 2*. Vicenza: Neri Pozza, 2014.

AGAMBEN, Giorgio. *Nudez*. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D’Água, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. *Signatura rerum: sul método*. Torino: Bollati Boringhieri, 2008.

AGO, Roberto. *Le délit international*, RCADI 39, 1939.

ALLMAND, Christopher. *The De re militari of Vegetius: the reception, transmission and legacy of a Roman text in the Middle Ages*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*, tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora Unesp, 2003.

BOETHIUS. *The theological tractates*, tradução e organização de H. F. Stewart e E. K. Rand. Cambridge: Harvard University Press, 1968.

Bristol's Museum & Art Gallery. "*Banksy versus Bristol Museum*". Coll Hunting. Disponível em: <<https://coolhunting.com/culture/banksy/>>

BULL, Martin. *This is not a photo opportunity: the street art of Banksy*. Oakland: PM Press, 2015.

CERF, Julliet. *Thought is the courage of hopelessness: an interview with philosopher Giorgio Agamben*. Disponível em: <<https://www.versobooks.com/blogs/1612-thought-is-the-courage-of-hopelessness-an-interview-with-philosopher-giorgio-agamben>>

COSTA, Flávia. "Entrevista com Giorgio Agamben, tradução de Susana Scramim". *Revista do Departamento de Psicologia*, 2006, vol. 18, n° 1, pp. 132-133.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinicius Xavier. *Guerra do terror: da biopolítica à bioguerra*. Porto Alegre: Editora Fi, 2014.

DINSTEIN, Yoram. *Guerra, agressão e legítima defesa*, 3 ed. Tradução Mauro Raposo de Mello. Baueri: Manole, 2004.

FOUCAULT, Michel. *O que é a crítica? Crítica e Aufklärung*. Tradução de Gabriela Lafetá Borges. Disponível em: <<http://www.unb.br/fe/tef/filoesco/foucault/>>

HARDT, Michel, NEGRI, Antonio. *Multitude: war and democracy in the age of Empire*. New York: Penguin Press, 2004.

HATHAWAY, Oona A., Shapiro, Scott J. *The internationalists: and their plan to outlaw war*. London: Allen Lane, 2017.

HORVÁTH, Elemér. *A palavra final*, tradução de Barreto Guimarães. Disponível em: <<http://mesquita.blog.br/elemer-horvath-versos-na-tarde-blog-do-mesquita>>

HORVÁTH, Elemér. *A palavra final*, tradução de Barreto Guimarães. Disponível em: <<http://mesquita.blog.br/elemer-horvath-versos-na-tarde-blog-do-mesquita>>

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Advisory Opinion 09 July 2004, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestine Territory*, Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>>

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2013.

KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems*. London: Stevens & Sons Limited, 1951.

NEGRI, Antonio. *Multitude: war and democracy in the age of Empire*. New York: Penguin Press, 2004.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 18 ed. Madri: Tecnos, 2014.

REEVE, M. D (Ed.). *Vegetius Epitoma Rei Militaris*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*, tradução de Rolando Roque da Silva. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>

ROYO VILLANOVA, Antonio. "Cervantes e o Direito das Gentes". In DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. *Estudos sobre a jurisdição (penal) internacional: formas de implementação, extensão, fragmentação e actio popularis*. Porto Velho: Edufro, 2019.

TRANSTRÖMER, Thomas. *También en el Estado de Bienestar*, tradução de Francisco J. Uriz. Disponível em: <<http://www.circulobellasartes.com/revistaminerva/articulo.php?id=590>>

WEIL, Prosper. *Le Droit International en quête de son identité*, RCAD 237, 1992.



An analysis of the current international reality under international legal cooperation in the new civil procedural code

Abstract: Due to the increase in activities across borders, legal cooperation between countries has been increasingly promoted, thereby assuming a significant role in the current international context of a globalized world. In this sense, the act of legal cooperation appears as an important mechanism to guarantee access to justice, as well as to achieve effective judicial protection beyond national borders. From this premise, it is intended to undertake a study from the dynamics of the current international reality to the new Brazilian paradigm

of international legal cooperation, above all, seeking to emphasize innovations and improvements in the cooperation mechanisms provided by the New Brazilian Civil Procedure Code (Law nº 13.105 / 2015).

In this way, the work is structured in two chapters, in the first one a contextualization of the current dynamics of international reality will be addressed and in the second chapter the mechanisms of international legal cooperation in force in the Brazilian civil procedural diploma will be specifically analyzed.

Keywords: International Reality, International Legal Cooperation, New Brazilian Civil Procedure Code.

RESUMO BIOGRÁFICO

Marcus Vinicius Xavier de Oliveira é Professor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Rondônia. Mestre em Direito Internacional - Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Direito Penal - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Líder do Jus Gentium - Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional.

Sociedade e governança global: perspectivas para as ações coletivas no direito e na política em um mundo fragmentado

Sociedad global y gobernanza: perspectivas de acciones colectivas en derecho y política en un mundo fragmentado

José Alberto Antunes de Miranda*

Resumo: A sociedade internacional a partir do processo de governança global intensificaram as críticas sobre a insuficiência das instituições internacionais e do próprio direito internacional em dar voz a essa sociedade. Os modelos democráticos de sociedade estão em crise, o que se manifesta nas discussões relativas à representatividade de participação e de legitimidade dos atores políticos envolvidos nas decisões que atingem o futuro da humanidade. O objetivo desse artigo é salientar a necessidade de modernização das instituições internacionais e do direito internacional. O mundo atual é mais cosmopolita e ordenado a partir das estruturas de governança global e práticas multilaterais concebidas ao longo desses anos. O direito internacional continua a ser de grande importância no ordenamento da sociedade global. O estudo realizado é de natureza qualitativa descritiva, desenvolvido por meio de referenciais bibliográficos que abordam os principais temas apontados ao longo do trabalho. Conclui-se que as perspectivas para as ações coletivas no direito e na política no atual mundo de fragmentação e nacionalismo exigirá a modernização das instituições e do próprio direito internacional. A sociedade internacional tem dificuldade a partir da fragmentação do próprio sistema internacional em que vivemos em pressionar por uma melhor efetividade do sistema de governança global.

Resumen: La sociedad internacional desde el proceso de gobernanza global ha intensificado las críticas sobre la insuficiencia de las instituciones

* Universidade La Salle, Brasil.
E-mail: jose.miranda@unilasalle.edu.br
Recibido: 01/08/2019. Aceptado: 10/02/2020.



internacionales y el derecho internacional en sí mismo para dar voz a esta sociedad. Los modelos democráticos de la sociedad están en crisis, lo que se manifiesta en discusiones sobre la representatividad de la participación y la legitimidad de los actores políticos involucrados en las decisiones que afectan el futuro de la humanidad. El propósito de este artículo es enfatizar la necesidad de modernizar las instituciones internacionales y el derecho internacional. El mundo de hoy es más cosmopolita y ordenado a partir de las estructuras de gobernanza global y las prácticas multilaterales desarrolladas a lo largo de los años. El derecho internacional sigue siendo de gran importancia en el ordenamiento de la sociedad global. El estudio es cualitativo y descriptivo, desarrollado a través de referencias bibliográficas que abordan los principales temas señalados a lo largo del trabajo. De ello se deduce que las perspectivas de acción colectiva en derecho y política en el mundo actual de fragmentación y nacionalismo requerirán la modernización de las instituciones y el derecho internacional en sí. La sociedad internacional tiene dificultades debido a la fragmentación del propio sistema internacional en el que vivimos para impulsar una mejor eficacia del sistema de gobernanza global.

Palavras-chave: Sociedade Internacional, Governança Global, Instituições Internacionais, Direito Internacional.

Palabras clave: Sociedad internacional, Gobernanza global, Instituciones internacionales, Derecho internacional.

1. INTRODUÇÃO

Na história da humanidade houve vários momentos em que a sociedade internacional se apresentou de forma fragmentada. O termo sociedade internacional era muito utilizado a partir da diluição do poder estatal e do conceito de soberania tradicional. Aos poucos o termo foi dando lugar a expressão sociedade global a partir da estrutura de um novo contrato social e de uma série de regras internacionais instituídas, principalmente a partir do século XX, por meio de novas regras e instituições internacionais comuns.

A grande maioria dos Estados demonstraram ao longo desse tempo reconhecer que vivem em sociedade ao se submeterem de modo voluntário ao direito e as instituições internacionais em uma sociedade que deixa de ter características anárquicas e torna-se cada vez mais ordenada¹.

Vivemos um momento de fragmentação e de discursos nacionalistas que desprezam essas conquistas, onde tudo o que se conquistou pelo

¹ O termo sociedade anárquica vem de Hedley Bull, um dos maiores teóricos das Relações Internacionais. Para esse autor embora a sociedade internacional não tenha um governo soberano, as relações internacionais são muito mais que apenas um campo de concorrência de padrões constantes entre os Estados que perseguem interesses próprios. BULL, H. A *Sociedade Anárquica*. Brasília: IPRI, 2002, p. 9.

multilateralismo e com a governança global dão lugar a discursos e ações excludentes além de práticas unilaterais de antiglobalização.

O que se precisa ter o cuidado é de não se criticar a globalização ou a ordem global atual sem olhar para tra ante o que foi construído ao longo de todos esses anos da história da humanidade no âmbito de um ordenamento jurídico internacional comum e de instituições. A crítica ao globalismo a partir da aceitação de regras internacionais sem nenhuma visão crítica não é sadio, mas a crítica sem observar os sacrifícios feitos para se chegar ao que temos hoje, a partir dos interesses comuns da humanidade, e dos graves erros cometidos ao longo de duas grandes guerras mundiais pode ser um risco grave para consolidação de uma sociedade global que tem cada vez mais problemas e desejos comuns, respeitando a sua diversidade.

O objetivo desse artigo é apontar as falhas dos argumentos de fragmentação e de antiglobalização apresentados por algumas lideranças internacionais. O mundo atual é mais cosmopolita e ordenado a partir das estruturas de governança global e praticas multilaterais concebidas ao longo desses anos. O direito internacional continua a ser de grande importância no ordenamento da sociedade global.

A sociedade e a governança global não foram constituídas de uma hora para outra, foi um processo de avanços e recuos na humanidade e que exigirá constante atualização e revisões ante uma ordem internacional mais justa.

A primeira seção desse artigo abordará rapidamente a evolução das instituições internacionais e das estruturas de governança global a partir da idéia dos interesses comuns da humanidade. Na segunda e ultima parte se apontará a necessidade de reforma de alguma dessas instituições internacionais e do direito internacional no sentido de tornar o processo de governança global mais inclusivo e que respeite as diferenças no âmbito de uma sociedade global que clama por mais participação. No terceiro momento se explorará o desejo de modernização dessa estrutura a partir das críticas de sua insuficiência no sentido da promoção da justiça no mundo globalizado.

2. DIREITO E INSTITUIÇÕES INTERNACIONAIS: UMA EVOLUÇÃO PARA HUMANIDADE

O Pós segunda guerra mundial foi um período de importantes mudanças no âmbito das transformações estruturais em termos de instituições internacionais. As duas grandes guerras destroçaram sociedades e provocaram um sentimento de que o mundo precisaria mudar para evitar novos conflitos e ódios. Essas transformações estruturais redefiniram as organizações internacionais e também revisaram o entendimento convencional do multilateralismo no âmbito do sistema de Estados.

O Direito Internacional deixou de estar mais exclusivamente a serviço da ordem interestatista. Ele é visto hoje como uma proteção de uma ordem social a serviço das necessidades humanas. Ele tem vocação para estender-se a todos os domínios, incluindo aqueles que dependem tradicionalmente

do direito interno. As noções de comunidade internacional e de humanidade superpõem-se à sociedade de Estados. A busca de normas universais para o bem-estar da humanidade é colocada no centro da construção normativa.²

As instituições internacionais e o direito internacional estão hoje intrinsicamente conectados e são imprescindíveis para a humanidade. Diante de um cenário mundial quase insuportável de violências, de depredação da natureza, de proliferação de guerras, de surgimento de novas fronteiras e novos muros temos o sentimento de que para enfrenta-los o direito e a justiça são alternativas factíveis. Mesmo com todas as violências que foram impetadas ao longo das duas grandes guerras a humanidade continua enfrentando esses dilemas.

Segundo Robert Keohane³ as instituições internacionais são o conjunto de regras persistentes e conectadas, formais e informais, que prescrevem os papéis comportamentais, constroem as atividades e demarcam expectativas⁴.

Na definição de Holmes o multilateralismo é tradicionalmente conhecido como um diálogo entre representantes de governos que “ esperam resolver temas comuns a partir de preocupações comuns”⁵.

Importante salientar que o multilateralismo não deve ser confundido com as instituições internacionais formais. Essa distinção é muito importante no sentido de diferenciar a discussão sobre a crise do multilateralismo, como principio geral de uma discussão, sobre a crise em algumas instituições internacionais e vice-versa. A primeira envolve o debate sobre até onde os governos podem melhor atingir seus fins atuando por si próprios, unilateralmente, negociando um a um com outro governo bilateralmente e multilateralmente. A crise do ultimo envolve questões sobre o quanto é relevante a participação em instituições internacionais a partir de seus custos e benefícios.

A governança global é a ação coletiva no nível de globo, que demanda autoridade e é chamada a lidar com problemas comuns além-fronteiras e a produzir soluções para os problemas políticos globais. Implica o reconhecimento de princípios gerais de conduta além de uma ordem normativa que vai além do Estado nação. O multilateralismo é concebido como uma forma institucional de coordenação e organização das relações entre Estados de acordo com princípios comuns de conduta. Esse é um componente essencial da arquitetura contemporânea da governança global⁶.

Aliado ao conceito de governança global, os regimes internacionais “são conjuntos de princípios implícitos ou explícitos, normas, regras e

2 SMOUTS, 2004, p 131.

3 KEOHANE, 1989, p. 3

4 Weber faz uma crítica ao termo, quando salienta que a instituição implica em si mesmo paralisa e não mudança. As instituições são no mínimo padrões de comportamento e de interação que são resistentes a mudança, WEBER, 1997, p. 245.

5 HOLMES, 2009, p. 9.

6 MULDOON, 2007, p. 14.

procedimentos decisórios para os quais convergem as expectativas dos atores”⁷. O ponto chave do conceito adotado por Rosenau são as expectativas, pois elas regulam as ações tomadas pelos autores.

Já para Paulo Esteves os regimes são esse mesmo conjunto de princípios, normas, regras e procedimentos decisórios, implícitos ou não, mas que devem ser entendidos como mais do que apenas arranjos temporários que se alteram frente a todas mudanças de poder ou interesses. Isso quer dizer que o conceito adotado por Esteves vai além de desejos temporais dos Estados, e é algo intrínseco nos valores Estatais, ou seja, os regimes são regulados pela natureza estatal, como a segurança internacional, por exemplo, e por isso dificilmente tendem a mudar⁸.

Todos esses conceitos demonstram a própria evolução das instituições e do direito internacional pois os memos vieram a surgir com a própria transformação da sociedade muito em função do próprio processo de globalização.

Koskenniemi concorda com Nye e entende que a globalização “é uma universalização de preferências sobre o manto do Estado soberano”. Essas preferências podem ser, por exemplo, proteção ambiental, prevenção e resposta aos desastres⁹.

As instituições internacionais e o direito internacional continuam a evoluir e não são estáticos mudam e se adequam as práticas da sociedade global. Hoje contamos com inúmeras instituições internacionais que evoluíram ao longo dos anos como as Nações Unidas, a Organização Mundial do Comércio dentre tantos outros e vários regimes internacionais como os do clima e prevenção de catástrofes¹⁰.

A governança é a forma como as regras e ações são produzidas, sustentadas e reguladas, tendo como princípios de “boa governança” critérios como transparência, responsabilidade, liderança, integridade, compromisso, integração, efetividade e accountability¹¹. O termo refere-se também a padrões de articulação e cooperação entre atores sociais e políticos, bem como arranjos institucionais que coordenam e regulam transações dentro e através das fronteiras do sistema econômico. Inclui-se no conceito não apenas os mecanismos tradicionais de representação, tais como os partidos políticos e grupos de pressão, como também redes sociais informais, hierarquias e associações de diversos tipos¹².

O conceito de governança global traz a ideia de que o Estado não é o único ator no cenário internacional. Portanto, as organizações, regimes e instituições internacionais multilaterais e atores privados surgiram com força, fazendo com que ocorra o que Rosenau chama de um deslocamento contínuo e

7 ROSENAU, 2000, p. 20.

8 ESTEVES, 2003, p. 33.

9 KOSKENNIEMI, 2011, p. 235.

10 PASTORIZ, MIRANDA, 2017, p. 92.

11 MARQUES, 2007, p. 19-20.

12 SANTOS, 1997, p. 342.

uma rearticulação dos centros de autoridade. Esse é um fenômeno complexo, o qual implica fragmentação, desagregação, inovação, e, sobretudo, em uma realocação de autoridade, suscitando um questionamento crítico sobre a orientação de ações espontâneas sob o emblema da cooperação¹³.

Assim observamos que a sociedade internacional do mundo atual é complexa exigindo instituições internacionais que compreendam essa complexidade para que sua atuação seja mais acertiva.

No início do século XXI, se vive em uma sociedade mundial de pleno direito, composta por um sistema global de Estados, instituições internacionais, meios de comunicação de alcance global, mercados mundiais, política mundial e problemas que afetam igualmente a todos em todo o mundo¹⁴. Com isso, surgem novas formas de governança global e de estruturas jurídicas transnacionais. A questão para a política é como incutir esse processo com legitimidade democrática, um dos grandes problemas das sociedades internacionais no mundo de hoje.

Questiona-se se é possível haver e de que forma se dariam práticas democráticas para participar na constituição dessa chamada governança global. Também se questiona a capacidade coletiva de orientar as instituições sociais, políticas e econômicas que afetam a sociedade em uma escala transnacional. A democracia cosmopolita, o regionalismo democrático e uma governança democrática representam três formas de política nessa busca¹⁵.

Se por um lado John Mearsheimer¹⁶ salienta que as instituições internacionais tem influência mínima no comportamento dos Estados e dessa forma exercem pouco poder promovendo a estabilidade no pós guerra fria, defendemos que as instituições internacionais, o multilateralismo e os processos de governança global contribuíram para as boas relações da sociedade internacional desde as duas grandes guerras.

As mudanças estruturais que ocorreram ao longo do Século XX abriram espaço para a emergência do conceito de Governança Global. Já o conceito de Direito Internacional, pensado no final do Século XIX e início do Século XX em conexão com um conjunto de pressupostos positivistas e idealistas, arquitetava um tipo de governança internacional que, gradualmente, foi adaptando-se a outras formas regulatórias no espaço internacional. Essa mudança estrutural do espaço transnacional desafia o conceito clássico de Direito Internacional como direito interestatal, flexibilizando fronteiras entre público e privado, e doméstico e internacional¹⁷.

Em termos concretos, a partir da arquitetura institucional pensada na estruturação das Nações Unidas refletia uma maior preocupação com o balanço de poder do que com a representação proporcional. Novos mecanismos como o poder de veto e o deslocamento do centro de poder da

13 ROSENAU, 2000, p. 13.

14 BRUNKHORST, 2011.

15 LUPEL, 2003, p. 29.

16 MEARSHEIMER, J. A. *Tragédia da Política das Grandes Potências*. Lisboa: Gradiva, 2007.

17 KOH, 1996.

Assembleia Geral para o Conselho de Segurança, por exemplo, igualmente refletem esse afastamento de uma perspectiva parlamentarista rumo a um modelo de gestão executiva, estruturado sobre as bases de um sistema de limitações recíprocas focado não na integralidade dos Estados-membros, mas em um conjunto de atores estratégicos e relevantes.

Esse formato de gestão orientou, igualmente, a estruturação de distintas agências e organizações especializadas. A crítica ao modelo de organização política da Liga das Nações, e das dificuldades decorrentes de seu processo deliberativo colegiado, orientaram uma nova lógica em que, para além da instituição internacional central, organizações periféricas receberam ampla delegação para a gestão de problemas específicos. Os exemplos mais candentes são a criação do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Mundial, durante as conferências em Bretton Woods, em 1944; a Organização Mundial da Saúde, em 1948; e a Agência Internacional de Energia Atômica, em 1957, dentre outras¹⁸.

A ideia de uma instituição abrangente perde força ante algumas críticas a respeito da estrutura decisória das Nações Unidas. A complexidade social e a variedade dos problemas a serem enfrentados pelo Direito Internacional é por demais extensa para ser abrangida por uma instituição totalizante. O pluralismo normativo e a multiplicação de agências decisórias não são um acidente de percurso, mas sim uma consequência de um projeto de governança global que foca não no todo, mas em problemas específicos.

Para além das agências especializadas, a um só tempo, contaminam-se menos com conflitos originados em outras agências (o que não seria possível em uma única instituição abrangente) e, ainda, consolidam um vernáculo e uma racionalidade compartilhada entre agentes, facilitando o gerenciamento de conflitos. Em um contexto de balanço de poder radicalizado, uma estrutura descentralizada e especializada é mais gerenciável do que uma estrutura central, tanto por envolver menos atores, quanto por legitimar um discurso técnico que, teoricamente, não é capturado pela lógica preponderante da disputa política¹⁹.

No plano internacional percebe-se o deslocamento de um modelo deliberativo orientado pela formação de consensos políticos para um modelo de gestão, orientado pela solução de problemas em agências especializadas, em que um balanço de forças dinâmico equilibra interesses divergentes. A União Europeia foi um exemplo que explicita a conexão entre estes dois processos: a um só tempo ilustra a transferência de capacidade decisória dos parlamentos democráticos para unidades técnico-executivas especializadas que respondem pouco a mecanismos democráticos, e a verticalização de processos decisórios antes tidos de maneira soberana no estado nacional para unidades supra ou transnacionais, menos responsivas ao contexto

18 TORELY, 2016, p. 25.

19 TORELY, 2016, p. 27.

político territorial local²⁰.

Esse deslocamento é criticado justamente pelo distanciamento das comunidades ante o processo decisório e ações de algumas dessas organizações que se tornaram muito técnicas distanciando-se do real desejo da sociedade.

O estudo do direito internacional no âmbito da sociedade internacional e a relação desse com as instituições internacionais não pode se limitar ao estudo da norma envolvida, seu modo de implementação, jurisprudência relacionada, entre outros elementos tradicionalmente elencados como objetos da teoria do direito. A insuficiência no estudo desses elementos se dá principalmente porque estamos interessados em melhorar a aplicação do direito; ou seja, em aprimorar o seu papel em sociedade, em buscar aperfeiçoar a sua efetividade como instrumento para o aumento da qualidade de vida em sociedade. E para tanto, é preciso nos atentarmos para a pluralidade de atores envolvidos em movimentos de correção e de autorregulação, além da pluralidade de questões que vêm sendo tuteladas pelo direito. Todas essas questões atingem a sociedade internacional.

Como bem salienta Milani e Solinis as consequências desse contexto pluralista são os âmbitos de governança global e regimes jurídicos, com estruturas normativas em diferentes níveis que interagem e interferem umas nas outras. Diante disso, e porque estamos interessados em melhorar a aplicação do direito na sociedade, precisamos compreender esses elementos de formação das normas jurídicas pela correção e pela autorregulação, de um contexto de direito reflexivo, de governança global, de coexistência entre regimes jurídicos que interferem uns nos outros e as instituições internacionais²¹.

Ainda segundo Milani e Solinis as falhas de muitas instituições internacionais no aporte de respostas aos problemas cotidianos dos cidadãos, bem como o distanciamento entre os planos globais e necessidades locais, desencadeiam a escalada de outras demandas de participação no processo político pelo viés não governamental. Essa abertura do intergovernamentalismo nos permite conceber governanças híbridas e contornar um debate maniqueísta baseado seja nas empresas e no mercado, de um lado, seja no fortalecimento do Estado e na renovação das instituições internacionais, do outro. Esse debate polarizado tende igualmente a reduzir o econômico ao mercantil, e o político ao Estado, sem conceber, por exemplo, a pluralidade nos modos de participação na vida política²².

O programático compromisso de abordar o mundo internacional como uma sociedade anárquica encontra seu paralelo em teorias legais contemporâneas que justapõem antigas leis diplomáticas de coexistência e cooperação com incipiente regulação vertical sobre a proteção dos valores

20 TORELY, 2016, p. 28.

21 MILANI, SOLINIS, 2002.

22 Idem.

universais. A aparência é de um mundo visto, ao mesmo tempo, como um agregado de unidades autônomas e como um todo funcional²³.

Esse mundo caracterizado por muitos como uma sociedade anárquica no âmbito internacional não é mais aceitável pois a humanidade tem muitos problemas comuns que necessitam de respostas comuns. A humanidade depende cada vez mais da articulação em sociedade respeitando suas diferenças.

A modernização das instituições internacionais e do próprio direito internacional é crucial nesse momento de discursos de fragmentação e nacionalismos. Novas instituições foram configuradas para gerenciar áreas problemáticas particulares por referência a interesses e preferências que diferem dos representados nas instituições de direito geral. Não surpreendentemente, estes últimos às vezes reagiram, vendo sua posição ameaçada pela proliferação institucional e substantiva fragmentação.

De acordo com José Miranda e Sergio Cademartori e os desafios atuais do direito internacional, da política internacional contemporânea e da sociedade internacional com relação à não proliferação nuclear, como um exemplo, apontam para se considerar as falhas conjunturais (interesses nacionais e conflitantes) e as estruturais do regime (déficit democrático institucional). A sociedade internacional tem dificuldade, a partir da fragmentação do próprio sistema internacional em que vivemos, em pressionar por uma melhor efetividade do sistema de governança global²⁴.

O mesmo interesse comum dessa sociedade que levou à organização de muitas manifestações e reivindicações no período da Guerra Fria não consegue ser resgatado justamente no mundo fragmentado de hoje. A efetividade do direito internacional e a necessidade da participação das instituições internacionais mais próxima a sociedade ante o exercício de uma cidadania internacional a partir de preocupações que perpassam a própria continuidade da humanidade ficam ainda mais debilitados diante da necessidade de uma governança global mais concreta. Para isso se discute a seguir a necessidade de modernização das instituições internacionais.

3. A NECESSIDADE DE REFORMA DAS INSTITUIÇÕES INTERNACIONAIS E DO DIREITO INTERNACIONAL: GOVERNANCA GLOBAL MAIS INCLUSIVA

Oran Young destaca o papel dos regimes internacionais e das instituições internacionais, onde arranjos transnacionais, que formam sistemas de governabilidade ou governança, orientariam práticas sociais de indivíduos e grupos, pari passo que Estados exerceriam a governança²⁵. Entretanto, Andrew Hurrell sublinha que os movimentos estruturais facilitam os consensos e geram solidariedade, “ao mesmo tempo que as desigualdades de poder bloqueiam, “deformam” o movimento por um grau maior de

23 SHELTON, 2000.

24 MIRANDA E CADEMARTORI, 2018.

25 SATO, 2000.

governança na ordem internacional”²⁶.

Precisamente, para combater os efeitos perversos desse sistema, David Held formulou sua proposta de um direito democrático cosmopolita, o qual propõe a mudança da realidade, diante da manutenção da desigualdade e hierarquia que existe no sistema. A proposta previa a criação de mecanismos democráticos que complementem as esferas nacional, regional, global. Possui um papel de destaque crescente na sociedade internacional. A democracia cosmopolita tem um propósito político através de interações globais, com base em princípios igualitários de justiça e participação política²⁷.

A globalização, ao não evoluir democraticamente, não traz resultados equitativos tampouco promove o bem comum da sociedade internacional. Em razão disso, existe a necessidade de aprofundar uma democracia no âmbito global. Deve haver espaço para a participação da sociedade civil e organizações não-governamentais na tomada de decisões para a formulação e implementação de políticas públicas principalmente junto as instituições internacionais. O Progressismo Transnacional elabora a consciência e a formação de uma Sociedade Civil Global, com base política e social, e de “legitimidade” da Governança Global.

Nesse sentido, outros locais-chave de autoridade surgem quando da alteração da configuração de forças econômicas, políticas e culturais que produzem o quadro global de autoridade não mais centrado no Estado, mas manifestado em um universo cada vez mais centrífugo e pluripolarizado quanto às forças de atuação e áreas de influência político-econômico-sociais.

As instituições internacionais e o direito internacional precisam encontrar mecanismos que permitam mais participação da sociedade internacional nos âmbito das decisões que afetam a humanidade.

Esses mecanismos de legitimidade precisam se desprender dos interesses exclusivamente estatais. Eduardo Matias defende que o Estado nada mais é senão a entidade constituída pela comunidade nacional que lhe delegou poderes, sendo fundamental que os seus atos traduzam aspirações, valores e princípios eleitos pela comunidade nacional que o constituiu²⁸.

Uma das maiores críticas ao direito internacional e as instituições internacionais é de que eles muitas vezes refletem os interesses de alguns indivíduos e não do todo. É preciso considerar que hoje muitos problemas e mesmo interesses são da própria permanência e bem viver da humanidade.

O conceito de humanidade deixou o campo do discurso ético encontrando o seu lugar no mundo do direito. Essa realidade reflete em especial na defesa dos direitos fundamentais do ser humano que engloba a condenação dos crimes contra a humanidade mas também a preservação ambiental e a idéia de patrimônio comum que levam a que a humanidade passe a ser vista como sujeito passivo e ativo do direito internacional.

26 HURRELL, 2007, p. 144.

27 HELD; MC-GREW, 2000, p. 106-107.

28 MATIAS, 2014, p. 504.

O direito global só pode ser interpretado adequadamente por meio de uma teoria do pluralismo jurídico e de uma teoria das fontes do direito, correspondentemente concebida em termos pluralistas. Somente há pouco tempo a teoria do pluralismo jurídico passou por uma transformação bem sucedida, deslocando o seu foco do direito das sociedades coloniais para as formas jurídicas de diferentes comunidades étnicas, culturais e religiosas no âmbito do Estado-nação da idade moderna. Hoje em dia ela deveria novamente ajustar o seu foco – do direito dos grupos para o direito dos discursos. Do mesmo modo, uma teoria jurídica das fontes do direito deveria concentrar a sua atenção em processos “espontâneos” de formação do direito que compõem uma nova espécie e se desenvolveram – independentemente do direito instituído pelos Estados individuais ou no plano interestatal – em diversas áreas da sociedade mundial²⁹.

Mas para Pogge existe outro modo de instituir uma relação entre as nações de uma forma mais racional, não violenta e justa. Este modelo de relações concebe instituições compartilhadas que podem ser admitidas por participantes que possuem interesses divergentes assim como valores.

A idéia central é buscar instituições que são baseadas não sobre a livre informada barganha em uma distribuição de poder em constante mudança, mas sobre alguns valores que são genuinamente partilhados. Tais valores partilhados não existem se todos os participantes buscam segurança ou se cada um quer sua religião ou forma de regime que tem que prevalecer sobre as outras no final; eles ainda podem divergir sobre qual religião ou que segurança eles gostariam. Nem podemos falar em valores partilhados quando as partes têm um comum interesse em paz, por exemplo – mas que é apenas um instrumento para os seus díspares compromissos e projetos. Um esquema institucional é baseado em valores somente se seus participantes asseguram em comum alguns importantes valores últimos que são significativamente encarnados nas instituições que regulam suas interações³⁰.

Talvez mais do que nunca esses valores estejam atualmente centrados no futuro da humanidade. A ênfase nos valores comuns que deveriam dominar a configuração das instituições internacionais e do próprio direito internacional necessita ser pensada a partir da noção de que os Estados fazem parte de uma comunidade.

5. MODERNIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES INTERNACIONAIS E DO DIREITO INTERNACIONAL: INSUFICIÊNCIA DA PROMOÇÃO DA JUSTIÇA NO MUNDO GLOBALIZADO

Há a necessidade de uma estrutura básica na sociedade internacional para a concretização dos princípios de justiça e de uma ordem mais pacífica. Charles Beitz é um grande crítico do ceticismo moral que considera as relações internacionais como um estado de equilíbrio prudencial dos interesses das

29 TEUBNER, 2003, p. 11.

30 POGGE, 1989.

maiores potências. Com base nisso, o autor firma a necessidade de um acordo cooperativo para a concretização de um mundo mais estável, pelo compartilhamento de valores, como de uma justiça distributiva, que é a base para a concretização dos ideais políticos da liberdade e igualdade³¹.

Para Jean André Arnaud verifica-se nesse âmbito global uma preocupação generalizada com a defesa dos direitos do cidadão. Atribui-se esse reflexo jurídico, na busca internacional pela proteção aos direitos fundamentais, ao fenômeno da globalização. De fato, o que se observa no mundo interligado é o iminente cuidado em resguardar esses direitos fundamentais, buscando uma corrente universal de garantias essenciais para a vida em sociedade mundialmente igualitária³².

O problema é que essa sociedade está longe de ser mundialmente igualitária. Assim a sociedade civil passa a ter um papel chave no sentido de influenciar as principais decisões políticas no âmbito mundial que se dão principalmente a partir das instituições internacionais e do próprio direito internacional.

Os novos movimentos sociais surgiram com a redução do papel do Estado, criando uma divergência entre a ordem jurídica e a ordem social, isto é, a ordem jurídica, que se justifica como mecanismo de regulação objetiva e prescritiva de uma sociedade, descreve um mundo irreal aos problemas e prioridades cotidianas dos grupos sociais, cujo grau de complexidade aumenta exponencialmente numa sociedade multifacetada. A consequência é o alheamento desses grupos quanto à ordem jurídica estatal e a criação de mecanismos autóctones de regulação e de solução de conflitos³³.

Partindo da idéia de que a governança global pode ser entendida como atividade administrativa e, enquanto tal está sujeita às normas e princípios gerais do Direito administrativo, este ramo de estudos busca

compreender as estruturas, procedimentos e princípios normativos que regem a formulação de decisões de caráter regulatório e que são aplicáveis às organizações intergovernamentais, às redes reguladoras transgovernamentais, às decisões reguladoras nacionais que sejam parte de ou limitadas por regimes internacionais e a organizações híbridas público-privadas³⁴.

Kirsch e Kingsbury entendem que o direito administrativo global abrange os mecanismos jurídicos, princípios e práticas, juntamente com as compreensões sociais que lhes dão suporte, que promovam ou, caso contrário, afetem a responsabilização dos órgãos administrativos globais, em particular assegurando que tais órgãos satisfaçam os padrões adequados de transparência, consulting, participação, racionalidade e legalidade, provendo

31 BEITZ, 1999.

32 ARNAUD, 2005.

33 BARRAL e MUNHOZ, 2006, p. 303.

34 KIRSCH, KINGSBURY, 2006, p. 4-6.

uma efetiva revisão das regras e decisões geradas por estes organismos.

Grande parte da governança global, nesse sentido, pode ser compreendida como regulação e administração, correspondendo então à emergência de um espaço administrativo global, ou uma administração pública global. Obviamente, se organizando mediante uma estrutura burocrática tradicional, hierarquizada e formalizada, mas em uma rede de instituições, largamente diferenciada e fragmentada, cujas funções são desempenhadas mediante complexas articulações entre diferentes atores e organizações, distribuídos por muitos níveis de comunidades e setores de atuação, cujos procedimentos são caracterizados por um considerável grau de informalidade³⁵.

No âmbito da efetividade e eficiência – no sentido de que os processos e instituições devem produzir resultados que atendam à demanda de forma satisfatória (efetividade), ao mesmo tempo em que se busca fazer o melhor uso possível dos recursos (eficiência). Até o momento as instituições internacionais e o direito internacional não conseguiram aprofundar seu processo de modernização no sentido de dar mais voz a sociedade civil global.

Robert Dahl argumenta que tais instituições não possuem o requisito básico de controle popular para que sejam consideradas democráticas. São instituições normalmente delegadas à direção e controle de uma elite política, em nome da especialização técnica necessária, e assim o cidadão não pode opinar sobre assuntos de política ou direito internacional porque não possui o conhecimento adequado. Dahl constrói uma crítica a essa visão ao mostrar que o interesse e o conhecimento sobre questões internacionais aumentam se há debate público sobre os assuntos. Entretanto, mesmo crendo não haver democracia no seio das instituições, afirma que representam papel importante, pois funcionam como sistemas de barganha democrática³⁶.

Há ainda bastante dificuldade no âmbito da prestação de contas (accountability) – aqueles encarregados de tomar decisões, tanto burocratas governamentais quanto agentes de mercado ou organizações da sociedade civil, devem prestar contas ao público, assim como às instituições interessadas. Os mecanismos de prestação de contas variam de acordo com o tipo e a atividade da organização e conforme a decisão seja interna ou externa à organização.

Os arranjos governativos globais – consubstanciados, principalmente, nas instituições internacionais – parecem não deixar espaço à participação popular, já que as decisões que dizem respeito à esfera do local, são efetuadas em níveis cada vez mais distantes dos verdadeiramente afetados.

Não obstante a necessidade premente de mecanismos que atuem transversalmente sobre problemas que extrapolam as fronteiras territoriais, tais disposições parecem não servir de maneira a permitir a participação equânime dos povos para os quais, ou em nome dos quais deveriam atuar. A

35 KIRSCH, KINGSBURY, 2006, p. 1.

36 DAHL, 1999, p. 19-40.

governança global revela ainda a rudeza excludente de sua arquitetura.

Questões envolvendo democracia, justiça social, e a reinvenção do sentido do político retornam ao centro dos debates da governança global e dividem opiniões. De toda forma, não se pode furtar a esta tarefa, de pensar uma democratização da atual governança, sob pena de que valores setoriais ou nacionais se imponham sobre a igual oportunidade de participação³⁷.

A busca de soluções de âmbito global é difícil e gera inúmeros dissensos. Alguns desconfiam de qualquer poder institucional em nível global, temendo que ele não preste contas aos povos do mundo. Outros se preocupam com a possibilidade de que um só conjunto de prescrições universais venha a ameaçar a diversidade e a discordância. Mas, de modo geral, todos reconhecem que, em muitas situações, se as soluções forem propostas apenas em âmbito local ou nacional serão menos eficazes crescente interdependência entre os povos trouxe problemas que não se limitam às fronteiras estatais, tornando-se necessárias novas formas de regulação³⁸.

Some-se a esta quantidade de discursos e emaranhado de dispositivos reguladores, a inércia das agências intergovernamentais, ou seja, sua incapacidade em obter consensos sobre objetivos, meios e implicações da ação governativa, que se revela nos piores momentos de crise, em que o custo da hesitação é muito maior do que o de uma ação rápida.

O fracasso de instituições como o Conselho de Segurança da ONU, em tomar decisões cruciais em tempo hábil, acarreta a perda de credibilidade e da reputação dos mecanismos da governança global, contribuindo para reforçar a percepção das pessoas em relação à ineficácia e seletividade das instituições internacionais.

Assim, a baixa participação da sociedade civil na governança global segue sendo de longe, o seu maior paradoxo. Na medida em que a atividade da governança cresce e se torna mais intrusiva na vida cotidiana das populações, e estas permanecem à margem das decisões, a legitimidade desta atividade passa a ser contestada. Cada vez mais os Estados delegam suas competências a instituições internacionais, transgovernamentais ou transnacionais, que tomam decisões nas quais o público em geral, como os diretamente afetados são sistematicamente alijados de qualquer direito a voz.

Marta Cristina de Fazio salienta que na medida em que se aperfeiçoarem os mecanismos de participação, outras lacunas poderão ser mais facilmente preenchidas (democracia gera democracia). Infelizmente, por motivos de ordens diversas, ainda é muito difícil resolver os problemas relativos à falta de controle popular na governança global. Tantas são as dificuldades envolvidas que “talvez fosse o caso de indagar se a questão da governança global a abertura de canais institucionais à participação formal da sociedade civil e sua inclusão no processo decisório se apresenta como um ideal atingível”³⁹.

37 RONCATO, 2011, p. 134.

38 KOENIG-ARCHIBUGI, 2010.

39 DE FAZIO, 2010, p. 27.

Vivemos um momento atual da história sob a hegemonia do neoliberalismo, dos discursos de fragmentação e nacionalismos onde discussões sobre a necessidade da modernização do processo de governança global estão enfraquecidos. As instituições internacionais e o próprio direito internacional precisam ser fortalecidos diante de tudo o que se conquistou ao longo da história da humanidade em termos de instituições internacionais.

Conclusão

Diante de todas as discussões apresentadas, é possível concluir até o momento que a democracia nascida em fins do século 21 – cujo sistema concentrava nos poderes do Estado a totalidade dos mecanismos de decisão – atualmente passa por sérias dificuldades, principalmente a partir da intensificação dos processos de globalização, interdependência complexa e forças transnacionais.

Além disso, a demanda pela criação de instrumentos jurídicos regulatórios dos temas afetados por estas dinâmicas trouxe consigo uma complexa rede de arranjos governativos globais para esta regulação, porém raramente aberto a opinião dos povos para cujo bem existem. As instituições internacionais não conseguiram até o momento se modernizarem para atender essa demanda.

Os atuais discursos extremistas de incentivo a fragmentação e nacionalismos contribuem para enfraquecer ainda mais as atuais instituições internacionais e o próprio direito internacional diante da dificuldade do encaminhamento de sua modernização. Assim o direito internacional existe como uma promessa de justiça. A justiça para a qual o poder do direito internacional não pode ser enumerado em valores substantivos, interesses ou objetivos não tem forma institucional predeterminada.

O compromisso com as Nações Unidas ainda pode parecer apropriado como um aprendizado vagamente abandonado, voltado para a lei pública contra o crescente predomínio na globalização das estruturas informais do mercado privado internacional. Qualquer movimento desse tipo é, no entanto, minado pela pompa anacrônica que envolve a atividade cotidiana da organização, contra a qual sucessivos ciclos de propostas de reformas se transformaram em fracassos. Ainda assim os regimes internacionais como parte do processo de governança global instituído permanece importante e válido.

Os desafios atuais do direito internacional, e das instituições internacionais contemporâneas e da sociedade internacional com relação a perspectiva para as ações coletivas no direito e na política em um mundo fragmentado apontam para se considerar as falhas conjunturais (interesses nacionais e conflitantes) e as estruturais do regime (déficit democrático institucional). A sociedade internacional tem dificuldade a partir da fragmentação do próprio sistema internacional em que vivemos em pressionar por uma melhor efetividade do sistema de governança global. O compromisso dessa sociedade vai muito além do Estado uma vez que a

humanidade está em risco diante de graves problemas comuns.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNAUD, André-Jean. "Globalização, Direitos Fundamentais e Direitos Sociais". ARNAUD André. *Globalização e Direito I: impactos nacionais, regionais e transnacionais*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2005.

BARRAL, Welber; MUNHOZ, Carolina P. B. "Globalização e a prática do direito". In: GUERRA, Sidney (Ed.), *Globalização: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo*. Ijuí: Ijuí, 2006, p. 295-322.

BEITZ, Charles R. *Political Theory and International Relations*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

BRUNKHORST, H. Alguns problemas conceituais do cosmopolitismo global. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. 2011, vol. 26, n° 76.

DAHL, Robert. "Can International Organizations Be Democratic? A Skeptic's View". In: SHAPIRO, Ian; HACKER-CORDON, Casiano (Eds.), *Democracy's Edges*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

DE FAZIO, Marcia Cristina P. *A sociedade civil global como instrumento de resistência a globalização desde cima: a importância da redes* (Dissertação de mestrado em Direito). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2010.

ESTEVES, Paulo Luiz. "Instituições Internacionais: comércio, segurança e integração". Em: ESTEVES, Paulo Luiz. *Instituições internacionais: comércio, segurança e integração*. 2a ed. Minas Gerais: Editora PUC Minas, 2003.

HELD, D.; MCGREW, A. *Prós e Contras da Globalização*. Rio de Janeiro. Zahar, 2000.

HOLMES, K. R. Smart Multilateralism: when and when not to rely on the United Nations em: SCHAEFER, D., *The Limits of the United Nations and the search for alternatives*. Lanham, MD, Rowman & Littlefield Publishers, 2009.

HURRELL, Andrew. *On Global Order*. Oxford: *Oxford University Press*, 2007.

KALDOR, Mary. "Governance, Legitimacy, and Security: three scenarios for the Twenty First Century." In: WAPNER, Paul; EDWIN Jr, Lester (Ed.), *Principled World Politics: the challenge of normative international relations*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2000.

KEOHANE, R. *International Institutions and State Power: essays in the international relations theory*. London: Westview Press, 1989.

KIRSCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introduction: global governance and global administrative law in the international legal order. *European Journal of International Law*. 2006, vol. 17, n° 1.

KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias. Mapping Global Governance. The Governance of Global Issues: Effectiveness, Accountability, and Constitutionalization. London: *London School of Economics*, 2003. Disponível em: <<http://www.essex.ac.uk>>

KOH, Harold H. "Transnational Legal Process". *Nebraska Law Review*. 1996, vol. 75.

KOSKENNIEMI; Martti. *The Politics: international law*. Oxford: Hart Publishing, 2001.

LUPEL A. *Democratic Politics and Global Governance: Three Models*. 2003. Disponível em: <http://web.iaincirebon.ac.id/ebook/moon/democracy/Lupel_11-20-03.pdf>

MARQUES, M. C. C. "Aplicação dos princípios da governança corporativa ao sector público". *Revista de Administração Contemporânea*. Curitiba. 2007. vol. 11, nº 2, p. 11-26.

MATIAS, E. F. *A Humanidade e suas Fronteiras: do Estado soberano a sociedade global*. São Paulo, Paz e Terra, 2014.

MEARSHEIMER, J. *A Tragédia da Política das Grandes Potencias*. Lisboa. Gradiva, 2007.

MILANI, C.; SOLINIS, G. "Pensar a Democracia na Governança Mundial: algumas pistas para o futuro". Em MILANI, C., ARTURI, C., SOLINIS, G. (Ed.), *Democracia e Governança Mundial: que regulações para o século XXI?* Porto Alegre: Ed. UFRGS/UNESCO, 2002.

MIRANDA, J. A.; CADEMARTORI, S.; Governança Global e Sociedade Internacional: mais problemas comuns do que interesses nacionais. *Revista Juris Poesis*. 2018. Disponível em: <https://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1849>

MULDOON, Jr. JAMES P. The New New Diplomacy: The Changing Character of Multilateral Diplomacy at the United States. *British International Studies Association, University of Cambridge*, UK, 2007. Disponível em: <www.bisa.ac.uk/2007/pps/muldoon.pdf>

PASTORIZ, A. P.; MIRANDA, J. A. Cooperação Internacional por meio de desastres naturais: efetivação do direito por meio da governança. *Cadernos de Relações Internacionais*. 2017, vol. 8, nº 15.

POGGE, Thomas W. Realizing Rawls. New York: *Cornell University*, 1989.

RONCATO, Bruna Silveira. *Novos contornos do poder político: o deficit participativo na governança global e o contraponto da emergente sociedade civil* (Dissertação de mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, 2011.

ROSENAU, J. Governança, ordem e transformação na política mundial. IN: *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000.

ROSENAU, James N; CZEMPIEL, Ernest-Otto. *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Brasília: Unb e São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2000.

SANTOS, B. S. Os processos da Globalização. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. 2002. Disponível em: <<http://www.eurozine.com/articles/2002-08-22-santos-pt.html>>

SATO, Eiti. A Agenda Internacional Depois da Guerra Fria: novos temas e novas percepções. *Revista Brasileira de Política Internacional*. 2000, vol. 43, nº 1.

SHELTON, D. Commitment and Compliance- The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System. Oxford, *Oxford University Press*, 2000.

SMOUTS, M. C. A cooperação internacional: da coexistência à governança mundial. Em SMOUTS, M. C. *As Novas Relações Internacionais: práticas e teorias*. Brasília: Ed. UNB, 2004.

TEUBNER, Gunther. The global bukowina on the emergence of a transnational legal pluralism, bem como do pensamento de Neil Walker. *Impulso, Piracicaba*. 2003, vol. 14, nº 33. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp33art01.pdf>>

WEBER, S. Institutions and Change. Em DOYLE, M.; IKENBERRY, J. *New Thinking in International Relations Theory*. Colorado: Westview Press, 1997.



Global society and governance: perspectives for collective actions in law and politics in a fragmented world

Abstract: International society, from the global governance process, has intensified criticism about the insufficiency of international institutions and international law itself to give this society a voice. The democratic models of society are in crisis, which manifests itself in discussions about the representativeness of participation and the legitimacy of political actors involved in decisions that affect the future of humanity. The purpose of this article is to emphasize the need to modernize international institutions and international law. Today's world is more cosmopolitan and orderly based on global governance structures and multilateral practices developed over the years. International law continues to be of great importance in the ordering of global society. The study is qualitative and descriptive, developed through bibliographic references that address the main topics highlighted throughout the work. It follows that the prospects for collective action in law and politics in today's world of fragmentation and nationalism will require the

modernization of institutions and international law itself. International society has difficulties due to the fragmentation of the international system in which we live to promote better effectiveness of the global governance system.

Keywords: International society, Global governance, International institutions, International law.

RESUMO BIOGRÁFICO

José Alberto Antunes de Miranda é Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1996). Especialização em Integração e MERCOSUL pela UFRGS (1999). Mestrado em Relações Internacionais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2004) e Doutorado em Estudos Estratégicos Internacionais pela UFRGS (2012). Atualmente é Assessor de Assuntos Interinstitucionais e Internacionais e professor permanente do Mestrado em Direito e Sociedade além de integrar o corpo docente do Curso de Relações Internacionais da Universidade La Salle, Brasil.

NORMA EDITORIAL

PRESENTACIÓN

Cómo surgió la revista

La Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión es un espacio creado por la Secretaría del TPR para la publicación de artículos académicos que traten temas generales del derecho como regionalismo, integración, organizaciones internacionales y en especial el derecho del MERCOSUR.

Los idiomas de la revista son los idiomas oficiales del MERCOSUR: español y portugués. La frecuencia de la publicación es semestral.

Temas y alcance

Aunque el proyecto tenga como finalidad central la difusión del derecho del MERCOSUR, la publicación no se restringe al derecho de la organización regional. Pueden integrar el proyecto producciones académicas que traten el marco jurídico mercosureño, como el derecho internacional general, el derecho internacional económico y el derecho de la integración.

Sistema de revisión

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

Los artículos son inéditos, de rigor científico y no representan en ninguna hipótesis la opinión del TPR en cuanto a los temas abordados. Los artículos son sometidos a un programa de detección de plagio. Si el programa detecta citas bibliográficas que no son referenciadas correctamente, el trabajo no es publicado.

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

Gratuidad de la publicación

La revista no tiene fines lucrativos.

El envío y la publicación de los artículos no están sujetos a ningún costo.

El contenido publicado está totalmente disponible online de forma gratuita.

Criterios generales para la aceptación de manuscritos

Los artículos serán inéditos, de rigor científico y no representan en ninguna hipótesis la opinión del TPR en cuanto a los temas abordados por el autor.

La revista se reserva todos los derechos legales de reproducción del contenido.

El envío de artículos por el autor implica autorización para su publicación en la Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Este proceso finaliza con la firma de una carta de cesión de derechos por parte del autor. El envío de artículos será hecho exclusivamente a través de la página de la revista <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Bajo ningún concepto se recibirán artículos por otro medio de comunicación.

Conflicto de interés: cualquier interés de autores, revisores y editores que pueda influenciar la elaboración o evaluación de un artículo debe ser declarado para la identificación de posibles conflictos de interés. Una vez reconocido el conflicto de interés el artículo será rechazado.

Índices

Actualmente la RSTPR es miembro de CrossRef y está indizada en las siguientes bases de datos: Latindex, DOAJ, SciELO, Qualis Capes categoría B1 y REDIB.

1. ENVÍO DE ARTÍCULOS

El envío se realiza a través de la página web de la revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>

Pasos a seguir

El autor deberá ingresar los siguientes datos en el paso 3 del procedimiento de envío- (Introducción de los metadatos de envío):

- 1.- Título en portugués y en español;
- 2.- Nombre de cada autor, seguido de su afiliación institucional y título por ocasión de sometimiento del trabajo;
- 3.- Dirección electrónica para correspondencia de trámites de artículos, incluyendo fax, teléfono.

Además, el autor deberá incluir un breve currículum vitae en la sección Resumen biográfico en el campo correspondiente del sistema, que no sobrepase 50 palabras, ya que éste es incorporado en la publicación mediante uso de llamada. Se debe indicar también la actual afiliación institucional.

En caso de recibir apoyo financiero, colaboración de colegas y técnicos (por ejemplo: trabajo anteriores presentados en eventos, derivados de tesis o disertación, recopilación de datos efectuados en instituciones distintas de aquella informada en la afiliación, y otros

hechos de difusión éticamente necesarios) deberá indicarse en un párrafo especial con esta finalidad. Esos datos **NO DEBERÁN CONSTAR EN EL CUERPO DEL TRABAJO**.

Al finalizar el envío el sistema asigna un código identificadorio (Id.) al artículo recién subido mediante el cual el autor seguirá el proceso de revisión.

2. FORMATO DE ENVÍO

El artículo debe ser enviado, de forma editable, en la extensión .doc; tamaño de hoja A4, con margen superior izquierdo 3 cm, inferior derecho 2 cm.

En el formato original será usada la tipografía “Times New Roman”, tamaño 12, estilo normal y justificado. Interlineado 1,5; sin espacio entre párrafos. Los párrafos iniciales a 1,25 cm. de sangría.

El original debe contener un mínimo de 15 (quince) páginas y **no debe exceder las 20 (veinte) páginas**, incluyendo el título, resumen, desarrollo, referencias bibliográficas, cuadros, gráficos e imágenes si los tuviera.

En caso de que el artículo contenga cuadros o gráficos estadísticos, éstos deben tener un título en el cuerpo del artículo en “Times New Roman”, tamaño 10, estilo normal. Se solicita enviar los mismos en un archivo de planilla electrónica.

En caso de que el artículo contenga imágenes, deben tener un título en el cuerpo del artículo en “Times New Roman”, tamaño 10, estilo normal. Se solicita enviar los mismos en un formato de edición de imágenes (JPG, TIF, GIF, PNG) con una altura mínima de 700 px, con una resolución de 300 ppp.

Estos archivos deberán subirse en el “Paso 4 Subir fichero complementario” durante el proceso de envío del artículo.

3. ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO

La estructura del artículo debe contener:

Título: en el idioma original del texto y traducción fiel al otro idioma de la revista (si el texto original es en español, la traducción deberá ser al portugués y viceversa). No debe exceder las 20 palabras, expresando el contenido principal del trabajo de manera objetiva y clara. El equipo editor se reserva el derecho de hacer ajustes sobre el mismo.

Notas aclaratorias: cuando correspondan al título debe insertarse al final de la página con llamada de *.

Resumen: en español y portugués, consiste en una secuencia de frases concisas y objetivas que den una idea general del artículo; y en su conjunto, no deben pasar las 250 palabras en cada idioma.

Palabras clave: en portugués y en español, deben señalarse entre 3 a 5 palabras representativas del contenido del trabajo que se ubicarán

después del resumen, separadas por coma precedida de la expresión “Palabras clave o Palavras-chave”.

Cuerpo del artículo: deberá constar con la siguiente estructura: INTRODUCCIÓN, DESARROLLO, CONCLUSIÓN. El DESARROLLO puede subdividirse.

El desarrollo del artículo será numerado con número arábigo comenzando la Introducción con el número 1.

El texto que desee resaltarse dentro en un párrafo deberá escribirse en *letra cursiva*, sin utilizar en ninguna parte negrita o subrayado.

Las notas deben insertarse al final de cada página, sin sangría, letra “*Times New Roman*”, tamaño 10, con numeración secuencial iniciando con el número 1 en el cuerpo del artículo. Serán para uso de notas aclaratorias del texto y de citas-notas.

Citas directas

Las citas directas que pasen de 3 (tres) líneas deben iniciar en un nuevo párrafo con distinto margen, en letra “*Times New Roman*” 10, espaciado simple y debe terminar en el margen derecho. Las comillas deben ser suprimidas y debe dejarse una línea en blanco antes y después de la cita.

Citas en notas

Se utilizará el sistema cita-nota, insertando un número como exponente tras cada cita que reenvía a la nota. Estas notas pueden contener citas o referencias de las citas. Un número de nota se utiliza para cada cita o cada grupo de citas; la nota correspondiente puede citar a más de un documento.

a) Primera cita

La primera cita a un documento debe contener los elementos necesarios para asegurar la correspondencia exacta entre la cita y la entrada apropiada dentro de la lista de referencias bibliográficas.

La primera cita debe comprender como mínimo el o (los) nombre (s) de los autores y el título completo, tal como aparecen dentro de la referencia bibliográfica seguidas de números de páginas citadas, si es necesario.

Si el o los autores y el título no fueran suficientes para diferenciar las entradas dentro de la lista de referencias bibliográficas, la cita incluirá los elementos suplementarios (edición, año de publicación, etc.) necesarios para asegurar la correspondencia exacta con la referencia.

Ejemplo:

Texto:

Ainda assim, o art. 21 Regulamento 650/2012 pressupõe que cada pessoa tenha uma residência habitual. Pois um ponto de conexão

subsidiário – como, por exemplo, a presença fática¹ – não é encontrado na norma. Além disso, o Considerando 24, frases 3 e 4, contempla este caso, mencionando que, sob estas circunstâncias, a nacionalidade da pessoa ou o local da situação dos seus principais bens poderiam ser “um fator especial” na apreciação de todas as circunstâncias fáticas. Desta maneira, o legislador europeu dá a entender que, para fins do Regulamento 650/2012, uma pessoa sem residência habitual não existe².

Citas en notas de pie de página:

1. VON BAR, Christian; MANKOWSKI Peter. *Internationales Privatrecht Band I – Allgemeine Lehren*, p. 568-569.
2. Em sentido divergente, KUNZ Lena. “Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil 1)”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*. 2012, vol 3, p. 208-210, afirmando que podem existir casos nos quais a residência habitual é indeterminável. Sem posição manifesta, com base na Proposta do Regulamento; SCHURIG Klaus. “Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung”. Em: BERNREÜTHER, Jörn; FREITAG, Robert; LEIBLE, Stefan; SIPPEL, Harald; WANITZEK, Ulrike. *Festschrift für Ulrich Spellenberg*. 2010. p. 343, 346.

b) Segunda cita y las siguientes

Si un documento es citado varias veces, las citas siguientes reciben números diferentes.

La segunda cita de un documento y las siguientes pueden ser reducidas al o a los nombres de los autores y a un título resumido, seguido una de las siguientes abreviaturas según corresponda:

Op. Cit.: *Obra citada*. Se usa cuando se vuelve a referirse a una cita ya mencionada pero no consecutiva y cuando corresponde a diferentes páginas. Se repite el apellido y nombre del autor/es seguido de Op. Cit. y el número de página.

Si el o los autores no fueran suficientes para diferenciar las entradas dentro de la lista de referencias bibliográficas, la cita incluirá el título de la publicación citada.

Ejemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.
7.
15.
16. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. Op. cit., p. 84.

Ídem.: *Igual que la referencia anterior*. Se utiliza cuando la cita

actual proviene de la misma obra y de la misma página que la cita inmediatamente anterior.

Ejemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La "cláusula ambiental" en el MERCOSUR*, p. 8.

7. Ídem.

Ibíd.: *En el mismo lugar.* Se usa para evitar la repetición de la cita anterior en caso de que se tratase de una página diferente, pero de la misma obra citada.

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La "cláusula ambiental" en el MERCOSUR*, p. 8.

7. *Ibíd.*, p. 24.

Agradecimientos: en caso de ser necesario, con un máximo de 20 palabras, al final del artículo y antes de las referencias bibliográficas.

Referencias bibliográficas: se incorporarán al final del artículo, bajo el título **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS** donde deberán incluirse los trabajos citados en el cuerpo del texto. Se utilizará el formato ISO 690 e ISO 690-2 y serán ordenadas alfabéticamente por apellido de los autores.

PUBLICACIONES IMPRESAS

- LIBROS

APELLIDOS, Nombres. *Título del libro –en cursiva–*. Número de edición. Lugar de publicación: Editorial, año de publicación.

La mención del número de edición se realiza a partir de la segunda edición.

Un autor

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Dos autores

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

Más de dos autores

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

Autor corporativo

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y*

convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado. Asunción: CSJ, 1998.

Editor, coordinador, compilador, organizador de un libro

HOWARD, Michael; ANDREOPOULOS, George; SHULMAN, Mark(eds). *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. New Haven, London: Yale University Press, 1994.

Para todos los casos utilizar (ed) o (eds) según sea uno o más autores.

- CAPÍTULO DE UN LIBRO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. Página inicial y final del capítulo.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia; SCOTTI, Luciana Beatriz. “¿Soberanía o crisis de la Lex Mercatoria?”. En: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia (ed). *Derecho internacional privado y de la integración*. Buenos Aires: La Ley, 2011.p. 543-559.

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. (nombre la colección o serie y el volumen o número del mismo).

DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed). *Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Zavalia, 2005. (DeCITA 03.2005).

- REVISTAS

Título de la revista–en cursiva-, lugar de publicación, vol, número. Año de publicación

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTÍCULO DE REVISTA

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres. “Título del artículo –entre comillas”. *Título de la revista –en cursiva-*. año de publicación,

vol, nº o tomo, página inicial y final del artículo.

Un autor

LACERDA, Antônio Corrêa de. “Investimentos diretos estrangeiros e políticas de desenvolvimento”. *Revista Administração em Diálogo*. 2003, nº 5, p. 11-18.

Dos autores o más autores

SARTI, Fernando e LAPLANE, Mariano F. “O investimento direto estrangeiro e a internacionalização da economia brasileira nos anos 1990”. *Revista Economia e Sociedade*. 2002, vol 11, nº 1, p. 63-94.

- ARTÍCULO DE PERIÓDICO

“Título del artículo –entre comillas”. *Título del periódico–en cursiva–*. Fecha de publicación, página

“Informe de IPA confirma situación de crisis hídrica en región norte”. *Diario Cambio*. 30 dez 2014, p. 14

- TESIS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor. “Título –entre comillas–” [Tipo de documento]. Orientador. Institución académica en la que presenta. Lugar, año.

VILLAR, Pillar Carolina. “A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani”. [Tese de doutorado]. Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

- INFORMES

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. *Título del informe –en cursiva–*. Lugar de publicación: editorial, año. (Tipo de informe)

GUIRARDO ROMERO, Nuria. *Proyecto de conservación y recuperación de una especie amenazada*. Almería: s.n, 1988. (Informe técnico de la Dirección General del Medio Ambiente).

- CONFERENCIAS O CONGRESOS (ACTAS)

Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva– (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año.

Congresso Brasileiro de Direito Internacional (5º, 2007). 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>.

PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

- LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres *Título del libro –en cursiva–* [en línea]. Número de edición. Lugar de publicación: Editorial, año de publicación [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección de la página>

Un autor

MONGE-NARANJO, Alexander. *The Impact of NAFTA on Foreign Direct Investment flows in Mexico and the Excluded Countries* [en línea]. s.l: Department of Economics. Northwestern University, 2002 [fecha de consulta 30 de diciembre de 2014]. Disponible en: <http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/PDF/MONGE_NA.PDF>

Más de un autores

BURREL, A.; FERRARI, E.; GONZÁLEZ MELLADO, A; HIMICS, M.; MICHALEK, M.; SHRESTHA, S.; VAN DOORSLAER, B.; (2011) *Potential EU-Mercosur free trade agreement: impact assessment. Volume 1: main results*. Luxembourg: European Union [en línea]. Luxembourg: European Union, 2011 [fecha de consulta: 21 de octubre de 2012]. Disponible en: <http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf>

Autor corporativo

UNCTAD. *World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development* [en línea]. Ginebra: UN Publications, 2011 [acceso 28 de marzo de 2014]. Disponible em:

<http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf>

- CAPÍTULO DE UN LIBRO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*[en línea]. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. Página inicial y final del capítulo [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*[en línea]. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. (nombre la colección o serie y el volumen o número del mismo) [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

- REVISTAS

Título de la revista–en cursiva- [en línea]. lugar de publicación, vol, número. Año de publicación [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

BUSINES review [en línea]. New York, vol 25, n° 10. 1993 [consultado 3 de mayo de 2012]. Disponible en: <<https://hbr.org/>>

- ARTÍCULO DE REVISTA

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres. “Título del artículo –entre comillas” [en línea]. *Título de la revista –en cursiva-* año de publicación, vol, n° o tomo, página inicial y final del artículo [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

Un autor

GUTIERREZ–HACES, Teresa. “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN” [en línea]. *Economíaunam* 2004, vol 1, n° 3, p. 23-42 [consulta 5/12/2014]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814>>

- ARTÍCULO DE PERIÓDICO

“Título del artículo –entre comillas” [en línea]. *Título del periódico– en cursiva-*. Fecha de publicación. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

“Crisis hídrica en Mendoza: otro año en el que escasea el agua” [en línea]. *Diario UNO*. 31 oct 2014. [fecha de consulta: 18/02/2015]. Disponible em: <<http://www.diariouno.com.ar/mendoza/Crisis-hidrica-en-Mendoza-otro-ao-en-el-que-escasea-el-agua-20141031-0036.html>>

- INFORMES

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. *Título del informe –en cursiva-*[en línea]. Lugar de publicación: editorial, año. (Tipo de informe) [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

- CONFERENCIAS O CONGRESOS (ACTAS)

Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva- (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta [en línea]. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>.

- PONENCIA PRESENTADA EN UN CONGRESO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título de la ponencia –entre comillas-”. En: *Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva-* (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta [en línea]. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año. p. inicial-final. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>.

- PÁGINA WEB

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo o NOMBRE DE LA INSTITUCIÓN –en mayúsculas-. “Título de la página Web” [en línea]. Fecha de revisión/actualización si consta en la página. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. “Declaração conjunta Brasil-Paraguai” [em linha]. [acesso 07/02/2015]. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b_52/>

NORMA EDITORIAL

APRESENTAÇÃO

Como surgiu a Revista

A Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão é um espaço criado pela Secretaria do TPR para a publicação de artigos acadêmicos que tratem de temas ligados ao direito, como regionalismo, integração, organizações internacionais e, em especial, ao direito do MERCOSUL.

Os idiomas da Revista são os idiomas oficiais do MERCOSUL: espanhol e português. A frequência da publicação é semestral.

Temas e alcance

Embora o projeto tenha como finalidade central a difusão do direito do MERCOSUL, a publicação não se restringe ao direito da organização regional. Podem integrar o projeto produções acadêmicas que tratem de ramos do direito relacionados de alguma maneira com o marco jurídico mercosulino, como o direito internacional geral, o direito internacional econômico e o direito da integração.

Sistema de avaliação

Os trabalhos apresentados à Revista são analisados por um conselho técnico, sob a modalidade double blind review, isto é, de forma anônima. Os membros do conselho técnico são professores, estudiosos e investigadores do direito, com notável trajetória acadêmica e possuem plena liberdade para criticar, revisar, aprovar e reprovar os artigos submetidos. Sua identificação é reservada e considera-se o parecer emitido como se fosse da Revista.

Os artigos deverão ser inéditos, de rigor científicos e não representam, em nenhuma hipótese, a opinião do TPR quanto aos temas abordados. Os artigos são submetidos a programas de detecção de plágio. Se o programa detecta citações bibliográficas que não foram referenciadas corretamente, o trabalho não é publicado.

No que se refere à forma, os artigos devem atender a critérios e requisitos estabelecidos nesta norma editorial. Tais critérios de formato constituem, em conjunto com a análise de conteúdo, condição essencial para sua publicação. Portanto, passará pela consideração da Equipe Editorial a revisão dos requisitos formais, a fim de avaliar o cumprimento dos critérios fixados.

Gratuidade da publicação

A revista não tem fins lucrativos.

O envio e a publicação dos artigos não estão sujeitos a nenhum custo.

O conteúdo publicado está totalmente disponível online de forma gratuita.

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 afiliação 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 resalta dentro de um parágrafo deverá ser escrito em *itálico*, sem utilizar em nenhum trecho em negrito ou sublinhado.

As notas deve ser inseridas ao final de cada página, sem sangria, letra “Times New Roman”, tamanho 10, com numeração sequencial iniciando com o número 01 no corpo do artigo. Deverão servir para o esclarecimento do texto e de citações.

Citações Diretas:

As citações diretas que passem de 3 (três) linhas devem iniciar em um novo parágrafo, com margem distinta, em Times New Roman, 10, espaçamento simples e devem terminar na margem direita. As aspas devem ser suprimidas e deve-se deixar uma linha em branco antes e outra depois da citação.

Citações em notas

Utiliza-se o sistema citação-nota, inserindo-se um número como expoente logo de cada citação que faz a referência à nota. Estas notas podem conter citações ou referências a citações. Um número de nota deve ser utilizado para cada citação ou cada grupo de citações. A nota correspondente pode fazer referência a mais de um documento.

a) Primeira citação

A primeira citação de um documento deve conter os elementos necessários para assegurar a correspondência exata entre a citação e a entrada adequada dentro na lista de referências bibliográficas.

A primeira citação deve contar com, no mínimo, o (ou os) nome (s) do (dos) autor (es) e o título completo, tal como aparecem nas referências seguidas dos números das páginas citadas, caso necessário.

Caso o (ou os) nome (s) do (s) autor (es) não sejam suficientes para diferenciação na lista de referências, a citação deverá incluir os elementos suplementares (edição, ano de publicação, etc.) necessários para assegurar a correspondência exata com a referência.

Exemplo:

Texto:

Ainda assim, o art. 21 Regulamento 650/2012 pressupõe que cada pessoa tenha uma residência habitual. Pois um ponto de conexão subsidiário – como, por exemplo, a presença fática¹ – não é encontrado na norma. Além disso, o Considerando 24, frases 3 e 4, contempla este caso, mencionando que, sob estas circunstâncias, a nacionalidade da pessoa ou o local da situação dos seus principais bens poderiam ser “um fator especial” na apreciação de todas as circunstâncias fáticas. Desta maneira, o legislador europeu dá a entender que, para fins do Regulamento 650/2012, uma pessoa sem residência habitual não existe².

Citações em notas de rodapé:

1. VON BAR, Christian; MANKOWSKI Peter. Internationales Privatrecht Band I – Allgemeine Lehren, p. 568-569.
2. Em sentido divergente, KUNZ Lena. “Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil 1)”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*. 2012, vol 3, p. 208-210, afirmando que podem existir casos nos quais a residência habitual é indeterminável. Sem posição manifesta, com base na Proposta do Regulamento; SCHURIG Klaus. “Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung”. Em: BERNREÜTHER, Jörn; FREITAG, Robert; LEIBLE, Stefan; SIPPEL, Harald; WANITZEK, Ulrike. *Festschrift für Ulrich Spellenberg*. 2010. p. 343, 346.

b) Segunda citação e as seguintes

Caso um documento seja citado várias vezes, as citações seguintes recebem números diferentes.

A segunda citação de um documento e as seguintes podem ser reduzidas a (ou aos) nome (s) do (s) autor (es) e a um título resumido, sendo uma das seguintes abreviaturas possíveis:

Op. Cit.: *Obra citada*. Usa-se quando refere-se novamente a uma citação já mencionada, mas não de forma consecutiva e quando corresponda a diferentes páginas. Repetem-se o sobrenome e o nome do (s) autor (es) seguido de Op. Cit. E do número de página.

Se o (ou os) autor (es) não forem suficientes para diferenciar as entradas na lista de referências, a citação deverá incluir o título da publicação citada.

Exemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7.

15.

16. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. Op. cit., p. 84.

Ídem.: *Igual que a referencia anterior.* Utiliza-se quando a citação atual deriva da mesma obra e da mesma página que a da citação imediatamente anterior.

Exemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7. Ídem.

Ibíd.: *No mesmo lugar.* Utiliza-se para evitar a repetição de uma citação anterior no caso de que se trate de uma página diferente, mas na mesma obra citada.

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7. *Ibíd.*, p. 24.

Agradecimentos: em caso de necessidade, deve contar, no máximo, com 20 palavras, ao final do artigo e antes das referências bibliográficas.

Referências bibliográficas: devem ser incorporadas ao final do artigo, sob o título **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**, onde deverão ser inseridos os trabalhos citados no corpo do texto: Os formatos ISO 690 e ISO 690-2 devem ser utilizados e os autores deverão ser ordenados em ordem alfabética.

PUBLICAÇÕES IMPRESSAS

- LIVROS

SOBRENOME–em maiúsculas- Nomes. *Título do livro –em itálico-*. Lugar de publicação: Editora, ano de publicação

A menção do número da edição se realiza a partir da segunda edição.

Um autor

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Dois autores

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

Mais de dois autores

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. *Derecho Internacional Publico*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

Autor corporativo

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado*. Asunción: CSJ, 1998.

Editor, coordenador, compilador, organizador de livro

HOWARD, Michael; ANDREOPOULOS, George; SHULMAN, Mark(eds). *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. New Haven, London: Yale University Press, 1994.

Para todos os casos utilizar (ed) ou (eds) conforme seja um ou mais autores.

- CAPÍTULO DE LIVRO

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro”. Em SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do(s) editor(es) do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (ed) conforme seja o caso. *Título do livro –em itálico-*. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. p. inicial-final.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia; SCOTTI, Luciana Beatriz. “¿Soberanía o crisis de la Lex Mercatoria?”. En: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia (ed). *Derecho internacional privado y de la integración*. Buenos Aires: La Ley, 2011.p. 543-559.

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do autor. “Título do capítulo do livro”. Em SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do(s) editor(es) do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (ed) conforme seja o caso. *Título do livro – em itálico -*. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. p. inicial-final. (nome da coleção ou série e o volume ou número do mesmo).

DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed). *Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Zavalía, 2005. (DeCITA 03.2005).

- REVISTAS

Título da revista–em itálico-, cidade de publicação, vol, número. Ano de publicación

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTIGO DE REVISTA

SOBRENOME – em maiúsculas- Nomes. “Título do artigo”. *Título da revista – em itálico*. Ano de publicação vol, nº ou tomo, p. inicial-final.

Um autor

LACERDA, Antônio Corrêa de. “Investimentos diretos estrangeiros e políticas de desenvolvimento”. *Revista Administração em Diálogo*. 2003, nº 5, p. 11-18.

Dois autores o mais de dois autores

SARTI, Fernando e LAPLANE, Mariano F. “O investimento direto estrangeiro e a internacionalização da economia brasileira nos anos 1990”. *Revista Economia e Sociedade*. 2002, vol 11, nº 1, p. 63-94.

- ARTIGO DE PERIÓDICO

“Título do artigo – entre aspas”. *Título do periódico – em cursiva* -. Data da publicação, página

“Informe de IPA confirma situación de crisis hídrica en región norte”. *Diario Cambio*. 30 dez 2014, p. 14

- TESE

SOBRENOMES – em maiúscula -, Nomes do autor do capítulo. “Título – entre aspas” - [Tipo de documento]. Orientador. Instituição acadêmica. Lugar, ano.

VILLAR, Pillar Carolina. “A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani”. [Tese de doutorado]. Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

- RELATÓRIOS

SOBRENOMES – em maiúscula -, Nomes do autor do capítulo. *Título do relatório – em cursiva* -. Lugar de publicação: editora, ano. (Tipo de relatório)

GUIRARDO ROMERO, Nuria. *Proyecto de conservación y recuperación de una especie amenazada*. Almeria: s.n, 1988. (Informe técnico de la Dirección General del Medio Ambiente).

- CONFERÊNCIAS OU CONGRESSOS (ANAIS)

Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva- (número da

conferência, data e lugar de realização – entre parênteses -) Título dos anais. Responsabilidade secundária. Lugar da publicação: editora, ano.

Congresso Brasileiro de Direito Internacional (5º, 2007). Estudos de direito internacional: anai. Menezes, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X.

- APRESENTAÇÃO DE TRABALHO EM CONGRESSO

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título da apresentação – entre aspas -”. En: *Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva*- (número da conferência, local e data da realização –entre parênteses-) Título dos anais. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano, vol. p. inicial-final.

ALMEIDA, Guilherme de 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>.

PUBLICAÇÕES ELETRÔNICAS

- LIVROS

SOBRENOME—em maiúsculas- Nomes. *Título do livro –em itálico–* [online]. Lugar de publicação: Editora, ano de publicação [data da consulta]. Disponível em: <endereço da página>.

Um autor

MONGE-NARANJO, Alexander. *The Impact of NAFTA on Foreign Direct Investment flows in Mexico and the Excluded Countries* [online]. s.l: Department of Economics. Northwestern University, 2002 [data da consulta 30 de diciembre de 2014]. Disponível em: <http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/PDF/MONGE_NA.PDF>

Más de un autores

BURREL, A.; FERRARI, E.; GONZÁLEZ MELLADO, A; HIMICS, M.; MICHALEK, M.; SHRESTHA, S.; VAN DOORSLAER, B.; (2011) *Potential EU-Mercosur free trade agreement: impact assessment. Volume 1: main results*. Luxembourg: European Union [online]. Luxembourg: European Union, 2011 [fecha de consulta: 21 de octubre de 2012]. Disponível em: <http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf>

Autor corporativo

UNCTAD. World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development [online]. Geneva: UN Publications, 2011 [acceso 28 de marzo de 2014]. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf>

- **CAPÍTULO DE LIVRO**

SOBRENOMES – em maiúsculas-, Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro – entre aspas -”. En: **SOBRENOMES** – em maiúsculas -, Nomes do/s editor/es do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (eds) conforme o caso. *Título do livro – em cursiva-* [online]. Número da edição. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. Página inicial e final do capítulo [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

- **PARTE DE UMA COLEÇÃO DE LIVROS**

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro – entre aspas-”. En: **SOBRENOMES** – em maiúsculas -, Nomes do/s editor/es do livro seguido da abreviação entre parêntesis (ed) ou (eds) conforme o caso. *Título do livro – em cursiva* -[online]. Número da edição. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. (nome da coleção ou série e o volume ou número do mesmo) [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

- **REVISTAS**

Título da revista- 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/>

Versión online finalizada
en agosto de 2019.

Versión impresa finalizada
en agosto de 2019.

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 Nº37/03 y MERCOSUR/CMC/DEC. Nº 15/15 que abrogó a las resoluciones MERCOSUR/GMC/RES Nº 66/05 y MERCOSUR/GMC/RES Nº 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 Nº37/03 e MERCOSUL/CMC/DEC Nº 15/15 que derroga as resoluções MERCOSUL/GMC/RES Nº 66/05 e MERCOSUL/GMC/RES Nº 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

www.revistastpr.com

Av. Mcal. López 1141 casi Gral. Melgarejo, “Villa Aucinera”, CP 1532
Asunción, República del Paraguay - Teléfono 595 (21) 221411