



**Uniceub**  
ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

VOLUME 13 • N. 3 • 2016  
DIREITO TRANSNACIONAL

---

---

# REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

---

**Editores responsáveis por essa edição:**

Editores gerais:

Marcelo Dias Varella, Nitish Monebhurrin

Editor especial

Priscila Pereira de Andrade

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 13	n. 3	p. 1 - 538	dez	2016
--	----------	-------	------	------------	-----	------

## **REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**

### **BRASILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

#### **Programa de Mestrado e Doutorado em Direito**

Centro Universitário de Brasília

#### **Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

#### **Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB**

Elizabeth Regina Lopes Manzur

#### **Diretor do ICPD**

João Herculino de Souza Lopes Filho

#### **Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor**

Marcelo Dias Varella

#### **Linha editorial**

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

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

#### **Editor Gerente**

Marcelo D. Varella, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

#### **Editor Adjunto**

Nitish Monebhurrn, Centro Universitário de Brasília, Revista de Direito Internacional, Brasília/DF, Brasil

#### **Comitê editorial**

Antonio Gomes Moreira Maués, Universidade Federal do Pará

Cláudia Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul

José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo

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

Nádia de Araújo, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Sandrine Maljean-Dubois, Universidade Aix-Marseille, França

Carolina Olarte Bacares, Universidade Javeriana, Colômbia

#### **Layout capa**

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

#### **Diagramação**

S2 Books

#### **Disponível em:**

[www.rdi.uniceub.br](http://www.rdi.uniceub.br)

#### **Circulação**

Acesso aberto e gratuito

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 13, número 3 - . Brasília : UniCEUB, 2011- .

Quadrimestral.

ISSN 2237-1036

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

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

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

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

**Endereço para Permuta**

**Biblioteca Reitor João Herculino**

SEPN 707/907 Campus do UniCEUB

Cep 70790-075 Brasília-DF

Fone: 61 3966-1349

e-mail: [biblioteca@uniceub.br](mailto:biblioteca@uniceub.br)



# Sumário

<b>CRÔNICAS DA ATUALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL .....</b>	<b>2</b>
Michelle Lucas Cardoso Balbino, Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima e Katherine Limonge	
<b>Crônica 1: Diretiva europeia de proteção dos segredos de negócios contra a aquisição, utilização e divulgação ilegais: incoerências jurídicas encontradas .....</b>	<b>2</b>
<b>Crônica 2: A crise migratória na Europa e a declaração UE - Turquia sobre refugiados .....</b>	<b>7</b>
<b>Crônica 3: A lista negra do conselho de direitos humanos: a atividade das empresas nos territórios ocupados após a resolução da ONU .....</b>	<b>12</b>
<b>I. DOSSIÊ TEMÁTICO: DIREITO TRANSNACIONAL .....</b>	<b>15</b>
<b>EDITORIAL: O Direito Transnacional - Circulação de normas e relações jurídicas transnacionais .....</b>	<b>16</b>
Priscila Pereira de Andrade	
<b>A EMERGÊNCIA DO DIREITO TRANSNACIONAL AMBIENTAL .....</b>	<b>18</b>
Priscila Pereira de Andrade	
<b>1. Introdução .....</b>	<b>19</b>
<b>2. A contribuição da noção de «direito transnacional» para a proteção jurídica do meio ambiente..</b>	<b>20</b>
<b>3. A constatação de uma realidade normativa diversificada e híbrida para a proteção do meio ambiente.....</b>	<b>22</b>
3.1. Legislações nacionais e regionais para proteção do meio ambiente com efeitos extraterritoriais .....	22
3.2. Normas internacionais privadas para proteção do meio ambiente .....	23
3.3. Contratos internacionais privados para proteção do meio ambiente.....	24
<b>4. Considerações finais .....</b>	<b>25</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>25</b>
<b>DESAFÍOS Y RESPUESTAS TRANSNACIONALES FRENTE A LOS CRÍMENES AMBIENTALES .....</b>	<b>30</b>
Rosmerlin Estupiñan-Silva	
<b>1. Introducción.....</b>	<b>31</b>
<b>2. La consolidación de los medios de lucha estatales .....</b>	<b>32</b>
2.1. Protección constitucional.....	33
2.2. Respuesta administrativa .....	35
2.3. Jurisdicción penal.....	36
<b>3. La transnacionalización de los medios de lucha .....</b>	<b>40</b>

3.1. Vicisitudes internacionales.....	40
3.2. Desafíos estatales.....	43
3.3. Horizontes transnacionales.....	45

**DIREITO TRANSNACIONAL E MUDANÇAS CLIMÁTICAS .....50**

Géraud de Lassus Saint-Geniès

<b>1. Introdução .....</b>	<b>50</b>
<b>2. A identificação das normas climáticas internacionais do direito privado .....</b>	<b>52</b>
2.1. As normas relativas à certificação.....	52
2.1. As normas relativas ao cálculo das emissões de gases do efeito estufa (GEE) e à divulgação de informações sobre as emissões de GEE.....	54
2.3. As normas relativas ao comércio dos direitos de emissão.....	54
2.4. As normas relativas aos compromissos voluntários .....	55
<b>3. A coerência das normas climáticas internacionais do direito privado.....</b>	<b>56</b>
<b>4. A autonomia das normas climáticas internacionais do direito privado.....</b>	<b>57</b>
<b>5. Considerações finais .....</b>	<b>59</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>60</b>

**ESPECIES EN MOVIMIENTO: LA CONVENCION SOBRE EL COMERCIO INTERNACIONAL DE ESPECIES AMENAZADAS DE FAUNA Y FLORA SILVESTRES COMO ESPACIO DE “ENCUENTRO” DE DISCURSOS, ACTORES Y ESTRATEGIAS EN EL DERECHO AMBIENTAL TRASNACIONAL .....63**

María Valeria Berros e Dabel Leandro Franco

<b>1. Introducción.....</b>	<b>64</b>
<b>2. Observar el campo jurídico desde el entrelazamiento de discursos, estrategias y actores: una perspectiva posible. ....</b>	<b>65</b>
<b>3. Estrategias de articulación entre discursos y actores en la estructura y funcionamiento de la CITES. ....</b>	<b>66</b>
<b>4. Reflexiones finales. ....</b>	<b>69</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>69</b>
<b>Normativas, informes y documentos consultados.....</b>	<b>70</b>

**EL CARÁCTER TRANSNACIONAL DEL SISTEMA COMUNITARIO DE ECOGESTION « ECO-MANAGEMENT AND AUDIT SCHEME » (EMAS) DENTRO DE LA UE Y MÁS ALLÁ DE SUS FRONTERAS .....72**

Adélie Pomade

<b>1. ¿La transnacionalidad de EMAS facilitado por el Reglamento de 2009? .....</b>	<b>74</b>
<b>2. ¿Una transnacionalidad eficaz en la UE y fuera de sus fronteras?.....</b>	<b>75</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>77</b>

**O CONCEITO DE CONDUTA EMPRESARIAL RESPONSÁVEL À LUZ DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS  
BRASILEIRO, INTERNACIONAL E TRANSNACIONAL ..... 81**

Gabriel Webber Ziero

1. Introdução .....	82
2. Direito transnacional: um conceito em construção .....	83
3. Direito transnacional em movimento .....	85
4. Breve nota acerca do conceito de conduta empresarial responsável .....	86
5. Interações do direito brasileiro com as ordens internacional e transnacional à luz do conceito de conduta empresarial responsável .....	88
6. Conduta empresarial responsável e interação normativa no contexto da produção de soja .....	90
7. Considerações finais .....	92
Referências bibliográficas.....	92

**ARBITRAGEM NO DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL E NO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS: UMA MANIFESTAÇÃO DO DIREITO TRANSNACIONAL ..... 96**

Vivian Daniele Rocha Gabriel

1. Introdução .....	97
2. Direito Transnacional .....	98
3. Direito tributário internacional e solução de controvérsias .....	100
3.1. Conflitos no Direito Tributário Internacional .....	100
3.2. Métodos de Solução de Controvérsias no Direito Tributário Internacional.....	102
4+ Solução de controvérsias sobre investimentos .....	104
5. Brasil e sua tradição de resistência à arbitragem tributária e de investimentos .....	107
5.1. A Resistência Brasileira à Arbitragem de Investimentos .....	107
5.2. Arbitragem de Direito Tributário Internacional no Brasil.....	109
5.3. Arbitragem Tributária Internacional e de Investimentos para o Brasil.....	111
6. Considerações finais .....	113
Referências bibliográficas.....	114

**O DIREITO TRIBUTÁRIO SOB UMA PERSPECTIVA TRANSNACIONAL ..... 117**

Franciele de Simas Estrela Borges

1. Introdução .....	117
2. Otimização, harmonização e concorrência fiscal: guerra de interesses tributários .....	118
3. A transnacionalização do direito tributário .....	121
4. Considerações finais .....	122
Referências Bibliográficas .....	123

**AS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO TRANSNACIONAL COMO METODOLOGIA: ANÁLISE SOB O ENFOQUE DOS ASPECTOS PROCESSUAIS DA ARBITRAGEM ..... 126**

Flávia Foz Mange

<b>1. Introdução .....</b>	<b>127</b>
<b>2. Direito transnacional: voltando as origens de Jessup e caracterizando o conceito adotado .....</b>	<b>128</b>
2.1. O direito transnacional para Jessup e sua caracterização .....	129
2.2. O direito transnacional na arbitragem.....	132
<b>3. Os aspectos processuais da arbitragem: exemplo de direito transnacional .....</b>	<b>134</b>
3.1. Característica 1: é um método não tradicional .....	135
3.2. Característica 2: é um método que considera normas estatais e não estatais.....	136
3.3. Características 3 e 4: É um método dinâmico, que não é estático, mas que é normativo.....	137
3.4. Exemplos de fontes normativas para além das normas estatais e de direito internacional público que regem procedimentos arbitrais.....	139
3.4.1. Os regulamentos de arbitragem.....	139
3.4.2. Soft laws sobre produção de provas .....	140
3.4.3. Soft laws sobre conflito de interesses.....	140
<b>4. Considerações finais .....</b>	<b>141</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>142</b>

**O DIREITO TRANSNACIONAL (“GLOBAL LAW”) E A CRISE DE PARADIGMA DO ESTADO-CENTRISMO: É POSSÍVEL CONCEBER UMA ORDEM JURÍDICA TRANSNACIONAL? ..... 146**

Luiza Nogueira Barbosa e Valesca Raizer Borges Moschen

<b>1. Introdução .....</b>	<b>147</b>
<b>2. O nacionalismo metodológico e a crise de paradigma do estado-centrismo: estado e direito devem ser tratados como sinônimos? .....</b>	<b>148</b>
<b>3. O direito global sem estado e a teoria do pluralismo jurídico transnacional.....</b>	<b>151</b>
<b>4. Direito transnacional e a tentativa de formulação de critérios de aferição próprios .....</b>	<b>154</b>
<b>5. Considerações finais .....</b>	<b>157</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>157</b>

**TRANSPORTE AÉREO E DIREITO TRANSNACIONAL: DA CONVERGÊNCIA À UNIFORMIDADE ..... 160**

Mickael R. Viglino

<b>1. Introdução .....</b>	<b>161</b>
<b>2. A Organização da Aviação Civil Internacional e a estruturação do transporte aéreo internacional ....</b>	<b>162</b>
2.1. A produção normativa extensa da Comissão de Navegação Aérea .....	163
2.2. Publicidade das normas e acesso ao direito .....	165
<b>3. A Convenção da Cidade do Cabo e a garantia internacional dos interesses financeiros.....</b>	<b>166</b>



3.1. Uma tentativa de desnacionalizar o tratamento das garantias internacionais.....	167
3.2. Uma revolução de veludo.....	168
<b>4. A IATA e a (não tão) soft regulamentação do transporte aéreo.....</b>	<b>170</b>
4.1. A constatação da realidade da atividade normativa da IATA.....	170
4.2. O sistema uniformizado de gestão da capacidade aeroportuária.....	171
<b>5. Considerações finais .....</b>	<b>172</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>174</b>

<b>OUTROS ARTIGOS.....</b>	<b>175</b>
----------------------------	------------

<b>O FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DO PROGRAMA DE CRESCIMENTO E REDUÇÃO DA POBREZA NO HAITI .....</b>	<b>177</b>
--	------------

Pablo Henrique Hubner de Lanna Costa e Carlos Alberto Simões de Tomaz

<b>1. Introdução .....</b>	<b>178</b>
<b>2. A relação entre o FMI e os direitos humanos.....</b>	<b>179</b>
2.1. Modalidades de empréstimo do fundo .....	180
<b>3. O programa de crescimento e redução da pobreza.....</b>	<b>180</b>
3.1. As dimensões da pobreza.....	181
3.2. A implementação do programa de crescimento e redução da pobreza .....	181
3.3. Críticas ao modelo de redução da pobreza .....	182
<b>4. A República do Haiti e a implementação do plano de crescimento e redução da pobreza .....</b>	<b>182</b>
4.1. O plano interino de crescimento e redução da pobreza.....	183
4.2. Setores prioritários para a redução da pobreza.....	183
4.2.1. Agricultura .....	183
4.2.2. Indústria .....	184
4.2.3. Estradas .....	184
4.2.4. Meio ambiente.....	184
4.3. Análise do plano pleno de crescimento e redução da pobreza (PPCRP).....	184
4.3.1. Primeiro pilar: vetores de crescimento .....	185
4.3.2. Segundo pilar: desenvolvimento humano.....	186
4.3.3. Terceiro pilar: governança democrática .....	186
4.4. Atualização da implantação do plano pleno de crescimento e redução da pobreza.....	187
4.4.1. Pilar um: vetores de crescimento.....	187
4.4.2. Pilar dois: desenvolvimento humano.....	188
4.4.3. Terceiro pilar: governança democrática .....	188
<b>5. Considerações finais .....</b>	<b>188</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>189</b>

**UM ESTRANHO NO NINHO? PADRÕES PRIVADOS NO ACORDO DE BARREIRAS TÉCNICAS AO COMÉRCIO DA OMC ..... 192**

Michelle Rattón Sanchez Badin e Marina Yoshimi Takitani

<b>1. Introdução .....</b>	<b>193</b>
<b>2. Como o estranho entra no ninho: do Acordo TBT aos casos EC-Sardines e US-Tuna II.....</b>	<b>193</b>
2.1. O reconhecimento pelas regras da OMC.....	193
2.2. Os contenciosos na OMC e suas divergências de interpretação.....	194
<b>3. Por que o consenso se torna central? Representação e processo decisório .....</b>	<b>197</b>
3.1. OMC: filiação e processo decisório.....	197
3.2. ISO/IEC: membros e processo decisório.....	199
<b>4. Pontos críticos na comparação entre OMC e a ISO/IEC sob os dois prismas de análise.....</b>	<b>202</b>
4.1. Membros .....	203
4.2. Procedimento decisório.....	204
<b>5. Considerações finais .....</b>	<b>205</b>
<b>Anexo 1: Países Membros da OMC .....</b>	<b>206</b>
<b>Anexo 2: Países Membros da ISO .....</b>	<b>206</b>
<b>Anexo 3: Países Membros da IEC .....</b>	<b>207</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>207</b>

**OS BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS DO PROGRAMA INOVAR-AUTO E OS PRINCÍPIOS DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA E DO TRATAMENTO NACIONAL: UMA ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DOS PAINÉIS ATUALMENTE EM CURSO CONTRA O BRASIL NO ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC . 211**

Eric Moraes Castro e Silva

<b>1. Introdução .....</b>	<b>212</b>
<b>2. Benefícios tributários do Inovar-Auto: Previsão e Requisitos.....</b>	<b>213</b>
<b>3. Princípio da Nação Mais Favorecida: Inovar-Auto e o art. I do GATT .....</b>	<b>216</b>
<b>4. Princípio do Tratamento Nacional: Inovar-Auto e o art. III, § 2º, primeira sentença, do GATT .</b>	<b>221</b>
<b>5. Princípio do Tratamento Nacional: o Inovar-Auto e o art. III, § 4º do GATT .....</b>	<b>226</b>
<b>6. Princípio do Tratamento Nacional: o Inovar-Auto e o art. III, § 5º do GATT .....</b>	<b>229</b>
<b>7. Considerações finais .....</b>	<b>231</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>231</b>

**A ERA DA HUMANIDADE: REFLEXÕES PARA A HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL .....236**

Henrique Weil Afonso

<b>1. Introdução .....</b>	<b>237</b>
<b>2. O Antropoceno: a era da humanidade e a desestabilização do conhecimento histórico .....</b>	<b>239</b>
2.1. Antropoceno e história: primeiras impressões .....	241

<b>3. História do direito internacional: anacronismo e contextualismo sob as condicionalidades do antropoceno.....</b>	<b>244</b>
3.1. O passado e seus sentidos para o direito internacional.....	245
3.2. Metodologias historiográficas em diálogo.....	248
<b>4. Visões do futuro na história: a experiência do antropoceno e o horizonte do direito .....</b>	<b>250</b>
4.1. Uma defesa do anacronismo histórico .....	250
4.2. Contexto histórico e incerteza no Direito Internacional .....	253
4.3. Distopia: horizontes da teleologia histórica no Antropoceno.....	254
<b>5. Considerações finais .....</b>	<b>258</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>259</b>
<b>Agradecimento.....</b>	<b>262</b>

**PRECEDENTES VINCULANTES NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E NO DIREITO BRASILEIRO: UM ESTUDO COMPARADO .....**

**264**

Patrícia Perrone Campos Mello

<b>1. Introdução .....</b>	<b>265</b>
<b>2. O teor vinculante dos precedentes nos sistemas em exame .....</b>	<b>269</b>
2.1. A ratio decidendi no direito norte-americano.....	269
2.2. A tese vinculante nos precedentes judiciais brasileiros.....	271
<b>3. O processo decisório gerador de precedentes nos dois sistemas.....</b>	<b>274</b>
3.1. O processo decisório da Suprema Corte norte-americana .....	274
3.2. O processo decisório do Supremo Tribunal Federal .....	276
<b>4. O conteúdo não vinculante dos precedentes nos dois sistemas .....</b>	<b>278</b>
4.1. Os obiter dicta no direito norte-americano .....	278
4.2. Os obiter dicta no sistema brasileiro .....	279
<b>5. Considerações finais .....</b>	<b>281</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>283</b>
<b>Agradecimento.....</b>	<b>285</b>

**IL DIRITTO AMBIENTALE SECONDO L'OTTICA DEL DIRITTO COSTITUZIONALE POSITIVO E LA RESPONSABILITÀ PER DANNI ALL'AMBIENTE NEL DIRITTO COMUNITARIO: LO STATO DELL'ARTE DEL DIRITTO AMBIENTALE COSTITUZIONALE E COMUNITARIO .....**

**287**

Elcio Nacur Rezende

<b>1. Introduzione .....</b>	<b>288</b>
<b>2. La correlazione tra il diritto costituzionale e il diritto ambientale.....</b>	<b>288</b>
2.1. L'Ambiente nelle Costituzioni Europee .....	290
2.2. L'Ambiente nelle Costituzioni dell'America del Sud .....	293
2.3. L'Ambiente nelle Costituzioni dell'America Centrale e del Nord .....	294

2.4. L'Ambiente nelle Costituzioni dell'Africa .....	295
2.5. L'Ambiente nelle Costituzioni dell'Asia.....	296
2.6. L'Ambiente nelle Costituzioni dell'Oceania.....	298
<b>3. Responsabilità per danni all'ambiente nel diritto comunitario .....</b>	<b>299</b>
<b>4. Conclusioni .....</b>	<b>302</b>
<b>Riferimenti .....</b>	<b>303</b>

**DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS RELAÇÕES CONSUMEIRISTAS BRASILEIRAS: ANÁLISE À LUZ DAS TEORIAS CLÁSSICAS .....** **307**

Daniel Amin Ferraz e Marcus Vinicius Silveira de Sá

<b>1. Introdução .....</b>	<b>308</b>
<b>2. A desconsideração da personalidade jurídica .....</b>	<b>309</b>
2.1. A origem da disregard doctrine no direito norte-americano.....	309
2.2. Teorias clássicas explicativas da desconsideração.....	310
2.2.1. Teoria subjetiva .....	310
2.2.2. Teoria objetiva.....	311
2.2.2.1. Teoria da aplicação das normas.....	311
2.2.3. Teoria Negativista.....	311
<b>3. A desconsideração nas relações consumeristas brasileiras .....</b>	<b>312</b>
3.2. As teorias brasileiras “maior” e “menor” da desconsideração .....	313
<b>4. Considerações finais .....</b>	<b>314</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>316</b>

**ANALYSIS OF ADVANTAGES AND DISADVANTAGES OF FORUMS PRESCRIBED UNDER THE UNCLOS AND STATE PRACTICE: THE WAY AHEAD FOR INDIA .....** **319**

Vinai Kumar Singh

<b>1. Introduction .....</b>	<b>319</b>
<b>2. Background and forums of dispute settlement under the UNCLOS.....</b>	<b>320</b>
<b>3. Analysis of Advantages and Disadvantages of Forums Prescribed under the UNCLOS and State Practice .....</b>	<b>322</b>
3.1. Option 1: Arbitration under Annex. VII.....	322
3.2. Option 2: The International Court of Justice.....	325
3.3. Option 3: The International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) .....	326
3.4. Option 4: Special Arbitration under Annex VIII.....	328
<b>4. Maritime Delimitation .....</b>	<b>329</b>
4.1. India and the Commission on the Limits of Continental Shelf .....	329
4.2. Conciliation Commission under Annex V of the UNCLOS and Overlapping Continental Shelf .....	330
4.3. Maritime Delimitation and Choice of Forums: India .....	330



<b>5. Declarations of States Parties Relating to Settlement of Disputes in Accordance with Article 298 (Optional Exceptions to the Applicability of Part XV, Section II of the Convention): State Practice .....</b>	<b>331</b>
5.1. EEZ and Possible Approach by India .....	333
5.2. Relevancy of Declarations made by States.....	333
<b>6. Conclusion .....</b>	<b>334</b>
<b>References.....</b>	<b>335</b>

**DO GOVERNO POR LEIS À GOVERNANÇA POR NÚMEROS: BREVE ANÁLISE DO TRADE IN SERVICE AGREEMENT (TISA).....338**

Jânia Maria Lopes Saldanha, Rafaela da Cruz Mello e Têmis Limberger

<b>1. Introdução .....</b>	<b>339</b>
<b>2. Da incompletude das ideias: estética do caos e a fragilização do governo por leis.....</b>	<b>340</b>
2.1. O reino da lei na tradição moderna ocidental e o sonho da harmonia pelo cálculo .....	340
2.2. A estética do caos e o panorama transnacional no direito.....	343
<b>3. Da força da realidade: TISA e a governança por números.....</b>	<b>346</b>
3.1. Legislação “programação” e os efeitos da governança por números.....	346
3.2. TISA como demonstração da força das coisas e da realidade de uma governança por números .....	349
<b>4. Considerações finais .....</b>	<b>352</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>352</b>

**AS DIRETIVAS EUROPEIAS COMO NORMA REGULADORA DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL ..356**

Alice Rocha da Silva e Ruth Maria Pereira dos Santos

<b>1. Introdução .....</b>	<b>357</b>
<b>2. Regulação normativa a partir do direito administrativo global.....</b>	<b>359</b>
2.1. Conceitos de Direito Administrativo Global.....	359
2.2. Órgãos regulatórios com vocação administrativa global.....	361
2.3. Fontes do direito administrativo global .....	363
<b>3. O caráter transnacional das diretivas europeias no plano do direito administrativo global.....</b>	<b>364</b>
3.1. A interação entre o Direito da União Europeia e o Direito Administrativo Global: diretivas europeias como padrão normativo .....	364
3.2. A regulação global por meio do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia.....	366
3.3. As diretivas europeias como fonte normativa do direito administrativo global.....	367
<b>4. A influência das diretivas europeias no direito administrativo global: confisco de medicamentos genéricos versus o respeito dos direitos de propriedade intelectual.....</b>	<b>369</b>
<b>5. Considerações finais .....</b>	<b>371</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>372</b>

**O DESENVOLVIMENTO DA POLÍTICA AGRÍCOLA COMUM DA UNIÃO EUROPEIA .....375**

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff

1. Introdução .....	376
2. A agricultura como política integracionista da União Europeia .....	376
3. A importância inicial do setor agrícola no âmbito comunitário: a garantia da segurança alimentar... 378	
4. A política agrícola comum frente aos novos arranjos socioeconômicos regionais e mundiais: entre a conservação e a reestruturação .....	381
5. Considerações finais .....	385
Referências bibliográficas.....	386

**A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS FACE AO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA ..... 391**

Fernanda Araújo Kallás e Caetano

1. Introdução .....	392
2. A harmonização entre a imunidade das organizações internacionais e o direito de acesso à justiça . 393	
3. Relativização da imunidade das organizações internacionais na falta de vias alternativas efetivas para a solução das controvérsias .....	395
3.1. A relativização da imunidade de jurisdição .....	395
3.2. A relativização da imunidade de execução .....	396
4. Manutenção das imunidades das organizações internacionais das quais o estado do foro é membro, mesmo diante da ausência de vias alternativas para a solução de controvérsias .....	397
4.1. O ônus suportado pelo Estado do foro pela manutenção das imunidades das organizações das quais ele é membro na falta de vias alternativas para a solução de controvérsias.....	399
4.2. Análise do julgamento dos Recursos Extraordinários 578543/MT e 597368/MT proferidos em maio de 2014.....	399
5. Considerações finais .....	402
Referências bibliográficas.....	402

**O DIREITO INTERNACIONAL ENTRE O DEVER ÉTICO E A AÇÃO POLÍTICA: OS FUNDAMENTOS DE UM DEVER DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA FILOSOFIA POLÍTICA DE IMMANUEL KANT .....405**

Ademar Junior Pozzatti

1. Introdução .....	406
2. A cooperação entre a razão teórica e razão prática: do dever ético à ação política .....	406
2.1. Direito e Moral em Kant.....	407
2.2 Imperativo categórico e dignidade humana .....	409
3. Do dever das pessoas ao dever dos Estados: uma transposição possível? .....	410
4. Além do direito estatal e do direito internacional, um direito cosmopolita .....	412
5. Um dever de cooperação internacional na atualidade? Releituras contemporâneas do projeto kantiano .....	416

6. Considerações finais .....	420
Referências bibliográficas.....	421
<b>EXTENSÃO E FRAGMENTAÇÃO NO CONTEXTO DA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL .....</b>	<b>423</b>
Marcus Vinícius Xavier de Oliveira	
1. Considerações iniciais sobre o conceito de jurisdição no Direito Internacional.....	423
2. Breve percurso sobre o desenvolvimento da jurisdição penal internacional .....	428
3. Jurisdição penal internacional: entre extensão e fragmentação.....	433
4. Considerações finais .....	439
Referências bibliográficas.....	439
Decisões Judiciais .....	442
<b>A DEFINIÇÃO JURÍDICA DA “COMUNIDADE” .....</b>	<b>444</b>
Nitish Monebhurrun, Michelle Lucas Cardoso Balbino, Fernanda Castelo Branco Araujo, Othon Pantoja, Maíra Bogo Bruno e Cândida Dettenborn Nóbrega	
1. Introdução .....	445
2. A autoidentificação como critério principal de definição da ‘comunidade’ .....	445
2.1. Um critério presente no direito brasileiro .....	446
2.1.1. Um critério visível nos textos normativos .....	446
2.1.2. Um critério confirmado pela jurisprudência nacional .....	447
2.2. Um critério constatado no Direito Internacional.....	449
2.2.1. Um critério identificado nos textos normativos internacionais .....	450
2.2.2. Um critério confirmado pela jurisprudência internacional .....	450
3. A aplicação do teste da autoidentificação para confirmar a existência de uma ‘comunidade’ .....	451
3.1. Os critérios de especialidade para comprovar a existência de uma comunidade .....	451
3.1.1. Os critérios de especialidade no Direito brasileiro.....	451
3.1.2. Os critérios de especialidade no Direito Internacional.....	456
3.2. Os critérios de vulnerabilidade para confirmar a existência de uma comunidade .....	457
3.2.1. Os critérios de vulnerabilidade no Direito brasileiro .....	457
3.2.2. Os critérios de vulnerabilidade no Direito Internacional .....	460
4. Considerações finais .....	462
Referências bibliográficas.....	462
I. Textos normativos .....	462
II. Jurisprudência .....	463
III. Doutrina e Relatórios .....	470

**COMPARATIVE STUDY ON CHINESE LOCAL LEGISLATION OF SCIENCE AND TECHNOLOGY PROGRESS .....473**

LI Xiaoming e LI Yihan

<b>1. Introduction</b> .....	<b>473</b>
<b>2. Comparative analysis of key provisions in local legislation of science and technology progress</b> .....	<b>475</b>
2.1. Comparative Analysis of General Provisions .....	475
2.1.1. Legislative purpose. ....	475
2.1.2. Government and administrative departments' responsibility scope.....	475
2.1.3. System of examination and assessment. ....	476
2.2. Scientific and Technological Researching Development and Application .....	476
2.2.1. Development of modern agriculture .....	477
2.2.2. Founding of technology public service system .....	477
2.2.3. Industrialization cooperated with researching and learning .....	477
2.3. The Subjects Engaged in Scientific and Technological Progress Activities .....	478
2.4. Safeguard Measures.....	479
2.4.1. Capital investment safeguard measures.....	479
2.4.2. Other safeguard measures vary both in number and forms. ....	480
2.5. The legal liability.....	480
2.6. Supplementary .....	481
<b>3. Proposals on revising local legislations of science and technology progress</b> .....	<b>481</b>
3.1. Clarify the formulated ways of thinking.....	481
3.2. Select formulate-drafting body carefully.....	482
3.3. Standardize the expression of clauses.....	482
3.4. Build specific institutions .....	482
3.5. Focus .....	483
<b>4. Conclusion</b> .....	<b>483</b>

**O CONTROLE PENAL DO TRÁFICO DE PESSOAS: CONSTRUÇÃO JURÍDICA, INTERAÇÕES ORGANIZACIONAIS E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL .....485**

Bruno Amaral Machado e Priscilla Brito Silva Vieira

<b>1. Introdução</b> .....	<b>486</b>
<b>2. A Criminalização do Tráfico Internacional de Pessoas: Evolução Histórica</b> .....	<b>488</b>
<b>3. O Protocolo de Palermo e a Definição de Tráfico de Seres Humanos</b> .....	<b>490</b>
<b>4. Mecanismos de Controle Penal do Tráfico de Pessoas: Interações Organizacionais e os Desafios da Cooperação Internacional</b> .....	<b>492</b>
<b>5. O Controle Penal do Tráfico de Seres Humanos no Brasil</b> .....	<b>495</b>
<b>6. Considerações finais</b> .....	<b>498</b>



Referências bibliográficas.....	499
Documentos e Relatórios Oficiais.....	502
Notícias.....	503
<b>DESATIVISMO JUDICIAL: A EXTRADIÇÃO BATTISTI NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>505</b>
Francisco Rezek e Israel Paulino	
Referências bibliográficas.....	512
<b>A DECISÃO NORTE-AMERICANA DO CASO MYRIAD: NOVOS PARADIGMAS PARA A PROTEÇÃO PATENTÁRIA DO CÓDIGO GENÉTICO HUMANO E BIOTECNOLOGIA .....</b>	<b>514</b>
José Carlos Vaz e Dias e Clarisse De La Cerda	
<b>1. Introdução .....</b>	<b>515</b>
<b>2. Apropriação Proprietária de Produtos da Biotecnologia: Desenvolvimentos e Restrições Legais.....</b>	<b>516</b>
2.1. A necessidade de proteção às criações intelectuais .....	516
2.2. Questionamentos Sobre Patentabilidade de Seres Vivos .....	518
2.3. Moralidade e Patenteamento das Invenções Biotecnológicas .....	519
2.4. Aspectos Gerais do Caso Chakrabarty – Nova Vida para as Patentes de Organismos .....	520
<b>3. A Contribuição do Caso Myriad ao Patenteamento de Invenções Biotecnológicas .....</b>	<b>521</b>
<b>4. Materiais Genéticos e o Impacto da Decisão do Caso Myriad no Patenteamento de Invenções Tecnológicas .....</b>	<b>525</b>
<b>5. Proteção Intelectual da Biotecnologia na Legislação Brasileira: O Homem Brincando de Deus ou Reserva de Mercado para os Empresários em Biotecnologia.....</b>	<b>527</b>
<b>6. Considerações finais .....</b>	<b>533</b>
Referências bibliográficas.....	534
<b>NORMAS EDITORIAIS.....</b>	<b>536</b>
Envio dos trabalhos:.....	537
www.rdi.uniceub.br.....	538

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Crônicas da atualidade do  
direito internacional**

Michelle Lucas Cardoso Balbino

Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima

Katherine Limonge

VOLUME 13 • N. 3 • 2016  
DIREITO TRANSNACIONAL

# Crônicas da atualidade do direito internacional

Michelle Lucas Cardoso Balbino\*

Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima\*\*

Katherine Limonge\*\*\*

## CRÔNICA 1: DIRETIVA EUROPEIA DE PROTEÇÃO DOS SEGREDOS DE NEGÓCIOS CONTRA A AQUISIÇÃO, UTILIZAÇÃO E DIVULGAÇÃO ILEGAIS: INCOERÊNCIAS JURÍDICAS ENCONTRADAS

### 1. INTRODUÇÃO

A globalização representa um dos fatores que mais diferenciam a sociedade na atualidade e transformam as interações entre os atores envolvidos, principalmente no campo econômico. A globalização econômica possibilitou uma expansão no alcance territorial dos negócios realizados, que agora são feitos de forma global. Ao lado de desenvolvimentos recentes como o aumento da externalização, a expansão das cadeias de abastecimento e o uso acrescido de tecnologias da informação/comunicação, a globalização contribui para uma intensificação do mercado internacional. Ressalta-se que mesmo as empresas nacionais de pequeno e médio porte possuem possibilidades desses desenvolvimentos recentes e ampliam sua capacidade de participar do mercado internacional.<sup>1</sup>

Essa grande expansão das áreas de comércio internacional repercute, diretamente, na necessidade de inovação das empresas e, por consequência, amplia a cada dia o Direito Internacional dos Investimentos<sup>2</sup>. Um dos focos desse ramo do direito internacional está diretamente atrelado à exposição das atividades empresariais inovadoras às práticas desonestas, como apropriação indevida de segredos de negócios (roubo, cópia não autorizada, espionagem econômica ou violação de requisitos de confidencialidade<sup>3</sup>).

Vale considerar que já existem institutos de direitos de propriedade intelectual<sup>4</sup> que constituem um dos meios para a proteção dos resultados de inovação e a proteção do acesso e da exploração de conhecimentos valiosos para a entidade que não sejam do conhecimento geral. Contudo, todas as

\* Professora e Coordenadora do curso de Direito da FACTU.

\*\* Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra - UC; Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará – UECE; Bacharel em Direito e especialista em Direito Internacional pela Universidade de Fortaleza – Unifor; Professora de Direito do Centro Universitário Estácio do Ceará. E-mail: sarahlimabr@gmail.com

\*\*\* Mestranda em Direito pelo Centro universitário de Brasília

1 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.

2 Ramo específico do Direito Internacional, tendo como base, as definições de conteúdo político e econômico que envolve o poder dos Estados para regular os fluxos de capitais, o escopo de proteção que os Estados devem ou podem garantir aos investidores e as contradições inevitáveis entre os interesses gerais frequentemente afetados pelos investimentos estrangeiros e os direitos reconhecidos aos investidores (RIBEIRO, 2014).

3 A Diretiva de Proteção dos Segredos Comerciais da União Europeia define essas formas de apropriação indevida de segredos comerciais.

4 Como patentes, desenhos ou modelos ou direitos de autor.



empresas, independentemente da sua dimensão<sup>5</sup>, valorizam, também, os segredos de negócios, tanto como as patentes e outras modalidades de direitos de propriedade intelectual. Esses segredos de negócios, considerados valiosos know-how<sup>6</sup> e informações empresariais, são confidenciais e, para viabilizar os investimentos, é necessário que permaneçam confidenciais.

Quando ocorre a aquisição, utilização ou divulgação ilegais de um segredo de negócios, ocorre, também, um comprometimento na capacidade de o titular legítimo do segredo de negócios obter retornos de pioneiro decorrentes dos seus esforços relacionados com a inovação. Tal fator pode prejudicar o Direito Internacional dos Investimentos e com isso prejudicar a iniciativa inovadora das empresas. Afinal de contas, as empresas utilizam a confidencialidade como um instrumento de gestão da competitividade empresarial e da inovação na investigação.

Nesse quadro, observa-se que os segredos de negócios são uma das formas mais utilizadas pelas empresas para proteção da criação intelectual e do know-how inovador. Contudo, a proteção jurídica desse instituto era reduzida até a definição de uma nova norma instituída este ano pela União Europeia. Trata-se da Diretiva relativa à Proteção dos Segredos de Negócios, englobando know-how e informações comerciais confidenciais contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais, aprovada em 14 de abril de 2016 pelo Parlamento Europeu. Porém, essa Diretiva representa um dos documentos mais criticados por jornalistas e organizações de proteção aos consumidores, tendo em vista as restrições impostas a concorrência comercial e a divulgação de informações (liberdade de comunicação social).

Cabe considerar que referida Diretiva normatizou a noção de informação confidencial, já prevista no art. 39 do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS)<sup>7</sup>. A ata final que incorpora os Resultados da

Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT foi promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 1.355, de 30 de dezembro de 1994<sup>8</sup>. O art. 39 do acordo TRIPS aponta para a necessidade de proteção de informação confidencial, assegurando a proteção efetiva contra a competição desleal, como disposto no art. 10bis da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial<sup>9</sup>. A Convenção de Paris proíbe, em particular, qualquer ato susceptível de criar confusão, por qualquer meio que seja, com o estabelecimento, produtos ou atividades industriais ou comerciais de um concorrente; alegações falsas, no exercício do comércio para desacreditar o estabelecimento, produtos ou atividades industriais ou comerciais de um concorrente; e, por fim, as indicações ou alegações, o uso, na vida comercial pode induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, adequação para o emprego ou a quantidade dos produtos.

O próprio art. 39 do acordo TRIPS já apontava que tanto as pessoas físicas como jurídicas poderiam evitar que “informação legalmente sob seu controle seja divulgada, adquirida ou usada por terceiros, sem seu consentimento, de maneira contrária a práticas comerciais honestas”<sup>10</sup>.

Assim, o objetivo da Diretiva está no bom funcionamento do mercado interno (uniforme) em matéria de investigação e inovação relativa à proteção de know-how e de informações comerciais confidenciais (segredos de negócios) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais.

Muito se criticou em relação à adoção da nomenclatura “know-how” em virtude e não existir “qualquer

---

da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, momento em que se criou a Organização Mundial do Comércio (OMC).

8 BRASIL. *Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994*. Promulga a ata final que incorpora os resultados da rodada Uruguai de negociações comerciais multilaterais do GATT. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d1355.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm)>. Acesso em: 14 jul. 2016.

9 Referida Convenção, assinada em 1967, define a necessidade de proteção eficaz contra a concorrência desleal é obrigação de todos os países signatários. Ademais, define que os atos de concorrência desleal são aqueles contrários às práticas honestas em matéria industrial ou comercial.

10 BRASIL. *Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994*. Promulga a ata final que incorpora os resultados da rodada Uruguai de negociações comerciais multilaterais do GATT. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d1355.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm)>. Acesso em: 14 jul. 2016.

5 Para a Diretiva Europeia de Proteção dos Segredos Comerciais as pequenas e médias empresas (PME) valorizam ainda mais os segredos comerciais, pois possuem, ainda, mais dependentes deles.

6 Que representa um conjunto variado de informações que estão além dos conhecimentos tecnológicos (fórmulas secretas, informações, tecnologias, técnicas ou procedimentos) e abarcam dados comerciais tais como informações sobre os clientes e os fornecedores, planos de negócios e estudos e estratégias de mercado adquiridos pela empresa para ter vantagens competitivas.

7 Referido acordo foi assinado em 1994, durante o encerramento



significado autônomo e a sua utilização só contribuirá para acentuar a confusão terminológica em torno dos segredos de negócio”. Neste aspecto, muitos apontavam, inclusive, que referido termo deveria ser ignorado<sup>11</sup>. Contudo, deve-se ressaltar que referido termo foi descrito no texto final da Diretiva, apenas, nas considerações iniciais. Em relação ao texto normativo (artigos e parágrafos), tal nomenclatura não foi utilizada<sup>12</sup>.

Outra questão que merece consideração é a expressão segredo comercial existente na versão portuguesa da Diretiva. Alguns doutrinadores apontam que a expressão “segredo comercial” não deveria ser empregada, em face do direito brasileiro (considerando a noção jurídica de comércio no Brasil). Deveriam ter considerado a expressão “segredo de negócio”, sendo apontado inclusive que deve estar sujeita a uma interpretação teleológica<sup>13</sup> caso a transposição não seja corretamente feita<sup>14</sup>. Diante desses fatos, na presente crônica, será utilizado o termo “segredo de negócio” e não “segredo comercial”.

Assim, observa-se que o objetivo apresentado pela Diretiva é a busca de facilidades na aplicação uniforme das medidas, dos procedimentos e das vias de reparação sobre o tema nos países que compõem a União Europeia (uniformização), a fim de evitar apropriação indevida de segredos de negócios. Ou seja, uma definição homogênea dos segredos de negócios, sem restringir o objeto a proteger contra apropriação indevida. Contudo, tal Diretiva vem sendo muito criticada e todas as críticas encontradas vão na contramão do objetivo geral da Diretiva, qual seja, a uniformização da atuação por todos os Estados-Membros.

Em relação aos principais pontos criticados ao longo das propostas e relatórios emitidos nos últimos anos, bem como aos textos finais aprovados, a liberdade de expressão e de informação (1) (que abrange a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social) e a au-

sência de ações uniformes ao longo da Diretiva (2) (deixando uma abertura no texto normativo para atuação dos Estados-Membros) representam pontos que devem ser discutidos.

## **2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO/INFORMAÇÃO E A ABRANGÊNCIA DO PLURALISMO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL: INCERTEZA JURÍDICA E O ÔNUS DE PROVA**

Um dos principais temas discutidos ao longo de toda a trajetória de elaboração dessa Diretiva foi a garantia do exercício, não limitado, do direito à liberdade de expressão e de informação, que abrange a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social, conforme aponta o art. 11 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (1). Uma possível limitação desse direito causou entre os jornalistas e associações de mídia da Europa grande preocupação, em particular no que diz respeito ao jornalismo de investigação e à proteção das fontes jornalísticas. Na discussão desse tema, é importante considerar dois pontos: a incerteza jurídica da aplicação final das garantias previstas pela Diretiva (1.1) e a necessidade de ônus de prova por parte do denunciante e jornalistas (1.2).

Vários jornalistas<sup>15</sup> apontam que existe incerteza jurídica sobre a aplicabilidade dessa Diretiva em relação à proteção da liberdade de expressão (1.1). Tal incerteza poderia criar um efeito inibidor sobre os jornalistas, pois esse efeito estaria atrelado à necessidade de verificar/assegurar que as intenções do denunciante (fontes jornalísticas) realmente cumpriram os requisitos da Diretiva, antes de usar as informações (segredos de negócios) como sendo de interesse público<sup>16</sup>.

Após longas discussões e pareceres apresentados pelas partes interessadas, inclusive pela Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, foi incluída, na versão final da Diretiva, a garantia exercício do direito à liberdade de expressão e de informação. A

11 SILVA, Nuno Sousa e. *A proposta de directiva em matéria de segredos de negócio: uma primeira leitura*. 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2459545> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2459545>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

12 Apesar do termo existente no texto do Relatório da Diretiva, este não constante no texto normativo final da Diretiva Europeia, estando mencionado apenas nas considerações iniciais para a execução e no título dado a mesma.

13 A interpretação teleológica, também, é conhecida por interpretação lógica.

14 SILVA, Nuno Sousa e. *A proposta de directiva em matéria de segredos de negócio: uma primeira leitura*. 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2459545> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2459545>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

15 Cabe destacar as reportagens feitas por: RSF (2016); DAMGE (2016); VAUDANO; DAMGE (2016) e RFJ (2016).

16 REPORTERS SANS FRONTIERES. *Adoption de la directive sur le secret des affaires: le journalisme d'investigation doit être sauvegardé*. 2016. Disponível em: <<https://rsf.org/fr/actualites/adoption-de-la-directive-sur-le-secret-des-affaires-le-journalisme-dinvestigation-doit-etre>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

primeira versão da Diretiva não considerava nenhuma forma de proteção à liberdade de informação, sendo considerada uma afronta ao art. 11 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Em que pese a inclusão no texto final aprovado pelo Parlamento Europeu, das garantias descritas acima, muitas preocupações ainda perduram no meio jornalístico, principalmente frente as incertezas jurídicas do texto apresentado, pois as exceções previstas na alínea “a” do art. 5 da Diretiva<sup>17</sup>, que considera o exercício da liberdade de expressão e de informação, não são claras e nem objetivas. Sua aplicação depende do modo de aplicação da Diretiva por cada Estado-Membro. Assim, não existe uma forma já padronizada de como aplicar o texto genérico descrito pela Diretiva<sup>18</sup>. Portanto, a Diretiva torna-se um texto genérico com necessidade de definição de ações de cada país para sua aplicação, o que coloca as associações de mídia em alerta em relação à transposição da Diretiva Europeia para as normas nacionais dos Estados-Membros, a fim de se certificar de que não está a ser aplicado de forma abusiva e sem respeito a liberdade de imprensa e da atividade dos denunciantes<sup>19</sup>. Esse problema direciona ao próximo item objeto de discussão dessa crônica, a não uniformização das medidas pela Diretiva (2.1).

Outro ponto que merece ser considerado é em relação à garantia de ausência de riscos a jornalistas e denunciantes quando da divulgação de informações sobre a empresa (1.2), pois, conforme apontado pelos jornalistas, os denunciantes são deixados, potencialmente, desprotegido, uma vez que existe a necessidade de provar que a divulgação de informações foi feita com a finalidade de proteger o interesse público geral (art. 5º,

17 “Os Estados-Membros asseguram que um pedido de aplicação das medidas, dos procedimentos e das vias de reparação previstos na presente diretiva seja indeferido caso a alegada aquisição, utilização ou divulgação do segredo comercial tenha sido realizada numa das seguintes circunstâncias: a) Para exercer o direito à liberdade de expressão e de informação, consagrado na Carta, incluindo o respeito pela liberdade e pelo pluralismo dos meios de comunicação social [...]”.

18 REPORTERS SANS FRONTIERES. *Adoption de la directive sur le secret des affaires: le journalisme d’investigation doit être sauvegardé*. 2016. Disponível em: <<https://rsf.org/fr/actualites/adoption-de-la-directive-sur-le-secret-des-affaires-le-journalisme-dinvestigation-doit-etre>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

19 REPORTERS SANS FRONTIERES. *Adoption of the trade secrets directive by the european parliament: investigative journalism must be guaranteed*. 2016. Disponível em: <<http://europeanjournalists.org/blog/2016/04/14/adoption-of-the-trade-secrets-directive-by-the-european-parliament-investigative-journalism-must-be-guaranteed/>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

“b” da Diretiva)<sup>20</sup>.

Observa-se que a Diretiva deixa claro que o ônus da prova cabe a quem alega, ou seja, ao denunciante (inclusive ao jornalista) e não às empresas. Muitos alegam que referido ponto deixa o denunciante desprotegido, pois apenas cinco Estados-Membros da União Europeia dispõem de legislação abrangente sobre a proteção dos denunciantes (França, Reino Unido, Luxemburgo, Romênia e Eslovênia). Em contraposição, após discussão sobre esse ponto, a Comissão considerou que o disposto no art. 5º da Diretiva é amplamente suficiente, pois não há necessidade de uma Diretiva para proteger os denunciantes<sup>21</sup>.

Acreditam, ainda, que a proteção dos denunciantes deveria ter sido objeto de Diretiva específica. Assim, a discussão maior gira em torno da proteção do denunciante, que, conforme definição da Diretiva, tem o ônus da prova e nenhuma garantia. Alguns desejava que a definição da proteção do denunciante deveria ter sido adotada ao mesmo tempo que a Diretiva relativa ao sigilo comercial, para garantir a manutenção do equilíbrio (empresa versus interesse público/denunciante)<sup>22</sup>.

Observa-se que tanto a incerteza jurídica como o ônus de prova representam pontos de inibição para que ocorram denúncias que visam proteger o interesse público geral nos casos de segredos de negócios. A Diretiva tentou regulamentar a questão a nível europeu, contudo, como não apontou ações de proteção ao denunciante (definindo reais limites), manteve a incerteza de atuação dos Estados-Membros, inviabilizando a real operacionalização da norma de forma uniforme.

O Parlamento perdeu uma ótima oportunidade para definir diretrizes e limites para atuação do denunciante em sede dos segredos de negócios. Tal fato deve-se a grande pressão realizada pelas empresas<sup>23</sup>. Assim, achou

20 REPORTERS SANS FRONTIERES. *Adoption de la directive sur le secret des affaires: le journalisme d’investigation doit être sauvegardé*. 2016. Disponível em: <<https://rsf.org/fr/actualites/adoption-de-la-directive-sur-le-secret-des-affaires-le-journalisme-dinvestigation-doit-etre>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

21 DAMGE, Mathilde. *Dossier secret des affaires-adoption par le parlement européen dun texte protégeant le secret des affaires*. 2016. Disponível em: <<https://jscheffer81.wordpress.com/dossier-secret-des-affaires-adoption-par-le-parlement-europeen-dun-texte-protecteant-le-secret-des-affaires/>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

22 VAUDANO, Maxime; DAMGE, Mathilde. *Ce qu’il faut savoir de la directive sur le secret des affaires*. 2016. Disponível em: <[http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2016/04/19/ce-qu-il-faut-savoir-de-la-directive-sur-le-secret-des-affaires\\_4904548\\_4355770.html#1kUhtsEAuVIx9uSZ.99](http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2016/04/19/ce-qu-il-faut-savoir-de-la-directive-sur-le-secret-des-affaires_4904548_4355770.html#1kUhtsEAuVIx9uSZ.99)>. Acesso em: 14 jul. 2016.

23 O que pode ser observado quando da análise do Parecer elabo-

conveniente deixar tais fatos para outra Diretiva, mais específica, sobre o tema da proteção do denunciante.

### 3. CLÁUSULAS ABERTAS E A MANUTENÇÃO DOS PROBLEMAS JURÍDICOS: UMA UNIFORMIZAÇÃO NÃO TÃO UNIFORME

Um grande problema encontrado na Diretiva de Proteção dos Segredos de Negócios contra a aquisição, utilização e divulgação ilegais é a existência de cláusulas abertas quando do seu enquadramento jurídico em cada Estado-Membro, ou seja, aberturas para que cada Estado-Membro possa definir a forma de aplicação internamente da Diretiva.

Ao longo da Diretiva, verificou-se a definição de texto genérico para a definição das garantias à liberdade de expressão e direitos dos denunciantes (2.1), bem como a ausência de menção das formas de utilização e divulgação legais dos segredos de negócios (2.2), além da autorização para que as autoridades judiciais ajam por sua própria iniciativa (2.3) e, por fim, que os Estados-Membros podem definir que os pedidos de indenização possam ser feitos em processos judiciais apartados (2.4). Observa-se que todos os pontos acima influenciam, diretamente, na não uniformização de certas medidas, procedimentos e vias de reparação sobre o tema nos países que compõem a União Europeia.

Como apontado no item anterior (1.1), a Diretiva Europeia possui texto genérico para a definição das garantias à liberdade de expressão e direitos dos denunciantes (2.1). Cada Estado-Membro pode definir como suas ações serão aplicadas. Nesse ponto, observa-se que a Diretiva possui objetivo geral de uniformizar os procedimentos realizados sobre os segredos de negócios. Com a definição de cláusula aberta, conforme dispõe a alínea “a” do art. 5 da Diretiva, torna-se inviável a padronização do exercício do direito à liberdade de expressão e de informação, consagrado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, incluindo o respeito pela liberdade e pelo pluralismo dos meios de comunicação social. Ademais, não há como certificar que o exercício desses direitos está sendo preservado em cada Estado-Membro, quando se tem formas aber-

rado pela Comissão da Indústria, da Investigação e da Energia, que ditou muitas das alterações realizadas ao longo das discussões até a redação final do texto da Diretiva Europeia.

tas de interpretação por cada ente da União Europeia.

Outra considerável análise pode ser feita em relação à menção das formas de aquisição, utilização e divulgação legais dos segredos de negócios (2.2), previstas no art. 3º da Diretiva Europeia de Proteção dos Segredos de Negócios. Ao listar os meios passíveis de aquisição legal do segredo de negócios, o artigo 3º não apresentou as modalidades de utilização e divulgação, deixando em aberto a interpretação dessas possibilidades. Ao contrário, o art. 4º a Diretiva determinou tanto as formas de aquisição, com as formas de utilização e divulgação ilegais dos segredos de negócios.

Assim, observa-se que a aquisição possui rol taxativo de possibilidades legais e também rol taxativo de possibilidades ilegais. Já a utilização e divulgação, apenas, definiram o rol taxativo de ilegalidades, não restringindo as formas de utilização e divulgações legais. Veja quadro abaixo para melhor visualização do apontado acima:

**Quadro 01** – Formas legais e ilegais de aquisição, utilização ou divulgação de segredos de negócios

FORMA	LEGAL	ILEGAL
AQUISIÇÃO	<p>Descoberta ou criação independente;</p> <p>Observação, estudo, desmontagem ou teste de um produto ou objeto que tenha sido disponibilizado ao público ou que esteja legalmente na posse do adquirente da informação, não estando este sujeito a qualquer dever legalmente válido de limitar a aquisição do segredo comercial;</p> <p>Exercício do direito dos trabalhadores ou dos representantes dos trabalhadores a informações e consultas em conformidade com o direito da União ou com as legislações e as práticas nacionais;</p> <p>Outras práticas que, nas circunstâncias específicas, estejam em conformidade com práticas comerciais honestas. (art. 3º)</p>	<p>Acesso, apropriação ou cópia não autorizados de documentos, objetos, materiais, substâncias ou arquivos eletrônicos, legalmente sob controle do titular do segredo comercial, que contenham o segredo comercial ou a partir dos quais seja possível deduzir o segredo comercial;</p> <p>Outras condutas que, nas circunstâncias específicas, sejam consideradas contrárias às práticas comerciais honestas. (art. 4º, item 2)</p>

FORMA	LEGAL	ILEGAL
UTILIZAÇÃO OU DIVULGAÇÃO	Não definido na norma	Aquisição ilegal;  Viola acordo de confidencialidade ou qualquer outro dever de segredo comercial;  Viola dever contra- tual ou qualquer ou- tro dever de limitar a utilização do segredo comercial. (art. 4º, item 3)

**Fonte:** art. 3º e 4º da Diretiva Europeia

Verifica-se que, nesse ponto, houve uma abertura na possibilidade de regras por parte dos Estados-Membros em relação à internalização da norma no direito nacional, pois deixou à escolha de cada ente a aplicação das formas de utilização e divulgação legais dos segredos de negócios, pois não houve a definição dessas modalidades pela norma, sendo apontadas, apenas, as restrições (formas ilegais) de realização da utilização ou divulgação do segredo de negócios.

Tal fato causa insegurança jurídica, pois não precisou regras específicas para a utilização e divulgação, podendo cada Estado-Membro definir sua forma de atuação interna, conforme dispõe o ponto 2 do art. 3º ao considerar que “A aquisição, utilização ou divulgação de um segredo de negócio é considerada legal na medida em que tal aquisição, utilização ou divulgação seja imposta ou permitida pelo direito da União ou pelo direito nacional”.

Assim, tal fato deixa em aberto, mais uma vez, a atuação dos Estados-Membros em relação à interpretação aplicada em cada caso. Tal fato vai na contramão, mais uma vez, ao objetivo geral da Diretiva, qual seja a uniformização medidas, dos procedimentos e das vias de reparação sobre o tema nos países que compõem a União Europeia.

Em vários momentos, a Diretiva aponta que “Os Estados-Membros podem também permitir que as autoridades judiciais competentes ajam por sua própria iniciativa” (2.2). Tal ponto retira mais uma vez a possibilidade de uniformização da atuação no presente tema, uma vez que representa a possibilidade de “ativismo judicial” do magistrado em relação à preservação da confidencialidade dos segredos de negócios durante os processos judiciais.

Observa-se que o intuito da Diretiva era definir um padrão de atuação em toda a União Europeia e tais con-

siderações, mais uma vez, retiram a possibilidade dessa uniformização, cabendo a cada magistrado a atuação sob sua melhor análise dos procedimentos relacionais aos processos judiciais. Ademais, no presente caso, a Diretiva deveria ter restringido a liberdade de iniciativa das autoridades judiciais aos aspectos de interesse público e direitos fundamentais, não deixando uma cláusula aberta da maneira que consta no art. 9º, pontos 1 e 2. Trata-se de direitos de comércio, os quais lidam com aspectos de direito privado, não sendo possível a empresa ficar à mercê da iniciativa da autoridade judicial em todos os aspectos, mesmos aqueles restritos a atividades empresarial.

Outra incoerência jurídica foi a definição de que caberá aos Estados-Membros prever os pedidos de indenização e que estes poderiam ser feitos em processos judiciais apartados (2.3) (ponto 5 do art. 11º da Diretiva). Observa-se que, ao abrir brecha para a definição de cada Estado sobre a aplicação interna desse ponto, retira, mais uma vez, a uniformização defendida pela Diretiva, pois cada Estado poderá definir, internamente, essa questão, atrasando muitas vezes os processos e restituição das indenizações.

Portanto, verifica-se que o objetivo da Diretiva de uniformizar a atuação não será alcançado se referida norma permanecer da maneira definida nessa proposta. Assim, a definição de normas complementares é necessária para viabilizar e operacionalizar essa uniformização. Afinal de contas, somente com a padronização das normas com cláusulas abertas será possível solucionar os problemas jurídicos existentes, garantindo, assim, o alcance do objetivo geral da Diretiva Europeia de Proteção dos Segredos de Negócios contra a aquisição, utilização e divulgação ilegais, qual seja, a padronização para evitar a apropriação indevida de segredos de negócios.

## CRÔNICA 2: A CRISE MIGRATÓRIA NA EUROPA E A DECLARAÇÃO UE - TURQUIA SOBRE REFUGIADOS

### 1. INTRODUÇÃO

Enquanto grande parte dos países do mundo árabe encontra-se imersa em conflitos internos<sup>24</sup> (assim como

24 *E.g.* Na Síria, a guerra civil teve início em 2011 e os conflitos entre o Exército Nacional e diversos grupos rebeldes ainda persistem, deixando o país em situação catastrófica. Em junho de 2015,



vários países do continente africano<sup>25</sup>), que envolvem massacres, sequestros, destruição e limpeza étnica, milhões de seus nacionais cruzam fronteiras em fuga, ariscando suas vidas em busca de condições de sobrevivência em outros países, principalmente da Europa.

É provável que uma imagem permaneça ainda por muito tempo na memória de toda a sociedade internacional, a de um menino sírio de 3 anos, afogado, deitado de bruços, na costa da Turquia, a qual, sem dúvidas, despertou uma comoção a nível global, mais profunda do que a alcançada pelas notícias sobre refugiados mortos ou desaparecidos no mediterrâneo que são constantemente veiculadas pela mídia internacional. A criança que aparece em tal imagem, que se transformou em símbolo da crise dos refugiados<sup>26</sup>, pertencia a uma família curda

---

a Comissão de Investigação Independente para a Síria denunciou ataques indiscriminados contra a população civil, tanto por forças do governo quanto dos grupos rebeldes. ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Centro de Notícias. *Síria: comisión investigadora denuncia ataques contra civiles por fuerzas del gobierno y la oposición*. 2015. Disponível em: < <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=32676#.V1M6upErLIU>>. Acesso em: 4 jun. 2016. No Afeganistão, os combates entre grupos rebeldes e o Exército têm se intensificado desde que as forças da OTAN deixaram o país (em 2013, as forças francesas e, no fim de 2014, as forças britânicas e norte-americanas), provocando um aumento no número de vítimas civis no decorrer do último semestre de 2015. Assim como no Afeganistão, a saída das forças norte-americanas não colaborou para melhorar a situação do Iraque. Este país está entregue a uma sangrenta guerra civil entre sunitas e xiitas que já dura mais de dois anos, e a população enfrenta desafios humanitários, como deslocamentos forçados, destruição de casas e dificuldade de acesso à assistência humanitária. ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Centro de Notícias. *Oficial da ONU alerta para a necessidade de financiamento a resposta humanitária no Iraque*. 2016. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/oficial-da-onu-alerta-para-necessidade-de-financiamento-a-resposta-humanitaria-no-iraque/>>. Acesso em: 4 jun. 2016.

25 Argélia, Eritreia, Guiné, Líbia, Nigéria, República Democrática do Congo, Senegal e Somália são exemplos de países africanos que atualmente estão em conflito, configurando pontos de emigração africana para a Europa.

26 Diversos jornais e sites de notícias de todo o mundo publicaram matérias sobre a morte do menino sírio, Aylan Kurdi. Vide: HURTADO, Luís Miguel. *Cinco sueños infantiles varados en la playa*. 2015. Disponível em: < <http://www.elmundo.es/internacional/2015/09/02/55e6e14022601d69368b458e.html>>. Acesso em: 4 jun. 2016; HOMANS, Charles. *The boy on the beach*. 2015. Disponível em: < [http://www.nytimes.com/2015/09/03/magazine/the-boy-on-the-beach.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2015/09/03/magazine/the-boy-on-the-beach.html?_r=0)>. Acesso em: 4 jun. 2016; COLON, Leandro. *Foto de menino refugiado morto na praia atrai atenção para crise*. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/09/1677028-foto-de-menino-refugiado-morto-na-praia-atraiu-atencao-para-crise.shtml>>. Acesso em: 5 jun. 2016; LE MONDE. *Mes enfants m'ont glissé des mains, raconte le père du garçon noyé*. 2016. Disponível em: <[que fugia da Síria<sup>27</sup> destruída pela guerra utilizando a rota Bodrum-Kos<sup>28</sup>, em busca de um destino seguro na Europa, assim como fazem milhares de outras.](http://www.lemonde.fr/europe/article/2015/09/03/la-photographe-de-l-enfant-syrien-noye-temoigne_4745032_3214.html?xtmc=aylan_</a></p></div><div data-bbox=)

De acordo com os relatórios semanais produzidos pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR, durante o ano de 2015, 1.015.078 refugiados e migrantes chegaram a Europa pelo mar, preferencialmente via Grécia, Itália e Espanha.<sup>29</sup> Durante o ano de 2016, até o início do mês de junho, 203.981 fizeram a viagem em busca de segurança na Europa, quase três quartos destes realizaram a travessia da Turquia para a Grécia antes do fim do mês de março. Em termos de nacionalidade, os principais países de origem dos imigrantes na Europa incluem a Síria (41%), Afeganistão (21%), Iraque (13%), Paquistão (3%) e Irã (2%), dentre outros. Com relação especificamente aos imigrantes que chegam à Grécia, estes são majoritariamente de países da Ásia Ocidental, tais como Síria (49%), Afeganistão (26%), Iraque (15%), Paquistão (4%), Irã (3%), dentre outros. A Itália, por outro lado, recebeu mais imigrantes provenientes de países africanos, como Nigéria (15%), Gâmbia (10%), Somália (9%), Eritreia (8%), Guiné (8%), Senegal (7%), Mali (7%) e Sudão (5%), a partir do final do mês de abril.<sup>30</sup>

A atual crise migratória que atinge a Europa não emergiu do dia para a noite, sendo uma problemática já iminente, fruto do prolongamento de sérios conflitos armados em diversos países. Segundo Rahman Siddiqui<sup>31</sup>, uma cruel reviravolta se deu em consequência da emigração

---

kurdi&xtcr=69>. Acesso em: 5 jun. 2016.

27 De acordo com relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, a atual crise de refugiados da Síria é a pior em gerações (é a maior depois de 1992), cujo êxodo alcança mais de 4 milhões de pessoas. ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. *More than four million Syrians have now fled war and persecution*. 2015. Disponível em: < <http://www.unhcr.org/559d648a9.html>>. Acesso em: 4 jun. 2016.

28 A rota Bodrum (Turquia) – Kos (Grécia) é a mais curta – mas não menos perigosa – utilizada pelos emigrantes da Ásia Ocidental para atingir a Europa a partir das ilhas gregas.

29 ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. *Refugees/Migrants emergency response*. Mediterranean. 2016. Disponível em: <<http://data.unhcr.org/mediterranean/regional.php>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

30 ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. *Weekly report*. 2016. Disponível em: < <file:///C:/Users/Sarah%20Dayanna/Downloads/20160603WeeklyUpdate-Europe%27refugeeemergency.pdf>>. Acesso em 5 jun. 2016.

31 SIDDIQUI, Fazzur Rahman. *The current refugee crisis and the arab states*. 2015. p. 1-34.

de milhões de pessoas da Síria e do Iraque e da urgência destes refugiados e migrantes internacionais diante das fronteiras de diferentes países europeus. O trágico êxodo de indivíduos provenientes de zonas de conflito desafiou toda a lógica das leis de imigração internacional vigentes, colocando em xeque os conceitos jurídicos fundamentais de Estado-nação e soberania, dando início a um debate mais aprofundado acerca da posição política dos Estados em relação a seus assuntos internos (questões como a segurança do país e os interesses de seus nacionais) em oposição ao exercício da solidariedade e da compaixão humana na órbita internacional.

Há décadas, a temática das migrações foi inserida nas agendas nacional e internacional dos países do globo. Paula de Araújo Teixeira<sup>32</sup> afirma que a concessão de refúgio a pessoas vítimas de perseguições sempre foi vista como uma forma de exercício da solidariedade, porém, diante da atual conjuntura jurídico-política internacional, surgem questionamentos acerca de um retrocesso do instituto do refúgio, sob argumentos de cunho social, econômico e político, especialmente o da priorização da segurança nacional.

## **2. O APARATO JURÍDICO INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS FACE A ATUAL TENDÊNCIA DE FECHAMENTO DE FRONTEIRAS**

Não é a primeira vez que o mundo presencia a magnitude dos efeitos de uma crise migratória. A Ásia, África, América Latina e Europa têm experimentado essa problemática há décadas. No início do século XX, a guerra dos Balcãs obrigou milhares de refugiados da Bósnia e Herzegovina a se distribuírem por diferentes países europeus. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, milhões de pessoas vagavam entre os países devastados. Durante a guerra de Bangladesh, em 1971, a Índia também vivenciou uma crise de refugiados. Na década de 1980, houve a intensificação da crise migratória na América Central: o número de refugiados guatemaltecos no México aumentou, consideravelmente, e países como Honduras e Costa Rica aumentaram a recepção de refugiados vindos, principalmente, de El Salvador, Guatemala e Nicarágua (desde último país saíram cerca

de 15.000 índios mulatos e sumos durante os primeiros meses de 1986).<sup>33</sup> Essas graves perturbações internacionais deram lugar ao surgimento de um conjunto de normas de proteção aos refugiados, acabando por dar ao refúgio um caráter mais amplo que o asilo.

Diante de problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, a ONU busca soluções mediante o instrumento de cooperação internacional. A proteção dos refugiados foi estabelecida como missão primordial do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, o qual foi constituído para assistir, entre outros indivíduos, aqueles que esperavam para retornar aos seus países após a Segunda Guerra. Foi justamente no seio das ações do ACNUR que o texto da Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto<sup>34</sup> dos Refugiados - CRER começou a ser elaborada.

A CRER, também conhecida como Convenção sobre Refugiados, foi adotada em 1951, entrando em vigor em 22 de abril de 1954, apresentando-se como a Carta Magna do Direito Internacional dos Refugiados. Ela está embasada no artigo 14 da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, o qual estabelece que “toda pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar-se de asilo em outros países.”<sup>35</sup>

O artigo 1º, A, 2 da Convenção dos Refugiados estabelece que o termo refugiado se aplicará a qualquer pessoa:

Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.<sup>36</sup>

32 TEIXEIRA, Paula de Araújo Pinto. Direitos humanos dos refugiados. *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 15-34, jan./jun. 2009. p. 15.

33 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEYTRIGNET, Gérard; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitário e direito dos refugiados*. Brasília: ACNUR, 1996. p. 279.

34 Na tradução de tal nomenclatura da língua inglesa, qual seja *Convention on the Status of Refugees*, para o português, altera-se o vocábulo *status* (atribuição de uma qualificação jurídica) por estatuto. No entanto, cabe ressaltar, que o refúgio é um instituto jurídico, não se confundindo, em momento algum, com um estatuto.

35 ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948.

36 ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Alto Comis-

De acordo com a Convenção, o estatuto jurídico de refugiado deve ser aplicado sem qualquer tipo de discriminação e não deve haver nenhuma diferenciação no tratamento dos indivíduos em função de pertença cultural ou étnica. No entanto, a CRER apresentava, inicialmente, duas limitações: uma temporal, visto que seu texto previa que a aplicação de seus dispositivos dar-se-ia apenas às pessoas cujos acontecimentos catalisadores da necessidade de proteção houvessem ocorrido antes de 1º de janeiro de 1951; e outra geográfica, fazendo menção aos locais de ocorrência dos acontecimentos que ocasionaram a necessidade do refúgio (somente na Europa, ou na Europa e em outros locais). Para contornar tais deficiências, em 31 de janeiro de 1967, foi aprovado, em Nova York, o Protocolo Relativo ao Estatuto de Refugiados - PRER. Esse documento, que somado à CRER constitui o núcleo normativo central da proteção universal dos refugiados, eliminou a limitação temporal. A reserva geográfica, contudo, não foi modificada pelo PRER, estando, portanto, ainda vigente. Nesse contexto, o ACNUR em muito tem trabalhado para convencer os Estados de, além de aderirem à CRER, que o façam sem estabelecer a reserva geográfica.<sup>37</sup>

A CRER proíbe a expulsão e o regresso forçado das pessoas que beneficiam do estatuto de refugiado. Nos termos do artigo 33º, “nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas”. Outras disposições referem-se a direitos, como o acesso aos tribunais, a educação, segurança social, habitação e liberdade de circulação. A Convenção, também, estabelece que, em regra, os refugiados não podem ser penalizados por imigração ilegal ou por violação à lei de nações anfitriãs.

Não obstante a existência de normas jurídicas internacionais que versam sobre a proteção dos refugiados, as crises migratórias ainda configuram uma problemática recorrente no cenário internacional. Como agravante, os atentados terroristas efetuados, desde 2001, em Nova York, Madri, Londres e, mais recentemente, em

Paris e Bruxelas influenciaram na mudança de posicionamento de alguns países acerca da entrada e permanência de estrangeiros em seus territórios, surgindo daí uma tendência ao fechamento de fronteiras como meio de garantir a segurança nacional e combater o terrorismo, em nome da ordem pública e da soberania estatal. Foi nesse contexto que se deu a celebração do acordo entre União Europeia e Turquia em resposta à atual crise de refugiados, na tentativa de frear o fluxo migratório.

### 3. A VIGÊNCIA DA DECLARAÇÃO UE-TURQUIA E A INSATISFAÇÃO DA ONU COM TAL RESPOSTA À ATUAL CRISE MIGRATÓRIA

Em 29 de novembro de 2015, após várias semanas de negociação, União Europeia e Turquia deram início a um plano de ação para conter o fluxo de refugiados sírios e outros migrantes irregulares para a Europa. Em uma cúpula em Bruxelas, a UE comprometeu-se a dar 3 bilhões de euros para ajudar os refugiados na Turquia e conceder visto de viagem para os nacionais turcos a partir de outubro de 2016. Em troca, a Turquia ficaria responsável por interromper o fluxo descontrolado de migrantes para a Europa e enfrentar, a longo prazo, as necessidades dos refugiados presentes em seu território (principalmente o acesso à educação e a oportunidades econômicas).<sup>38</sup>

A Declaração UE-Turquia, que entrou em vigor no dia 20 de março de 2016, é fruto do plano de ação implementado desde novembro de 2015, consistindo no fechamento de fronteira aos imigrantes irregulares que chegam à Grécia pelo território turco.

Segundo Eduard Soler i Lecha<sup>39</sup>, a Turquia é um elemento essencial da atual crise de refugiados, sendo estratégica a celebração de um acordo entre a mesma e a UE, por três razões. Primeiramente, a Turquia, sozinha, recebeu mais de 2 milhões de refugiados sírios até novembro de 2015. Em segundo lugar, existem estimativas de crescimento dos números de refugiados no território turco em decorrência dos conflitos persistentes nos

sariado das Nações Unidas para Refugiados. *Convenção das Nações Unidas relativa ao estatuto dos refugiados*. 1951.

37 TRINDADE, Antônio Augusto Caçado; PEYTRINET, Gérard; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana*: direitos humanos, direito humanitário e direito dos refugiados. Brasília: ACNUR, 1996. p. 269.

38 KIRIŞCI, Kemal. How the EU and Turkey can work together on refugees. In: BROOKINGS INSTITUTION. *Order from chaos: foreign policy in a troubled world*. 2015. p. 1-4.

39 SOLER I LECHA, Eduard. Turkey makes itself indispensable. In: MORILLAS, SÁNCHEZ-MONTIJANO, SOLER, (Coord.). *Europe and the refugee crisis*. Barcelona: CIDOB edicions, 2015.



países vizinhos. Em terceiro lugar, a Turquia se tornou um centro migratório, a principal plataforma a partir da qual os sírios, afegãos e iraquianos tentam entrar no território europeu.

O objetivo da Declaração UE-Turquia é pôr fim à migração irregular do território turco para o europeu, buscando dismantlar o modelo de negócio dos passadores e fornecer aos migrantes uma alternativa que não implique risco as suas vidas. Conforme comunicado de imprensa do Conselho Europeu<sup>40</sup>, com a finalidade de atingir tal objetivo, UE e Turquia acordaram em relação aos seguintes pontos:

Todos os migrantes irregulares que chegarem às ilhas gregas provenientes da Turquia a partir de 20 de março de 2016 serão devolvidos ao território turco.<sup>41</sup> Trata-se de uma medida temporária e extraordinária, necessária para pôr fim ao sofrimento das pessoas e restabelecer a ordem pública, sendo tomada em plena conformidade com o direito da UE e as normas internacionais pertinentes.

Os migrantes que chegam às ilhas gregas serão devidamente registrados e todos os pedidos de asilo serão tratados individualmente pelas autoridades gregas em conformidade com a Diretiva “Procedimentos de Asilo”<sup>42</sup>, em cooperação com o ACNUR. Os migrantes que não pedirem asilo ou cujos pedidos tenham sido considerados infundados ou não admissíveis, nos termos da referida diretiva, serão devolvidos à Turquia (excluindo-se, assim, qualquer tipo de expulsão coletiva).

Por cada sírio devolvido à Turquia a partir das ilhas gregas, outro sírio proveniente da Turquia será reinstalado na UE, tendo em conta os critérios de vulnerabilidade das Nações Unidas.<sup>43</sup>

40 CONSELHO EUROPEU. *Declaração UE-Turquia de 18 março de 2016*. 2016. Disponível em: <<http://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

41 Os custos das operações de regresso dos migrantes irregulares serão assumidos pela UE.

42 “Procedimentos de Asilo” consiste na Diretiva 2005/85/CE do Conselho Europeu, de 1 de dezembro de 2005, relativa a normas mínimas aplicáveis ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado dos Estados-Membros. Uma nova Diretiva, a 2013/32/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, foi criada em 26 de junho de 2013 e começou a ser aplicada em 21 de julho de 2015, mostrando-se mais rigorosa do que a anterior. Vide: COMISSÃO EUROPEIA. *Sistema Europeu comum de asilo*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2014. p. 4. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/ceas-fact-sheets/ceas\\_factsheet\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/ceas-fact-sheets/ceas_factsheet_pt.pdf)>. Acesso em: 7 jun. 2016.

43 Será dada prioridade aos migrantes que não tenham anterior-

A Turquia tomará todas as medidas necessárias para evitar a abertura de novas rotas marítimas ou terrestres para a migração ilegal desde seu território até países europeus, e cooperará nesse sentido com os Estados vizinhos, bem como com a UE.

Tão logo deixem de haver travessias irregulares entre Turquia e EU, ou se registre, pelo menos, uma substancial e sustentada redução das mesmas, será ativado um programa voluntário de admissão de migrantes por motivos humanitários.<sup>44</sup>

A UE, em estreita cooperação com a Turquia, acelerará o desembolso dos 3 bilhões de euros em favor dos refugiados na Turquia e assegurará o financiamento de outros projetos destinados às pessoas que se beneficiam de proteção temporária na Turquia.

A UE e os seus Estados-Membros trabalharão com a Turquia em iniciativas conjuntas para melhorar as condições humanitárias no interior da Síria, em especial em certas áreas próximas da fronteira com a Turquia, o que permitirá à população local e aos refugiados viver em zonas mais seguras.

Conclui-se que tal acordo foi celebrado como uma espécie de “toma lá, dá cá”<sup>45</sup>, proporcionando vantagens mútuas entre as partes negociantes. Paradoxalmente, uma crise de refugiados, que, até então, havia sido um fardo para o governo turco, tornou-se uma oportunidade. Agora, a Turquia pode exigir que a UE assuma parte da responsabilidade por meio da quantia proposta para custeio da recepção de refugiados. Até 2015, a Turquia havia gasto 6 bilhões de euros (essa não é uma soma desprezível em um país cuja economia cresce apenas 3% ao ano), provenientes de seus próprios recursos, na construção de campos para refugiados e na prestação de serviços sociais básicos para os mesmos.<sup>46</sup> A UE, por sua vez, trabalhará cooperativamente com o país utilizado como principal ponto de partida de refugiados e migrantes da Ásia Ocidental, no sentido de evitar a entrada de grande número de pessoas nos territórios

mente entrado ou tentado entrar de forma irregular na UE.

44 Os Estados-Membros da UE contribuirão de forma voluntária para esse programa.

45 Como sinônimos desta expressão popular brasileira, Kemal Kirişçi utiliza os termos “win-win” e “I’ll scratch your back, you scratch mine”.

46 Os desafios mais prementes enfrentados pela Turquia são o fornecimento de comida e abrigo fora dos campos de refugiados, a garantia de educação para as crianças e oferecimento de oportunidades de trabalho para os adultos.

de seus Estados-Membros, medida que foi tomada com caráter de urgência.

Vale ressaltar que, embora as partes negociantes defendam suas razões para a implementação da Declaração UE-Turquia, existem divergências em âmbito internacional acerca da fundamentação de tal acordo. Alguns líderes políticos e organizações não governamentais que trabalham em prol dos direitos humanos se mostram desconfortáveis com relação a essa tratativa, uma vez que a mesma levaria a instrumentalização do bem-estar dos refugiados para servir aos interesses da União Europeia e Turquia. Ademais, a ONU não corrobora com o posicionamento das partes de tal acordo frente a crise migratória.

Antes da vigência da declaração, o ACNUR já havia manifestado sua preocupação com relação a uma resposta europeia à crise migratória que envolvesse o envio de indivíduos de um país para outro sem a adoção de garantias de proteção aos refugiados sob a lei internacional, tendo ressaltado, ainda, que os indivíduos que retornassem à Turquia e tivessem necessidades de reassentamento específicas, como reunificação de famílias, deveriam ser considerados para o programa de reassentamento/admissão da EU.<sup>47</sup> Após a entrada em vigor da declaração, o ACNUR anunciou não fazer parte do acordo entre UE e Turquia, uma vez que a agência mantém a política de se opor a prisões mandatórias, suspendendo, por isso, suas atividades nos “hotspots”<sup>48</sup> das ilhas gregas.

O Alto Comissário das Nações Unidas para Direitos Humanos, Zeid Ra'ad al Hussein, expressou grave preocupação com a linguagem do acordo, o qual apresentaria um risco real de não atender as obrigações do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que exigem que os Estados-membros examinem os argumentos contra a deportação para além daqueles encontrados no Direito Internacional dos Refugiados. Segundo o Alto Comissário, “se a UE começa a contornar a lei internacional, poderia haver um efeito similar em outras partes do mundo, profundamente problemático.”<sup>49</sup>

47 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *ACNUR manifesta preocupação com acordo entre UE e Turquia sobre refugiados*. 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acnur-manifesta-preocupacao-com-acordo-entre-ue-e-turquia-sobre-refugiados/>>. Acesso em: 7 jun. 2016

48 “Hotspots” são os locais onde os refugiados e migrantes são recebidos, assistidos e registrados.

49 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *ACNUR diz não*

### **CRÔNICA 3: A LISTA NEGRA DO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS: A ATIVIDADE DAS EMPRESAS NOS TERRITÓRIOS OCUPADOS APÓS A RESOLUÇÃO DA ONU**

## **1. INTRODUÇÃO**

O Conselho de Direitos Humanos é um órgão inter-governamental, que, dentro do âmbito das Nações Unidas, é responsável pela promoção e proteção dos direitos humanos em todo o mundo, e para a resolução de situações de violações dos direitos humanos. Desde 2009, a situação dos direitos humanos nos Territórios Ocupados da Palestina, é regularmente informada ao Conselho pelo Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos no território palestino ocupado.

Em um dos relatórios emitido pelo Alto Comissariado, em 2013<sup>50</sup>, observou-se que empresas plenamente conscientes da situação opressiva vivida pela população árabe nos territórios ocupados têm cooperado com a manutenção e consolidação dos assentamentos israelenses, em troca dos inúmeros incentivos a elas oferecidos. O crescimento dessas atividades comerciais nas zonas dominadas por israelenses, além de colocar em desvantagem o mercado palestino, limitando-o financeira e economicamente, tem causado a escassez dos recursos naturais palestinos, para o abastecimento dos assentamentos e empresas.

Como no caso do Vale do Jordão, em que 83% dos recursos hídricos extraídos dessa região destinam-se ao abastecimento dos assentamentos israelenses, tendo a companhia nacional de águas israelenses (Mekorot) e Mehadrin, uma empresa agroindustrial, secado poços e mananciais palestinos, em razão das perfurações feitas.<sup>51</sup>

*fazer parte do acordo entre UE e Turquia redesenha atuação na Grécia*. 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acnur-diz-nao-fazer-parte-de-acordo-entre-ue-e-turquia-redesenha-atuacao-na-grecia/>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

50 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Resolução A/HRC/22/63*. 1963. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-63\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-63_en.pdf)>.

51 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Resolução A/HRC/22/63*. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-63\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-63_en.pdf)>. p. 18 – item 82.

Preocupado com as consequências das atividades econômicas nos Territórios Ocupados<sup>52</sup>, e tendo verificado, com base no mais recente relatório emitido pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos<sup>53</sup>, que as recomendações anteriores apresentadas pelo Alto Comissariado<sup>54</sup>, não foram acolhidas, o Conselho de Direitos Humanos decidiu adotar em 22 de março de 2016, por meio da resolução A/HRC/31/L.39, uma medida de controle mais firme, requerendo a elaboração de uma base de dados de todas as empresas envolvidas em atividades empresariais nos Territórios Ocupados.

Na mesma oportunidade, três outros relatórios foram abrangidos pela resolução: 1) *efeitos da demolição de casas, despejos, assentamentos em expansão, violência dos colonos e políticas de zoneamento e planejamento discriminatórias em termos econômicos, direitos sociais e culturais dos palestinos*; 2) *maneira de ocupação e as medidas conexas de restrição a liberdade de circulação e suas consequências nos direitos dos palestinos*; 3) *necessidade efetiva de se proteger os direitos dos palestinos*.

## 2. DO RESPEITO AOS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DE DIREITOS HUMANOS À LISTA NEGRA DA ONU

A resolução A/HRC/31/L.39 surge como resposta ao noticiado no último relatório apresentado por Makarim Wibisono, Relator Especial da ONU sobre a situação dos direitos humanos nos territórios palestinos ocupados, que enfatiza a desesperada necessidade em se conferir uma proteção mais efetiva aos palestinos nos territórios ocupados. Principalmente, diante da recusa de Israel em respeitar as recomendações da ONU, mantendo condutas de constantes violações às leis humanitárias, como a expansão dos assentamentos em territórios ocupados, que contam com o envolvimento de empresas na exploração de recursos naturais.

O auxílio prestado por empresas ao Estado de Israel, em relação à exploração de recursos naturais dos terri-

tórios palestinos e expansão de assentamentos, mostra-se como o principal responsável pelas fragmentações operadas na Cisjordânia e aprofundamento das restrições de movimento/acesso do povo palestino<sup>55</sup>. Ciente dessa situação, o Conselho de Direitos Humanos inicia a resolução A/HRC/31/L.39, fazendo uma retomada dos princípios orientadores das Empresas e Direitos Humanos, e segue recordando a responsabilidade das empresas e Estados, em se absterem de contribuir para as violações de direitos humanos.<sup>56</sup>

Essa reiteração do dever das empresas em respeitar as normas de direito internacional humanitário, ao longo de toda a resolução A/HRC/31/L.39, além de demonstrar a extrema preocupação do Conselho com a falta de compromisso de muitos Estados e empresas em atuar em conformidade com as leis internacionais, visa, também, recordar os riscos de caráter jurídico e financeiro que as empresas podem incorrer caso suas atividades contribuam de alguma forma com o conflito.

Após toda essa recordação e reiteração do dever das empresas para com a proteção dos direitos humanos, a resolução, culmina com a solicitação ao Alto Comissariado das Nações Unidas de Direitos Humanos, o qual em estreita consulta com o Grupo de Trabalho sobre a questão de direitos humanos e empresas transnacionais e outras empresas, deverá elaborar uma “lista negra”, a ser atualizada anualmente, com os dados de todas as companhias que participem ou contribuam com as atividades nos assentamentos israelenses<sup>57</sup>.

## 3. AUSÊNCIA DE RESPOSTAS PARA AS INQUIETAÇÕES GERADAS

Embora aprovada por ampla maioria de 32 votos

52 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Resolução A/HRC/28/26*. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/030/65/PDF/G1503065.pdf?OpenElement>>.

53 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Resolução A/HRC/31/42*. Disponível em: <<https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/0CCE8667AB23D63B85257F62005027A3>>.

54 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Resolução A/HRC/31/42*. Disponível em: <<https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/0CCE8667AB23D63B85257F62005027A3>>.

55 C.f. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=18496&LangID=E>>.

56 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Resolução A/HRC/31/L.39*, p. 4. Disponível em: <<https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/827CFB704068F7B985257F850071154A>>.

57 Atividades que contribuem para a anexação e exploração de terras palestinas e dos recursos naturais, alterações demográficas através da transferência de população, negação do direito à autodeterminação do povo palestino, todas as que violem o direito internacional. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Resolução A/HRC/22/63*, parágrafo 96. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HR-Council/RegularSession/Session22/A-HRC-22-63\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HR-Council/RegularSession/Session22/A-HRC-22-63_en.pdf)>.

a favor, nenhum contra e 15 abstenções, entre elas do Estado de Israel, a posição adotada pelo Conselho de Direitos Humanos, gerou polêmica entre países como Alemanha, Reino Unido e Holanda, os quais manifestaram preocupação que a elaboração de uma base de dados, estimule ações de boicote e sanções contra as empresas listadas.

Essa inquietação é compreensível, uma vez que as violações operadas por Israel contra os povos dos Territórios Ocupados passaram a ter maior representatividade e, por consequência, notoriedade no âmbito internacional, após o reconhecimento da Palestina como Estado Observador pela Assembleia Geral da ONU, em 2012. E, tal como aconteceu na África do Sul, as pressões internacionais por sanções jurídicas às empresas e boicote aos produtos sul africanos, se intensificaram após a divulgação mundial da bárbara política segregacionista aplicada no país, acelerando o fim do regime.

Contudo, verifica-se que a resolução ecoa uma comunicação interpretativa, lançada pela União Europeia em 2015, que proíbe a importação de produtos rotulados como “Made in Israel”, mas produzidos em território, ou com recursos palestinos<sup>58</sup>, alegando para tanto o seu dever de não reconhecer a soberania de Israel sobre os territórios palestinos ocupados e as leis de defesa do consumidor da UE. Uma vitória para o movimento BDS, que busca o boicote, não investimento e sanções contra Israel, para acabar com sua ocupação militar.

Entre as principais exportadoras israelenses alvos do boicote estão os vinhos produzidos nas Colinas de Golã e Cisjordânia, e rotulados como israelenses; os produtos da empresa Sodastream, cuja unidade central de produção está localizada na zona industrial de Mishor Edomin, um assentamento ilegal na Cisjordânia; e Eden Spring, empresa israelense que extrai água de Salukia spring, localizada no território ocupado de Golã<sup>59</sup>.

Finalmente, nota-se que, após anos de omissão das Nações Unidas em regulamentar e controlar, a situação de violação aos direitos humanos praticados por empresas nos territórios ocupados, a inquietação em resguardar os direitos humanos, passou a figurar como tema central da agenda de muitos países investidores.

Seja para se prevenirem de eventuais sanções, ou por uma mudança de consciência. De todo modo, o Conselho de Direitos Humanos da ONU viu-se compelido a adotar uma resolução que viesse ao encontro das novas demandas socioempresariais.

Apesar de seu atraso em ser elaborada, a resolução, ainda assim, representa uma importante vitória para o reconhecimento dos direitos dos povos que residem nos territórios ocupados. Contudo, as inquietações geradas deverão aguardar uma possível resposta, com o novo relatório do Secretário-Geral que será apresentado no 34º período de sessões<sup>60</sup>, ou seja, em março de 2017, e só então verificaremos se os direitos humanos vencerão a batalha contra os interesses econômicos.

58 C.f. Disponível em: <[https://eeas.europa.eu/delegations/israel/documents/news/20151111\\_interpretative\\_notice\\_indication\\_of\\_origin\\_of\\_goods\\_en.pdf](https://eeas.europa.eu/delegations/israel/documents/news/20151111_interpretative_notice_indication_of_origin_of_goods_en.pdf)>.

59 C.f. Disponível em: <<https://bdsmovement.net/activecamps/consumer-boycott>>.

60 ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Resolução A/HRC/31/L.39*. p. 9 item 18. Disponível em: <<https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/827CFB704068F7B985257F850071154A>>.



**I. DOSSIÊ TEMÁTICO:  
DIREITO TRANSNACIONAL**

# Editorial

## O DIREITO TRANSNACIONAL

### CIRCULAÇÃO DE NORMAS E RELAÇÕES JURÍDICAS TRANSNACIONAIS

Priscila Pereira de Andrade\*

Nos últimos anos nota-se crescente interesse pela noção de Direito Transnacional, no entanto, relativamente poucos estudos foram redigidos a esse respeito em revistas brasileiras. A seção temática do volume 13, número 3 da Revista de Direito Internacional visa oferecer um espaço para reflexão coletiva sobre as novas vertentes de um antigo tema, porém ainda pouco explorado tecnicamente.

Tendo como ponto de partida a abordagem e a definição utilizada por Philip Jessup, em 1957, no seu livro *Transnational Law*, o direito transnacional engloba tanto o direito internacional público quanto o privado, assim como outras regras, que não se encaixam perfeitamente nessas categorias tradicionais. Deveras, a linha de demarcação entre o Direito Nacional e o Direito Internacional está cada vez mais entrando em uma zona cinzenta, pois existem hoje normas e relações jurídicas que não são puramente nacionais e que tampouco dependem da aplicação pura do Direito Internacional. Há, por exemplo, normas adotadas por entes privados que circulam além do mero território nacional e que podem, potencialmente, influenciar a ordem jurídica de outros Estados. Outrossim, as relações jurídicas, especialmente no Direito Econômico, produzem cada vez mais problemas de direito entre pessoas públicas e privadas de nacionalidade diferentes. O direito transnacional, portanto, não está focado somente na atuação normativa dos Estados e das organizações internacionais, pois são consideradas igualmente as atividades normativas dos mercados e dos entes privados.

É nessa esfera, entre o nacional e o internacional e entre o direito público e privado, que se está tramitando um direito de aspecto transnacional. Não se trata — por enquanto — de um ramo de direito definido. Uma classificação, uma pormenorização, uma categorização dos seus princípios e das suas normas ainda está em andamento. Ainda não existe um método harmonizado para estudá-lo. Dependendo da teoria jurídica adotada, positivista ou pluralista, a própria existência do direito transnacional pode ser questionada.

Tendo como base uma reflexão científica e crítica, os artigos publicados nessa edição da Revista de Direito Internacional buscam delimitar os contornos e esclarecer o conteúdo do atual Direito Transnacional. Para tanto, os autores, sob uma perspectiva diferente, debatem e analisam as diversas possibilidades e desafios da elaboração e da implementação do direito transnacional em diversas áreas do direito. Cada autor, no âmbito de especialidade (direito tributário, direito ambiental, direito do comércio internacional, etc.) demonstra, com casos concretos, tendências ou confirmações da formação de um direito transnacional.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**A emergência do direito  
transnacional ambiental**

**The emergence of transnational  
environmental law**

Priscila Pereira de Andrade



# A emergência do direito transnacional ambiental\*

## The emergence of transnational environmental law

Priscila Pereira de Andrade\*\*

### RESUMO

À margem do tradicional direito internacional, existem novas esferas e formas de elaboração de normas aptas a regular a proteção do meio ambiente. A multiplicação e a diversificação dos espaços normativos revela que o Estado é, apenas, um ator entre outros capaz de enquadrar e regulamentar questões ambientais com repercussão internacional. É esse desenvolvimento e crescente uso da normatização e contratualização privada que pretendemos analisar neste estudo. Sustenta-se que as premissas teóricas do “direito transnacional” fornecem uma reflexão apropriada para compreensão do quadro normativo atualmente disponível para a proteção do meio ambiente. Por isso, a participação dos atores privados na produção normativa e sua influência para a emergência de um direito transnacional ambiental é o foco da pesquisa jurídica que propomos apresentar neste artigo.

**Palavras-chave:** Meio Ambiente, normas privadas, contratos privados, Direito transnacional.

### ABSTRACT

Apart from traditional international law, there are new spheres and forms of elaboration of norms suitable to regulate the protection of the environment. The multiplication and diversification of normative spaces reveals that the State is only one actor among others capable of framing and regulating environmental issues with international repercussions. It is this development and the increasing use of private normalization and contractualization that we intend to analyze in this study. It is argued that the theoretical premises of “transnational law” provide an appropriate reflection for understanding the normative framework currently available for the protection of the environment. Therefore, the participation of private actors in normative production and its influence for the emergence of a transnational environmental law is the focus of the legal research that we propose to present in this article.

**Keywords:** Environment, private standards, private contracts, transnational law.

\* Autora convidada

\*\* Pesquisadora PNPd Capes, Professora associada ao Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília, Doutora em direito – Université Panthéon-Sorbonne. E-mail: prisqua@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

O quadro normativo, atualmente, existente para o enquadramento jurídico da proteção do meio ambiente na esfera internacional reflete as transformações do Direito na era global. À margem do tradicional direito internacional, existem novas esferas e formas de elaboração de normas aptas a regular a proteção do meio ambiente. Em outras palavras, além dos tradicionais instrumentos de direito internacional público e da cooperação interestadual direcionada à proteção do meio ambiente, existe, atualmente, uma realidade normativa híbrida que surge com base nas iniciativas normativas de instituições supranacionais e entidades privadas. Desse modo, as questões ambientais não são mais reguladas unicamente por atores estatais. Na realidade, os atores não estatais apresentam um papel crescente e fundamental. Espera-se, cada vez mais, que as empresas, no âmbito da sua responsabilidade social e ambiental<sup>1</sup>, exerçam suas atividades de modo compatível com o desenvolvimento sustentável<sup>2</sup>.

É nesse contexto que as empresas estão sendo cada vez mais encorajadas, especialmente pela sociedade civil, pela legislação nacional de alguns Estados e por alguns instrumentos internacionais, a adotarem comportamentos “responsáveis”, principalmente quando suas atividades apresentam efeitos transfronteiriços. Na verdade, cada vez mais atores privados, tais como associações de direito privado, organizações de padronização, organizações não governamentais e empresas, de-

envolvem espontaneamente suas próprias normas para enfrentar os desafios do desenvolvimento sustentável<sup>3</sup>. Nesse sentido, verifica-se que a “era do desenvolvimento sustentável”<sup>4</sup> exige a adaptação dos tradicionais instrumentos jurídicos às necessidades atuais da sociedade, o que implica a interação entre regulamentações adotadas em diferentes níveis, assim como interações entre as iniciativas normativas dos Estados e as de entes privados<sup>5</sup>. A multiplicação e a diversificação dos espaços normativos revela que o Estado é, apenas, um ator entre outros capaz de enquadrar e regulamentar questões com repercussão internacional<sup>6</sup>. É esse desenvolvimento e crescente uso da normatização privada que pretendemos analisar neste estudo. O presente artigo visa discorrer sobre os efeitos jurídicos de alguns instrumentos normativos privados que, tradicionalmente, não seriam utilizados para proteção do meio ambiente.

Vale enfatizar que este estudo não objetiva encontrar uma solução para as deficiências do direito internacional aplicado às questões ambientais<sup>7</sup>, não visa tratar dos limites das legislações nacionais e regionais que apresentam efeito extraterritorial<sup>8</sup>, e tão pouco propõe uma

3 SARROUF, Muriel, *Les normes privées relatives à la qualité des produits. Étude d'un phénomène juridique transnational*, Tese de doutorado em Direito, Université Panthéon-Assas, 2012, 636p. MERCIER, Virginie ; BRUNENGO-BASSO, Stéphanie, “Les normes environnementales privées internationales”, *Revue de recherche juridique*, nº25, 2011, p.23.

4 Conforme aponta o Relatório Brundtland, o desenvolvimento sustentável consiste no “desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”, Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e desenvolvimento. *Nosso futuro comum*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. Sobre a “Era do desenvolvimento sustentável” vide: MAIJEAN-DUBOIS, Sandrine, “La fabrication du droit international au défi de la protection de l'environnement” In: *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Pedone, Paris, 2010, p.56.

5 PETERS, Anne; KOEHLIN, Lucy; FÖRSTER. Tille, *Non-state actors as standard setters*, Cambridge University Press, 2009, p.19.

6 OST, François ; VAN DE KERCHOVE, Michel. *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, 596 p.

7 Sobre a inefetividade do direito internacional ambiental, vide: SAMAAN, Andrew Watson, “Enforcement of International Environmental Treaties: At Analysis”, *Fordham Environmental Law Review*, Volume 5, Issue 1, 2011, pp.261-283.

8 NASH, Jonathan Remy, “The Curious Legal Landscape of the Extraterritoriality of U.S. Environmental Laws”, *Virginia Journal of International Law*, Volume 50, Issue 4, 2010, p. 997. KOZIEL, Tomasz, “Extraterritorial Application of EU Environmental Law – Implications of the ECJ’s Judgment in Air Transport Association of America”, *The Columbia Journal Of European Law Online*, disponível em: <http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/journal-european-law/files/koziel.pdf>, acesso em 28 nov. 2016.

1 Como observa o autor Yann Kebrat, o uso da palavra «responsável» para se referir ao comportamento empresarial pode ter dois significados diferentes : um significado ético ou jurídico. Refere-se aqui à conotação ética da palavra «responsável», ou seja, à responsabilidade moral das empresas em adotar medidas voluntárias para a proteção do meio ambiente e dos direitos humanos. KERBRAT, Yann, “La responsabilité des entreprises peut-elle être engagée pour des violations du droit international ?”, In : KERBRAT, Yann; GHERARI, Habib (dir.), *L’entreprise dans la société internationale*, Pedone, Paris, 2010, p. 93-104.

2 No documento final aprovado na Conferência Rio+20, em 2012, a importância da participação do setor privado no desenvolvimento sustentável foi expressamente reconhecida no parágrafos 46 e 47. Ver documento “The future we want”, Doc. A/CONF.216/L.1, disponível em : [https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216l-1\\_english.pdf](https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216l-1_english.pdf), acesso em 10 novembro 2016. Sobre a evolução do papel das empresas para o desenvolvimento sustentável nos documentos finais resultantes das Conferências de Estocolmo, Rio92 e Joanesburgo 2002, vide : MAIJEAN-DUBOIS, Sandrine, “La portée des normes du droit international de l’environnement à l’égard des entreprises”, *Journal du droit international*, nº1, Janvier 2012, p. 93-114.

“privatização” da proteção jurídica do meio ambiente. O presente artigo não sugere que o Estado deixa de desempenhar um papel central na proteção do meio ambiente<sup>9</sup>. A questão que se visa analisar é a transformação do papel do Estado frente às novas formas de governança e normatização privada. O objetivo é demonstrar a necessidade de adaptação da concepção estatal do Direito<sup>10</sup> aplicado à regulamentação dos problemas ambientais. Visa-se destacar algumas mudanças em andamento na esfera normativa internacional. Portanto, se demonstra como alguns instrumentos normativos privados podem se tornar instrumentos complementares aos instrumentos normativos de direito público tradicionalmente destinados à regulamentação da proteção do meio ambiente na esfera internacional.

A adoção de uma perspectiva privatista traz novas pistas de reflexão acerca da proteção jurídica do meio ambiente. Assim, o presente artigo buscará esclarecer os “diferentes potenciais normativos” de alguns dos instrumentos atualmente disponíveis para a regulamentação dos impactos ambientais. Por exemplo, será questionado se a inserção de “cláusulas de sustentabilidade”<sup>11</sup> em contratos privados de compra e venda internacional de mercadorias pode contribuir para a formação de novos padrões e de novas práticas empresariais.

A fim de compreender o funcionamento dessa dinâmica normativa contemporânea e híbrida<sup>12</sup>, a doutrina, numa perspectiva fundada no pluralismo jurídico<sup>13</sup>, ou

seja, numa perspectiva que considera as consequências jurídicas das normas não estatais<sup>14</sup>, vem desenvolvendo uma série de teorias com o intuito de explicar a atual realidade normativa internacional<sup>15</sup>.

Entre as teorias elaboradas, muitas permitem refletir sobre a produção do direito a partir de normas não estatais. Ao nosso entendimento, as premissas teóricas do “direito transnacional” fornecem uma reflexão apropriada para compreensão do quadro normativo atualmente disponível para a proteção do meio ambiente. Por isso, a participação dos atores privados na produção normativa e sua influência para a emergência de um direito transnacional ambiental é o foco da pesquisa jurídica que propomos apresentar neste artigo.

Desse modo, para compreender a emergência do direito transnacional ambiental e entender como a realidade normativa diversificada e híbrida funciona na prática, é preciso, num primeiro momento, entender por que a noção de “direito transnacional” é, metodologicamente, útil para orientação da reflexão sobre o atual quadro normativo aplicável para proteção jurídica do meio ambiente.

## 2. A CONTRIBUIÇÃO DA NOÇÃO DE «DIREITO TRANSNACIONAL» PARA A PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE

Embora antiga, a noção de “direito transnacional” permanece apta a orientar a reflexão sobre alguns fenômenos normativos contemporâneos. Essa noção foi

9 COMPAGNON, D; CHAN, S.; MERT, A. “The changing role of the State”, In: BIERMANN, E; PATTERBERG, P. (Eds.), *Global Environmental Governance Reconsidered*, The MIT Press, 2012, pp. 273-63.

10 OLIVIEIRO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio, “Reflexões sobre o direito transnacional”, *Novos Estudos jurídicos*, vol. 17, n. 1, 2012, p.18-28.

11 As “cláusulas de sustentabilidade” são cláusulas contratuais que versam sobre a proteção de direitos sociais, humanos e ambientais. Essas cláusulas são inseridas geralmente, de forma voluntária, em qualquer tipo de contrato, por exemplo, em contratos de compra e venda nacional ou internacional. Sobre esse assunto, vide: PETERKOVA, Katerina, *Sustainability Clauses in International Business Contracts*, Eleven Law, 2015, 344 p. A respeito do uso de “cláusulas de sustentabilidade” para regulação do desenvolvimento sustentável dos biocombustíveis, vide: ANDRADE, Priscila Pereira de, “La contribution limitée de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises pour l’application des “clauses de durabilité” des biocarburants”, *Annuaire Canadien de Droit International*, Volume 53, 2016, pp. 119-143.

12 BENYEKHELEF, Karim. *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis, Montréal, 2008, p.72.

13 DELMAS-MARTY, Mireille, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2005, 304p. Dominique TERRE, «Le pluralisme et le droit», *Archives*

*de philosophie du droit*, t. 49, 2005, pp. 69-83. VANDERLINDEN, Jacques, «Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique», *Revue de la Recherche Juridique*, 1993/2, pp. 573-58.

14 Reconhece-se que existem outras definições para o conceito de pluralismo jurídico. Pelo menos cinco significados diferentes são geralmente reconhecidos. A compreensão do que consiste o pluralismo jurídico varia conforme o autor e os contextos estudados. A esse respeito vide : BODEN, Didier, «Le pluralisme juridique en droit international privé», *Archives de la philosophie du droit*, vol. 49, 2005, pp. 275-316. Para nosso estudo, a noção de «pluralismo jurídico» utilizada é aquela que se refere à existência de uma pluralidade de fontes do Direito, que vão além do Estado.

15 À título ilustrativo dessas teorias, entre outras, podemos citar: a teoria do direito reflexivo, a teoria do direito em rede, as teorias do direito global e do direito administrativo global. Para um estudo sobre todas estas teorias vide : VENZKE, Ingo, «Contemporary Theories and International Law-Making», in BRÖLMANN, Catherine; RADI, Yannick (eds.), *Research handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, Elgar, 2014,

utilizada pela primeira vez em 1956 por Philip Jessup, ex-juiz da Corte Internacional de Justiça, durante um curso ministrado na Escola de Direito da *Yale University*. A noção de “direito transnacional” foi utilizada para descrever uma realidade normativa internacional diferente daquela baseada nas relações de cooperação interestadual, ou seja, no direito internacional público ou no direito internacional privado. De acordo com Philip Jessup, a noção de “direito transnacional” designa a lei aplicável a todas as relações sociais que envolviam um elemento internacional<sup>16</sup>. O direito transnacional consiste, segundo este autor, qualquer instrumento normativo, de direito nacional ou internacional, público ou privado, bem como outras normas não-integrantes destas categorias, capaz de regular ações ou eventos que transcendem as fronteiras nacionais – ações não só dos Estados, mas também dos atores não estatais, tais como indivíduos e empresas<sup>17</sup>.

A abordagem do direito internacional sob a perspectiva do direito transnacional corresponderia à globalização da sociedade internacional<sup>18</sup>. Em outras palavras, a noção de direito transnacional, em contraste com a de direito internacional, faz com que seja possível considerar, ao mesmo tempo, as normas de iniciativas interestaduais, de leis nacionais com efeitos extraterritoriais e de iniciativas normativas privadas. O termo “transnacional” supera, portanto, o estudo das relações internacionais exclusivamente interestatais para considerar também o estudo das relações privadas que envolvem atividades transfronteiriças<sup>19</sup>.

É importante ressaltar contudo que a noção de direito transnacional pode ter significados diferentes daquele anteriormente apresentado e que pretendemos abordar nesse estudo. Na verdade, é possível verificar que há autores que usam o termo transnacional para designar

as relações contratuais entre atores estatais e privados<sup>20</sup>. Alguns autores consideram ainda que o direito transnacional seria o produto da *lex mercatoria*<sup>21</sup>.

Independentemente do significado adotado, quando a noção de direito transnacional é considerada, o direito internacional torna-se apenas um meio, entre outros, de elaboração de normas internacionais<sup>22</sup>. Os Estados, as organizações internacionais e os tratados constituem uma parte importante do direito transnacional, mas não o esgotam. Ao contrário, “o conceito de direito transnacional visa ampliar o espaço normativo internacional para o reconhecimento de outras formas de governança e atores que regulam as atividades que ocorrem além das fronteiras de um único Estado<sup>23</sup>.”

Nesse sentido, embora inicialmente a noção de “direito transnacional” tenha sido empregada para revelar normas aplicáveis às áreas comerciais e econômicas<sup>24</sup>, atualmente, ela, também, é usada para se referir às normas aplicáveis em matéria ambiental<sup>25</sup>, social e relacionadas aos direitos humanos<sup>26</sup>. Trata-se, portanto, de uma noção sempre presente e relevante quando se visa reconhecer a existência de normas não estatais complementares às normas estaduais e interestaduais aptas ao enquadramento de questões que tenham repercussão global<sup>27</sup>.

É precisamente a constatação dessa realidade normativa diversificada e híbrida, caracterizada pela coexistência de normas jurídicas e de instrumentos nor-

16 JESSUP, Philip C., *Transnational law*, Yale University Press, New Haven, 1956, pp. 1-3. «*the term international is misleading since it suggests that one is concerned only with the relations of one nation (or state) to other nations (or states). The term transnational law includes all law which regulates actions or events that transcend national frontiers [...]*”.

17 SHAFFER, Gregory, “Transnational Legal Process and State Change: Opportunities and Constraints”, *Law & Social Inquiry*, vol. 37, Issue 2, 2012, p. 233.

18 CARREU, Dominique ; MARRELLA, Fabrizio, *Droit international*, 11<sup>éd.</sup>, Pedone, Paris, 2012, pp. 69, 74.

19 MERLE, Marcel, «Le concept de transnationalité », In *Humanité et droit international*, Mélanges René-Jean Dupuy, Pedone, Paris, 1991, pp. 223-233. ARNAUD, André Jean, *Entre modernité et mondialisation : cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'état*, LGDJ, Paris, 1988, p. 25. BENYEKHLEF, Karim, op. cit., p.72.

20 MAIJEAN-DUBOIS, Sandrine, “Le contrat transnational, l'environnement et le droit international public”, In : HAUTEREAU-BOUONNET, Mathilde (dir.), *Contrat et environnement. Étude de droit interne, international et européen*, Éditions Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris, 2014, pp.369-385.

21 RODRÍGUEZ, Ana Mercedes López, *Lex Mercatoria*, RETTID, 2002, p. 48.

22 SHAFFER, Gregory, BODANSKY, Daniel, “Transnationalism, Unilateralism and International Law”, *Transnational Environmental Law*, vol. 1, 2012, p.32.

23 LIN, Jolene; SCOTT, Joanne, “Looking beyond the international: key themes and approaches of transnational environmental law”, *Transnational Environmental Law*, vol.1, n.1, 2012, pp.23-29.

24 ROUCOUNAS, Emmanuel, “Facteurs privés et droit international public”, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 299, 2002, p. 90. TIETJE, Christian; BROUDER, Alan, NOWROT, Karsten (dir.), “Philip C. Jessup's transnational law revisited – On the occasion of the 50<sup>th</sup> anniversary of its publication”, *Essays in transnational economic law*, n° 50, 2006, 60 p.

25 SHAFFER, Gregory; BODANSKY, Daniel, op.cit., pp.31-41.

26 DECAUX, Emmanuel, “Du droit international au droit transnational”, *Accueillir*, n°252, 2009, pp. 17-20.

27 SCOTT, Craig, “Transnational Law as Proto-Concept: Three Conceptions”, *German Law Journal*, vol. 10, n°7, 2009, pp. 859-876.



mativos de origem privada para a proteção do meio ambiente, que visamos abordar na seção seguinte do presente artigo. Constatar-se-á que essa diversificação normativa confirma a emergência do direito transnacional ambiental.

### 3. A CONSTATAÇÃO DE UMA REALIDADE NORMATIVA DIVERSIFICADA E HÍBRIDA PARA A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Diversos instrumentos normativos podem, potencialmente, contribuir para o enquadramento jurídico da proteção do meio ambiente e para o controle da qualidade “sustentável” dos produtos e das atividades que transcendem as fronteiras estatais<sup>28</sup>. A constatação de uma realidade normativa diversificada, híbrida e, portanto, transnacional para a proteção do meio ambiente é possível, com base na análise de algumas legislações nacionais e regionais que apresentam efeitos extraterritoriais (3.1), das normas internacionais privadas (3.2) e dos contratos internacionais privados (3.3).

#### 3.1. Legislações nacionais e regionais para proteção do meio ambiente com efeitos extraterritoriais

Não é difícil encontrar exemplos de legislações nacionais e regionais, tais como algumas dos Estados Unidos e da União Europeia, que sirvam como modelo para a proteção do meio ambiente a nível internacional<sup>29</sup>. Em matéria ambiental, o direito europeu constitui, frequentemente, um exemplo de institucionalização de uma regulação híbrida, caracterizada pela complementação entre a regulamentação pública e a regulação privada<sup>30</sup>.

Algumas diretivas e regulamentos europeus sobre produtos químicos (REACH)<sup>31</sup>, sobre os organismos

geneticamente modificados (OGM)<sup>32</sup> e sobre a promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis<sup>33</sup> representam instrumentos normativos com efeitos extraterritoriais, pois visam ao controle da qualidade das mercadorias que circulam no mercado europeu<sup>34</sup>. As empresas de outros Estados, não membros da União Europeia, buscam se adequar a tais exigências de proteção ambiental para ter acesso ao mercado europeu<sup>35</sup>.

Além de apresentar normas com efeitos extraterritoriais, o direito europeu apresenta uma abertura à participação de atores não estatais na elaboração e implementação da legislação ambiental. De maneira ilustrativa, por meio de um procedimento de acreditação, são aceitos e reconhecidos esquemas voluntários de certificação privada<sup>36</sup> como meio de comprovação da implementação dos «critérios de sustentabilidade» indispensáveis para a comercialização de biocombustíveis no mercado europeu. Na realidade, a forma de controle da qualidade sustentável dos biocombustíveis utilizados para alcançar a promoção de energia renovável no setor de transportes constitui uma manifestação prática do direito transnacional<sup>37</sup>.

Desse modo, a possibilidade de recorrer a outras formas de regulação, como a corregulação e a regulação privada<sup>38</sup>, contribui para o desenvolvimento de uma

---

do Conselho, de 18 de Dezembro de 2006, relativo ao registo, avaliação, autorização e restrição dos produtos químicos (REACH).

32 Diretiva 2001/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Março de 2001, relativa à libertação deliberada no ambiente de organismos geneticamente modificados.

33 Diretiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009, relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis.

34 MORGERA, Elisa, “Ambition, complexity and legitimacy of pursuing mutual supportiveness through the EU’s external environmental action”, In: VOOREN, Bart Van; BLOCKMANS, Steven and WOUTERS, Jan (eds.), *The Legal Dimension of Global Governance: What Role for the EU?*, Oxford University Press, 2012,

35 BRADFORD, Anu, “The Brussels Effect”, *Northwestern University School of Law*, vol. 107, n.1, 2012.

36 A «certificação» pode ser entendida como a ação e o resultado de uma autoridade «autenticar ou legalizar um ato ou fato depois de verificar a sua veracidade, autenticidade, origem e observância, CORNU, G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Paris, 2009. PENNEAU, Anne, «La certification», *Jurisclasseur Environnement et Développement durable*, fascicule 5300, 2013.

37 LIN Jolene LIN, «Transnational Environmental Law in Action: the European Union’s Sustainable Biofuels Experiment», *University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper* N°34, 2013, disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2305904](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2305904)>.

38 PENNEAU, Anne; VOINOT, D., «La normalisation», *Jurisclasseur Droit de la concurrence et de la consommation*, fascicule 970, 2010.

---

28 Meidinger, Errol, “Multi-interest self-governance through global product certification programs”, In DILLING, Olaf; HERBERG, Martin; WINTER, Gerd (dir.), *Responsible business? Self-governance in transnational economic transactions*, Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 259-291.

29 BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter, *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, 2000, p. 285.

30 ROGER, Apoline, “Quelle implication des destinataires de la norme? La voie de la coregulation”, *Vertigo - la revue électronique en sciences de l’environnement*, nov. 2009, disponível em <http://vertigo.revues.org/8956>, acesso em: 23 nov. 2016.

31 Regulamento (CE) N° 1907/2006 do Parlamento Europeu e

verdadeira “regulação transnacional privada”<sup>39</sup>. Paralelamente, ao desenvolvimento de legislações com efeitos extraterritoriais, existem, cada vez mais, normas internacionais privadas voltadas à proteção do meio ambiente.

### 3.2. Normas internacionais privadas para proteção do meio ambiente

A crescente participação de atores não estatais tais como empresas, associações privadas, organizações não governamentais e *experts* na elaboração e implementação de normas privadas de proteção ambiental reforçam a ideia de que, além dos tradicionais instrumentos de direito internacional público, existem outras formas autônomas de normatização que podem auxiliar a resolver questões ambientais relativas, entre outras, à proteção da biodiversidade e às mudanças climáticas.

Essas entidades não estatais se tornam “não somente um lugar para troca de experiências, mas também um local para normatização e desenvolvimento de normas técnicas e modelos de cláusulas contratuais para proteção do meio ambiente e, de modo mais amplo, para promoção do desenvolvimento sustentável”<sup>40</sup>. As normas internacionais privadas são de adesão voluntária e não apresentam a previsão de sanção para casos de violação. O cumprimento das normas privadas só é juridicamente vinculante quando estas são recepcionadas em instrumentos legais<sup>41</sup>. Em outras palavras, as normas privadas que regulam questões ambientais “podem adquirir força vinculante quando inseridas em outros tipos de atos jurídicos”<sup>42</sup>, como em contratos privados<sup>43</sup>.

As normas internacionais privadas são de uma diversidade impressionante. Elas variam conforme a matéria regulada (proteção do meio ambiente, comércio, segurança alimentar, direitos sociais, direitos humanos, etc.) e de acordo com a natureza dos atores envolvidos (empresas, organizações não governamentais, organismos de normalização, organismos de certificação etc.)<sup>44</sup>. Não há consenso sobre o conceito do que sejam as normas internacionais privadas, mas os autores que tratam esse assunto concordam que elas “não são impostas pelos Estados e constituem iniciativas normativas voluntárias”<sup>45</sup> que visam “melhorar a qualidade dos produtos”<sup>46</sup>. As normas internacionais privadas podem assumir a forma de um código de conduta, de uma declaração de princípios, de um contrato, de uma política de rotulagem, etc. Entre os exemplos mais conhecidos de normas internacionais privadas que tratam da matéria ambiental podemos mencionar as normas do *Forest Stewardship Council*, do *Roundtable on Sustainable Biofuels* e da Organização Internacional de Padronização (ISO) entre outras.

A propagação dessas normas internacionais privadas gera questionamentos acerca de sua “força normativa”, isto é, acerca de sua “vocação a ser aplicada pelo juiz e sancionada em caso de violação”<sup>47</sup>. Em outras palavras, torna-se importante a avaliação do alcance, do impacto e da relação dessas normas privadas com as normas jurídicas convencionais, bem como da legitimidade das entidades privadas que as desenvolvem.

Nesse cenário, o que parece à primeira vista   a existência de uma justaposição de iniciativas normativas privadas e regulações públicas<sup>48</sup>, em vez de uma real interação entre a diversidade de iniciativas normativas que tratam da proteção do meio ambiente<sup>49</sup>. No entanto,   possível verificar que existe uma tendência

39 Segundo Fabrizio Cafaggi, a «Regulação transnacional privada» é definida como «um conjunto de regras, práticas e processos desenvolvidos principalmente por indivíduos, empresas, ONGs, especialistas independentes, normas de organismos privados e comunidades epistêmicas», CAFAGGI, Fabrizio, «Les nouveaux fondements de la régulation transnationale privée», *Revue internationale de droit  conomique*, vol. 1, n 2, 2013, pp. 129-161.

40 ASCENCIO, Hervé, “Rapport introductif”, In : GHERARI, Habib; KERBRAT, Yann, *L’entreprise dans la société internationale*, Pedone, Paris, 2009, pp. 13-41.

41 MERCIER, Virginie, BRUNENGO-BASSO, Stéphanie, Les normes environnementales privées internationales”, *Revue de recherche juridique*, n 25, 2011, pp. 2317-2339.

42 SARROUF, Muriel, *Les normes privées relatives à la qualit  des produits :  tude d’un phénomène juridique transnational*, op. cit., p. 26.

43 PETERKOVA MITKIDIS, Katherina, “Sustainability clauses in international supply chain contracts: regulation, enforceability and effects of ethical requirements”, *Nordic Journal of Commercial Law*, n 1, 2014. CAFAGGI, Fabrizio, “The regulatory functions of transnational commercial contracts: new architectures”, *Fordham International Law Journal*, vol.36, p.1562 ; BOUTONNET, Mathilde,

“Des obligations environnementales spéciales à l’obligation environnementale générale en droit des contrats”, *Recueil Dalloz*, 2012, pp.386-387.

44 *Idem*, p. 20.

45 MERCIER, Virginie, BRUNENGO-BASSO, Stéphanie, “Les normes environnementales privées internationales”, op. cit., p. 2320.

46 SARROUF, Muriel, *Les normes privées relatives à la qualit  des produits :  tude d’un phénomène juridique transnational*, op. cit., p. 20.

47 THIBIERGE, Catherine, *La force normative. Naissance d’un concept*, L.G.D.J., 2009.

48 BOY, Laurence, “La valeur juridique de la normalisation”, In : Jean CLAM, Martin GILLES (dir.), *Les transformations de la régulation juridique et la production du droit*, Paris, LGDJ, 1998.

49 MEHDI, Rostane, «Mutations de la société internationale et adaptations institutionnelles : le grand défi», In : BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence ; MEHDI, Rostane (dir.), *Une société internationale en mutation: quels acteurs pour une nouvelle gouvernance?*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 7.

à maior interação normativa que se manifesta cada vez mais através da circulação de normas estatais e não estatais. Algumas organizações internacionais e alguns Estados estão se envolvendo no processo de elaboração de normas privadas<sup>50</sup>. Além disso, é comum que os atores privados façam referência a alguns instrumentos normativos de direito internacional público nos seus instrumentos normativos privados, como nos seus códigos de conduta, nas suas condições de compra e venda, e também nas “cláusulas de sustentabilidade” inseridas nos contratos internacionais privados. Por exemplo, é o caso das condições de compra estabelecidas nos contratos internacionais da empresa *Royal Dutch Shell*, que se referem, por exemplo, à necessidade de respeitar determinadas condições de trabalho impostas pelas Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e à necessidade de proteger a biodiversidade em certas zonas úmidas conforme exige a Convenção de Ramsar<sup>51</sup>.

Por meio de disposições contratuais, as normas internacionais privadas e as normas de direito internacional público podem entrar na esfera do direito privado e, conseqüentemente, adquirir força vinculante. A título ilustrativo, se inseridas nos termos contratuais das empresas, as normas internacionais privadas elaboradas pela ISO passam a ser obrigatórias devido à força vinculante assegurada pelo direito dos contratos.

Tendo em vista a importância que as práticas contratuais privadas podem assumir para a proteção do meio ambiente e sua contribuição para a emergência do direito transnacional ambiental, esse instrumento será analisado de forma mais aprofundada no tópico seguinte.

### 3.3. Contratos internacionais privados para proteção do meio ambiente

A contratualização pode representar uma fonte de obrigações ambientais<sup>52</sup>. O interesse geral de proteção do

meio ambiente e os interesses particulares das empresas podem coexistir por meio do instrumento contratual<sup>53</sup>. Os contratos privados podem abordar algumas das questões ambientais mais preocupantes e de interesse comum como, a proteção dos habitats e das espécies<sup>54</sup>, ou como as mudanças climáticas<sup>55</sup>. Entre outras questões ambientais, o contrato pode ser utilizado para regular as formas de conservação e de exploração das florestas, as formas de negociação dos créditos de redução das emissões de gases de efeito estufa, negociados nos mercados de carbono<sup>56</sup>. As formas de repartição dos benefícios oriundos do acesso aos recursos genéticos e biológicos também podem ser objeto de contratação<sup>57</sup>. Nessa perspectiva, o contrato se torna instrumento-chave para a implementação da proteção do meio ambiente.

As práticas de contratação em cadeia de determinadas empresas ilustram a possibilidade de transmissão em “cascata” de obrigações ambientais, especialmente quando se trata de grupos multinacionais de empresas. É cada vez mais notória a possibilidade de fornecedores e subcontratados serem submetidos às obrigações ambientais das empresas multinacionais por estarem inclusos em sua esfera de influência. As empresas que decidem colocar em prática sua responsabilidade socioambiental devem garantir que seus parceiros comerciais também estejam em conformidade com suas obrigações ambientais e sociais. O uso de “cláusulas de sustentabilidade” nas cadeias de contratos que regulam o comércio internacional é um instrumento promitente para proteção do meio ambiente. As obrigações ambientais estabelecidas por meio do contrato podem ser mais rigorosas do que as obrigações legais de um determinado País.

l'environnement et le droit international public”, *op. cit.* p.375.

53 VANDENBERGH, M. P., “The private life of public law”, *Columbia Law Review*, vol.105, 2005.

54 AFFOLDER, Natasha., “Transnational Conservation Contracts”, *Leiden Journal of International Law*, Volume 25, Issue 2, 2012, pp. 443-460.

55 HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde, “Le potentiel climatique du contrat d’approvisionnement transnational”, *Revue Environnement, Energie, Infrastructures*, 2016,

56 CALSING, Renata, *Les contrats de carbone. La fonction sociale des contrats de droit privé – le cas particulier du Mécanisme de Développement Propre du Protocole de Kyoto*, Editions Universitaires Européennes, 2010, 520 p.

57 NOIVILLE, Christine ; BELLIVIER, Florence, *Contrats et vivants*, Coll. Traité des contrats, LGDJ, Paris, 2006, 328 p.

50 CAFAGGI, Fabrizio, «Les nouveaux fondements de la régulation transnationale privée», *Revue internationale de droit économique*, vol. 1, 2013, pp. 129-161.

51 Shell sustainability Provisions – Ethanol and ETBE, disponível em: <[http://www.itecref.com/pdf/Shell\\_Sustainability\\_Provisions\\_Ethanol\\_June\\_26\\_2009.pdf](http://www.itecref.com/pdf/Shell_Sustainability_Provisions_Ethanol_June_26_2009.pdf)>. A esse respeito vide: ANDRADE, Priscila Pereira de, “La contribution limitée de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises pour l’application des “clauses de durabilité” des biocarburants”, *Annuaire Canadien de Droit International*, Volume 53, 2016, pp. 119-143.

52 MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, “Le contrat transnational,



#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os instrumentos normativos disponíveis para proteção jurídica do meio ambiente na esfera internacional refletem um direito transnacional em formação. A análise desses instrumentos reforça a atual realidade normativa global, caracterizada por diferentes tipos de normas e diferentes formas de regulamentação<sup>58</sup>. A regulação transnacional privada aparece como uma forma alternativa de normatização, mas também como um complemento às regulamentações internacionais<sup>59</sup>. Assim, em uma perspectiva pluralista de direito<sup>60</sup>, é possível considerar que, independentemente de sua origem (direito público ou privado, estatal ou não estatal), vários instrumentos normativos podem ser utilizados para a proteção do meio ambiente.

Ao contrário das normas de direito internacional que visam *a priori* a observância pelos Estados, as normas nacionais ou regionais com efeitos extraterritoriais e as normas internacionais privadas podem ser destinadas diretamente às empresas<sup>61</sup>. Ao adotar uma perspectiva de que as fontes do direito não provêm exclusivamente do Estado, é possível reconhecer um “valor jurídico próprio” para as normas privadas<sup>62</sup>.

Nesse sentido, a adoção da noção de direito transnacional é útil, pois permite o reconhecimento do papel de atores não estatais na formação do direito e a constatação de que existe uma realidade normativa híbrida disponível para a proteção jurídica do meio ambiente. O direito transnacional ambiental consiste, portanto, em um direito “que abrange todas as normas de direito ambiental aplicável às atividades transfronteiriças ou que tenham efeitos em mais de uma jurisdição”<sup>63</sup>. Diante do

reconhecimento da emergência do direito transnacional ambiental, um dos principais desafios para pesquisas futuras é compreender como a tradicional forma de elaboração da regulamentação internacional interagirá com as novas formas de regulação e governança privada.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFFOLDER, Natasha., “Transnational Conservation Contracts”, *Leiden Journal of International Law*, Volume 25, Issue 2, 2012, pp. 443-460.

ANDRADE, Priscila Pereira de, “La contribution limitée de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises pour l’application des “clauses de durabilité” des biocarburants”, *Annuaire Canadien de Droit International*, Volume 53, 2016, pp. 119-143.

ARNAUD, André Jean, *Entre modernité et mondialisation : cinq leçons d’histoire de la philosophie du droit et de l’état*, LGDJ, Paris, 1988, p. 25.

ASCENCIO, Hervé, “Rapport introductif”, In : GHERARI, Habib; KERBRAT, Yann, *L’entreprise dans la société internationale*, Pedone, Paris, 2009, pp. 13-41.

ASSELT, Harro Van, “Pluralism, Informality and Transnational Environmental Law”, *Transnational Environmental Law*, vol.3, nº1, 2014, p. 173.

BENYEKHLEF, Karim. *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis, Montréal, 2008, p.72.

BERMAN, Paul Schif, “Global Legal Pluralism”, *Southern California Law Review*, vol. 80, 2007, p. 1155.

BODEN, Didier, «Le pluralisme juridique en droit international privé», *Archives de la philosophie du droit*, vol. 49, 2005, pp. 275-316.

BOUTONNET, Mathilde, “Des obligations environnementales spéciales à l’obligation environnementale générale en droit des contrats”, *Recueil Dalloz*, 2012, pp.386-387.

BOY, Laurence, “La valeur juridique de la normalisation”, In : Jean CLAM, Martin GILLES (dir.), *Les transformations de la régulation juridique et la production du droit*, Paris, LGDJ, 1998.

58 BERMAN, Paul Schif, “Global Legal Pluralism”, *Southern California Law Review*, vol. 80, 2007, p. 1155.

59 BENYEKHLEF, Karim, *op. cit.*, p. 769.

60 Sobre o pluralismo jurídico em matéria de direito ambiental ver : ASSELT, Harro Van, “Pluralism, Informality and Transnational Environmental Law”, *Transnational Environmental Law*, vol.3, nº1, 2014, p. 173. Sobre o pluralismo jurídico de forma geral ver : CARBONNIER, Jean, *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10 éd., LGDJ, Paris, 2001, p. 19. VANDERLINDEN, Jacques, “Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique”, *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, nº 2, 1993.

61 MERCIER, Virginie ; BRUNENGO-BASSO, Stéphanie, “Les normes environnementales privées internationales”, *Revue de recherche juridique*, nº25, 2011, pp. 2317-2339.

62 HEYVAERT, Veerle; ETTY, Thijs, “Introducing transnational environmental law”, *Transnational Environmental Law*, vol. 1, nº1, 2012, pp. 1-11.

63 SHAFFER, G; BODANSKY, D, “Transnationalism, Unilateralism and International Law”, *Transnational Environmental Law*, p. 32.

- BRADFORD, Anu, “The Brussels Effect”, *Northwestern University School of Law*, vol. 107, n.1, 2012.
- BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter, *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, 2000, p. 285.
- CAFAGGI, Fabrizio, «Les nouveaux fondements de la régulation transnationale privée», *Revue internationale de droit économique*, vol. 1, n°2, 2013, pp. 129-161.
- CAFAGGI, Fabrizio, “The regulatory functions of transnational commercial contracts: new architectures”, *Fordham International Law Journal*, vol.36, p.1562.
- CALSING, Renata, *Les contrats de carbone. La fonction sociale des contrats de droit privé – le cas particulier du Mécanisme de Développement Propre du Protocole de Kyoto*, Editions Universitaires Européennes, 2010, 520 p.
- CARBONNIER, Jean, *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10 éd., LGDJ, Paris, 2001, p. 19.
- CARREU, Dominique ; MARRELLA, Fabrizio, *Droit international*, 11éd., Pedone, Paris, 2012, pp. 69, 74.
- Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e desenvolvimento. *Nosso futuro comum*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.
- COMPAGNON, D; CHAN, S.; MERT, A. “The changing role of the State”, In: BIERMANN, F.; PATTERBERG, P. (Eds.), *Global Environmental Governance Reconsidered*, The MIT Press, 2012, pp. 273-63.
- CORNU, G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Paris, 2009.
- DECAUX, Emmanuel, “Du droit international au droit transnational”, *Accueillir*, n°252, 2009, pp. 17-20.
- DELMAS-MARTY, Mireille, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2005, 304p.
- Diretiva 2001/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Março de 2001, relativa à libertação deliberada no ambiente de organismos geneticamente modificados.
- Diretiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009, relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis.
- Dominique TERRE, «Le pluralisme et le droit», *Archives de philosophie du droit*, t. 49, 2005, pp. 69-83.
- HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde, “Le potentiel climatique du contrat d’approvisionnement transnational”, *Revue Environnement, Energie, Infrastructures*, 2016,
- HEYVAERT, Veerle; ETTY, Thijs, “Introducing transnational environmental law”, *Transnational Environmental Law*, vol. 1, n°1, 2012, pp. 1-11.
- JESSUP, Philip C., *Transnational law*, Yale University Press, New Haven, 1956, pp. 1-3.
- KERBRAT, Yann, “La responsabilité des entreprises peut-elle être engagée pour des violations du droit international ?”, In : KERBRAT, Yann; GHERARI, Habib (dir.), *L’entreprise dans la société internationale*, Pedone, Paris, 2010, p. 93-104.
- KOZIEL, Tomasz, “Extraterritorial Application of EU Environmental Law – Implications of the ECJ’s Judgment in Air Transport Association of America.”, *The Columbia Journal Of European Law Online*, disponível em: <http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/journal-european-law/files/koziel.pdf>, acesso em 28 nov. 2016.
- LIN Jolene LIN, «Transnational Environmental Law in Action : the European Union’s Sustainable Biofuels Experiment», *University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper N°34*, 2013, disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2305904](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2305904).
- LIN, Jolene; SCOTT, Joanne, “Looking beyond the international: key themes and approaches of transnational environmental law”, *Transnational Environmental Law*, vol.1, n.1, 2012, pp.23-29.
- MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, “La fabrication du droit international au défi de la protection de l’environnement” In: *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Pedone, Paris, 2010, p.56.
- MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, “La portée des normes du droit international de l’environnement à l’égard des entreprises”, *Journal du droit international*, n°1, Janvier 2012, p. 93-114.
- MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, “Le contrat transnational, l’environnement et le droit international public”, In : HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde (dir.), *Contrat et environnement. Étude de droit interne, international et européen*, Éditions Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Paris, 2014, pp.369-385.
- MEHDI, Rostane, «Mutations de la société internationale et adaptations institutionnelles : le grand défi», In : BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence ; MEHDI, Rostane (dir.), *Une société internationale en mutation: quels acteurs pour une nouvelle gouvernance?*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 7.

- Meidinger, Errol, “Multi-interest self-governance through global product certification programs”, In DILLING, Olaf; HERBERG, Martin; WINTER, Gerd (dir.), *Responsible business? Self-governance in transnational economic transactions*, Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 259-291.
- MERCIER, Virginie ; BRUNENGO-BASSO, Stéphanie, “Les normes environnementales privées internationales”, *Revue de recherche juridique*, n°25, 2011, pp. 2317-2339.
- MERLE, Marcel, «Le concept de transnationalité », In Humanité et droit international, Mélanges René-Jean Dupuy, Pedone, Paris , 1991, pp. 223-233.
- MORGERA, Elisa, “Ambition, complexity and legitimacy of pursuing mutual supportiveness through the EU’s external environmental action”, In: VOOREN, Bart Van; BLOCKMANS, Steven and WOUTERS, Jan (eds.), *The Legal Dimension of Global Governance: What Role for the EU?*, Oxford University Press, 2012,
- NASH, Jonathan Remy, “The Curious Legal Landscape of the Extraterritoriality of U.S. Environmental Laws”, *Virginia Journal of International Law*, Volume 50, Issue 4, 2010, p. 997.
- NOIVILLE, Christine ; BELLIVIER, Florence, *Contrats et vivants*, Coll. Traité des contrats, LGDJ, Paris, 2006, 328 p.
- OLIVIEIRO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio, “Reflexões sobre o direito transnacional”, *Novos Estudos jurídicos*, vol. 17, n. 1, 2012, p.18-28.
- OST, François ; VAN DE KERCHOVE, Michel. *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, 596 p.
- PENNEAU, Anne, «La certification», *Jurisclasseur Environnement et Développement durable*, fascicule 5300, 2013.
- PENNEAU, Anne; VOINOT, D., «La normalisation», *Jurisclasseur Droit de la concurrence et de la consommation*, fascicule 970, 2010.
- PETERKOVA MITKIDIS, Katherina, “Sustainability clauses in international supply chain contracts: regulation, enforceability and effects of ethical requirements”, *Nordic Journal of Commercial Law*, n°1, 2014.
- PETERKOVA, Katerina, *Sustainability Clauses in International Business Contracts*, Eleven Law, 2015, 344 p.
- PETERS, Anne; KOECHLIN, Lucy; FÖRSTER. Tille, *Non-state actors as standard setters*, Cambridge University Press, 2009, p.19.
- Regulamento (CE) N° 1907/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2006, relativo ao registo, avaliação, autorização e restrição dos produtos químicos (REACH).
- RODRÍGUEZ, Ana Mercedes López, *Lex Mercatoria*, RETTID, 2002, p. 48.
- ROGER, Apoline, “Quelle implication des destinataires de la norme? La voie de la coregulation”, *Vertigo - la revue électronique en sciences de l’environnement*, nov. 2009, disponível em <http://vertigo.revues.org/8956>, acesso em: 23 nov. 2016.
- ROUCOUNAS, Emmanuel, “Facteurs privés et droit international public”, *Recueil des Cours de l’Académie de droit international de la Haye*, vol. 299, 2002, p. 90.
- SAMAAN, Andrew Watson, “Enforcement of International Environmental Treaties: At Analysis”, *Fordham Environmental Law Review* , Volume 5, Issue 1, 2011, pp.261-283.
- SARROUF, Muriel, *Les normes privées relatives à la qualité des produits. Étude d’un phénomène juridique transnational*, Tese de doutorado em Direito, Université Panthéon-Assas, 2012, 636p.
- SCOTT, Craig, “Transnational Law as Proto-Concept: Three Conceptions”, *German Law Journal*, vol. 10, n°7, 2009, pp. 859-876.
- SHAFFER, Gregory, “Transnational Legal Process and State Change: Opportunities and Constraints”, *Law & Social Inquiry*, vol. 37, Issue 2, 2012, p. 233.
- SHAFFER, Gregory, BODANSKY, Daniel, “Transnationalism, Unilateralism and International Law”, *Transnational Environmental Law*, vol. 1, 2012, p.32.
- Shell sustainability Provisions – Ethanol and ETBE, disponível em: <[http://www.itecref.com/pdf/Shell\\_Sustainability\\_Provisions\\_Ethanol\\_June\\_26\\_2009.pdf](http://www.itecref.com/pdf/Shell_Sustainability_Provisions_Ethanol_June_26_2009.pdf)>.
- THIBIERGE, Catherine, *La force normative. Naissance d’un concept*, L.G.D.J, 2009.
- TIETJE, Christian; BROUDER, Alan, NOWROT, Karsten (dir.), “Philip C. Jessup’s transnational law revisited – On the occasion of the 50<sup>th</sup> anniversary of its publication”, *Essays in transnational economic law*, n° 50, 2006, 60 p.

VANDENBERGH, M. P., “The private life of public law”, *Columbia Law Review*, vol.105, 2005.

VANDERLINDEN, Jacques, “Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique”, *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, n° 2, 1993.

VENZKE, Ingo, «Contemporary Theories and International Law-Making», in BRÖLMANN, Catherine; RADI, Yannick (eds.), *Research handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, Elgar, 2014.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Desafíos y respuestas  
transnacionales frente a los  
crímenes ambientales**

**Challenges and Transnational  
Means to Tackle Environmental  
Crimes**

Rosmerlin Estupiñan-Silva



# Desafíos y respuestas transnacionales frente a los crímenes ambientales\*

## Challenges and Transnational Means to Tackle Environmental Crimes

Rosmerlin Estupiñan-Silva\*\*

### RESUMEN

El desarrollo de herramientas represivas en materia ambiental hasta 2015 continúa marcado por el minimalismo y aunque las infracciones ambientales comparten la naturaleza transfronteriza de los crímenes internacionales, no siempre alcanzan el umbral de gravedad. Esto aunado a consideraciones económicas y de competencia territorial frena la eficacia normativa en la materia. Este trabajo busca poner en evidencia los medios de lucha contra la criminalidad ambiental en el mundo a través de un estudio comparado de los bienes jurídicos protegidos, la naturaleza del control estatal y el tipo de sanciones aplicadas. Una vez establecidas las características comunes de los medios de lucha en vigor, pondremos en evidencia la circulación de normas y prácticas transnacionales con base en criterios de eficacia y pertinencia. Como corolario sugerimos que la criminalización de las conductas más graves carece de efecto real en ausencia de políticas públicas estatales orientadas a la cooperación transnacional reforzada en materia de criminalidad ambiental.

**Palavras-chave:** crímenes ambientales, derecho transnacional, criminalización de conductas graves

### ABSTRACT

The development of repressive environmental tools until 2015 continues to be marked by minimalism, and although environmental violations share the cross-border nature of international crimes, they do not always reach the threshold of seriousness. This coupled with economic considerations and territorial competition slows down regulatory efficiency in this area. This paper seeks to highlight the means of combating environmental crime through a comparative study of protected legal rights, the nature of state control and the type of sanctions applied. Having established the common characteristics of the means of struggle in force, we will highlight the circulation of transnational rules and practices based on criteria of effectiveness and relevance. As a corollary, we suggest that the criminalization of the most serious conduct has no real effect in the absence of state public policies aimed at reinforced transnational cooperation in environmental crime.

**Keywords:** Environmental crimes, transnational law, criminalization of serious acts

\* Recibido em 03/11/2016  
Aprovado em 21/11/2017

\*\* Abogada colombiana, PhD en Derecho Internacional, LL.M en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, LL.M en Derecho Público, investigadora posdoctoral del Grupo de Estudios en Derecho Internacional y Latinoamericano de la Sorbona GEDILAS-IREDIÉS (Universidad Panteón-Sorbona, Paris 1, Francia). E-mail: rosmerlin.estupinan@yahoo.com

## 1. INTRODUCCIÓN

La lucha contra la criminalidad ambiental no sobrepasó la noción de diligencia debida (*due diligence*)<sup>1</sup> hasta 1970, cuando Bolivia y Japón utilizaron por primera vez las sanciones penales para frenar el pillaje de los recursos naturales y la contaminación<sup>2</sup>. Esta intromisión del derecho penal en ámbitos usuales del derecho administrativo y ambiental fue consecuencia directa del aumento exponencial en la degradación del medio ambiente en el siglo XX, con riesgos ciertos para las generaciones futuras derivados de los excesos del antropocentrismo<sup>3</sup> y de una política económica fundada en el beneficio financiero.

El siglo XXI ha sido escenario de toda una serie de factores novedosos concurrentes que resultan favorables a la respuesta punitiva en materia ambiental, entre otros: una comunidad internacional sensibilizada por las catástrofes ecológicas de origen humano<sup>4</sup>, una socie-

dad civil<sup>5</sup> y una comunidad científica<sup>6</sup> dinámicas y movilizadas por varias décadas, un conjunto de acuerdos encaminados a la adopción de medidas punitivas para enfrentar los atentados ambientales<sup>7</sup> y la creación de numerosos órganos supranacionales en temas ambientales<sup>8</sup>. La economía internacional en crisis se muestra

5 He aquí dos ejemplos recientes: la cartografía mundial de los conflictos ambientales que resulta del Proyecto EJOLT 2011-2015 (Environmental Justice Organisations, Liabilities and Trade), EJOLT, Environmental Justice Atlas. Mapping ecological conflicts and space of resistance, 2014, disponible en: <<http://ejatlas.org/>>. Acceso: 13 jun. 2014; y la iniciativa ciudadana en Europa por la criminalización del Ecocidio: “Paremos el Ecocidio en Europa: una iniciativa ciudadana para dar derechos a la tierra”, doc. ECI(2013)00000, Draft Directive européenne sur l’Ecocide, 2013, disponible en: <<http://ec.europa.eu/citizensinitiative/public/initiatives/ongoing/details/2013/000002>>. Acceso: 17 jun. 2014.

6 En 1992, la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) movilizó más de veinticinco Estados, además de delegaciones de Naciones Unidas, del Consejo de Europa, académicos y litigantes, para analizar el alcance del derecho frente a los atentados ambientales. En 2014, el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambios Climáticos (GICC, GIEC en francés y IPCC en inglés, creado en 1988) presentó su quinto Informe con un resumen dirigido a los responsables políticos, que contiene una serie de recomendaciones para hacer frente a los desafíos climáticos. En 2015, con los auspicios de la Misión Derecho y Justicia de Francia, un grupo de expertos produjo una obra colectiva que además de un análisis académico exhaustivo contiene dos propuestas de tratados sobre la criminalidad ambiental y el ecocidio. v. AIDP, XVème Congrès international de droit penal. Rio de Janeiro, 4-10 septembre 1994, Section I: Infractions contre l’environnement. Application du droit pénal général, *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 66, n. 1-2, 1995, p. 22; IPCC, Climate Change 2014. Mitigation of Climate Change. Summary for policy-makers, PIK, Postdam, 2014; NEYRET, L. *Des écocrimes à l’écocide: le droit pénal au secours de l’environnement*. Bruselas: Bruylant, 2015. 465 p.

7 Pueden evocarse, sin pretensiones de exhaustividad, entre los acuerdos adoptados que previenen la creación de sanciones penales en el derecho penal interno para toda infracción ambiental grave: El Convenio de Londres sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimientos de desechos y otras materias, (1972), la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982), y el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación (1989). Podemos hacer alusión igualmente a otros instrumentos jurídicos internacionales como la resolución de Naciones Unidas 45/107 de 1990 y su Anexo de Recomendaciones sobre la cooperación Internacional para la prevención del delito y la justicia penal en el contexto del desarrollo. En el mismo sentido, la Resolución 77(28)/1990 del Consejo de Europa (Contribución del Derecho Penal en la protección del Medio Ambiente) insta a los Estados miembros a (*rendre criminelle l’atteinte à l’environnement de sorte que l’auteur de l’infraction risque d’être poursuivi non seulement dans le pays où l’acte a été commis mais aussi dans tous les autres pays qui en subissent les conséquences, sous réserve du principe de l’autorité de la chose jugée*) y la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 noviembre 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal refuerza la obligación estatal a los mismos efectos.

8 Además del GICC, pueden mencionarse, por ejemplo: el Pro-

1 NÈGRE, C. Les atteintes massives à l’environnement. In: ASCENSIO, H.; DECAUX, E.; PELLET, A. *Droit international penal*. París: Pédone, 2000. p. 537. en particular, p. 538.

2 Decreto Supremo del Presidente de Bolivia, no 09328 de 23 de julio 1970, Reglamento relativo a delitos, infracciones y sanciones para quienes atenten contra los recursos naturales renovables; Dieta Japonesa, Act for Punishment of Pollution Endangering Human Health (Act No. 142 of 1970). ITOH, K. Japon: criminal protection o environment and the general part of criminal law in Japan. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 65, n. 3/4, 1994. p. 1037. Disponible en: <<http://www.derechoteca.com/gacetabolivia/decreto-supremo-9328-del-23-julio-1970/>>. Acceso: 20 jun. 2014.

3 DELMAS-MARTY, M. Préface. In: NEYRET, L. *Des écocrimes à l’écocide: le droit pénal au secours de l’environnement*. Bruselas: Bruylant, 2015. p. 8-13.

4 eg., las mareas negras de Torrey Canyon (Gran Bretaña, 1967), Amoco Cadiz (Francia, 1978), Exxon Valdez (Canadá, 1989), Erika (Francia, 1999), Prestige (España, 2002); los derrames tóxicos derivados de las explosiones de las fábricas en Flixborough (Gran Bretaña, 1974), Seveso (Italia, 1975), Toulouse (Francia, 2001), Jilin (China, 2005), Ajka (Hungría, 2010); al igual que los derrames tóxicos deliberados en Moulouya (Marruecos, 2011), e incluso las catástrofes nucleares de Tchernobyl (Ucrania, 1986) y Fukushima (Japón, 2011), sin hablar de otras catástrofes ecológicas previsibles derivadas de la deforestación de la Amazonía y la desertificación acelerada del continente africano, entre otros.

más atenta al carácter limitado de los *servicios ambientales*<sup>9</sup> y (por lo menos en apariencia) más dispuesta a aceptar la implementación de una reglamentación sobre el uso de los recursos naturales y el control de las actividades ilícitas derivadas<sup>10</sup>. En el siglo XXI los atentados contra el medio ambiente son por primera vez estudiados bajo un ángulo diferente: se trata de un problema planetario cuya solución solo puede ser concebida a escala internacional y requiere la participación activa de los Estados.

No obstante esta declaración de intenciones vivamente expresada en el nivel internacional, la redacción de disposiciones nacionales pertinentes en la materia se mantiene vaga, debilitando de contera las fases de sanción y ejecución de sentencias. La imprecisión de los términos utilizados en la lucha contra la criminalidad ambiental puede ser imputada a una serie de factores concurrentes: el entrecruzamiento de disciplinas del derecho diferentes en cuanto a medios y principios, la ausencia de acuerdo acerca del titular de los derechos protegidos<sup>11</sup> y la preponderancia de intereses económicos de escala global sobre otros derivados de la protección del entorno natural.

---

grama de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), el *Earth System Governance Project* et le *World Nature Organization* (WNO); el *Partnerships in Environmental Management for the Seas of East Asia* (PEMSEA), la Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA, AEE en francés), y el Programa de *Derecho Ambiental, políticas y gobernabilidad* del Departamento de Desarrollo Sostenible de la Organización de Estados Americanos (OEA).

9 “Funciones ambientales” o “servicios ambientales” (*environmental services*) es un concepto de economía ecológica que se refieren a “cualquier atributo funcional de los ecosistemas naturales que sea manifiestamente benéfico para la humanidad”. Creemos que este término tiene su utilidad para ilustrar nuestros postulados a lo largo de este capítulo que, en la práctica, trata de explicar las herramientas actuales para el control transnacional sobre la economía en materia de medio ambiente. UNITED NATIONS. *Glossary of Environment Statistics: studies in methods*. New York, 1997. (Series F, n. 67). Available: <<https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=843>>. Access: 17 jan. 2014.

10 BANCO MUNDIAL. *Global partnership for wealth accounting and the valuation of ecosystem services* (WAVES). Washington DC, 2011. Available: <[www.wavespartnership.org/waves](http://www.wavespartnership.org/waves)>. Access: 17 jan. 2014. EU, doc. COM 147 (1st April 2009): White paper: Adapting to climate change: towards a European framework for action, en particular, p. 16; DALY, H. *from a failed growth economy to a steady-state economy in the road to Rio+20*. New York: CNUCED, 2011. p. 11. Available: <[www.unccd2012.org/rio20/index.php?page=view&type=400&nr=11&menu=45](http://www.unccd2012.org/rio20/index.php?page=view&type=400&nr=11&menu=45)>. Access: 17 jan. 2014.

11 Una buena parte de la doctrina considera que el medio ambiente no puede ser titular de derechos y solo en épocas recientes se habla de los deberes de cuidado de la humanidad frente a su entorno natural., v. DELMAS-MARTY, M. Préface. In: NEYRET, L. *Des écocrimmes à l'écocide: le droit pénal au secours de l'environnement*. Bruselas: Bruylant, 2015. p. 7.

En consecuencia, la respuesta estatal se ve confrontada a dos debilidades mayores: la inadecuación de las fuentes de derecho aplicable, derivada de su dispersión, pertinencia, accesibilidad, adaptabilidad y eficacia; y, la ausencia de un procedimiento unificado para el tratamiento de las infracciones, lo que genera paraísos ambientales de impunidad por incompetencia *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis* y *ratione loci*. Cuarenta y tres años después de la Declaración de Estocolmo de 1972, el derecho nacional aún se debate entre la consolidación de medios de lucha (I) de naturaleza constitucional, administrativa o penal, y una implementación de dichas herramientas surcada por factores que limitan su eficacia y claman por respuestas transnacionales (II).

## 2. LA CONSOLIDACIÓN DE LOS MEDIOS DE LUCHA ESTATALES

La protección de elementos ambientales específicos es de tradición milenaria. La presencia de una fuente internacional de derecho derivada de la práctica consuetudinaria de los Estados en materia ambiental ha sido evocada por una parte de la doctrina<sup>12</sup> y podemos coincidir acerca de la existencia de una prohibición de causar graves atentados ambientales que tiene por vocación devenir norma de *ius cogens*. No obstante, es preciso aclarar que los primeros límites impuestos a la destrucción del entorno natural, consignados en el Antiguo Testamento, en los escritos de Sun Tzu o en la obra de Cicerón, estuvieron ligados a la protección militar estratégica del ejército ocupante y a los intereses estratégicos de los gobernantes<sup>13</sup> y en ningún caso al medio ambiente, la seguridad del planeta o la salud humana como valores protegidos. Por razones siempre estratégicas y en algunos casos culturales, China, por ejemplo, tiene una tradición milenaria en la protección de los suelos y las aguas y Finlandia ha hecho lo propio con las corrientes de agua dulce<sup>14</sup>. La protección de aguas y bosques fue

---

12 HELLIO, H. Vers un droit pénal commun de l'environnement: critères et techniques d'incrimination. In: NEYRET, L. *Des écocrimmes à l'écocide: le droit pénal au secours de l'environnement*. Bruselas: Bruylant, 2015. p. 109-126. en particular p. 116-121.

13 ESTUPIÑAN-SILVA, R. Orígenes remotos de las leyes y usos de la guerra. *Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia*, Bogotá, p. 3-8, 2013.

14 PRABHU, M. Rapport general: Les atteintes à l'environnement: problèmes de droit pénal general. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 65, n. 3-4, 1994. p. 663. en particular, p. 671; NUOTTO, K. Rap-

usada por Francia desde el siglo XVII como medio para proteger el patrimonio y la seguridad nacional (1669)<sup>15</sup> y en Chile desde el siglo XIX con el mismo objetivo (1872)<sup>16</sup>. El medio ambiente empezó a ser objeto de una protección indirecta, mediada por la protección de actividades lucrativas como la pesca, el turismo y la industria en Bélgica desde el siglo XVIII (1789, 1888)<sup>17</sup>. La protección indirecta del entorno natural también fue usada como medio para la protección de la salud humana a partir del siglo XIX en Egipto (1877)<sup>18</sup> y en Estados Unidos de América (1889)<sup>19</sup>.

Los medios de protección ambiental son instaurados a menudo a partir de consideraciones estratégicas estatales que devienen principios constitucionales (A), normas administrativas (B) e incluso infracciones penales (C), y que serán implementados a través de instituciones estatales de distinta índole. En efecto, la naturaleza de los medios y autoridades responsables demuestra ampliamente el interés estatal y los intereses en juego en la materia.

## 2.1. Protección constitucional

La protección general del medio ambiente por vía constitucional es una herramienta jurídica que data de

mediados del siglo XX. La protección ambiental como elemento autónomo y patrimonio de la humanidad es, hasta 2015, un signo distintivo excepcional de tres constituciones suramericanas: Ecuador, Bolivia y Brasil<sup>20</sup>. No obstante, numerosas constituciones modernas contienen normas específicas relativas a la protección ambiental a la vez como deber del Estado, como deber ciudadano y como derecho humano, individual o colectivo, compatible con otros derechos como la propiedad o el ejercicio del comercio y de las profesiones.

En 1989, Carmona<sup>21</sup> señaló la marca ambiental en las Constituciones de Chile, El Salvador, Guatemala, Panamá, Nicaragua y México. En 1994, Prabhu<sup>22</sup> incluyó Austria, Brasil, China, España, Grecia, Países Bajos, Perú, Polonia, Portugal, Rumania, Suiza y Turquía, así como algunas constituciones estatales dentro de los Estados Unidos de América (Massachusetts, Carolina del Norte, Pennsylvania).

En 2013, durante nuestro estudio comparado de cincuenta y dos Estados<sup>23</sup>, cuarenta de ellos se refieren a un medio ambiente sano como un derecho humano y / o como deber del Estado, a saber: Australia, Bielorrusia, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Chile, China, Colombia, Corea del Sur, Costa Rica, Croacia, Cuba, El Salvador, Ecuador, Eslovenia, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, India, Indonesia, Jamaica, Kosovo, Macedonia, México, Montenegro, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, República Dominicana, República Eslovaca, Rusia, Serbia, Sudáfrica, Surinam, Ucrania, Uruguay y Venezuela.

En el seno de la Unión Europea, todos los 27 Estados miembros incluyen elementos ambientales en sus

ports nationaux: Finlande. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 65, n. 3-4, 1994. p. 923.

15 Decreto Real de Luis XIV de agosto 1669 y Decreto de agosto de 1681 sobre las aguas territoriales para la protección de puertos y costas. ROBERT, J. H. France: le problème de la responsabilité et des sanctions pénales en matière d'environnement. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 65, n. 3-4, 1994. p. 947. en particular, p. 951.

16 Leyes de la llamada "corta de bosques" y Decreto de 16 enero 1879 relativo a las "reservas de bosques fiscales" de Chile.

17 Decretos de 1789, Código Forestal de 1854, Código Penal de 1867, Código Rural de 1886, Leyes de protección de la "beauté des sites" (belleza de los lugares), Decreto Ley de 5 mayo 1888 sobre la inspección de los establecimientos que presenten ambientes malsanos y peligrosos. HENNAU-HUBLET, C.; PIRET BELGIQUE, J. M. Les crimes contre l'environnement en droit belge. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 65, n. 3-4, 1994. p. 777. en particular, p. 777-778.

18 Reglamentos de 1877 y 1893 relativos a la localización de los cementerios y mataderos municipales en relación con los ríos y los canales, entre otros. FATHY SOROUR, A. Egypte I: La protection de l'environnement en droit pénal égyptien. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 65, n. 3-4, 1994. p. 865. en particular, p. 866.

19 KELLMAN, B., United States: Criminal Law and Environmental Protection. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 65, n. 3-4, 1994. p. 885. en particular, p. 885. Paradójicamente, Davis señala la existencia, en el seno de Estados Unidos, de territorios "superfluos" en materia ambiental como la gran cuenca del Este californiano, entre otros. DAVIS, M. The Dead West: ecocide in marlboro country. *New Left Review* I/200, 1993. en particular, p. 7.

20 Artículo 33 de la Constitución de Bolivia (2009), artículo 395 de la Constitución del Ecuador (2008) y artículo 225 de la Constitución de Brasil (reformada en 1996).

21 CARMONA LARA, M. C. Análisis de la legislación ambiental de América Latina. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 64, 1989. p. 15, en particular, p. 22-24.

22 PRABHU, M. Rapport general: les atteintes à l'environnement: problèmes de droit pénal general. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 65, n. 3-4, 1994. p. 676.

23 ESTUPINÁN-SILVA, R. (Coord.) *Report on the Ecocide Project*. Paris: Sciences Po Law Clinic, 2013. p. 36-66. p. 153. Disponible en: <[http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/rapport\\_ecocide\\_project.pdf](http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/rapport_ecocide_project.pdf)>. Acceso: 05 jun. 2015. Los doce países bajo estudio que no mencionan el medio ambiente en su Constitución son: Bahamas, Barbados, Belice, Bosnia y Herzegovina, Canadá, Estados Unidos de América, Japón, República Checa, Reino Unido, San Vicente, Santa Lucía, Trinidad y Tobago.



constituciones respectivas con mayor o menor énfasis, en el marco de sus compromisos convencionales. Francia en 2005, por ejemplo, anexó una Carta del Medio Ambiente al preámbulo de su Constitución, como parte su bloque de constitucionalidad, reconociendo derechos humanos y deberes fundamentales de protección ambiental en materia de prevención, precaución y del principio de quien contamina paga. El derecho a un ambiente decente o sano ha sido igualmente abordado como un componente de otros derechos humanos por vía jurisprudencia estatal a través del derecho a la salud en Argentina<sup>24</sup>, a través del derecho a la vida en Alemania<sup>25</sup> y en la India<sup>26</sup>, esta última llegando incluso a aceptar el *actio popularis* (*public interest litigation* : PIL), entre otros.

En el plano internacional de los derechos humanos, a lo largo de las últimas décadas el medio ambiente ha sido evocado como medio para la protección de derechos fundamentales a la vida, la vida privada y familiar, la salud, la propiedad, la identidad cultural, entre otros. Podemos en este punto citar casos célebres de la Corte Europea de Derechos Humanos como *López Ostra vs. España* (1994), *Fadeyeva vs. Rusia* (2005) y *Giacomelli vs. Italia* (2006) donde el medio ambiente sano se estudió bajo el ángulo del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (vida privada y familiar). En el marco regional africano, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en su comunicación del caso *Social and Economic Social Rights Centre vs. Nigeria* (2001) estableció una responsabilidad estatal directa en casos de degradación ambiental causada por un actor privado, basándose entre otros, en el artículo 24 (derecho de los pueblos a un ambiente satisfactorio) de la Carta Africana y en el derecho a la salud. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Káwas Fernández vs. Honduras* (2009) abordó la violación del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (derecho a la vida), como con-

secuencia del ejercicio ciudadano de la protección ambiental, en un extenso análisis relativo a los defensores y activistas del medio ambiente<sup>27</sup>. Los enfoques podrán ser individuales o colectivos en el abordaje de los derechos, pero retendremos que los tribunales constitucionales al igual que los tribunales regionales de derechos humanos no se hallan facultados para proteger el medio ambiente como derecho fundamental en sí, sino como medio para la protección de derechos y libertades individuales, en el marco de las obligaciones positivas de los Estados (deber de proteger). En la misma línea de análisis, las medidas cautelares y de reparación conciernen el entorno natural únicamente en la medida en que es indispensable para el desarrollo de una comunidad en un contexto dado y esto se refiere particularmente a las comunidades indígenas y tribales, en particular en el sistema interamericano desde la sentencia de *Mayagna vs. Nicaragua* (2001), donde el vínculo intrínseco de las comunidades tradicionales y sus miembros frente a sus territorios tradicionales fue admitido como componente inherente del derecho a la vida (artículo 4). Esta jurisprudencia fue consolidada en la sentencia de *Saramaka vs. Surinam* (2007) y compilada en *Sarayaku vs. Ecuador* (2012)<sup>28</sup>.

Más allá de los principios constitucionales, los atentados contra el medio ambiente son a menudo objeto del derecho administrativo debido a sus efectos sobre la economía y la seguridad pública (B). Solo en la medida en que la integridad del medio ambiente trasciende la idea de utilidad para devenir un valor jurídico reconocido y protegido por el Estado, el lugar del derecho penal

24 Corte Suprema Federal de Argentina, 8 de julio de 2008: *Mendoza, Beatriz Silvia et al. vs. Estado Nacional et al.*, s/ indemnizaciones (derivadas de la contaminación del río Matanza - Riachuelo), expediente M. 1569. XI, Sentencia.

25 HEINE, G. Allemagne. Crimes against the environment. *Revue Internationale de Droit Pénal, Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 65, n. 3-4, 1994. p. 731, en particular, p. 737 y nota 25.

26 Corte Suprema de India, *Vellore Citizens' Welfare Forum vs. Union of India*, Sentencia de 28 de agosto de 1996, AIR 1996 SC 2716; SAHU, G. Implications of Indian Supreme Court's Innovations for Environmental Jurisprudence Law. *Environment and Development Journal*, v.1/4, 2008. p. 3.

27 Para un estudio más detallado del enfoque ambiental de la jurisprudencia de derechos humanos *vs.*, por ejemplo, MARTIN-CHE-  
NUT, K.; PERUSSO, C. La contribution des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme à la pénalisation des atteintes à l'environnement, In: NEYRET, L. *Des écocrimmes à l'écocide: le droit pénal au secours de l'environnement*. Bruselas: Bruylant, 2015. p. 39-65; ESTUPIÑAN-SILVA, R.; EL, Quesada B. Proceso Haber-Bosch en la sociedad agroindustrial: peligros y alternativas. *Revista El Otro Derecho*, n. 42, 2011. p. 75. en particular, p. 83 y ss.

28 ESTUPIÑAN SILVA, R. Pueblos indígenas y tribales: la construcción de contenidos culturales inherentes en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional AMDI*, v. 14, p. 581-616, 2014.; ESTUPIÑAN SILVA, R.; IBAÑEZ RIVAS, J. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales. In: BELTRAO, J. F. et al. *Derechos humanos de los grupos vulnerables*. Barcelona: Edo-Serveis, 2014. p. 301-336; MARTIN-CHE-  
NUT, K.; PERUSSO, C. La contribution des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme à la pénalisation des atteintes à l'environnement, In: NEYRET, L. *Des écocrimmes à l'écocide: le droit pénal au secours de l'environnement*. Bruselas: Bruylant, 2015. p. 39-65.

como herramienta de protección retoma su importancia (C).

## 2.2. Respuesta administrativa

Luego de su estudio de veinticinco países en 1994<sup>29</sup>, la Asociación Internacional de Derecho Penal publicó su diagnóstico, asociando los daños ambientales a tres tipos de conductas que conservan aún toda su actualidad: el no respeto de la reglamentación, la negligencia grave en el ejercicio de una actividad industrial y el hecho deliberado de las industrias. Frente al no respeto y la negligencia grave, las respuestas jurídicas recomendadas en 1994 fueron de naturaleza administrativa. Solo en caso de hecho deliberado de las industrias se evocó la relevancia probable para el derecho internacional penal, cuando un cierto umbral de gravedad es alcanzado<sup>30</sup>. En nuestro estudio de 2013 puede constarse un fortalecimiento neto de las medidas administrativas en casos de no respeto de la reglamentación ambiental y las sanciones penales han sido implementadas no solo en casos de falta intencional sino en algunos casos de negligencia grave<sup>31</sup>. En Sudáfrica por ejemplo, los hechos materia de reglamentación ambiental son agrupados en cinco temáticas: vertimiento de desechos, contaminación del aire, construcción sin autorización, atentados contra especies protegidas y la minería no autorizada. Estas temáticas pueden variar según los contextos e intereses de los Estados pero, por regla general, se mantienen estables. Estados Unidos de América, por ejemplo, dedica además una especial atención a la contaminación marina y de las aguas. Otros Estados con grandes reservas de biodiversidad como China o países latinoamericanos como Guatemala, Nicaragua, México, Panamá, Colombia o Brasil, protegen en particular los bosques, la flora y la fauna salvajes<sup>32</sup>.

29 En su orden de aparición: Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Egipto, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, Países Bajos, Perú, Polonia, Portugal, Rumanía, Suecia, Suiza.

30 FITZGERALD, P. Commentaire et questions préparatoires. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 65, n. 3-4, 1994. p. 643. en particular, p. 644.

31 Además de la Directiva 2008/99/CE obligatoria para los veintisiete Estados de la Unión Europea. ESTUPIÑAN-SILVA, R. (Coord.). *Report on the Ecocide Project*. Paris: Sciences Po Law Clinic, 2013. p. 66 y ss.

32 La reglamentación pertinente de los países mencionados puede consultarse en francés o inglés en: ESTUPIÑAN-SILVA, R. (Coord.). *Report on the Ecocide Project*. Paris: Sciences Po Law Clinic, 2013. p. 66-81.

En todos los casos, el rol del derecho administrativo en materia ambiental es determinante. Además de los procedimientos de no cumplimiento normativo que se rigen completamente por el derecho administrativo, es común que las infracciones penales ambientales requieran ser completadas por una definición exterior de naturaleza administrativa, es decir, se trata de infracciones usualmente conocidas como *tipos penales en blanco* (*blanket criminalization*)<sup>33</sup>.

En materia de jurisdicción, la gama de autoridades competentes varía según la estructura del Estado y de su pertenencia a órganos internacionales. En Estados con centralización política la reglamentación administrativa depende del poder ejecutivo, en el marco de leyes estatutarias emanadas del parlamento. La variante más importante de esta regla general se observa en países con divisiones administrativas autonómicas o federales importantes. Estados federales como Alemania, Brasil, Canadá, Estados Unidos de América, México o Venezuela, cuentan con leyes ambientales que sirven únicamente como marco, pues la reglamentación y la sanción dependen en buena medida de las autoridades locales y estatales. En países confederados como Suiza o con fuertes autonomías propias del Estado región como Bélgica España o Italia, la independencia normativa es mucho más importante y variada.

Las autoridades administrativas imponen por regla general sanciones pecuniarias en caso de atentados ambientales<sup>34</sup> y el individuo infractor de la norma administrativa solo es objeto de privación de la libertad cuando

33 ESTUPIÑAN-SILVA, R. (Coord.). *Report on the Ecocide Project*. Paris: Sciences Po Law Clinic, 2013. Este aspecto ha sido materia reciente de nuevas críticas en el marco de la implementación de la Directiva Europea 2008/99/CE. v. Cour de Cassation de Belgique, Rapport de M. GOETHALS, Etienne. Sur le droit pénal de l'environnement. In: ACTES de la Réunion constitutive du comité sur l'environnement de l'Association des cours judiciaires suprêmes francophones AHJUCAF. Porto-Novo, 2008. p. 41 ; FAURE, M. Responsabilité pénale environnementale en Europe: quo vadis ? In: FONDEMENTS et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et en droit international. Anthémis, 2013. p. 331, SADELEER, N. Responsabilité pénale environnementale. Examen des relations douteuses entre le droit international, le droit de l'UE, et le droit pénal national. In: FONDEMENTS et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et en droit international. Anthémis, 2013. p. 307.

34 Sobre este punto vale la pena mencionar, por ejemplo, la crítica sobre la implementación insuficiente de sanciones pecuniarias en el seno de los países de *common law*. v. OGDEN, A.; ABBOT, C. Sanctions for Pollution: do we have the right regime? *Journal of Environmental Law*, v. 14, 2002, p. 283.

rehúsa el pago<sup>35</sup>. Las sanciones administrativas dirigidas contra la persona jurídica son de naturaleza y de severidad diversas: puede tratarse del cierre de la empresa, la suspensión o renovación de permisos, el embargo, la confiscación de las ganancias patrimoniales, o incluso la reparación de daños causados, la restitución, la orden de restauración o rehabilitación, los trabajos de interés general, entre otros<sup>36</sup>.

A la hora actual, el derecho punitivo ambiental revisite una naturaleza pluridimensional y retendremos que, en general, existe una diferencia neta entre las infracciones penales y las infracciones administrativas, estas últimas mayoritarias y enmarcadas en leyes y decretos específicos<sup>37</sup>.

No obstante, a medida que avanza el siglo XXI, el derecho administrativo parece acercarse al derecho penal en cuanto a la severidad de los medios empleados para combatir los atentados ambientales. En 2001, por ejemplo, el Parlamento italiano creó la infracción administrativa llamada “actividad organizada de comercio ilegal de desechos” (artículo 53 bis, DLGS 22/97, transformado en el artículo 260, DLGS 152/2006), que permite utilizar las herramientas propias a una investigación criminal (eg., escuchas telefónicas, vigilancia electrónica), arrestar personas sospechosas de tráfico de desechos, impulsar mandatos internacionales de persecución y aplicar tiempos de prescripción mayores que para otras infracciones ambientales. Esta infracción, pese a su naturaleza administrativa podría ser considerada como una verdadera infracción penal o en todo caso cuasi-penal por la severidad de los medios adoptados.

Así pues, el ingreso del derecho penal en el ámbito

ambiental es una consecuencia de la poca eficacia del derecho administrativo ambiental<sup>38</sup>, evaluada por algunos autores como un reflejo de los egoísmos estatales<sup>39</sup>, e introduce discusiones relativas a la autonomía de los tipos penales con respecto a las normas administrativas: ¿derecho penal autónomo o accesorio? Esta discusión entraña un dilema sobre la función predominante del derecho privado por oposición al derecho público en materia de criminalidad ambiental, que puede tener interés en sistemas jurídicos que suelen integrar el derecho penal al derecho privado como Francia, pero carece de contenido en la mayor parte de los sistemas jurídicos del mundo de *civil law* y de *common law*, donde el derecho penal sigue formando parte del derecho público.

### 2.3. Jurisdicción penal

Toda infracción penal es un hecho imputable dotado de un elemento material y un elemento intencional. Para efectos prácticos, haremos uso de los elementos de los crímenes descritos en el artículo 30 del Estatuto de Roma de 1998 que dio nacimiento a la Corte Penal Internacional y de su Anexo B sobre “los elementos de los crímenes”. En consecuencia, vamos a estudiar tres elementos materiales: de comportamiento, de consecuencia y de circunstancia, al igual que los elementos psicológicos o intencionales (*mens rea*) y a las circunstancias de contexto que constituyen el factor determinante de la potencialidad internacional de un crimen en función de su gravedad.

Los crímenes ambientales abordan por lo menos cuatro temáticas (*ratione materiae*) bien precisas: las actividades peligrosas (contaminación de las aguas, el aire, el suelo, eliminación de residuos industriales), la biodiversidad (destrucción de especies, agotamiento de recursos), la bioseguridad (comercio ilícito, patrimonio genético, plagas) y la gestión ambiental de los recursos naturales. Los atentados contra el medio ambiente son a menudo clasificados como contravenciones, delitos y crímenes (los más graves). Sin embargo en sistemas an-

35 PRABHU, M. Rapport general: les atteintes à l'environnement : problèmes de droit pénal general. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 65, n. 3-4, 1994. en particular, p. 689.

36 PRABHU, M. Rapport general: les atteintes à l'environnement : problèmes de droit pénal general. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 65, n. 3-4, 1994. en particular, p. 674; ESTUPIÑÁN-SILVA, R. (Coord.). *Report on the Ecocide Project*. Paris: Sciences Po Law Clinic, 2013. p. 66 y ss.

37 BITTO, M.; FÜLÖP, S. Hongrie. Crimes against the environment. *Revue Internationale de Droit Pénal*. v. 65, n. 3-4, 1994, p. 973. En cuanto a los pioneros de la distinción citada: Alemania y Japón, HEINE, G. Germany. Crimes against the environment. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 65, n. 3-4, 1994. p. 731; ITOH, K. Japon: criminal protection o environment and the general part of criminal law in Japan. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 65, n. 3/4, 1994. en particular, p. 1040. Finalmente, he aquí dos ejemplos de leyes específicas: los Decretos n° 2005-935 de 2 de agosto de 2005 y n° 2007-397 de 22 de marzo de 2007 relativos al Código del Medio Ambiente en Francia y la *Mining Act* de 1995 en Filipinas.

38 Esto queda constatado por el considerando 3 de la Directiva Europea 2008/99/CE que impone a los veintisiete Estados miembros de la Unión Europea la obligación de sancionar penalmente ciertos comportamientos que constituyan atentados graves contra el medio ambiente.

39 BEAUVAIS, P. Les limites de l'internationalisation du droit pénal de l'environnement. In: NEYRET, L. *Des écocrimés à l'écocide: le droit pénal au secours de l'environnement*. Paris: Bruylant, 2015. p. 3-18, en particular p. 5.



glófonos y francófonos, la noción de delito se subsume en la noción de crimen. En todo caso, al igual que el derecho administrativo, las materias de competencia se mantienen uniformes y solo varían según intereses específicos derivados de los recursos naturales protegidos por el Estado en cuestión.

El medio ambiente aparece en derecho penal primero como medio para proteger la seguridad del Estado y, en su evolución, otros bienes jurídicos (valores) protegidos<sup>40</sup> por los tipos penales ambientales generalmente conciernen los derechos de los individuos a la vida, la integridad (incluida la salud) y la propiedad. En las últimas décadas, y como excepción, algunos crímenes ambientales aparecen asociados al medio ambiente como bien jurídico autónomo. Situar los crímenes en la jerarquía de valores (bienes jurídicos) reconocidos por el Estado es fundamental para poder aplicar correctamente las normas. El reconocimiento del bien jurídico protegido no siempre es evidente porque los crímenes ambientales son de naturaleza plural. Cuando el legislador protege la seguridad pública, los crímenes ambientales más graves (crímenes *stricto sensu*) pueden encontrarse en el mismo nivel que otros crímenes graves como los actos de terrorismo, por ejemplo. Si el legislador busca proteger la vida humana, dichos crímenes se hallan situados junto a los atentados graves contra la vida. En esta línea de ideas, cuando el legislador entiende proteger el medio ambiente en sí mismo, los crímenes ambientales tienen un lugar autónomo en la ley penal. Sin embargo, asuntos como la intencionalidad, el sujeto imputable y los elementos extrajurídicos del tipo son temas a precisar dentro de la ley en un ánimo de coherencia y eficacia.

La primera noción a retener es que los elementos materiales de los crímenes ambientales pueden ser actos u omisiones, según la fórmula empleada por cada legislador<sup>41</sup>. En cuanto al tipo de conducta, la exigencia de un *elemento material de resultado* es una excepción en materia de infracciones ambientales. No es común que

40 El criterio de clasificación penal inspirado en la protección de bienes jurídicos (valores jurídicos) es utilizado en este estudio como un concepto común al derecho penal de los sistemas jurídicos de tradición civilista (romano germánica) y del *common law*. Retendremos en especial entre los valores protegidos, la primera distinción fundamental que opone los intereses públicos (del Estado y de la sociedad) a los intereses privados (de los individuos).

41 Las omisiones forman parte de los comportamientos sancionados por los crímenes ambientales, como también han formado parte histórica del derecho penal de los Estados. La Directiva Europea 2008/99/CE se refiere a ellas en el considerando 6 como “*incumplimiento de una obligación a hacer*”.

el perjuicio sea un elemento requerido por la infracción, pues los crímenes ambientales hacen énfasis en la eficacia preventiva de la norma. En la mayoría de los sistemas penales es suficiente con probar *el elemento material de comportamiento y la circunstancia*, es decir el hecho que dicho comportamiento tiene vocación de poner en peligro el bien jurídico protegido<sup>42</sup>. La obligatoriedad de un resultado y más aún, la exigencia concurrente de causalidad y de resultado (el nexo), donde han sido implementadas han tenido como resultado destruir la función de la infracción<sup>43</sup>. En este sentido, aunque la doctrina se ha preguntado si los tipos penales ambientales de peligro pueden infringir los límites del principio *nullum crime sine injuria*, la jurisprudencia estatal ha retenido como elementos de juicio, caso por caso, los principios sana crítica del juez y de equilibrio de derechos entre la víctima y el acusado<sup>44</sup>.

En materia de elemento intencional (*mens rea*), el conocimiento y la intención son los componentes requeridos en derecho penal como regla general, también para las infracciones ambientales. Dicho esto, en materia ambiental la intención se asocia igualmente a la negligencia grave en los veintisiete países de la Unión Europea y en países como Canadá, Israel, Brasil, Colombia y México, entre otros<sup>45</sup>. Por el contrario, cuando concurre

42 La Directiva Europea 2008/99/CE aborda este punto en su artículo 3, relativo a las infracciones que “*causen o sean susceptibles de causar*” el daño esperado; el artículo 347-A del Código Penal de Guatemala, por ejemplo, prohíbe la contaminación, entre otros, a través del “*abandono de productos que puedan causar un perjuicio*”; el artículo 54 de la Ley brasileña nº 9.605 de 12 de febrero de 1998 ordena una serie de sanciones penales y administrativas derivadas, entre otras, de la contaminación que alcance un nivel tal que “*cause o pueda causar*” perjuicios a la salud humana, animal o a la flora.

43 Este fue el caso de Austria y de Suecia hasta 1994, pues los dos sistemas exigían probar el comportamiento, el resultado y el nexo de causalidad entre ellos. FUCHS, H. Autriche. Crimes against the environment. Problems of the general part. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 65, n. 3-4, 1994. p. 761, en particular, p. 764; STEEN-SUNDBERG, C. Suède. Crimes against the environment in Sweden. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 65, n. 3-4, 1994. p. 1163 y s.; Sobre la importancia de los tipos penales de peligro, véase igualmente: D’AMBROSSIO, L. Vers un droit pénal commun de l’environnement: critères et techniques d’incrimination. In: NEYRET, L. *Des écocrimmes à l’écocide: le droit pénal au secours de l’environnement*. Bruselas: Bruylant, 2015. p. 87-107, en particular p. 100.

44 CARACCIOLI, I. Italie. La protection de l’environnement en droit pénal italien. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 65, n. 3-4, 1994. p. 1013; ESTUPINÁN-SILVA, R.; El, Quesada B. El proceso Haber-Bosch en la sociedad agroindustrial: peligros y alternativas. *Revista El Otro Derecho*, n. 42, 2011. en particular, p. 85.

45 PRABHU, M. Rapport général. Les atteintes à l’environnement: problèmes de droit pénal general. *Revue Internationale de Droit Pénal*,



la ausencia de intención y la ausencia de obligación de cuidado especial, la respuesta no es penal sino administrativa en los 42 Estados estudiados<sup>46</sup> y en los 27 Estados miembros de la Unión Europea en el marco de la Directiva 2008/99/CE.

El sujeto *imputable* por crímenes ambientales es otro elemento central de evolución. Además del individuo (persona natural), sujeto clásico del derecho penal, el derecho penal ambiental retoma del derecho administrativo la imputación de la persona jurídica (persona moral)<sup>47</sup>. Se trata aquí de una evolución del derecho penal clásico que predicaba que la persona jurídica no puede cometer delitos (de la misma manera que no podemos invitarla a desayunar) y la razón de dicha evolución es evidente: en materia ambiental, por regla general, por lo menos una persona jurídica se halla envuelta de una manera u otra en la perpetración de cada crimen ambiental.

En países del *common law* como Estados Unidos de América, Canadá e Israel, el sometimiento de las personas jurídicas a responsabilidades penales específicas tiene una tradición más importante. Además en Canadá, por ejemplo, los funcionarios públicos pueden ser interpellados penalmente al mismo título que las personas jurídicas de derecho privado<sup>48</sup>. Otros países han reconocido igualmente el principio de la criminalidad de las empresas como China y Japón desde los años noventa<sup>49</sup>,

Venezuela desde 1992 y Brasil desde 1998. En el seno de la Unión Europea, luego de la entrada en vigor de la Directiva 2008/99/CE, la inclusión de las personas jurídicas como sujetos imputables de crímenes ambientales devino obligatoria.

Un aspecto interesante de esta evolución jurídica simultánea es que el derecho penal estatal comienza a interesarse por teorías de la responsabilidad internacional penal en contextos de macro-criminalidad, como la *empresa criminal conjunta* o la teoría del *control sobre el crimen*. En este sentido, el derecho penal ambiental de los Estados parece tomar conciencia de la existencia de crímenes cometidos de manera sistemática y a gran escala que, como los crímenes internacionales más graves, no son el resultado de una acción individual y, por el contrario, forman parte de una empresa criminal, creada y estructurada en torno a un objetivo criminal y donde pese a que solo algunos de los individuos ejecutan los actos materiales de los crímenes, la participación y contribución de los demás miembros del grupo es a menudo vital para facilitar la comisión del ilícito y su responsabilidad criminal no es menor<sup>50</sup>.

La noción internacional penal de empresa criminal o de la cadena criminal, sin embargo, no pueden confundirse con la naturaleza y rol de la persona jurídica en los crímenes ambientales<sup>51</sup>. A menudo, la persona jurídica que participa de los crímenes ambientales ha sido creada con un objetivo de lucro legalmente aceptado y su conducta criminal constituye una desviación ilegal de medios para alcanzar el objetivo económico legítimo

v. 65, n. 3-4, 1994. en particular, p. 685 ; ESTUPIÑAN-SILVA, R. (Coord.). *Report on the Ecocide Project*. Paris: Sciences Po Law Clinic, 2013. en particular, p. 78.

46 ESTUPIÑAN-SILVA, R. (Coord.). *Report on the Ecocide Project*. Paris: Sciences Po Law Clinic, 2013. p. 66 y ss.

47 Desde finales del siglo XX la legislación belga incluyó la responsabilidad civil de las personas jurídicas de modo automático como consecuencia de condenas penales proferidas contra sus empleados, pero la empresa conservaba el derecho a un recurso judicial de repetición contra el empleado penalmente responsable. El derecho administrativo en Suiza, Alemania y Finlandia, consagra de tiempo atrás la posibilidad de condenar al pago de multas a las personas jurídicas, independientemente de las acciones judiciales emprendidas en materia penal contra los individuos que dirigen la empresa. La reforma penal de 2008 (llamado Decreto Wallon de 5 de junio) endureció las sanciones pecuniarias en este sentido. *v.*, HENNAU-HUBLET, C.; PIRET, J. M. Belgique. Les crimes contre l'environnement en droit belge. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 65, n. 3-4, 1994. en particular, p. 788; PRABHU, M., Avant propos. Les atteintes à l'environnement: problèmes de droit pénal general. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 65, n. 3-4, 1994. p. 633, en particular, p. 683.

48 *v.*, MCCHESENEY, A.; MUELLER, T. Canada. Environmental offences in Canada: criminal and regulatory regimes. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 65, n. 3-4, 1994, p. 831, en particular, p. 835.

49 CHUN-SI, Y.; SHENG-JUNG, L. Chine. China's treatment

of crimes against the environment, *Revue Internationale de Droit Pénal*, v.65, n. 3-4, 1994. p. 849, en particular, p. 857.

50 TPIY, Appeals Chamber, 15 de julio 2002, *The Prosecutor vs. Dusko Tadic "Dule"*, case IT-94-1-A, sentencia, párrafo 191. Las teorías de responsabilidad internacional penal de los individuos, incluyen sin excepción un extenso análisis del papel de la empresa criminal, bien sea desde el punto de vista de la empresa criminal conjunta (teoría desarrollada por los tribunales *ad hoc*) o desde el análisis del control sobre el crimen (teoría aplicada en el análisis preliminar de la CPI). Para un análisis comparado podemos sugerir: CLAPHAM, A. Issues of complexity, complicity and complementarity: Nuremberg trials to the dawn of the new International Criminal Court. In: SANDS, P. *From Nuremberg to The Hague. The future of International Justice*. Cambridge: University Press, 2003, p. 192, p. 30-67; SLIEDREGT, E. von. Parametres of Criminal Responsibility. In: *Individual Criminal Responsibility in International Law*. Oxford: University Press, 2012. p. 39-57. ESTUPIÑAN-SILVA, R. Teorías de la responsabilidad penal. *Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia*, Bogotá: Temis, 2013. p. 155-164.

51 TRICOT, J. Écocrimes et écocide: quels responsables? In: L. NEYRET. *Des écocrimes à l'écocide: le droit pénal au secours de l'environnement*. Bruselas: Bruylant, 2015, p. 141-163.

que persigue. Las sanciones a las personas jurídicas que cometen actos criminales no corresponde a las sanciones que pueden ser aplicadas en el marco del crimen organizado a menos que la persona jurídica forme parte de los eslabones de la empresa criminal *per se*, como instrumento facilitador o de fachada. Dicho de otra manera, en el marco de la lucha contra el crimen organizado, las autoridades pueden encontrarse frente a tráfico ilegal que utilizan personas jurídicas fachada en materia ambiental: tráfico de especies protegidas, tráfico de desechos tóxicos, etc. Pero por regla general, y este es el punto débil de la lucha contra la criminalidad ambiental, las autoridades nacionales se ven confrontadas otro tipo de delincuencia ambiental, es decir, a empresas nacionales y multinacionales perfectamente legales, reconocidas y apreciadas, frente a quienes no aplican los criterios del derecho internacional penal y contra quienes una investigación penal deviene imposible en la práctica.

En efecto, en el marco de una economía mundializada, el asunto de la responsabilidad penal ambiental suscita en sí mismo el estudio de la implicación de personas jurídicas y funcionarios públicos cómplices. No podemos abstraernos de la constatación del fenómeno de las *ecomafias* como el obstáculo más importante a la lucha contra la criminalidad ambiental<sup>52</sup>. Así mismo, en el marco de una *criminalidad de sistema*<sup>53</sup>, la persecución de un individuo (mera pieza intercambiable) es una tarea ilusoria, mientras que la identificación de su recorrido criminal puede suministrar elementos extremadamente valiosos acerca del ilícito (incluida la cadena de mando) y puede tener consecuencias exitosas en la represión de la criminalidad ambiental al más alto nivel.

52 CIAFANI, S. et al. *Ecomafia Report 2012. Environmental organized crime in Italy*. Available: <<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201207/20120716ATT48981/20120716ATT48981EN.pdf>>. Access: 17 jan. 2014, fuente original de los Informes Anuales: Disponible: <<http://www.legambiente.it/contenuti/comunicati/legambiente-presenta-ecomafia-2013-nomi-e-numeri-dell-illegalita-ambientale>>. Acceso: 17 jan. 2014

53 En el marco de este estudio, evocamos un enfoque restringido de la macrocriminalidad, en el sentido utilizado para estudiar los crímenes internacionales más graves, e identificamos como elementos determinantes: la participación de una multiplicidad de individuos, la existencia de una empresa criminal en el sentido evocado por la jurisprudencia del Tribunal Internacional de la Ex Yugoslavia y, la incapacidad o connivencia estatal. AMBOS, K. *Temas de Derecho Internacional Penal y Europeo*. Madrid, 2006. Marcial Pons, en particular, p. 535, p. 21; BERSMO, M; TRIFFTERER, O. Preamble. In: TRIFFTERER, O. (Ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, observer's notes article by article*. 2. ed. Munich, 2008. C. H. Beck, Hart, Nomos, en particular, p. 1954, p. 1.

Otro elemento importante en materia penal ambiental se refiere a ciertos *medios de defensa* o *causales de justificación*, que no son unánimes entre los Estados. Aquí nos referimos en particular al error de hecho y al error de derecho. El error de hecho puede dar lugar a una responsabilidad por negligencia cuando la conducta punible exige un deber de diligencia y el hecho es atribuible a una falta<sup>54</sup>. El segundo (error de derecho) no forma parte de todos los sistemas penales y esto es sumamente importante debido a la presencia frecuente de tipos penales en blanco en materias ambientales. En efecto, un buen número de infracciones presumen el deber de conocimiento de las normas reglamentarias, pero cuando dichas normas se hallan sometidas a cambios constantes (en el marco de avances científicos, por ejemplo), el error de derecho constituye un medio idóneo de defensa para los crímenes ambientales.

Retendremos finalmente que los crímenes ambientales a menudo no son hechos aislados sino actos de ejecución continuada, donde se ejecutan acciones y omisiones, con un componente de *mens rea* frecuentemente asociado a la negligencia y no a la intención, donde el autor de la infracción es frecuentemente una persona jurídica. La reacción estatal dependerá en cada caso del bien jurídico que el legislador intenta proteger.

En la práctica, la consagración de infracciones penales autónomas contra el medio ambiente se ha venido generalizando. Una decena de países en Asia y Europa del Este, liderados por Vietnam en 1990 y Rusia en 1996, han incorporado el crimen de *ecocidio* en sus códigos penales<sup>55</sup>, para referirse a los crímenes ambientales más graves que causan o pueden causar destrucciones masivas del entorno natural y sus componentes.

54 Es el caso, por ejemplo, del derecho penal en Israel. HIRSCH, M. Israël. Criminal Environmental Law in Israel. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 65, n. 3-4, 1994. p. 995, en particular, p. 1005.

55 Los países que han adoptado el crimen de ecocidio en el seno de sus sistemas penales son: Armenia (Código Penal de 2003, artículo 394), Bielorrusia (Código Penal de 1999, artículo 131), Georgia (Código Penal de 1999, artículo 409), Kazajistán (Código Penal de 1997, artículo 161), Kirguistán (Código Penal de 1997, artículo 374), Moldavia (Código Penal de 2002, artículo 136), Rusia (Código Penal de 1996, artículo 358), Tayikistán (Código Penal de 1998, artículo 400), Ucrania (Código Penal de 2001, artículo 441) y Vietnam (Código Penal de 1990, artículo 278). v. Disponible: <<http://eradicatingecocide.com/overview/existing-ecocide-laws/>>. Acceso: 14 set. 2014; NEYRET, L. Libres propos sur le crime d'écocide: un crime contre la sûreté de la planète. In: MÉLANGES, G; MARTIN, J. *Pour un droit économique de l'environnement*. Frison-Roche, 2013. p. 411, en particular, p. 417.

Los casos efectivamente juzgados y sancionados en el marco de este tipo penal son sin embargo hechos marginales. Las vacilaciones estatales en este sentido, a nuestro juicio, son un indicador de la necesidad de armonización transnacional, de la circulación de normas y relaciones jurídicas internacionales de los medios de lucha contra la criminalidad ambiental y de las presiones internacionales a que los Estados se hallan sometidos. En este sentido, el proyecto francés sobre el Ecocidio señala en 2015 tres necesidades de adaptación del derecho penal moderno: la internacionalización del derecho sustantivo en materia de infracciones, basada en el elemento de gravedad, la internacionalización de los procedimientos y órganos competentes, en el marco de respeto por los particularismos regionales y nacionales y, el fortalecimiento de las infracciones de peligro para hacer frente a la necesidad prioritaria de prevención<sup>56</sup>.

El derecho penal tiene la versatilidad necesaria para combinar la fuerza represiva con el poder disuasivo que se desprende de su eficacia simbólica. Y, en efecto, la lucha contra las infracciones ambientales exige una serie de transformaciones en el estado actual del derecho. En primer lugar, se precisa la integración generalizada del derecho penal como herramienta y con ello la ampliación o unificación de los bienes jurídicos que se entienden protegidos en materia ambiental. En segundo lugar, las infracciones deben ser armonizadas en el espacio, a través de un abordaje transnacional del fenómeno, es decir, el fortalecimiento en la integración de fuentes de derecho público y privado así como de instancias competentes judiciales y quasi-judiciales (eg, los órganos de los tratados) en los niveles nacional, regional e internacional. En tercer lugar, las infracciones así armonizadas deben ser integradas en el tiempo, habida cuenta de la naturaleza de las ofensas, en su mayoría de ejecución continuada, para garantizar una real eficacia en materia de prevención y disuasión, más allá de la represión en sí.

### 3. LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE LOS MEDIOS DE LUCHA

Desde finales del siglo XX, los avances tecnológicos han permitido a los Estados constatar que ciertos aten-

tados contra el medio ambiente son actos deliberados de carácter extenso y duradero con un impacto grave sobre la vida y la integridad de los seres humanos y el planeta. El artículo 26 del Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de 1991 definió los crímenes ambientales como “daños de larga duración, extensos y graves contra el medio ambiente” (*dommages à long terme, étendus et graves contre l’environnement*). Los elementos del proyecto de artículo fueron tomados del artículo 55 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, con un alcance *ratione materiae* mucho más amplio porque tenía por vocación ser aplicado también en tiempos de paz<sup>57</sup>. De hecho, los Estados habían acordado limitar los ataques al medio natural en tiempo de guerra y esto desde la Convención de La Haya de 1907<sup>58</sup>. Esta prohibición internacional, no obstante, nunca ha gozado de la unanimidad estatal en tiempo de paz, pues el Estado se halla a menudo obligado a someterse a los intereses económicos nacionales e internacionales donde, paradójicamente, la moneda de cambio por excelencia es el medio ambiente.

De toda evidencia, la implementación de herramientas de protección ambiental debe pasar por una fase de armonización para escapar a las presiones y avatares de la política y la economía internacional (A), siempre guardando en mente que las autoridades estatales deben mantenerse como los actores principales en la lucha contra la criminalidad ambiental (B) y que más allá de los medios clásicos del derecho internacional, la circulación de normas y relaciones transnacionales deviene el medio más eficaz de lucha contra la criminalidad ambiental en el corto plazo (C).

#### 3.1. Vicisitudes internacionales

Desde 1992, el Informe de la Comisión contra el crimen de Naciones Unidas había alertado contra el vertimiento ilícito de desechos tóxicos y peligrosos, y recomendaba un tratamiento internacional del fenómeno bajo la forma de “modelos de disposiciones penales”<sup>59</sup>.

57 UN, doc. ILC(XLVIII)/DC/CRD.3, Document sur les crimes contre l’environnement, établi par M. Christian Tomuschat, membre de la Commission, Extrait de l’Annuaire de la Commission du droit international, 1996, v. II(1)B, p. 17.

58 eg., Artículo 55 de la Convención (IV) de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 18 de octubre de 1907; Artículo 8-2-b-iv del Estatuto de Roma de 1998.

59 UN, doc. ILC(XLVIII)/DC/CRD.3, op. cit., en particular, p. 18.

56 DELMAS-MARTY, M. Préface. In: NEYRET, L. *Des écocrimés à l’écocide: le droit pénal au secours de l’environnement*. Bruselas: Bruylant, 2015. p. 8-13, en particular p. 13.

En materia doctrinal, en 1995 Gray identificó la noción de ecicidio como una violación graves de los derechos humanos, basándose en características comunes a los crímenes internacionales: la gravedad y el carácter extendido o durable del daño ecológico, las consecuencias transfronterizas, la extensión de las pérdidas y el interés internacional en la sanción de los responsables. Otros autores como Teclaff, se concentraron en el elemento de gravedad para determinar la jurisdicción nacional o internacional competente<sup>60</sup>. También desde la década de los noventas, la doctrina internacional penal de la mano de Bassiouni sugirió cinco criterios aplicables a una política de criminalización internacional: la afectación de un interés internacional, en particular la paz y la seguridad, la afectación de valores comunes a la humanidad incluidas las afrentas a la conciencia de la humanidad, las consecuencias transnacionales de los hechos, el daño causado a las personas o intereses internacionalmente protegidos y, en ausencia de afectación a los intereses internacionales y de la humanidad, la naturaleza misma de la conducta que exige una criminalización internacional. Sobre esta base, y basado en el estudio de 280 tratados, Bassiouni estableció 28 categorías probables de crímenes internacionales, entre ellas: los actos ilícitos contra un cierto número de elementos ambientales protegidos (*unlawful acts against certain internationally protected elements of the environment*)<sup>61</sup>.

En 2015, puede constatar que la lista de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen (UNODC) enlista los crímenes ambientales junto a antiguos crímenes internacionales como la piratería y al lado de fenómenos de criminalidad transnacional emergente como el *cybercrimen* y el tráfico de órganos<sup>62</sup>. En efecto,

60 GRAY, M. A. The international crime of ecocide. *California Western International Law Journal*, vol. 26, n. 2, 1995. p. 215; TECLAFF, L. A. Beyond restoration: the case of ecocide. *Natural Resources Journal*, v. 34, 1994. p. 933 y ss, en particular, p. 953. v., igualmente el interesante estudio de M. Clifford en su versión actualizada: CLIFFORD, M.; EDWARDS, T. *Environmental Crime*. 2. ed. Jones & Bartlett Learning: Burlington, 2012. p. 448, en particular, p. 5.

61 BASSIOUNI, C. *Introduction to International Criminal Law*. New York: Transnational Publishers, 2003. p. 823, en particular p. 114-116.

62 La lucha internacional contra la criminalidad ambiental cuenta con algunas fuentes de derecho bien precisas: Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) de 3 de marzo de 1973, el Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) de 5 de junio de 1992, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, las resoluciones 2001/12, 2003/27 et 2008/25 del Consejo Económico y Social (ECOSOC) y las resoluciones 16/1(2007), 2011/36 y 20/5 (2011) de la Comisión

es de público conocimiento de que la mundialización económica ha potenciado la criminalidad ambiental. La dificultad de lucha contra los crímenes ambientales más graves reposa, de hecho, en la incapacidad para conciliar la soberanía de los Estados, la mundialización económica y el ecosistema global<sup>63</sup>. De toda evidencia, la organización del planeta (eg. Biomas transfronterizos de la selva amazónica) no coincide con la organización estatal y sus competencias territoriales exclusivas. La impotencia e insuficiencia de los poderes estatales después de cada atentado criminal contra el medio ambiente son pruebas abrumadoras de esta realidad<sup>64</sup>, sin contar con las dificultades subyacentes en materia de fuentes de derecho y de jurisdicción en el plano internacional<sup>65</sup>.

Dicho esto, en el marco de la Unión Europea no puede negarse la vocación unificadora de la Directiva 2008/99/CE que obliga a los Estados miembros a adoptar medidas penales para hacer frente a los atentados contra el medio ambiente (Artículo 3), hace realidad la persecución contra las empresas (Artículo 6) y toma nota de la dimensión internacional derivada de la gravedad o del carácter transfronterizo de los crímenes ambientales.

de Prevención del Delito y Justicia Penal de Naciones Unidas. v. disponibles: <<http://www.unodc.org/unodc/organized-crime/emerging-crimes.html>>. Acceso: 26 jun. 2014

63 Sugerimos leer atentamente dos estudios de jurisprudencia nacional comparada publicados en 2012 y 2014, que muestran como los daños graves contra el medio ambiente están a menudo asociados a la acción económica de empresas transnacionales. v. PIGRAU, A. et al. *Legal avenues for EJOs to claim environmental liability*. Barcelona, 2012. (EJOLT Report N. 4). p. 98 ; PIGRAU, A. et al. *International law and ecological debt International claims, debates and struggles for environmental justice*. Barcelona, 2014. (EJOLT Report No. 11). p.128. Los Informes están disponibles en: <[www.ejolt.org](http://www.ejolt.org)>. Acceso: 20 jun. 2014.

64 PIGRAU, A. et al. *Legal avenues for EJOs to claim environmental liability*. Barcelona, 2012. (EJOLT Report N. 4), en particular el Informe 2012 relativo a los instrumentos legales derivados de la competencia territorial (p. 32) y extraterritorial (p. 51-59) del Estado.

65 Sobre la imprecisión de fuentes internacionales que sirvan como fundamento jurídico para que los Estados puedan fundar diligencias penales o civiles de gran impacto en materia de infracciones ambientales que involucren la participación de empresas transnacionales. Esta preocupación es pertinente igualmente en lo que concierne a los usos y abusos de la competencia de los tribunales de Estados Unidos de América. v. MANK, B. Can plaintiffs use multinational environmental treaties as customary international law to sue under the alien tort statute? *Utah Law Review*, 2007. p. 1085, en particular, p. 1155 y s. Por su parte, Megret señala a justo título las particularidades de los crímenes ambientales transnacionales en cuanto a la *mens rea* de negligencia grave, la implicación de personas jurídicas y las penas económicas relativas, entre otros. MEGRET, F. The Problem Of An International Criminal Law Of The Environment. *Columbia Journal of Environmental Law*, v. 36, 2011, p. 195.



El balance regional del continente americano se mantiene mitigado y menos alentador. Desde hace décadas los países de América Latina se han dotado de una fuerte legislación penal en materia ambiental definiendo el medio ambiente como bien jurídico protegido. El artículo 347-D del Código Penal de Guatemala de 1973, por ejemplo, prevé una pena máxima de quince años de prisión por la explotación, tala, destrucción, comercialización o exportación de recursos de bosques, en casos en que la infracción afecta una especie en vía de extinción o si se lleva a cabo en áreas protegidas o parques nacionales. El Código Penal de Nicaragua de 1974, hace un énfasis especial en los crímenes que afectan las aguas marinas, ríos, cuencas y otras corrientes de agua (Artículo 366) así que sobre el tráfico de especies y contiene elementos agravantes cuando se trata de un tráfico internacional (Artículo 370 y 382). El Código Penal Federal de México de 1931, reformado en 2010, contiene una serie de delitos ambientales en los artículos 414 a 420 relativos a toda actividad de producción, almacenamiento, tráfico, importación o exportación, transporte, abandono, vertido, descarga o toda otra actividad relacionada que pueda atentar contra el medio ambiente y establece penas de prisión de seis meses a nueve años y otras medidas complementarias como multas, suspensión de actividades y licencias, obligación de restitución y muerte civil de individuos y personas jurídicas involucradas (Artículo 421). En Brasil la Ley n° 9.605 de 12 febrero 1998, prevé sanciones penales y administrativas derivadas de conductas y actividades nocivas para el medio ambiente en su capítulo V. Dicho apartado contiene una serie de delitos ambientales autónomos referidos a la persona natural y, en particular, el gerente o director de empresa, pero también relativos a la persona jurídica (Artículo 2), con sanciones variadas, que van de la detención de un mes a cuatro años (sin beneficio de sustitución de penas) y multas que van de 6 a 16 millones de euros según el crimen (Artículos 29-61, 66 y ss., Artículo 75), la expropiación de productos y herramientas ligados a la infracción (Artículo 25), la restricción de derechos (Artículo 8) y la anulación de la personalidad jurídica (artículo 4). En Venezuela, la Ley Penal del Medio Ambiente n° 4358, de 3 Enero 1992, ya contemplaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Artículo 4) y sanciones de la misma naturaleza que las adoptadas años más tarde por la ley brasilera (Artículo 5), incluyendo incluso algunas medidas cautelares para permitir al juez una acción inmediata que le permita evitar un perjuicio irreparable (Artículo 8).

El Código Penal de Colombia (2000), en su Título XI (Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente) Artículos 328-339, es uno de los más recientes y avanzados del continente americano en la materia. Una de sus virtudes es que contiene lo que podríamos llamar “crímenes marco” como el provecho ilícito de los recursos naturales (Artículo 328), la violación de fronteras de explotación (Artículo 329), la manipulación ilícita de micro-organismos nocivos (Artículo 330) y los daños ambientales (Artículo 331), con penas de prisión y multas, que incluyen también los delitos culposos (Artículo 339)<sup>66</sup>.

Lo mismo sucede en los Estados Unidos de América que agrupa un conjunto de leyes federales ambientales de naturaleza penal y cuasi-penal, como las infracciones relativas a la contaminación (eg. *Act to Prevent Pollution from Ships* (APPS), 33 U.S.C. §§ 1901-1912, *Atomic Energy Act*, 42 U.S.C. Artículos 2011-2296, *Clean Air Act* (CAA), 42 U.S.C. §§ 7401-7671), los atentados a la vida salvaje (eg. *Endangered Species Act*, 16 U.S.C. Artículo 1531, *Bald and Golden Eagle Protection Act* (BGEPA), 16 U.S.C. Artículo 668 70, *Migratory Bird Treaty Act* (MBTA), 16 U.S.C. Artículo 707, *Lacey Act*, 16 U.S.C. Artículo 3372). Canadá completa el dinamismo jurídico continental en la materia (eg. *Canadian Environmental Protection Act*, 1999 (CEPA 1999), *Wild Animal and Plant Protection and Regulation of International and Interprovincial Trade Act* (WAPPRIITA), *Canadian Environmental Assessment Act*, 2012). Todas las disposiciones jurídicas canadienses contienen contravenciones (*misdeemeanors*) consientes y voluntarias por acción y omisión de las reglas de protección ambiental estatal y federal<sup>67</sup>.

Sin embargo, no puede ocultarse la brecha entre las regulaciones del continente y ausencia de regulación en

66 ESTUPIÑAN-SILVA, R. (Coord.). *Report on the Ecocide Project*. Paris: Sciences Po Law Clinic, 2013. p. 71-76; sitios oficiales consultados. Guatemala: <[http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/GTM\\_codigo\\_penal.pdf](http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/GTM_codigo_penal.pdf)>; México: <[http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file\\_id=199696](http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=199696)>; Nicaragua: <[http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file\\_id=227667](http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=227667)>; Colombia: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>>; Brasil: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm)>; Venezuela: <<http://www.minamb.gob.ve/files/ley%20penal%20del%20ambiente/Ley%20Penal%20del%20Ambiente.pdf>>.

67 ESTUPIÑAN-SILVA, R. (Coord.). *Report on the Ecocide Project*. Paris: Sciences Po Law Clinic, 2013. p. 68-71; sitios oficiales de Estados Unidos de América: <<http://www.justice.gov/enrd/5469.htm>> y de Canadá: <<http://www.ec.gc.ca/default.asp?lang=En&n=E826924C-1>>

las antillas, en particular, en los países anglófonos del Caribe: Trinidad y Tobago, Bahamas, Santa Lucía, etc. Además, las leyes en el continente americano se mantienen como compartimentos estancos y no existe una voluntad unificadora regional, pues las prioridades de la Organización de Estados Americanos (OEA) y del Mercosur, entre otras instancias regionales, siguen estrechamente ligadas al comercio, a la explotación de recursos naturales y al desarrollo industrial<sup>68</sup>. En consecuencia, la aplicación efectiva de la legislación penal, en vigor en cada Estado, es todo salvo prioritaria.

A nivel global, en materia de ejecución e implementación de sanciones ambientales, conviene mencionar algunas experiencias estatales que muestran cómo una real cooperación transjudicial podría ampliamente contribuir al fortalecimiento de la persecución y sanción de este flagelo. Después de las crisis sobre tratamiento de desechos tóxicos en 2009, Italia mostró una gran disposición de lucha contra la criminalidad ambiental.<sup>69</sup> Brasil lidera la lucha en materia de criminalidad ligada a la extracción y explotación ilegal de recursos naturales protegidos<sup>70</sup> y no puede decirse menos de la experiencia

acumulada por los países miembros de la Unión Europea y de la experiencia de China en materia de infracciones ambientales derivadas de la explotación y producción industrial.

En el marco de tales vicisitudes internacionales, la necesidad de una respuesta internacional ambiental bajo la forma de tratados<sup>71</sup> no pasa por alto la urgencia de fortalecer la acción estatal en materia de persecución y sanciones<sup>72</sup>. Se trata, en efecto, de dos caras de la misma moneda: por una parte, la armonización solo es posible a través de la circulación de normas jurídicas transnacionales a escala regional e internacional y, por otra parte, el pasado, presente y futuro del derecho transnacional no se conciben sin la intermediación estatal pues la implementación de las normas reposa sobre el poder represivo de los Estados.

### 3.2. Desafíos estatales

En 1990, los Estados Unidos de América votaron la creación de un grupo de agentes formados y experimentados para hacer respetar las normas ambientales. Su creación fue apoyada por la oficina de investigaciones y los recursos materiales del FBI (*Federal Bureau of Investigation*) y la consigna de esta política pública fue clara: “una mejor política en materia de aplicación [de la ley existente] es capaz de disuadir claramente a los infractores”<sup>73</sup>.

Este ejemplo ilustra nuestro postulado en la materia. Más allá de la creación de nuevas infracciones ambientales hace falta, sobre todo, incrementar los esfuerzos estatales en materia de aplicación efectiva del derecho penal existente. El papel de los responsables políticos es esencial para obtener resultados, pues ningún derecho penal puede ser eficaz si persiste una cultura de impunidad frente a los crímenes a que se refiere. El papel de los expertos científicos y su asistencia técnica en calidad

68 eg. LX Reunión Ordinaria del Sub-Grupo de Trabajo No. 6, Medio Ambiente, MERCOSUR/SGT NO 6/ ACTA No 2/13, de 11 de noviembre de 2013, en particular, páginas 5 y 6 (Proyectos *Econormas y Sistema de información ambiental de Mersosur* (SIAM)). Disponible en: <[www.mercosur.int](http://www.mercosur.int)>; el Punto Focal de las Américas para el fortalecimiento de las capacidades en derecho ambiental y su implementación: Foro Interamericano de Derecho Ambiental (FIDA), la Resolución CIDI/RES.66(IV-O/99, de la Organización de Estados Americanos OEA. Sur: <[www.oas.org](http://www.oas.org)>. Contatamos, sin embargo, la propuesta reciente en el seno del Mercosur, por parte de la presidencia *pro tempore* de Venezuela, relativa a la creación de un mecanismo jurídico común para combatir el crimen organizado que podría ser útil para combatir la criminalidad ambiental. v. XVI Reunión especializada de Ministerios Públicos del Mercosur, MERCOSUR/REMPM/ACTA No. 02/13, 23 de octubre de 2013.

69 v., UE, European Parliament resolution of 3 February 2011 on the waste crisis in Campania (2012/C 182 E/04). Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:182E:0012:0016:EN:PDF>>; Italia, Senado y Cámara de Diputados (5 de febrero de 2013): *Relazione territoriale sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti nella regione Campania (relatori: on. Stefano Graziano e sen. Salvatore Piscitelli)*. Disponible en: <<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/698083.pdf>>; MENGOZZI, A. Waste Growth Challenges Local Democracy. The Politics of Waste between Europe and the Mediterranean: a Focus on Italy. *California Italian Studies*, v. 1, n. 1 2010. ismrg\_cisj\_8870. Disponible en: <<https://escholarship.org/uc/item/53v28242>>.

70 eg. Brasil se encuentra a la cabeza de la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica de 1978 (OTCA) y del Comité Permanente de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) de 3 de marzo de 1973. En este marco, el Plan Estratégico 2004-2012 y la agenda 2010 estuvieron centrados en una campaña contra el com-

ercio ilegal y la preservación de los saberes ancestrales, buscando en particular la protección de las especies de flora y fauna de la cuenca amazónica, v. Sitio oficial OTCA. Disponible en: <<http://otca.info/portal/apresentacao.php?p=agd>>.

71 Evocada y ampliamente justificada en la obra colectiva *Eco-cidio v., NEYRET, L. Partie II: Projet de Conventions internationales*. In: DES ÉCOCRIMES à l'écocide: le droit pénal au secours de l'environnement. Bruselas: Bruylant, 2015. p. 261-301.

72 BERAT, L. Defending the right to a healthy environment: toward a crime of geocide in international law. *Boston University International Law Journal*, 1993, p. 327, en particular, p. 343.

73 PRABHU, M. Rapport general: les atteintes à l'environnement: problèmes de droit pénal general. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 65, n. 3-4, 1994. en particular, p. 696.

de peritos o consultantes de la administración de justicia tampoco puede ser pasado por alto. En el asunto *Saramaka vs. Surinam* (2007)<sup>74</sup>, por ejemplo, los cartógrafos suministraron elementos de prueba de gran valor para establecer el alcance del daño ambiental provocado a las comunidades tribales como consecuencia de la actividad económica transnacional. La condena contra la multinacional AngloGold Ashanti en Sudáfrica en los casos de silicosis (*Thembekele Mankayi vs. AngloGold Ashanti Ltd* (2011))<sup>75</sup> no habría sido posible sin los avances científicos capaces de probar el nexo entre los productos utilizados en minería para la extracción del oro y las enfermedades contraídas por los trabajadores. En este mismo orden de ideas, el caso *María Aguinda et al. vs. Chevron Corporation* (2012)<sup>76</sup> se centró principalmente entorno a la fiabilidad de los peritajes que fueron discordantes sobre los efectos de la actividad petrolera sobre la salud de las comunidades. La calidad de los expertos, su independencia frente al poder de la empresa juzgada y los recursos disponibles para efectuar los análisis fueron algunas de las consideraciones centrales en materia de credibilidad del peritaje en sí mismo y su contribución a la lucha contra la criminalidad ambiental.

El caso *Chevron* antes citado también muestra la urgencia de nuevas herramientas transnacionales de lucha contra la impunidad derivada de la inejecución de sentencias<sup>77</sup>. En efecto, las sanciones en derecho penal buscan siempre la prevención, la represión y la disuasión, sin descartar las medidas de reparación que ocupan un lugar privilegiado cuando se trata de sancionar personas jurídicas por daños ambientales graves. De ahí precisamente se desprende la necesidad de armonización transnacional. La inejecución de sanciones es a menudo una consecuencia de las presiones ejercidas por el capital transnacional al endurecimiento de las políticas públicas de Estados usualmente considerados como paraísos de impunidad ambiental. Una vez más nos en-

contramos frente a la dicotomía entre lo jurídicamente relevante y lo socialmente prioritario. La alternativa a este tipo de frenos jurídicamente válidos pero socialmente inaceptables se encuentra en la armonización de las normas ambientales. La cooperación reforzada y/o la vía de los tratados son herramientas eficaces que, de contera, impiden todo tipo de alegaciones de *dumping* ambiental en materia comercial. Efectivamente, más allá de la teoría sancionatoria, queda aún un largo camino por recorrer en lo que concierne a la ejecución de penas pronunciadas por los Estados contra *gigantes económicos*<sup>78</sup>. La pena promedio impuesta en la práctica no representa más que una fracción mínima del máximo establecido. La administración de justicia estatal hace gala de una gran clemencia frente a los autores de infracciones ambientales, en particular, frente a aquellos que cometen la infracción por primera vez y, principalmente, cuando se trata casos sensibles que afectan intereses económicos o políticos<sup>79</sup>. Como consecuencia paradójica obtenemos que es más probable que infracciones ambientales menores sean juzgados con severidad excesiva y que los grandes atentados contra el medio ambiente permanezcan impunes, amparados por normas preferenciales destinadas al capital transnacional.

Conviene interrogarse igualmente sobre el papel del poder judicial estatal, sus temores y desafíos. En el estado actual del derecho penal ambiental en el mundo, la competencia territorial se halla en manos del juez nacional sea este penal o administrativo<sup>80</sup>. No obstante, como en otros contextos de macro-criminalidad, el poder judicial se encuentra sometido a un sinnúmero de presio-

78 El caso *Chevron/Texaco* es uno de los últimos ejemplos sangrantes de la impotencia de los Estados para ejecutar sanciones judiciales cuando un "gigante transnacional" que se encuentra de facto bajo la protección una potencia estatal, es condenado por infracciones ambientales. v. *supra*; Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos (Ecuador), 15 de octubre de 2012, *María Aguinda et al vs. Chevron Corporation*, No. 21100-2003-0002, orden de congelamiento de fondos; Corte Suprema de Justicia de Argentina, 4 de junio de 2013, *María Aguinda Salazar vs. Chevron Corporation*, medidas cautelares (congelación de fondos, medidas provisionales).

79 A cerca del papel de la *realpolitik* v. FOSTER, P. *Climate Torts and Ecocide in the Context of Proposals for an International Environmental Court*. City College of New York, 2011, en particular, p. 95.

80 La noción de territorio internacionalmente aceptada se extiende igualmente al mar territorial, el espacio aéreo, y la zona de pezca, la zona económica exclusiva y la plataforma continental así como a las embarcaciones y aeronaves que porten la bandera del país donde quiera que ellos se encuentren, en virtud de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982.

74 Corte IDH, 28 de noviembre de 2007, *Pueblo Saramaka c. Suriname*, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

75 Corte Constitucional de Sudáfrica, 3 de marzo de 2011, *Thembekele Mankayi vs. AngloGold Ashanti Ltd. (silicosis lawsuits)*, sentencia.

76 Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos (Ecuador), 14 de febrero de 2011, *María Aguinda et al vs. Chevron Corporation*, No. 002-2003, Sentencia.

77 MARTIN-CHENUT, K.; PERUSSO, C. *L'affaire Chevron/Texaco et l'apport des projets de Conventions Ecocrimes et Ecocide*. In: NEYRET, L. *Des écocrimes à l'écocide: le droit pénal au secours de l'environnement*. Bruselas: Bruylant, 2015. p. 67-86, en particular p. 83.



nes políticas legales e ilegales que buscan su inacción<sup>81</sup>. En la práctica, el juez de la criminalidad ambiental no puede administrar justicia sin la estrecha colaboración del poder ejecutivo. Las políticas públicas y la voluntad de los órganos del Estado devienen prioritarias pues la experticia de cada poder público completa y fortalece las deficiencias mutuas existentes. Además, solo una comunicación fluida y centrada sobre las prioridades ambientales, permite la acción eficaz en un ámbito en que los intereses económicos, sociales y ambientales pueden ser determinantes y a menudo contradictorios<sup>82</sup>. Pero ¿cómo hacer posible la lucha contra la criminalidad ambiental sin ‘perder’ ventajas competitivas en el mercado del capital transnacional? La comprensión de la naturaleza transnacional del problema parece ser el punto de partida para identificar soluciones probables.

### 3.3. Horizontes transnacionales

El alcance y la complejidad de los crímenes ambientales exigen un enfoque especializado, que sobrepasa las herramientas tradicionales del derecho penal, es decir, un enfoque cooperativo del derecho, de las autoridades civiles y científicas del medio ambiente. Herramientas extrajurídicas como los estudios previos de impacto ambiental y social sobre los grandes proyectos económicos y de infraestructura, juegan un rol preventivo no despreciable en materia de criminalidad ambiental<sup>83</sup>. En efecto, si el derecho administrativo ejercía el control total de las infracciones ambientales hasta finales del siglo XX, el lugar del derecho penal es indiscutible a la hora actual<sup>84</sup>.

¿Existe entonces una práctica general de los Estados según la cual las infracciones ligadas al medio ambiente son penalmente sancionadas? En todos los casos, la vía penal no es ciertamente la única emprendida por las autoridades. La ampliación de las categorías de bienes protegidos por el derecho penal no es suficiente en sí misma para parar la crisis ecológica. Los estudios existentes en materia de impacto de las leyes ambientales, incluidas las normas penales, confirman esta afirmación<sup>85</sup>.

Estamos convencidos que solo un enfoque holístico a la vez nacional, regional e internacional, es decir, un enfoque transnacional puede hacer frente a la criminalidad ambiental del siglo XXI. Dicho enfoque debe incluir la dimensión penal sin limitarse exclusivamente a ella, y debe estar profundamente anclado en una política pública dirigida al fortalecimiento de las institucionales nacionales y la participación reforzada de la sociedad civil. El conjunto de medios y métodos así reunidos conseguiría un seguimiento detallado del impacto de la legislación ambiental y de la educación social y ambiental, con el fin de combatir eficazmente esta forma de criminalidad. De otro modo, la criminalidad ambiental va a continuar actuando allí donde la impunidad sea asegurada, bien sea por falta de voluntad de los Estados o por su incapacidad a llevar a término verdaderas acciones judiciales.

La respuesta internacional por la vía de tratados exige un acuerdo acerca de prohibiciones absolutas, en función de los elementos de los crímenes internacionales que se hallan íntima e indefectiblemente ligados al elemento de gravedad<sup>86</sup>. A la hora actual no creemos

81 Creemos que el análisis utilizado para describir los contextos en los cuales la administración de justicia nacional juzga crímenes de guerra pueden ser aplicados al enjuiciamiento de crímenes ambientales graves, en particular, los límites derivados de la disimulación de los elementos materiales, de los autores, la ejecución defectuosa de las sanciones y los factores económicos, sociales y políticos que inciden directamente sobre la capacidad del operador judicial para administrar justicia., v. ESTUPIÑAN SILVA, R. Repercusión de la jurisdicción nacional en materia de crímenes de guerra. *Derecho Internacional y crímenes de guerra en Colombia*. Bogotá: Temis, 2013. p.367, en particular p. 217-251.

82 v. Actes de la Réunion constitutive du comité sur l'environnement de l'Association des cours judiciaires suprêmes francophones AHJUCAF, Porto-Novo (Bénin), 26-27 de junio de 2008, en particular, p. 403.

83 Esta es una exigencia en el marco interamericano de derechos humanos. v. Corte IDH, 28 de noviembre de 2007, *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, supra, parágrafos 129, 139 y 143.

84 ESTUPIÑAN-SILVA, R. (Coord.). *Report on the Ecocide Project*. Paris: Sciences Po Law Clinic, 2013. p. 66. Esta fue una de las con-

clusiones del Programa de crímenes ambientales de INTERPOL en el marco de su I Conferencia internacional para el fortalecimiento y la aplicación del derecho ambiental: INTERPOL-UNEP International Conference on Environmental Compliance and Enforcement (Nairobi, 6 de noviembre de 2013). Disponible en: <<http://www.iisd.ca/interpol/iecec/>>. Acceso: 20 jun. 2014.

85 eg., UNEP. América Latina y Caribe, *Diagnóstico. Propuesta de Ley básica para la Protección Ambiental y la Promoción del Desarrollo Sostenible para los países de Centroamérica y Panamá*. México, 1993; Directiva 2008/99/CE de la Unión Europea, considerando 3.

86 Aunque algunos autores defienden el carácter internacional *per se* de las ofensas ambientales, nosotros preferimos acogernos a los métodos de identificación del derecho internacional penal a partir de los elementos de los crímenes. Sobre la naturaleza internacional autónoma de los crímenes ambientales v. BEAUVAIS, P. Les limites de l'internationalisation du droit pénal de l'environnement. In: NEYRET, L. *Des écocrimes à l'écocide: le droit pénal au secours de l'environnement*. Bruselas: Bruylant, 2015. p. 3-18, en particular p. 6. Acerca de los elementos de los crímenes internacionales v., entre muchos otros: BASSIOUNI, C. *Introduction to International Criminal Law*. New York: Transnational Publishers, 2003. p. 114 y 116;



poder hablar *stricto sensu* de debilidades de los crímenes internacionales contra medio ambiente porque no existen. Es preciso recordar en este sentido que la existencia de un crimen internacional reconocido como tal en el siglo XXI depende de dos factores concurrentes de derecho sustantivo (infracción internacional) y de procedimiento (jurisdicción internacional competente)<sup>87</sup>. Los rudimentos del derecho sustantivo internacional penal del medio ambiente existen, en su mayoría ligados a la contaminación intencional o negligente durante la cadena de producción industrial: exploración, explotación, saneamiento y desechos<sup>88</sup>. En su evolución, la ausencia de criterios comunes en materia de estructura y elementos de los crímenes ambientales, ha contribuido a penalizar lo accesorio y perseguir los pequeños infractores, al mismo tiempo que banaliza ciertas conductas al origen de serios atentados ambientales y se muestra indulgente frente a las grandes inversiones<sup>89</sup>. No obstante, la ausencia de jurisdicción internacional competente evita que podamos referirnos a crímenes internacionales contra el medio ambiente en sí. Existe, creemos, un derecho transnacional penal del medio ambiente, que se halla en vías de armonización en materia sustantiva y que no cuenta con herramientas eficaces en materia procesal. Es de amplio conocimiento que el ejercicio restrictivo de la soberanía nacional, la ausencia de mecanismos de cooperación reforzada en materia ambiental y la consolidación de paraísos de impunidad ambiental bajo control *de facto* de las empresas transnacionales, son obstáculos reales que impiden la eficacia de la persecución y

---

ESTUPIÑAN-SILVA, R. Estructura de los crímenes en el Estatuto de Roma. *Revista del Instituto Nacional de Ciencias Penales de México*, México, v. 2, p. 11-30, 2011; ESTUPIÑAN-SILVA, R. L'activation de la compétence de la Cour pénale internationale et les développements concernant le rôle de la gravité. In: DIZDAREVIC, A.; KOUDÉ, R. *Les droits de l'homme: défis et mutations*. Paris: L'Harmattan, 2013. p. 51-65.

87 ESTUPIÑAN-SILVA, R. Principios que rigen la Responsabilidad Internacional Penal por crímenes internacionales. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional AMDI*, v. 12, 2012. p. 133-173; ESTUPIÑAN-SILVA, R. Estructura de los crímenes en el Estatuto de Roma. *Revista del Instituto Nacional de Ciencias Penales de México*, México, v. 2, p. 11-30, 2011.

88 ASCENCIO, H. Les infractions en matière de pollution. In: ASCENCIO, H.; DECAUX, E.; PELLET, A. *Droit international pénal*. 2. ed. Paris: Pedone, 2012. p. 1280, en particular, p. 391.

89 Ver en este sentido los interesantes aportes a la construcción de un derecho penal internacional sustantivo en materia ambiental. D'AMBROSSIO, L. Vers un droit pénal commun de l'environnement: critères et techniques d'incrimination, In: NEYRET, L. *Des écocrimmes à l'écocide: le droit pénal au secours de l'environnement*. Bruselas: Bruylant, 2015. p. 87-107, en particular pp. 88 y 89.

la sanción, aún en presencia de la norma<sup>90</sup>.

La academia francesa propuso en 2015 una respuesta internacional a la criminalidad ambiental a través de la firma de dos tratados posibles: Ecocrímenes y Ecocidio. El tratado Ecocrímenes apunta a la identificación de infracciones graves transfronterizas, comunes a los Estados firmantes, con miras a la internacionalización de la ilicitud de la conducta y su control por medios normativos y de diplomacia internacional. El elemento central de las infracciones propuestas es el riesgo cierto para el equilibrio natural del planeta, mediado por el estudio del elemento de gravedad, común a los crímenes internacionales. A esta dimensión objetiva de protección del medio ambiente (artículo 3) como bien jurídico autónomo, se suma una dimensión subjetiva que protege a la humanidad en el sentido presente y futuro y busca la ilicitud internacional de conductas que puedan atentar durablemente contra la vida humana y la integridad, incluida la salud (artículo 4). Se trata de retomar un binomio (seguridad internacional – salud humana) que forma parte de los antecedentes remotos de los crímenes ambientales desde el proyecto de Crímenes contra la paz y la seguridad de 1991. La propuesta de tratado de Ecocidio, por su parte, está centrada en la protección de la seguridad del planeta y en la sanción de actos intencionales cometidos en el marco de una acción generalizada y sistemática (artículo 2), evocando los componentes estructurales del artículo 7 del Estatuto de Roma sobre los crímenes de lesa humanidad.

Las dos propuestas coinciden en la presencia de elementos extrajurídicos del tipo penal como la noción de peligrosidad de una sustancia, el carácter salvaje y/o protegido de una especie animal o vegetal, entre otros. Una consecuencia del uso de estos elementos extrajurídicos es que la definición de las infracciones puede cambiar en función de nuevas herramientas científicas capaces de diagnosticar la magnitud de la amenaza contra el medio ambiente o de la transformación de una normativa interna. La creación de infracciones de peligro, los tipos penales abiertos o en blanco,

---

90 A nuestro entender, los paraísos de impunidad ambiental están más ligados a las presiones que padecen los pequeños Estados y que son ejercidas por capitales transnacionales y sus empresas, en ocasiones apadrinadas por poderosos Estados. Aunque no descartamos otros elementos, como los egoísmos estatales y los deseos de desarrollo o mejora de la situación económica local por la vía de la venta de servicios ambientales, creemos que estas razones están más ligadas a una retórica internacional que a la realidad geopolítica de los Estados.

la presencia de analogías, la indeterminación del bien jurídico protegido (hombre-naturaleza), la imputabilidad de la persona jurídica<sup>91</sup> son elementos ajenos y/o extremadamente excepcionales en el derecho penal de los Estados y exigen ser cuidadosamente estudiados y equilibrados. Por una parte la seguridad del planeta es un interés mayor de la humanidad y, sin embargo, el principio de legalidad y sus componentes esenciales (*lex certa, stricta, proevia*), es la piedra angular sobre la que se funda el derecho penal y el derecho internacional penal desde finales del siglo XX ni hace ni puede hacer abstracción de él<sup>92</sup>.

Las prácticas requeridas en materia de control de la criminalidad ambiental más grave, se refieren de suyo al control de la criminalidad de las empresas (personas jurídicas de derecho privado nacional e internacional) en materia ambiental. En consecuencia, en materia de implementación ninguna propuesta puede ignorar la urgencia de la transnacionalización de normas y relaciones jurídicas a través de la cooperación reforzada de los órganos de los Estados.

En función de la naturaleza de la empresa, de la gravedad de la conducta, de los bienes jurídicos protegidos, de la reincidencia<sup>93</sup>, entre otros elementos clásicos de graduación de las penas, las autoridades competentes podrán escoger las sanciones pertinentes sin pasar por alto los derechos de la sociedad como víctima principal, en términos de verdad, justicia, reparación y no repetición frente a los actos ofensivos. Al igual que la protección de los derechos humanos, el respeto de las normas ambientales ha venido imponiéndose en el discurso de las empresas como parte de la agenda de buenas prácticas, responsabilidad social de las empresas (*compliance*), y

como un desafío para la imagen de la marca.

La creación de una jurisdicción internacional competente en materia de crímenes ambientales, es poco probable y no necesariamente pertinente. La cooperación transjudicial, por otra parte, es una solución de corto y mediano plazo que tiene mayor impacto en materia de eficacia y de costo-beneficio. La migración de las normas y los conceptos por medio de la comunicación transjudicial en materias de derecho constitucional y de derecho internacional de los derechos humanos es un hecho ampliamente conocido y documentado por la doctrina<sup>94</sup>. Ahora bien, la cooperación judicial forma parte de los acuerdos de intenciones de todas las organizaciones jurídicas internacionales, bajo la forma de tratados y/o de memorandos de entendimiento como el que fue firmado entre la Organización de Estados Americanos y la Corte Penal Internacional en 2012<sup>95</sup>. Las organizaciones regionales, cuentan con convenios y cláusulas de cooperación interinstitucional suscritas a todos los niveles de las que Interpol se sirve a menudo en su lucha contra el crimen organizado. La cooperación en fases previas, de prevención e investigación es marginal, no obstante las herramientas disponibles.

Una cooperación transnacional eficaz puede actuar antes de la infracción, a través de un sistema de alertas tempranas como el que se utiliza en materia de derechos humanos, durante el proceso judicial a través de la ejecución de medidas cautelares (embargos, congelación de fondos, prohibición de liquidación, extradición, etc.) y del intercambio fluido de la información disponible así como de la ejecución de investigaciones al extranjero, entre otras herramientas existentes.

91 Las analogías (prohibidas en derecho penal), así como el uso de tipos penales abiertos, son alternativas evocadas en el marco de la evolución hacia un modelo de derecho penal de anticipación que pese a sus virtudes, evoca en el autor todos los riesgos del debilitamiento en la seguridad jurídica de los delitos y las penas señalados desde Beccaria. Sobre la propuesta de modelo de anticipación: FRONZA, E.; GUILLOU, N. Vers une définition du crime international d'écocide. In: NEYRET, L. *Des écocrimes à l'écocide: le droit pénal au secours de l'environnement*. Bruselas: Bruylant, 2015. p. 127-140, en particular pp. 136-138.

92 v., por ejemplo, ESTUPIÑAN-SILVA, R. Principios que rigen la Responsabilidad Internacional Penal por crímenes internacionales. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* AMDI, v. 7, 2012. p. 133-173, en particular p. 148 a 151.

93 NIETO-MARTÍN, A. Justice restauratrice et sanctions pour un droit pénal international de l'environnement. In: NEYRET, L. *Des écocrimes à l'écocide: le droit pénal au secours de l'environnement*. Bruselas: Bruylant, 2015. p. 183-202, en particular p. 189 y 190.

94 Para Slaughter, por ejemplo, la comunicación transjudicial se origina en la necesidad de persuadir o convencer a través de argumentos, como medio para reforzar la posición del juez o transformar la línea jurisprudencial en vigor, y varía enormemente en cuanto a sus jerarquías (verticales, horizontales, mixtas), funciones (legitimidad, efectividad, aceptación de estándares internacionales, fertilización mutua, deliberación colectiva) y nivel de compromiso mutuo (diálogo, monólogo, comunicación interpuesta). v. SLAUGHTER, A. M. A Typology of Transjudicial Communication. *Richmond Law Review*, v. 29, 1994. p. 101-122; SLAUGHTER, A. M. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, 2003. p. 191 y ss. Ver, en el mismo sentido, GISBERT, R. Bustos. XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2012. p. 20; BURGORGUE-LARSEN, L. *El diálogo judicial: Máximo desafío de los tiempos modernos*, México: Porrúa, 2013.

95 OAS/ICC (Memorandum of understanding on cooperation) 25 April 2012, 4 pp.

Estos y otros medios están actualmente al alcance de los Estados en la lucha contra la criminalidad ambiental, sin desconocer otras soluciones estructurales de naturaleza supraestatal que pueden tardar un poco más en ser puestas en marcha<sup>96</sup>. Todos los medios disponi-

96 La vía de los tratados es defendida a lo largo de toda la obra dirigida por el profesor L. Neyret, cuyo punto culminante es la presentación de convenios tipo. No obstante, ninguno de los autores descarta la importancia de otras alternativas como el arreglo pacífico de diferendos, el arbitraje, los procedimientos de no respecto o no conformidad ante órganos del tratado y la cooperación transaccional reforzada aquí defendida. v. por ejemplo: ROBACZEWSKI, C. L'entraide pénale internationale en matière de criminalité environnementale. In: NEYRET, L. *Des écocrimmes à l'écocide: le droit pénal au secours de l'environnement*. Bruselas: Bruylant, 2015. p. 223-239; HENRY, S. La contribution des mécanismes internationaux de règlement des différends à la pénalisation des atteintes à l'environnement. In: NEYRET, L. *Des écocrimmes à l'écocide: le droit pénal au secours de l'environnement*. Bruselas: Bruylant, 2015. p. 241-259; NEYRET, L. Partie II: Projet de Conventions internationales. In: NEYRET, L. *Des écocrimmes à l'écocide: le droit pénal au secours de l'environnement*. Bruselas: Bruylant, 2015, p. 261-301.

bles son importantes a la hora de conciliar la justiciabilidad ambiental pues, en el estado actual del derecho, lo que es jurídicamente relevante dista mucho de lo que es socialmente, como lo deja patente una vez más el caso *Chevron/Texaco*, donde la ejecución de sentencias se encuentra *in fine* a la merced de tecnicismos y ataques jurídicos extraterritoriales.<sup>97</sup>

97 La creación de empresas nacionales de apariencia jurídica autónoma por parte de las empresas multinacionales es otro medio jurídico que bloquea la sanción al más alto nivel (eg., caso *Trafigura* en Costa de Marfil). En otros casos, las consideraciones procesales de soberanía territorial se imponen sobre consideraciones de impacto ambiental (eg., caso *Erika* entre Francia y Gran Bretaña). Para un estudio de los problemas de jurisdicción en materia ambiental v., C. Solís, *Juger des crimes environnementaux internationaux: approche juridictionnelle et institutionnelle*, in L. Neyret (dir.) *Des écocrimmes à l'écocide : le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruselas, Bruylant, 2015, pp. 203-221.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Direito transnacional e  
mudanças climáticas**  
Transnational Law and Climate  
Change

Géraud de Lassus Saint-Geniès

VOLUME 13 • N. 3 • 2016  
DIREITO TRANSNACIONAL



## Transnational Law and Climate Change

Géraud de Lassus Saint-Geniès\*\*

### RESUMO

A participação dos atores privados na luta contra as mudanças climáticas é um fato bem estabelecido e que é responsável pela produção de uma atividade normativa intensa e diversificada. Essa atividade ocorre, principalmente, por meio da elaboração de certas normas climáticas de origem privada e que possuem uma dimensão internacional em razão da desterritorialização de seus âmbitos de aplicação. Essa constatação nos leva a questionar a existência de um possível direito transnacional das mudanças climáticas que se desenvolve à margem do direito nacional e internacional das mudanças climáticas. Com base nas discussões que têm sido realizadas sobre o direito transnacional em outras áreas, este estudo pretende fornecer algumas respostas sobre a possível existência de um direito transnacional das mudanças climáticas.

**Palavras-chave:** mudanças climáticas, direito transnacional, direito transnacional da mudança climática

### ABSTRACT

Private entities engagement in the battle against climate change is a well-established fact, and a source of intense and diversified normative activity. A certain type of climate rules has thus arisen, with a private origin and an international scope, as they transcend the borders of existing territories. In this context, one could wonder about the possible existence of a transnational climate change law, as a relatively autonomous body of law, which would exist at the margins of international and national climate change law. Building on the discussions that have been conducted about the transnational law in other areas of regulations, this study intends to provide answers about the possible existence of a transnational climate change law.

**Keywords:** climate change, transnational law, transnational climate change law

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho consiste em determinar se existe, atualmente, um direito transnacional das mudanças climáticas, isto é um “direito inter-

\* Recebido em 03/11/2016  
Aprovado em 19/11/2016

\*\* Doutor em direito, Diretor adjunto do Centro de pesquisa e inovação Goldcorp sobre o direito dos recursos naturais e da energia (*Chaire de recherche et d'innovation Goldcorp en droit des ressources naturelles et de l'énergie*), docente da Faculdade de Direito da Universidade Laval (Quebec, Canada). O autor agradece André Tschumi, estudante no programa de doutorado em Direito da Universidade Laval, pela sua ajuda na elaboração desta pesquisa. E-mail: gdelassus@gmail.com

nacional de origem privada”<sup>1</sup> que se desenvolve à margem do direito nacional e internacional das mudanças climáticas. Primeiramente, começaremos por destacar que a luta contra as mudanças climáticas não é uma área na qual é comum - como é o caso com o comércio (*lex mercatoria*)<sup>2</sup>, com o esporte (*lex sportiva*)<sup>3</sup> ou com a internet (*lex electronica*)<sup>4</sup> - invocar a existência de um direito transnacional. A doutrina jurídica se interessa muito pouco por esse assunto, talvez devido, em parte, à força de atração exercida pelo sistema multilateral das Nações Unidas como objeto de estudo<sup>5</sup>. No entanto, em razão de vários outros aspectos, essa questão merece ser estudada.

Atualmente, está claro que a luta contra as mudanças climáticas não é uma preocupação exclusiva das entidades estatais. Durante os últimos quinze anos muitos atores privados (empresas, organizações não-governamentais e cientistas) se envolveram na busca de soluções para o problema do efeito estufa. Como consequência do aumento e da diversificação dos atores privados envolvidos na governança climática, tal governança é considerada cada vez mais frequentemente como um fenômeno de caráter transnacional<sup>6</sup>. Além disso, e como

será discutido na primeira parte deste estudo, existe, atualmente, muitas “normas”<sup>7</sup> na área da luta contra as mudanças climáticas que são elaboradas por entidades privadas e que possuem uma dimensão internacional. O âmbito de aplicação dessas normas encontra-se desterritorializado. Existe, portanto, um fenômeno sociológico que parece legítimo para ser analisado do ponto de vista do direito a fim de determinar, pelo menos, o seu âmbito legal e de ter uma melhor compreensão de tal fenômeno.

E isso parece ainda mais necessário no contexto atual, o qual nós ousamos dizer que é, particularmente, propício a um questionamento do “monopólio das normas”<sup>8</sup> dos Estados nessa matéria e ao surgimento de um direito transnacional das mudanças climáticas que compete com a “juridicidade oficial”<sup>9</sup>. Na realidade, não existe uma clara necessidade de se ter mais direito. O clima já é objeto de uma grande regulamentação tanto no direito nacional quanto no internacional, a qual continua a aumentar gradualmente. Porém, considerando-se os resultados (até o presente limitados) das ações normativas dos Estados,

1 Hélène Ruiz Fabri, “Immatériel, territorialité et État”, *Archives de Philosophie du droit*, vol. 43, 1999, p. 199. Porém, é importante ressaltar que o conceito de direito transnacional, criado por Philip C. Jessup, tinha originalmente um significado muito mais amplo. Philipp C. Jessup, *Transnational Law*, Yale University Press, New Haven, 1956, p. 2. “I shall use, instead of ‘international law’, the term ‘transnational law’ to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories”.

2 Berthold Goldman, “La *lex mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage internationaux : réalité et perspectives”, *Journal du droit international*, 1979, pp. 475-505.

3 Franck Latty, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff, Boston, 2007, xx-849 páginas.

4 Pierre Trudel, “La *lex electronica*”, in Charles-Albert Morand, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Éditions de l’Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001, pp. 221-268.

5 Um recente estudo realizado por Daniel Bodansky foi, no entanto, especificamente dedicado a esse tema. Daniel Bodansky, “Climate Change: Transnational Legal Order or Disorder?”, in Terence C. Halliday, Gregory Shaffer, dir., *Transnational Legal Orders*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 290.

6 Consultar, por exemplo: Philipp Pattberg, Johanne Stripple, “Beyond the Public and Private Divide: Remapping Transnational Climate Governance in the 21<sup>st</sup> Century”, *International Environmental Agreements*, vol. 8, 2008, p. 368. De acordo com os autores, a “transnacionalização da governança do clima” é um fenômeno que se expressa de diferentes maneiras, principalmente pela presença na governança do clima de um mosaico de atores, incluindo os Estados, a sociedade civil, os cientistas, as empresas e as entidades sub-

estatais (cidades, províncias, regiões, e estados federais). No entanto, neste estudo o termo “direito transnacional” é entendido como abrangendo apenas as relações jurídicas em que pelo menos uma das partes seja uma entidade privada. No que diz respeito às relações jurídicas envolvendo apenas as entidades sub-estatais, nós preferimos utilizar o termo “transgovernabilidade”. Essa expressão é utilizada por alguns autores quando as entidades sub-estatais agem de forma independente na área internacional. A propósito da utilização desse termo, consultar: Robert O. Keohane, Joseph S. Nye, “Transgovernmental Relations and International Organizations”, *World Politics*, vol. 27, n°1, 1974, p. 41. Consultar igualmente: Andrea Hamann, Hélène Ruiz Fabri, “Transnational Networks and Constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, 2008, p. 481. Segundo esses autores, “[t]ransnational networks can [...] be broken into two [...] distinct categories on the basis of their participants: on the one hand, we find networks of primarily private ordering that one could call private transnational networks, composed of private actors, while, on the other, there are networks of national governmental officials-components of the disaggregated state-that may be characterized as transgovernmental networks”.

7 O termo é usado aqui no seu sentido mais amplo para designar as exigências que indicam o que deve ser ou o que deveria ser e faz assim referência à toda “regra que indica a direção geral a ser atribuída a uma conduta”, ao “[m]odo que convém para se dirigir [uma] atividade” ou ainda a um “método a seguir”. Gérard Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, 8<sup>e</sup> éd., Presses Universitaires de France, Paris, 2008, p. 618 [tradução livre].

8 Hélène Ruiz Fabri, “Immatériel, territorialité et État”, *op. cit.*, note 1.

9 Denys de Béchillon, « La structure des normes juridiques à l’épreuve de la postmodernité », in Arnaud Berthoud, Evelyn Serverin, dir., *La production des normes entre État et société civile. Les figures de l’institution et de la norme entre États et sociétés civiles*, L’Harmattan, Paris, 2000, p. 72.

principalmente a nível internacional, a necessidade de haver um direito mais eficaz - ou pelo menos melhor “equipado” - para lidar com desafio do clima é urgente. E levando-se em conta que são as entidades privadas (principalmente as empresas) que emitem gases de efeito estufa (GEE) e que têm a capacidade para desenvolver novas tecnologias, é razoável pensar que essas entidades estão numa posição privilegiada para implementar ações eficazes para lutar contra as mudanças climáticas, desde que elas o queiram fazer. Entretanto, não há como negar que a resolução da crise climática requer também grande cooperação política, a qual depende da ação dos Estados. Porém, mais do que os governos, são principalmente as entidades privadas que controlam os principais recursos para resolver o problema do clima. Na luta contra as mudanças climáticas, essas entidades privadas tendem, portanto, a aparecer como verdadeiros concorrentes aos Estados e é nesse sentido que podemos questionar se o envolvimento de tais entidades na governança do clima não seria acompanhado pela formação de um direito transnacional das mudanças climáticas.

Se nos referirmos às diversas pesquisas que têm se dedicado ao direito transnacional, para que possamos atestar a existência de um direito transnacional das mudanças climáticas, deve-se demonstrar pelo menos três elementos. Primeiro, deve ser estabelecido que as entidades privadas encontram-se na origem de uma atividade normativa e que elas elaboram normas de escala internacional no combate as mudanças climáticas, o que na verdade não representa uma dificuldade pois a existência de tais normas pode ser facilmente verificada. Em seguida, levando-se em conta que a doutrina concebe, geralmente, o direito transnacional como “sistemas jurídicos que se desenvolvem independentemente do Estado”<sup>10</sup>, deve-se demonstrar dois pontos: (a) que essas normas internacionais de origem privada sobre o clima constituem uma ordem jurídica, pelo menos em forma embrionária, e que assim elas possuem um certo

10 Partick Daillier, Mathias Forteau, Alain Pellet, *Droit international public*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, Paris, 2009, p. 46. A doutrina considera que a característica de base do direito transnacional é a existência de uma ordem (ou sistema) jurídico dotado de certa organização e que possui um relativo grau de autonomia em relação ao direito concebido pelos Estado. Nesse sentido, confira: Jean-Flavien Lalive, “Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. 181, tome III, 1983, p. 31. Segundo esse autor, o direito transnacional constitui “um terceiro sistema jurídico, distinto tanto dos sistemas de direito interno quanto do *ius gentium*” [tradução livre].

grau de consistência; (b) que essas normas são suficientemente separadas do direito criado pelos Estados para que elas possam ser consideradas como um “terceiro direito”<sup>11</sup> distinto do direito nacional e internacional. Em terceiro lugar, após especificar quais são essas normas internacionais de origem privada sobre o clima que são encontradas atualmente na governança climática (I), vamos investigar se essas normas são suficientemente consistentes (II) e autônomas (III), para que possamos concluir a respeito da existência de um direito transnacional das mudanças climáticas.

## 2. A IDENTIFICAÇÃO DAS NORMAS CLIMÁTICAS INTERNACIONAIS DO DIREITO PRIVADO

Identificar as normas climáticas que têm uma dimensão internacional e uma origem privada é um exercício que apresenta alguma dificuldade. Essas normas são muito numerosas e diversificadas, e assim parece difícil elaborar um inventário exaustivo dentro de um sistema de classificação de rigor impecável. No entanto, com base no critério do seu objeto, essas normas privadas internacionais sobre o clima podem ser agrupadas em pelo menos quatro categorias distintas, dependendo se eles dizem respeito ao processo de certificação (A), a contabilização das emissões de GEE e a divulgação das informações sobre tais emissões (B) sobre o comércio de direitos de emissão (C) ou sobre a definição de compromissos voluntários (D).

### 2.1. As normas relativas à certificação

Na luta contra as mudanças climáticas, as normas que estabelecem processos de certificação são numerosas e são encontradas em vários contextos. A presença de tais normas pode ser observada, por exemplo, no âmbito dos mercados voluntários de carbono. Criados de forma espontânea e à margem de qualquer regulação estatal, esses mercados “cobrem todas as abordagens voluntárias para recorrer à compra de créditos de carbono”.

11 Michel Virally, “Un tiers droit ? Réflexions théoriques”, in *Le droit des relations économiques. Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 373. Nesse mesmo sentido, confira : Charles-Albert Morand, “Le droit saisi par la mondialisation : définitions, enjeux et transformations”, in Charles-Albert Morand, dir., *Le droit saisi par la mondialisation, op. cit.*, note 4, p. 98. Esse autor prefere falar de um “direito anacional”.

no destinados a internalizar ou a neutralizar o impacto das emissões de uma dada atividade”<sup>12</sup>. Eles permitem, assim, que as empresas, as pessoas físicas ou as entidades públicas possam comprar créditos de emissão gerados por outras entidades para “cover some or all of their carbon footprint for particular activities or business, or just to display their concern for the environment”<sup>13</sup>.

No entanto, a principal desvantagem desses mercados voluntários é que nenhuma regulação estatal pode garantir que os créditos de emissão negociados correspondem a reduções de emissões de GEE que realmente ocorreram. Porém, isso se trata de um elemento essencial para a credibilidade e, assim, para a sustentabilidade desses mercados. Além disso, algumas entidades privadas estão progressivamente desenvolvendo regras para assegurar a certificação dos créditos de emissão para garantir a sua credibilidade e integridade ambiental. A certificação é hoje uma prática bem estabelecida nos mercados voluntários de carbono<sup>14</sup> e, atualmente, existem dezenas de programas de certificação como o *Verified Carbon Standard* ou ao *Gold Standard* (os mais frequentemente utilizados pelas empresas participantes nos mercados voluntários<sup>15</sup>) que abrangem diversos tipos de projetos de redução ou de absorção de gases de efeito estufa (silvicultura, agricultura, energia renovável, eficiência energética, transportes ...).

Em geral, esses programas são todos baseados numa mesma lógica de funcionamento que pode ser resumida como se segue. O organismo de certificação define as regras que estabelecem uma série de critérios e de etapas que os projetos de redução ou de absolvição de

emissões devem cumprir para gerar os créditos de emissões que são certificados pelo organismo. Tais regras dizem respeito, principalmente: (i) a natureza dos projetos aceitos pelo organismo de certificação; (ii) a metodologia utilizada para calcular a quantidade de GEE que os projetos podem compensar (neutralizar); (iii) as modalidades de verificação (realizada por terceiros) dos benefícios climáticos dos projetos; (iv) aos procedimentos em caso de litígio entre as empresas promotoras de um projeto e o organismo de certificação.

Nesses últimos anos, essa lógica de certificação foi, também, estabelecida em outras áreas do combate contra as mudanças climáticas, como no caso do financiamento dos projetos. Assim, existem hoje regras, como as desenvolvidas pelo *Climate Bonds Initiative*<sup>16</sup>, que permitem a certificação de obrigações verdes que são emitidas por empresas que desejam obter financiamento para realizar projetos favoráveis à proteção do clima. Essa certificação tem os objetivos de garantir a confiabilidade das obrigações verdes e que os fundos obtidos serão devidamente utilizados para estimular o desenvolvimento de uma economia com baixas emissões de carbono. Além disso, constatamos que algumas associações profissionais, como a Associação Mundial do Aço, possuem suas próprias regras para certificar o comportamento de seus membros. No caso dessa associação profissional, foi desenvolvido um programa de reconhecimento para as emissões de CO<sub>2</sub> provenientes das instalações de produção de aço, de acordo com uma metodologia especial que já está integrada a uma norma ISO<sup>17</sup>. Para estimular o uso desse programa pelos seus membros, a associação desenvolveu um dispositivo que emite os certificados para as empresas que o utilizam<sup>18</sup>.

12 Sandrine Maljean-Dubois, Matthieu Wemaëre, *La diplomatie climatique. Les enjeux d'un régime international du climat*, Pedone, Paris, 2010, p. 95.

13 International Emission Trading Association, *Voluntary Markets for IETA*, disponível: <[http://www.ieta.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=414:voluntary-markets-for-ieta1&catid=54:3-minute-briefing](http://www.ieta.org/index.php?option=com_content&view=article&id=414:voluntary-markets-for-ieta1&catid=54:3-minute-briefing)> (consultado em 15 de setembro de 2015).

14 Kelley Hamrick, *Ahead of the Curve. State of the Voluntary Carbon Markets 2015*, Ecosystem Marketplace, junho 2015, p. 4, disponível: <[http://forest-trends.org/releases/uploads/SOVCM2015\\_Full-Report.pdf](http://forest-trends.org/releases/uploads/SOVCM2015_Full-Report.pdf)> (consultado em 15 de setembro de 2015). Os estudos sobre esses mercados voluntários indicam de fato que “the vast majority of voluntary carbon projects now use third-party verified standards”, o que tende a atribuir um âmbito de aplicação internacional às regras de certificação. Sobre essa questão, conferir também: Lisa Hodes Rosen, Adrienne Bossi, “Due Process Rights in the Carbon Markets”, *Sustainable Development Law & Policy*, vol. 11, n° 2, 2011, p. 10. Os autores observam que em 2008 e 2009 mais de 90% dos créditos de emissões negociados foram certificados por terceiros.

15 Kelley Hamrick, *Ahead of the Curve. State of the Voluntary Carbon Markets 2015*, *op. cit.*, note 14, p. 16.

16 Essa associação sem fins lucrativos formada por entidades privadas (bancos, ONGs) e pelo governo suíço colocou em prática um sistema de certificação de títulos verdes emitidos como parte de vários projetos (energias renováveis, transporte, setor residencial). As empresas que desejam obter uma certificação devem, por exemplo, demonstrar que os fundos obtidos por meio das obrigações verdes não serão utilizados, nem mesmo temporariamente, para financiar atividades prejudiciais ao ambiente, ou ainda, fornecer informações sobre a forma como elas recorrem às melhores práticas sociais e ambientais. *Climate Bonds Initiative, Climate Bonds Standard*, maio 2015, pp. 5-6, disponível: <[http://www.climatebonds.net/files/files/CB%20Standard%20V1\\_0\(3\).pdf](http://www.climatebonds.net/files/files/CB%20Standard%20V1_0(3).pdf)> (consultado em 15 de setembro de 2015).

17 Norme ISO 14404-1:2013, *Méthode de calcul de l'intensité de l'émission de dioxyde de carbone de la production de la fonte et de l'acier*.

18 World Steel Association, *CO<sub>2</sub> emissions data collection. User Guide, Version 6*, 21 páginas, disponível: <<https://www.worldsteel.org/steel-by-topic/climate-change/data-collection.html>> (consultado em 15 de setembro de 2015).



## 2.1. As normas relativas ao cálculo das emissões de gases do efeito estufa (GEE) e à divulgação de informações sobre as emissões de GEE

Além da certificação, existe, também, um conjunto de normas privadas internacionais sobre o clima que define as ferramentas metodológicas e parâmetros de referência para auxiliar as entidades privadas a calcular suas emissões de GEE e divulgar seu desempenho em termos de emissões de GEE. Nesse sentido, o melhor exemplo é sem dúvida o do *Greenhouse Gas Protocol*<sup>19</sup>. Elaborado em 2001 (e atualizado) pelo *World Resources Institute* e pelo *World Business Council on Sustainable Development* numa parceria público-privada (empresas, ONGs, governos e cientistas), o *Greenhouse Gas Protocol* propõe uma metodologia que qualquer entidade pública ou privada pode utilizar para calcular suas emissões de GEE e elaborar inventários de sua pegada de carbono<sup>20</sup>. Com base nessa ferramenta, outras regras de contabilização das emissões têm sido desenvolvidas em setores industriais específicos, como na produção de cimento ou de alumínio. Essa ferramenta serviu também como base para o desenvolvimento pela Organização Internacional de Normalização da norma ISO 14064-1:2006, *Especificação e orientação a organizações para quantificação e elaboração de relatórios de emissões e remoções de gases de efeito estufa*.

De modo geral, deve-se mencionar que várias normas foram adotadas como parte do sistema de normalização ISO em relação à contabilidade das emissões de GEE, mas também sobre outros aspectos relacionados às questões climáticas. Essas normas são abrangidas pela família ISO 14000 das normas internacionais de gestão ambiental. Além da ISO 14064-1:2006, podemos citar a ISO 14064-2:2006 para a contabilização dos projetos relativos às emissões de GEE, a ISO 14064-3:2006 que estabelece as especificações e orientações para a validação e a verificação das declarações de emissões, a ISO 14065:2007 que define os requisitos para a acreditação de organismos que realizam a validação e a verificação de inventários de GEE com base nas normas ISO 14064, ou ainda a ISO

14067:2013 que diz respeito ao cálculo da pegada de carbono dos produtos. Como podemos constatar, a questão da contabilização das emissões de GEE e da divulgação de informações sobre as emissões de GEE resultou no surgimento de muitas normas técnicas.

## 2.3. As normas relativas ao comércio dos direitos de emissão

O comércio dos direitos de emissão constitui outro tema que é objeto de um número importante de normas privadas internacionais sobre o clima. Lembramo-nos de que o Protocolo de Kyoto criou um amplo mercado internacional de carbono, que, ainda, está em atividade, no qual empresas e governos podem trocar diferentes tipos de direitos de emissão. Nesse contexto, foram celebrados diversos contratos de venda entre empresas, mas também entre empresas e governos, para permitir a transferência desses direitos de emissão. Dito de outra maneira, muitos vínculos jurídicos transnacionais foram estabelecidos como parte do mercado internacional do carbono, mas também no contexto de mercados de carbono transfronteiriços que têm sido implementados em outros níveis de governança (mercado regional europeu, mercado conjunto Quebec-Califórnia em nível sub-nacional).

É interessante constatar que o grande aumento do comércio dos direitos de emissão nesses diferentes mercados tem sido a fonte de um fenômeno de padronização dos contratos de venda, fenômeno que por sua vez ajudou a impulsionar o desenvolvimento desses intercâmbios. Assim, o comércio dos direitos de emissão é, atualmente, realizado por meio de contratos tipo elaborados por entidades privadas. Assim, por exemplo, a *International Emission Trading Association*, uma organização sem fins lucrativos, destinada a promover o desenvolvimento dos mercados de carbono, desenvolveu vários modelos de contratos de venda de direitos de emissão que podem ser usados para concluir transações em diferentes mercados de carbono, como o europeu ou o de unidades de redução certificada de emissões que são gerados por meio do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo do Protocolo de Kyoto. Nesse último caso, o modelo de contrato desenvolvido pela *International Emission Trading Association*, o *Emission Reduction Purchase Agreement*<sup>21</sup> constitui uma referência no mundo do co-

19 World Resources Institute, World Business Council on Sustainable Development, *The Greenhouse Gas Protocol. A Corporate Accounting and Reporting Standard. Revised Edition*, 112 páginas, disponível: <<http://www.ghgprotocol.org/files/ghgp/public/ghg-protocol-revised.pdf>> (consultado em 15 de setembro de 2015).

20 Emmanuelle Mazuyer, Isabelle Michallet, “La responsabilité sociale des entreprises et la lutte contre les changements climatiques”, in Sandrine Maljean-Dubois, Apolline Roger, dir., *L’implication des entreprises dans les politiques climatiques. Entre corégulation et autorégulation*, La Documentation française, Paris, 2011, pp. 32-33.

21 International Emission Trading Association, *Emission Reductions Purchase Agreement*, disponível: <<http://www.ieta.org/trading-documents>> (consultado em 15 de setembro de 2015).

mércio de carbono<sup>22</sup>.

## 2.4. As normas relativas aos compromissos voluntários

Em alguns casos, as normas internacionais privadas sobre o clima formulam compromissos voluntários que são assumidos pelas próprias entidades privadas a fim de combater as mudanças climáticas. Fazem parte dessa categoria, em primeiro lugar, os compromissos que são assumidos por empresas e que são geralmente registrados em cartas ou guias de conduta. A título de exemplo, podemos citar a *Carta Segurança Saúde Ambiente Qualidade* da empresa Total, uma multinacional do setor energético. No artigo 9 da carta a empresa se compromete a assegurar o “controle do consumo de energia [e] suas emissões no meio ambiente (água, ar, solo)”<sup>23</sup> [tradução livre]. Podemos mencionar também o *Plano Clima Air France-KLM* no qual as transportadoras aéreas se comprometem em apoiar “os esforços para alcançar um novo acordo climático”, encorajar os “programas de pesquisa, principalmente de energias renováveis, como os biocombustíveis para a aviação”, bem como colocar “à disposição de seus clientes informações transparentes e confiáveis sobre as emissões de CO2 relacionadas a sua viagem”<sup>24</sup> [tradução livre].

No entanto, além desse tipo de compromisso, que é geralmente parte de responsabilidade social das empresas, essa categoria de normas inclui, também, outras formas de compromissos assumidos em contextos mais ou menos distantes do mundo dos negócios. A esse respeito, o exemplo mais marcante é certamente o da Recomendação n° 36, que foi adotada pelos participantes no XIII Congresso Olímpico, reunido em Copenhague, em 2009, e no qual se afirma que “o Movimento Olímpico é [...] comprometido com a proteção do meio am-

biente global e está empenhado em forjar relações mais estreitas com as Nações Unidas e todas as outras instituições para responder a esse imperativo moral, particularmente, em relação a importante questão da mudança climática”<sup>25</sup> [tradução livre]. Podemos citar, também, os compromissos assumidos por entidades privadas que decidem aderir à *Global Methane Initiative*. Lançado em 2004, essa iniciativa intergovernamental é um fórum de cooperação que reúne 43 Estados e visa estimular a redução e a modernização das emissões de metano em alguns setores (agricultura, mineração de carvão, gestão de resíduos...). No entanto, uma das peculiaridades dessa iniciativa é que ela permite a participação do setor privado. Na verdade, as entidades privadas (empresas, ONGs, centros de pesquisa) podem assinar um “Membership Agreement” por meio do qual elas se comprometem de forma voluntária e não compulsória a assumir certas “[r]esponsibilities”<sup>26</sup>, como apoiar a redução e a modernização das emissões de metano, participar das atividades organizadas pela *Global Methane Initiative*, trabalhar com os outros parceiros para identificar maneiras eficazes de reduzir e reutilizar as emissões de metano, ou ainda, realizar ações para o desenvolvimento de projetos<sup>27</sup>.

Por meio desse inventário não exaustivo, demonstra-se que existe atualmente um conjunto de normas internacionais em matéria de combate as mudanças climáticas, cuja criação foge (pelo menos parcialmente no caso de normas desenvolvidas em conjunto com as entidades públicas) ao controle do Estado. Certamente, e de acordo com as palavras de Franck Latty, “o observador ligado à teoria clássica das fontes formais verá talvez [em todas essas normas climáticas] apenas um ‘esboço’ pseudo-jurídico. No entanto, do ponto de vista sociológico, é dificilmente contestável que essas normas possam florescer e produzir seus efeitos sem a intervenção do Estado”<sup>28</sup> [tradução livre]. Nesse sentido, consideramos que existe um fenômeno jurídico transnacional no

22 Martijn Wilder, Monique Willis, Mina Guli, “Carbon Contracts, Structuring Transactions: Practical Experiences”, in David Freestone, Charlotte Streck, dir., *Legal Aspects of Implementing the Kyoto Protocol Mechanisms: Making Kyoto Work*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 295-312.

23 Total, *Charte sécurité santé environnement qualité*, dezembro de 2014, disponível: <[http://www.total.com/sites/default/files/atoms/files/charte-securite-environnement-qualite\\_vf.pdf](http://www.total.com/sites/default/files/atoms/files/charte-securite-environnement-qualite_vf.pdf)> (consultado em 15 de setembro de 2015).

24 Air France-KLM, *Le Plan Climat Air France-KLM*, disponível: <<http://corporate.airfrance.com/fr/developpement-durable/environnement-et-climat/lutter-contre-le-changement-climatique/le-plan-climat-air-france-klm>> (consultado em 15 de setembro de 2015).

25 XIII<sup>e</sup> Congrès olympique, “Le mouvement olympique dans la société”, Copenhague, 2009, recommandation n° 36, disponível: <[http://www.olympic.org/Documents/Congress\\_2009/Recommandations%20-%20fre.pdf](http://www.olympic.org/Documents/Congress_2009/Recommandations%20-%20fre.pdf)> (consultado em 15 de setembro de 2015).

26 Global Methane Initiative, *Global Methane Initiative (GMI) Project Network Membership Agreement*, disponível: <<https://www.globalmethane.org/documents/ppnma.pdf>> (consultado em 15 de setembro de 2015).

27 *Ibid.*

28 Franck Latty, “La diversité des sources du droit de l’internet”, in *Internet et le droit international*, Pedone, Paris, 2013, p. 60.

âmbito do combate as mudanças climáticas. Mas para determinar se esse fenômeno dá origem a um direito transnacional das mudanças climáticas, temos também de verificar se existe uma certa coerência entre todas essas normas internacionais de caráter privado sobre o clima.

### 3. A COERÊNCIA DAS NORMAS CLIMÁTICAS INTERNACIONAIS DO DIREITO PRIVADO

Para saber se as normas internacionais de origem privada sobre o clima formam uma ordem jurídica, sem dúvida, temos de evitar o estabelecimento de comparações excessivamente rigorosas com o direito nacional e mesmo internacional. Diante de um fenômeno jurídico transnacional que é espontâneo e descentralizado, não se pode logicamente esperar que tal ordem jurídica seja tão organizada e hierarquizada quanto aquelas elaboradas pelos Estados<sup>29</sup>. Trata-se de um tipo diferente de direito, dentro do qual deve-se pensar o fenômeno jurídico de forma diferente. Desnecessário, portanto, de procurar discernir um todo, uma organização única, concebida de acordo com a coerência de todos os participantes<sup>30</sup>. Mas, por outro lado, seria difícil vislumbrar um sistema jurídico em que haveria apenas normas dispersas e desconexas que não satisfazem a qualquer lógica coletiva. A existência de um “agente unificador”<sup>31</sup> é certamente necessária para a existência de uma ordem jurídica, ainda que essa ordem não seja bem organizada. Nesse contexto, a questão primordial é se podemos distinguir no conjunto de normas privadas internacionais sobre o clima um grau mínimo de unidade, de coerência e de organização, e se a relação entre essas normas vai além da mera justaposição.

Nesse ponto devemos admitir que não está claro qual ligação ou lógica coletiva poderia permitir a união das normas privadas internacionais sobre o clima, levando-se em conta a grande diversidade de tais normas. Essa diversidade é primeiramente uma diversidade dos autores dessas normas, pois não identificamos a existência de uma coletividade (como a comunidade de

comerciantes para a *lex mercatoria*<sup>32</sup> ou as associações esportivas para a *lex sportiva*) que represente a origem desse fenômeno jurídico transnacional (ONGs? multinacionais? associações profissionais? parcerias público-privada?). Trata-se na verdade de uma comunidade de atores muito heterogênea, altamente descentralizada e que carece de qualquer estrutura. Essa constatação aplica-se não somente aos autores das normas, mas também aos seus beneficiários na medida em que essas normas destinam-se a reger o comportamento de entidades muito diferentes.

Essa diversidade é, também, uma diversidade dos objetos que essas normas tratam: a certificação dos créditos de carbono, a certificação das obrigações verdes, a contabilidade das emissões de GEE, a divulgação de informações sobre as emissões de GEE, os compromissos voluntários, a venda de direitos de emissão... A gama de atividades reguladas pelas normas privadas internacionais no âmbito das mudanças climáticas é bastante considerável. Isso não é surpreendente, pois a luta contra as mudanças climáticas não é um objeto regulamentado de modo homogêneo. As mudanças climáticas constituem uma questão transversal que pode ser tratada por uma grande variedade de indústrias e, assim, estar sujeito a medidas muito variadas. Nota-se, também, que mesmo no direito público (nacional ou internacional), as normas a respeito das mudanças climáticas se referem mais a um conjunto de regras relacionadas a diversos problemas específicos (diminuição das emissões, adaptação, mercado de carbono, apoio à inovação, regulação setorial...) do que a um conjunto de regras com um único objeto de regulamentação.

Nós nos questionamos mesmo se algumas dessas normas privadas internacionais sobre o clima não deveriam, em última análise, serem tratadas por outras áreas da regulação transnacional. Esse questionamento é relevante, por exemplo, para a recomendação adotada no XIII Congresso Olímpico em 2009, quando o Movimento Olímpico comprometeu-se a desenvolver relações mais estreitas com a Organização das Nações Unidas na luta contra as mudanças climáticas. Trata-se nesse caso de uma norma do âmbito esportivo ou do

29 Charles-Albert Morand, “Le droit saisi par la mondialisation : définitions, enjeux et transformations”, *op. cit.*, nota 11, p. 99.

30 Mireille Delmas-Mary, *Les forces imaginantes du droit – Le relatif et l’universel*, Seuil, Paris, 2004, p. 110.

31 Alain Pellet, “Avant-propos”, in *op. cit.*, Franck Latty, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, nota 3, ix.

32 Michel Virally, “Un tiers droit ? Réflexions théoriques”, *op. cit.*, nota 11, p. 376. De acordo com o autor, “a idéia de uma *lex mercatoria* pressupõe a existência de uma comunidade comercial e industrial suficientemente coerente nos seus comportamentos para dar nascimento a um conjunto de regras com tais participantes” [tradução livre].



âmbito da luta contra as mudanças climáticas? Um questionamento similar pode ser feito a respeito da venda de direitos de emissão. A *lex mercatoria*, diz-se, é constituída pelo “uso universal e sistemático feito pelos operadores do comércio internacional em contratos ou cláusulas contratuais padronizadas”<sup>33</sup> [tradução livre]. No entanto, levando-se em conta que assistimos a uma padronização dos contratos de venda de direitos de emissão, devemos admitir que os usos próprios dessa atividade seriam uma fonte de obrigações para a comunidade dos “comerciantes” dos direitos de emissão?

Diante de tanta diversidade e fragmentação, é verdade que os traços de uma ordem jurídica qualquer parecem difíceis de identificar. Dito isso, nós vemos que algumas dessas normas privadas internacionais sobre o clima mantêm relações que vão além da mera coexistência. Por exemplo, em 2007, o ISO, o *World Resources Institute* e o *World Business Council for Sustainable Development* concluíram um memorando de entendimento para a promoção conjunta da norma ISO 14064-1:2006 e das normas contidas no *Greenhouse Gas Protocol*. Assim, quando se trata de estabelecer inventários de GEE, o *Greenhouse Gas Protocol* recomenda que as empresas utilizem as normas elaboradas pela ISO<sup>34</sup>. Da mesma forma, de acordo com as regras do *Verified Carbon Standard*, as empresas que desejam obter uma certificação devem cumprir a norma ISO 14064-2:2006 (relativa à contabilização das emissões de GEE) e permitir a verificação do seu inventário por uma entidade que respeita às normas ISO 14064-3:2006 e ISO 14065:2007<sup>35</sup>.

Esses exemplos são interessantes na medida em que atestam uma certa interação entre as diversas normas privadas internacionais sobre o clima. Mas uma das principais características de um sistema (jurídico ou não), é a existência de relações específicas entre os diferentes elementos que o compõem<sup>36</sup>. No entanto, por

si só, a constatação dessas interações nos parece insuficiente para admitir a presença de uma ordem jurídica, mesmo em forma embrionária. Se isso não contribui para confirmar a existência de um direito transnacional das mudanças climáticas, resta-nos ainda examinar quais relações essas normas privadas internacionais sobre o clima mantêm com o direito elaborado pelos Estados.

#### 4. A AUTONOMIA DAS NORMAS CLIMÁTICAS INTERNACIONAIS DO DIREITO PRIVADO

Sabemos que “por definição, qualquer sistema jurídico tem um certo grau de autonomia”<sup>37</sup> [tradução livre] em relação a outros sistemas jurídicos. Mas por outro lado, também sabemos que nenhum sistema jurídico é perfeitamente autônomo. O direito internacional e nacional não são isolados um em relação ao outro como também não são isolados entre si os diversos sistemas jurídicos nacionais<sup>38</sup>. Nessas circunstâncias, não se trata, então, de saber se as normas privadas internacionais sobre o clima encontram-se ou não totalmente separadas do direito dos Estados, mas sim de determinar o grau de autonomia em relação a esse tipo de direito. Em outras palavras, trata-se de compreender em qual medida essas normas privadas internacionais sobre o clima podem existir e serem aplicadas sem o apoio dos Estados.

A propósito de certos contratos de venda de direitos de emissão, sobretudo aqueles concluídos entre empresas e governos, é, extremamente, difícil, se não impossível, medir o grau de autonomia. Tais contratos são firmados de comum acordo e permanecem, devido à natureza dos interesses econômicos em jogo, estritamente confidenciais. No entanto, seria interessante saber o que esses contratos preveem a respeito da resolução de litígios (uma arbitragem? recurso aos tribunais nacionais? direito aplicável?). Dito isto, para além desses casos particulares, o que notamos é que as normas privadas internacionais sobre o clima possuem, essencialmente, um grau muito baixo de autonomia e que o espectro dos sistemas jurídicos estatais nunca está muito longe.

simples justaposição” [tradução livre].

37 Franck Latty, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, op. cit., nota 3, p. 415.

38 Michel Virally, “Un tiers droit ? Réflexions théoriques”, op. cit., nota 11, p. 376.

33 Éric Loquin, “Où en est la *lex mercatoria* ?”, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux: à la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2001, p. 23.

34 World Resources Institute, World Business Council for Sustainable Development, *The Greenhouse Gas Protocol. A Corporate Accounting and Reporting Standard*, op. cit., nota 19, p. 51.

35 Verified Carbon Standard, *Guide du programme VCS*, 8 octobre 2013, p. 9 disponível: <[http://www.v-c-s.org/sites/v-c-s.org/files/FR%20VCS%20Program%20Guide%2C%20v3.5\\_1.pdf](http://www.v-c-s.org/sites/v-c-s.org/files/FR%20VCS%20Program%20Guide%2C%20v3.5_1.pdf)> (consultado em 15 de setembro de 2015).

36 François Ost, Michel van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Presses Universitaires de France, Paris, 1998, p. 25. De acordo com os autores, “a noção de sistema parece envolver [...] a existência de relações específicas entre esses elementos, e não a sua



Por exemplo, no caso do *Verified Carbon Standard*<sup>39</sup> e do *Climate Bonds Initiative*<sup>40</sup>, existem muitos procedimentos para reclamações, recursos e revisões para permitir que as empresas contestem as decisões dos organismos de certificação. No entanto, ambos os casos constituem procedimentos não contenciosos e baseados apenas em um controle de oportunidade realizado internamente pelos organismos de certificação. Ou seja, tais decisões não são tomadas por um tribunal independente, tampouco são fundamentadas no direito. Em caso de litígio, a única solução possível parece advir do direito interno. O mesmo é válido para as disputas sobre o processo de certificação ISO, sobre o cumprimento dos compromissos voluntários assumidos pelas empresas como parte de suas atividades, ou ainda sobre a utilização da metodologia proposta pelo *Greenhouse Gas Protocol*. Em todos esses exemplos, não há nenhum mecanismo internacional para resolver os litígios de natureza privada, o que obriga as partes a buscar necessariamente os direitos nacionais para decidir quaisquer litígios. Contudo, em relação a certas normas, como o “Membership Agreement” da *Global Methane Initiative*, não está claro como tais litígios poderiam surgir, uma vez que tudo é voluntário e não há nada obrigatório nem mesmo claramente compulsório.

No entanto, deve-se ressaltar que as questões que envolvem a aplicação de normas privadas internacionais sobre o clima podem às vezes ser alvo de um regulamento por meio da arbitragem internacional. A utilização desse modo de solução de controvérsias é prevista, por exemplo, pelo *Annex AH – Rules for Appeals on Registration, Issuance and Labelling*<sup>41</sup> da *Gold Standard*. Nos termos desse anexo, os litígios entre a *Gold Standard* e seus clientes são resolvidos por meio da arbitragem, de acordo com um procedimento baseado na *Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment*<sup>42</sup>. O mesmo é válido para o *Emission Reduction Purchase Agreement* elaborado pela *International Emission Trading Association*. Em caso de litígio, esse acordo dá às partes

a possibilidade de escolher entre: (i) os tribunais nacionais e o direito nacional de sua escolha; (ii) a legislação inglesa aplicada nos tribunais ingleses; (iii) a arbitragem. No entanto, nesse último caso, as regras estabelecidas no contrato preveem que o diferendo seja resolvido “in accordance with the applicable rules of either (a) The International Chamber of Commerce Arbitration Rules [...] or : (b) The Permanent Court of Arbitration ‘Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment’ [...] or : (c) The ‘United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules’ or : (d) A separate arbitrator as provided for in the Agreement”<sup>43</sup>.

Por meio desses exemplos, vemos que as normas privadas internacionais sobre o clima podem ter certo grau de autonomia em relação ao direito dos Estados, pelo menos no que diz respeito à natureza da resolução de litígios. Claro, pode-se, sempre, argumentar que na maioria dos casos os procedimentos de arbitragem são elaborados pelos próprios Estados e não por entidades privadas (exceto pelas regras da Câmara de Comércio Internacional). É verdade que o anexo AH incorpora regras de origem estatal<sup>44</sup> e que o *Emission Reduction Purchase Agreement* faz referência a tais regras. No entanto, esses exemplos parecem demonstrar uma vontade dos operadores privados de assegurar que as regras que eles elaboram escapem da jurisdição dos tribunais nacionais.

Mas a questão do modo de solução de controvérsias não é tudo. Devemos, também, analisar o direito aplicável à solução de controvérsias. E nesse ponto as questões são mais sutis. O artigo 33.1 do Anexo AH, que incorpora na íntegra o artigo 33.1 das regras de arbitragem opcionais do Tribunal Permanente de Arbitragem aplicáveis aos litígios em matéria de recursos naturais e do meio ambiente, indica que “[i]n resolving the dispute, the arbitral tribunal shall apply the law or rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the national and/or international law and rules of law it determines to be appropriate”<sup>45</sup>. Se as partes têm, portan-

39 *Verified Carbon Standard, Guide du programme VCS, op. cit.*, nota 35, p. 21.

40 *Climate Bonds Initiative, Climate Bonds Standard, op. cit.*, nota 16, p. 6.

41 *The Gold Standard, Annex AH – Rules for Appeals on Registration, Issuance and Labelling*, 25 páginas, disponível: <[http://www.gold-standard.org/wp-content/uploads/2012/06/v2.2\\_ANNEX-AH.pdf](http://www.gold-standard.org/wp-content/uploads/2012/06/v2.2_ANNEX-AH.pdf)> (consultado em 15 de setembro de 2015).

42 *Ibid.*, p. 3.

43 *International Emission Trading Association, Code of CDM Terms*, version 1.0, 2006, p. 28-29, disponível: <<http://www.ietac.org/assets/TradingDocs/ietacodeofcdmtermstv%201%202.pdf>> (consultado em 15 de setembro de 2015).

44 Dane P. Ratliff, “The PCA Optional Rules for Arbitration of Dispute Relating to Natural Resources and/or the Environment”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, n°4, 2001, p. 887.

45 *The Gold Standard, Annex AH – Rules for Appeals on Registration, Issuance and Labelling, op. cit.*, nota 41 p. 18.

to, a opção de recorrer ao direito nacional, a aplicação de um outro tipo de direito não estatal seria também logicamente possível. Em todo caso, é isso o que parece sugerir a segunda parte do artigo, por meio da referência as “rules of law” que seriam, se acreditarmos na formulação do artigo, distintas do direito nacional e internacional. A mesma constatação pode ser formulada no que diz respeito ao direito aplicável ao *Emission Reduction Purchase Agreement* em caso de recurso a um procedimento de arbitragem. De acordo com o artigo 21.1 do regulamento de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, “as partes são livres para escolher as regras de direito que o tribunal arbitral aplicará aos méritos do caso” e “em caso de ausência de escolha pelas partes, o árbitro aplicará as regras de direito que ele considerará adequadas”<sup>46</sup> [tradução livre]. Além disso, o artigo 21.2 estabelece que o tribunal deve também levar em conta “todos os usos relevantes do comércio”<sup>47</sup> [tradução livre].

Nesses dois exemplos, é possível que os litígios relacionados a aplicação de normas privadas internacionais sobre o clima sejam decididos com base em um direito não estatal. Mas qual seria então a natureza desse direito privado? Seria o uso do comércio, em outras palavras, a *lex mercatoria*, ou usos mais específicos e próprios à área do comércio e/ou da certificação de direitos de emissão? A questão é importante porque, no segundo caso, pode-se supor que existe um certo grau de autonomia das normas privadas internacionais sobre o clima em relação ao direito estatal, pois a base jurídica para a resolução dos litígios relacionados a aplicação das normas climáticas se encontra em outras normas privadas internacionais sobre o clima e não no direito estatal. No entanto, para responder a essa pergunta, devemos fazer uma leitura cuidadosa das várias sentenças proferidas pelos tribunais arbitrais. Mas esse exercício é complicado, uma vez que é extremamente difícil obter informações sobre os procedimentos arbitráveis nessas áreas. No entanto, essas reflexões já nos indicam que a questão da autonomia das normas privadas internacionais sobre o clima em relação ao direito estatal não pode certamente ser objeto de uma resposta única, pois diferentes graus de autonomia podem ser distinguidos. Contudo, em geral, temos de admitir que a dose de autonomia que as normas privadas internacionais sobre o

clima possuem em relação ao direito estatal parece indicar a rejeição da tese da existência de um direito transnacional das mudanças climáticas.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo procurou-se investigar a existência de um direito transnacional das mudanças climáticas que evoluiria à margem da direito nacional e internacional das mudanças climáticas. Ao final desta pesquisa, vários elementos nos levam a responder a essa questão de forma negativa. É inegável que as entidades privadas encontram-se na origem de uma atividade normativa internacional em matéria de luta contra as mudanças climáticas e que isso constitui um verdadeiro fenômeno jurídico transnacional. Trata-se de uma atividade considerável e que se manifesta de diversas formas, por meio da autorregulação (compromissos voluntários, responsabilidade social corporativa, certificação, normas técnicas) e do recurso à técnica contratual (direitos comerciais de emissão) e que dá origem a um conjunto heterogêneo de normas que abordam vários aspectos da questão climática e que representam diferentes níveis de restrições sobre os seus destinatários. No entanto, parece-nos duvidoso, pelo menos nesse momento, considerar que esse fenômeno dá origem a um direito transnacional das mudanças climáticas. Logicamente, esta pesquisa não pretende ser exaustiva e para chegar a essa conclusão ela se baseou em um breve estudo de alguns exemplos de normas privadas internacionais sobre o clima. Mas se a coerência e autonomia necessárias para a existência de uma ordem jurídica não são observadas nos exemplos discutidos nesse estudo, isso já não seria suficiente para refutar a existência de um direito transnacional das mudanças climáticas?

No entanto, essa questão não é tão simples, porque, por meio deste estudo, é possível identificar certas ilhotas normativas cujo grau de organização e de autonomia parece mais elevado. Esse é o caso, sobretudo, de certas normas relativas ao comércio e à certificação dos direitos de emissão. Será que isso significa, então, que devemos no futuro nos questionar não sobre a existência de um direito transnacional das mudanças climáticas, no qual é difícil conceber um “agente unificador”<sup>48</sup>, mas sim sobre a existência de um mosaico de « micro trans-

46 Chambre de commerce internationale, *Règlement d'arbitrage*, 2013, disponível: <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages>> (consultado em 15 de setembro de 2015).

47 *Ibid.*

48 Alain Pellet, “Avant-propos”, *op. cit.*, nota 31, ix.

national legal orders »<sup>49</sup> na área do clima? De qualquer forma, unidas ou fragmentadas, as soluções privadas para a crise climática nunca poderão substituir totalmente a ação pública coletiva, pois a resolução da crise climática é antes de mais nada uma questão de interesse geral. No entanto, confiar a gestão do interesse geral apenas às entidades privadas representa obviamente um risco. Especialmente pelo fato que ao final deste estudo percebe-se que as ações privadas não se destacam por um nível de obrigação e de ambição particularmente elevados. Ao mesmo tempo, na ausência de uma ação pública coletiva suficientemente ambiciosa e eficaz, a contribuição das normas privadas internacionais sobre o clima parece, mais do que nunca, necessária para substituir um direito estatal cuja credibilidade frequentemente deixa a desejar. Finalmente, no estado atual das circunstâncias, talvez o melhor seria que os próprios Estados incentivassem as entidades privadas para que elas desenvolvam um verdadeiro direito transnacional das mudanças climáticas<sup>50</sup>...

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Air France-KLM, *Le Plan Climat Air France-KLM*, disponível: <<http://corporate.airfrance.com/fr/developpement-durable/environnement-et-climat/lutter-contre-le-changement-climatique/le-plan-climat-air-france-klm>>.
- Baron, R., “Approches sectorielles et lutte contre le changement climatique”, in Tirole, J., dir., *Politique climatique : une nouvelle architecture internationale*, La Documentation française, Paris, 2009.
- Bodansky, D., “Climate Change: Transnational Legal Order or Disorder?”, in Terence C. Halliday, T. C., Shaffer, G., dir., *Transnational Legal Orders*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- Chambre de commerce internationale, *Règlement d'arbitrage*, 2013, disponível: <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages>>.
- Climate Bonds Initiative, *Climate Bonds Standard*, maio 2015, disponível : <[http://www.climatebonds.net/files/files/CB%20Standard%20V1\\_0\(3\).pdf](http://www.climatebonds.net/files/files/CB%20Standard%20V1_0(3).pdf)>.
- Cornu, G., dir., *Vocabulaire juridique*, 8<sup>e</sup> éd., Presses Universitaires de France, Paris, 2008.
- Daillier, P., Forteau, M., Pellet, A., *Droit international public*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, Paris, 2009.
- De Béchillon, B., « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », in Berthoud, A., Serverin, E., dir., *La production des normes entre État et société civile. Les figures de l'institution et de la norme entre États et sociétés civiles*, L'Harmattan, Paris, 2000.
- Delmas-Marty, M., *Les forces imaginantes du droit – Le relatif et l'universel*, Seuil, Paris, 2004.
- Goldman, B., “La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives”, *Journal du droit international*, 1979.
- Global Methane Initiative, *Global Methane Initiative (GMI) Project Network Membership Agreement*, disponível: <<https://www.globalmethane.org/documents/ppnma.pdf>>.
- Hamann, A., Ruiz Fabri, H., “Transnational Networks and Constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, 2008.
- Hamrick, K., *Ahead of the Curve. State of the Voluntary Carbon Markets 2015*, Ecosystem Marketplace, junho 2015, disponível : <[http://forest-trends.org/releases/uploads/SOVCM\\_2015\\_FullReport.pdf](http://forest-trends.org/releases/uploads/SOVCM_2015_FullReport.pdf)>.
- International Emission Trading Association, *Voluntary Markets for IETA*, disponível : <[http://www.ieta.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=414:voluntary-markets-for-ieta1&catid=54:3-minute-briefing](http://www.ieta.org/index.php?option=com_content&view=article&id=414:voluntary-markets-for-ieta1&catid=54:3-minute-briefing)>
- International Emission Trading Association, *Code of CDM Terms*, version 1.0, 2006, disponível: <<http://www.ieta.org/assets/TradingDocs/ietacode-ofcdmtermstv%201%202.pdf>>.
- International Emission Trading Association, *Emission Reductions Purchase Agreement*, disponível: <<http://www.ieta.org/trading-documents>>.

49 Daniel Bodansky, “Climate Change: Transnational Legal Order or Disorder?”, *op. cit.*, nota 5, p. 291.

50 Ressalta-se que essa questão já foi invocada nas negociações climáticas multilaterais, em que alguns membros têm procurado desenvolver, sem sucesso, no entanto, acordos setoriais para levar diferentes tipos de indústrias a reduzir suas emissões de GEE. Sobre esse assunto, consultar: Richard Baron, “Approches sectorielles et lutte contre le changement climatique”, in Jean Tirole, dir., *Politique climatique : une nouvelle architecture internationale*, La Documentation française, Paris, 2009, pp. 271-284.

- Jessup, P. C., *Transnational Law*, Yale University Press, New Haven, 1956.
- Keohane, R. O., Nye, J. S., “Transgovernmental Relations and International Organizations”, *World Politics*, vol. 27, n°1, 1974.
- Lalive, J.-F., “Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. 181, tome III, 1983.
- Latty, F., *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff, Boston, 2007.
- Latty, F., “La diversité des sources du droit de l’Internet”, in *Internet et le droit international*, Pedone, Paris, 2013.
- Loquin, E., “Où en est la *lex mercatoria* ?”, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Mélanges en l’honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2001.
- Maljean-Dubois, S., Wemaëre, M., *La diplomatie climatique. Les enjeux d’un régime international du climat*, Pedone, Paris, 2010.
- Mazuyer, E., Michallet, I., “La responsabilité sociale des entreprises et la lutte contre les changements climatiques”, in Maljean-Dubois, S., Roger, A., dir., *L’implication des entreprises dans les politiques climatiques. Entre corégulation et autorégulation*, La Documentation française, Paris, 2011.
- Norme ISO 14404-1:2013, *Méthode de calcul de l’intensité de l’émission de dioxyde de carbone de la production de la fonte et de l’acier*.
- Ost, F., Van de Kerchove, M., *Le système juridique entre ordre et désordre*, Presses Universitaires de France, Paris, 1988.
- Pattberg, P., Stripple, J., “Beyond the Public and Private Divide: Remapping Transnational Climate Governance in the 21<sup>st</sup> Century”, *International Environmental Agreements*, vol. 8, 2008.
- Ratliff, D. P., “The PCA Optional Rules for Arbitration of Dispute Relating to Natural Resources and/or the Environment”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, n°4, 2001.
- Rosen, L. H., Bossi, A., “Due Process Rights in the Carbon Markets”, *Sustainable Development Law & Policy*, vol. 11, n°2, 2011.
- Ruiz Fabri, H., “Immatériel, territorialité et État”, *Archives de Philosophie du droit*, vol. 43, 1999.
- The Gold Standard, *Annex AH – Rules for Appeals on Registration, Issuance and Labelling*, 25 páginas, disponível: <[http://www.goldstandard.org/wp-content/uploads/2012/06/v2.2\\_AN NEX-AH.pdf](http://www.goldstandard.org/wp-content/uploads/2012/06/v2.2_AN NEX-AH.pdf)>.
- Total, *Charte sécurité santé environnement qualité*, dezembro de 2014, disponível: <[http://www.total.com/sites/default/files/atoms/files/charte-securite-environnement-qualite\\_vf.pdf](http://www.total.com/sites/default/files/atoms/files/charte-securite-environnement-qualite_vf.pdf)>.
- Trudel, P., “La *lex electronica*”, in Morand, C.-A., dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Éditions de l’Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001.
- Verified Carbon Standard, *Guide du programme VCS*, 8 outubro 2013, disponível : <[http://www.v-c-s.org/sites/v-c-s.org/files/FR%20VCS%20Program%20Guide%2C%20v3.5\\_1.pdf](http://www.v-c-s.org/sites/v-c-s.org/files/FR%20VCS%20Program%20Guide%2C%20v3.5_1.pdf)>.
- Virally, M., “Un tiers droit ? Réflexions théoriques”, in *Le droit des relations économiques. Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982.
- Wilder, M., Willis, M., Guli, M., “Carbon Contracts, Structuring Transactions: Practical Experiences”, in Freestone, D., Streck, C., dir., *Legal Aspects of Implementing the Kyoto Protocol Mechanisms: Making Kyoto Work*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- World Resources Institute, World Business Council on Sustainable Development, *The Greenhouse Gas Protocol. A Corporate Accounting and Reporting Standard. Revised Edition*, 112 páginas, disponível : <<http://www.ghgprotocol.org/files/ghgp/public/ghg-protocol-revised.pdf>>.
- World Steel Association, *CO2 emissions data collection. User Guide, Version 6*, 21 páginas, disponível : <<https://www.worldsteel.org/steel-by-topic/climate-change/data-collection.html>>.
- XIII<sup>e</sup> Congrès olympique, “Le mouvement olympique dans la société”, Copenhague, 2009, recommandation n°. 36, disponível: <[http://www.olympic.org/Documents/Congress\\_2009/Recommandations%20-%20fre.pdf](http://www.olympic.org/Documents/Congress_2009/Recommandations%20-%20fre.pdf)>.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Especies en movimiento: la  
Convención sobre el Comercio  
Internacional de Especies  
Amenazadas de Fauna y Flora  
Silvestres como espacio de  
“encuentro” de discursos,  
actores y estrategias en el  
derecho ambiental trasnacional**

**Species in motion: the  
Convention on International  
Trade in Endangered Species of  
Wild Fauna and Flora as a space  
for articulating discourses,  
actors and strategies in  
transnational environmental  
law.**

María Valeria Berros

Dabel Leandro Franco

# **Especies en movimiento: la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres como espacio de “encuentro” de discursos, actores y estrategias en el derecho ambiental trasnacional\***

## **Species in motion: the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora as a space for articulating discourses, actors and strategies in transnational environmental law.**

María Valeria Berros\*\*

Dabel Leandro Franco\*\*\*

### **RESUMEN**

En este artículo se propone mostrar la tendencia a la articulación del discurso jurídico con otros discursos provenientes, a su vez, de diferentes organismos e instituciones, que dejan huellas visibles en la configuración de normas jurídicas referidas a alguno de los aspectos que integran la cuestión ecológica. Desde esta perspectiva, este trabajo posee como punto de partida un análisis de caso: la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, la que, desde una estrategia de regulación del comercio, se intenta consolidar como un sistema de protección de la flora y de la fauna basado en la idea de que el comercio de vida silvestre sería controlado por listas de especies amenazadas preparadas y actualizadas continuamente. Junto con ese movimiento de actualización continuo se tornan visibles las articulaciones de actores, instituciones y discursos heterogéneos, entre los cuales asume un rol preponderante el discurso científico-técnico pero, también, aparecen con carácter relevante los discursos de organismos gubernamentales y no gubernamentales siempre que su capacidad técnica así lo amerite.

**Palabras clave:** Derecho Internacional Ambiental – CITES – Derecho Ambiental – Discursos expertos

### **ABSTRACT**

This contribution aims at present the articulation among the juridical discourse and other ones, from different organizations and institutions, in the regulations about different aspects of the ecological issues. From this perspective, this article develops a case study: the Convention on Interna-

\* Recibido em 13/11/2016  
Aprovado em 17/12/2016

\*\* Doctora en Derecho UNL, Profesora UNL, Investigadora CONICET, Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL, Argentina. E-mail: valeria.berros@outlook.com

\*\*\* Becario de Iniciación a la Investigación, Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL, Argentina. E-mail: dabel.leandro@gmail.com



tional Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora. This Convention organises the international trade of species as a way to protect flora and fauna based on the idea that the trade of species could be controlled by lists of endangered species, constantly actualized. In this process it is visible to identify the articulations between different actors, institutions, discourses, between which the scientific and technique ones appears with a central role. In parallel the discourses of governmental and non-governmental organizations with a technical capacity also have a relevant role.

**Key Words:** International Environmental Law – CITES – Environmental Law – Experts Discourses.

## 1. INTRODUCCIÓN.

¿Cuáles son los criterios a través de los que se determina que una especie se encuentra extinta, amenazada, vulnerable? Estos tres conceptos, entre otros, aluden a categorías que suelen permear las diversas regulaciones en materia de protección de especies. Regulaciones que, a su vez, dialogan entre diferentes espacios de producción normativa y una heterogeneidad de actores, discursos y estrategias que “se encuentran” y traducen en términos regulatorios.

Este artículo se propone focalizar en el último tema mencionado y mostrar la tendencia a la articulación del discurso jurídico con otros discursos provenientes de distintos organismos e instituciones que dejan huellas visibles en la configuración de normas referidas a algunos de los aspectos que integran la cuestión ecológica, en este caso, la protección de especies amenazadas. Allí se tornan observables insumos provenientes de discursos expertos pertenecientes al sistema científico u organizaciones no gubernamentales de naturaleza internacional, que se relacionan con el derecho y permean su contenido y puesta en funcionamiento. Ello, a su vez, genera que en los ámbitos nacionales, locales, regionales, se tomen en consideración estos criterios clasificatorios para la toma de decisiones sobre la protección de especies de flora o fauna mediante políticas de diferente tipo que pueden conducir a la implementación de pautas de comercialización como a la disposición de áreas protegidas o especies específicamente tuteladas, entre la diversidad de estrategias contemporáneas relativas a esta problemática.

Estas articulaciones entre diversos discursos y actores permiten ilustrar un proceso que ha adquirido renovada centralidad en el campo jurídico en los últimos años de cara a los problemas que trascienden las fronteras nacionales, lo que es claramente observable respecto de la cuestión ecológica. En este contexto, la pérdida de biodiversidad constituye uno de los grandes problemas a nivel mundial junto, verbigracia, con el cambio climático.<sup>1</sup>

La Evaluación de Ecosistemas del Milenio en 2005 alertó sobre el grave y declinante estado de la biodiversidad.<sup>2</sup> En similar sentido, la Perspectiva Mundial sobre Diversidad Biológica publicada en 2010 puntualiza que no se ha alcanzado la meta de reducción de pérdida de biodiversidad que se había comprometido en 2002 y, asimismo, afirma que ocho años más tarde se ha profundizado la situación de retroceso en numerosos casos.<sup>3</sup> En este escenario de gravedad y urgencia, se construye el Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020 y las metas de Aichi fijadas en la COP 10 de Nagoya en 2010, con lo que se busca alcanzar nuevos objetivos de protección en un horizonte temporal de corto-mediano plazo.<sup>4</sup>

Esta situación por la que atraviesan las especies, cabe señalar, ha sido objeto de múltiples regulaciones y planes además de los mencionados, incluso, varias décadas antes del fin de milenio. La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (en adelante CITES) de 1973 es una muestra de esta preocupación traducida al derecho internacional que, en paralelo, permea las regulaciones de otros espacios normativos. En esta convención, y desde una estrategia de regulación del comercio,<sup>5</sup> se in-

1 No es casual que en 1992, año de realización de la Cumbre de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo que colocó el problema ambiental en un primer plano, se hubiere adoptado tanto el texto de la Convención sobre Diversidad Biológica como el de la Convención Marco sobre el Cambio Climático.

2 Consultar: <http://www.unep.org/maweb/es/index.aspx>

3 Informe *Perspectiva Mundial sobre la Biodiversidad 3*, Secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica. 2010. Disponible en: <http://www.cbd.int/doc/publications/gbo/gbo3-final-es.pdf> Cabe destacar que el año 2010 había sido calificado como “Año Internacional de la Diversidad Biológica”.

4 Las denominadas *Metas de Aichi* identifican cinco objetivos estratégicos y sus respectivas metas para el año 2020. Disponible en: <http://www.cbd.int/sp/targets/>

5 Sobre esta categoría se encuentra en desarrollo un proyecto de iniciación a la investigación en el marco del Proyecto de Investigación: “Codex humano: normas, tecnologías y programas para el gobierno de lo vivo” en la Universidad Nacional del Litoral lo que se traduce en recientes producciones: FRANCO, Dábel Leandro.

tenta consolidar un determinado sistema de protección de la flora y de la fauna. Sistema que, también, conduce a que “el movimiento” entre los diferentes apéndices de la norma derive en un determinado tratamiento de una especie en la medida en que a través de ellos transita.<sup>6</sup>

La CITES se basa en la idea de que el comercio de vida silvestre sería controlado por listas de especies amenazadas preparadas y actualizadas de manera periódica y a las que corresponde una específica reglamentación. De este modo, la ubicación de las especies en cada uno de sus diferentes apéndices implica un régimen regulatorio específico. Este movimiento de actualización continuo que conduce, a su vez, a un tránsito de las especies entre los diferentes apéndices que estructuran la convención referida, permite construir una serie de interrogantes para desmontar las articulaciones de actores, instituciones y discursos heterogéneos que dan contenido a normativas de este tipo.

## 2. OBSERVAR EL CAMPO JURÍDICO DESDE EL ENTRELAZAMIENTO DE DISCURSOS, ESTRATEGIAS Y ACTORES: UNA PERSPECTIVA POSIBLE.

Existen diferentes maneras de analizar cómo se construye el derecho. Una de entre las posibles, desde una perspectiva socio-jurídica de análisis, consiste en desmontar la articulación de discursos provenientes de distintos ámbitos institucionales, expertos, etcétera, que, finalmente, son los que definen el contenido de las regulaciones. En numerosos supuestos, además, son recomendaciones o bien iniciativas de instituciones no estatales internacionales las que poseen un rol medular en la construcción normativa que, a posteriori, también termina por inspirar otras escalas regulatorias.<sup>7</sup>

En este último sentido, y dentro de la perspectiva que enfoca en la globalización del derecho, es posible identificar la circulación de categorías, conceptos, ma-

neras de normar una situación que se replican y transitan entre los diversos espacios regulatorios. Un aporte para pensar la circulación entre los diferentes espacios de producción normativa propone tres escalas - el derecho local, nacional y mundial - en una suerte de “cartografía simbólica del derecho”.<sup>8</sup> La diferenciación de tales escalas viabiliza el seguimiento del tránsito de categorías y conceptos a su interior. En otros términos y en relación al tema que nos ocupa: permite observar como la extinción, amenaza, vulnerabilidad, entre otras conceptualizaciones, a la vez que circundan el ámbito internacional, también fundamentan y son argumento de normas nacionales y locales que, verbigracia, en virtud del estado de extinción de una especie deciden implementar una determinada política de conservación que, luego, podría modificarse en razón de pasar la especie a ser calificada como amenazada o vulnerable.

Ambas miradas o perspectivas para el análisis socio-legal confluyen en este trabajo al momento de indagar en la CITES. Cabe destacar, más en general, que en el ámbito de los problemas ecológicos este tipo de circulación y articulaciones discursivas se torna visible en la medida en que, en numerosos casos, son anexos y apéndices técnicos - realizados o propuestos, en muchos casos, por heterogéneos actores - los que terminan por dar contenido a la regulación.

Observaciones de este tipo se han realizado en relación a las evaluaciones de impacto ambiental, el establecimiento de estándares de emisión, entre otros, que han conducido a afirmar la existencia de una deriva cientificista del derecho que, como una de sus manifestaciones, alude a la remisión por parte del derecho a las determinaciones de la ciencia.<sup>9</sup> Por otra parte, una aproximación a este texto internacional permite también indagar cómo el contenido de esta norma jurídica y sus racionalidades subyacentes se trasladan del ámbito global hacia el nacional y local.

Desde esta mirada podría observarse la CITES que, en la medida en que se estructura a partir de una serie

La cuestión animal: entre la regulación del comercio y la desmercantilización de lo vivo en: *Revista Catalana de Dret Ambiental*, VII(1), 2016, 1–29.

6 Un estudio de caso en relación a este tema desde el campo de los estudios sociales de la ciencia en: THOMPSON, Charis. *Coproducing CITES and the African elephant* en: Jasanoff, Sheila, *States of knowledge. The co-production of science and social order*. London: Routledge, 2004.

7 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A globalização e as ciências sociais*. Sao Paulo: Cortéz, 2002.

8 “El derecho local es una legalidad a gran escala; el derecho nacional - estatal es una legalidad de escala media; y el derecho mundial es una legalidad de pequeña escala”, SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003. p. 234.

9 La otra vía que permite aludir a una deriva cientificista del derecho es la conquista por parte de la ciencia de espacios propios del derecho tradicionalmente bajo su dominio. Véase: PARDO, José Esteve. *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Madrid: Marcial Pons, 2009. Pág. 125.



de Apéndices en los cuales se colocan y clasifican las diferentes especies de fauna y flora - asignándosele así un determinado tipo de regulación - permite indagar en el modo mediante el cual se configura y re-configura el funcionamiento de esta convención internacional y, de manera concomitante, como se modifican las condiciones de protección de especies conforme su movimiento entre los diferentes Apéndices.

Así, esta norma forma parte del conjunto de regulaciones ambientales que pueden ser leídas en esta clave en la que confluyen el discurso científico y otros discursos en la tarea de diseño de los marcos institucionales y las regulaciones procedimentales tendientes a normar el comercio con fines protectorios. Una presentación focalizada en el funcionamiento de CITES pero que permite la apertura de interrogantes y reflexiones más generales sigue a continuación.

### **3. ESTRATEGIAS DE ARTICULACIÓN ENTRE DISCURSOS Y ACTORES EN LA ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LA CITES.**

La CITES surge de la Conferencia de Plenipotenciarios para concluir una Convención Internacional sobre el Comercio de Ciertas Especies de Fauna y Flora Silvestre organizada por los Estados Unidos y realizada en el Pentágono, Washington, entre el 12 de febrero y el 2 de marzo de 1973. La misma contó con la presencia de representantes de 80 países en calidad de participantes, así como representantes de 8 países y 6 organizaciones internacionales en calidad de observadores. Finalizado el encuentro, el 3 de marzo de ese mismo año, se acordó la CITES con la firma de 21 de los 80 países que participaron, y entró en vigor el 1<sup>er</sup> de julio de 1975 tras la ratificación de diez Estados.

En el texto de la convención se estableció la Conferencia de las Partes como órgano de adopción de decisiones, a la cual se le atribuyen las facultades de formulación de recomendaciones y de enmienda de los Apéndices. Por su parte, se nombró a Suiza como Gobierno Depositario y se constituyó una Secretaría administrada por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) encargada de organizar las reuniones, realizar estudios y preparar informes, entre otras atribuciones.

Conforme la “Visión Estratégica de la CITES: 2008-2020”, su misión consiste en:

Conservar la diversidad biológica y contribuir a su utilización sostenible, velando por que ninguna especie de fauna o flora silvestres se someta o se siga sometiendo a una explotación insostenible debido al comercio internacional, contribuyendo así a una reducción considerable del índice de pérdida de biodiversidad y aportando una contribución significativa para lograr las Metas de Aichi para la Diversidad Biológica relevantes.<sup>10</sup>

Como se ha adelantado, la convención adoptó una estrategia de protección mediante la regulación del comercio, para lo cual se elaboraron listas de especies amenazadas, preparadas y actualizadas por expertos, que tomaron como antecedente la Lista Roja de Especies Amenazadas publicada por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (en adelante UICN) desde el año 1963.<sup>11</sup>

En consecuencia, las especies de fauna y flora fueron distribuidas en tres apéndices con diferentes niveles de protección, los cuales se encuentran caracterizados en el Artículo II de la convención:

(i) el Apéndice I incluye todas las especies en peligro de extinción que pueden ser afectadas por el comercio, el cual se encuentra prohibido salvo determinadas autorizaciones otorgadas en circunstancias excepcionales;

(ii) el Apéndice II incluye a las especies que no se encuentran necesariamente en peligro de extinción en la actualidad pero que podrían llegar a estarlo a menos que no se reglamente de forma estricta su comercio y, además, aquellas otras especies que, si bien no se encuentran afectadas por el comercio, deben reglamentarse con el objetivo de permitir un control más eficaz de las primeras;

(iii) el Apéndice III incluye a las especies que las Partes deseen proteger dentro de su jurisdicción y para lo cual necesitan de la cooperación de otros Estados.

A su vez, el comercio de las especies incluidas en cada Apéndice fue regulado en relación a: exportación, importación, reexportación e introducción proveniente del mar.

<sup>10</sup> CITES. Resolución Conf. 16.3, 2013.

<sup>11</sup> KAKABADSE, Yolanda. “Carta Magna para la vida silvestre” en: *El comercio de especies. La CITES en el nuevo milenio*, Conservación Mundial, Boletín de la UICN, 33(3), 2002.

Del texto de la convención surgen dos articulaciones. En primer lugar, entre el discurso jurídico y el discurso experto científico-técnico. En segundo lugar, entre el ámbito regulatorio y el discurso experto proveniente de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección de especies o, más ampliamente, a la conservación de la naturaleza, lo que se puede incluso relacionar con el momento inicial de la CITES en el que tuvieron un anclaje importante las listas de especies amenazadas confeccionadas por UICN.

Con respecto a la primera articulación, la reglamentación del comercio que propone la CITES se sustenta en una serie de “permisos y certificados”, los cuales deben ser concedidos en cumplimiento de un conjunto de requisitos que involucran la intervención de autoridades tanto “administrativas” como “científicas”.<sup>12</sup>

Estas autoridades se encuentran reguladas en el Artículo IX de la CITES y son designadas por las partes. Las Autoridades Administrativas tienen a su cargo “conceder permisos o certificados” en nombre de la Parte que la designó, ocupando un rol fundamental en la regulación del comercio propuesta por la convención. Por su parte, el rol de las Autoridades Científicas depende del grado de protección asignado a cada especie.

Para los especímenes del Apéndice I se requiere la constatación, por parte de la Autoridad Científica del Estado de introducción, de que la exportación, importación o introducción procedente del mar “no perjudicará la supervivencia de la especie”.<sup>13</sup>

En la reglamentación del comercio de especímenes de especies incluidas en el Apéndice II encontramos este mismo requisito en relación a los permisos de exportación y a los certificados para introducción procedente del mar, con un postulado llamativo. Luego de someter los permisos de exportación al control de una Autoridad Científica de cada parte se establece que:

Quando una Autoridad Científica determine que la exportación de especímenes de cualquiera de esas especies debe limitarse a fin de conservarla, a través de su hábitat,

en un nivel consistente con su papel en los ecosistemas donde se halla y en un nivel suficientemente superior a aquel en el cual esa especie sería susceptible de inclusión en el Apéndice I, la Autoridad Científica comunicará a la Autoridad Administrativa competente las medidas apropiadas a tomarse, a fin de limitar la concesión de permisos de exportación para especímenes de dicha especie.<sup>14</sup>

Sobre este apartado, se ha afirmado que, si bien la Autoridad Científica debe informarse respecto de los efectos del comercio de las especies de su país, muchos países exportadores carecen de “datos científicos” suficientes para determinar el estado de sus poblaciones así como los efectos que la comercialización produce sobre las mismas, lo que permite convalidar el carácter técnico de la fundamentación de la decisión de proteger.<sup>15</sup>

Respecto del comercio de especímenes de especies incluidas en el Apéndice III, las Autoridades Científicas no se encuentran contempladas en la regulación, sometiéndose el mismo al control de las Autoridades Administrativas. Cabe tener en cuenta que, a su vez y conforme lo establece el Artículo II, el Apéndice III incluye aquellas especies que se encuentran reglamentadas dentro de la jurisdicción de cualquiera de las Partes y estas precisen de la colaboración de otras Partes en el control de su comercialización. Este apartado se diferencia de los Apéndices I y II que refieren al concepto de “peligro de extinción” - especies efectivamente en peligro de extinción, en el Apéndice I, y especies potencialmente en peligros de extinción en el Apéndice II -, el cual remite a su vez al discurso científico-técnico.

De esta manera, podemos constatar dos discursos que “fundamentan” la protección de especies: el discurso científico-técnico, que adquiere relevancia en relación a los Apéndices I y II, y el discurso de la Autoridad Administrativa, que justifica la protección de las especies del Apéndice III. A su vez, de la mayor participación de las Autoridades Científicas en la reglamentación del comercio de especies incluidas en el Apéndice I respecto del comercio de especies del Apéndice II, surge que el discurso científico-técnico adquiere mayor relevancia cuanto mayor sea la amenaza de extinción.

En el esquema de la CITES, el discurso científico-técnico también se visibiliza en las funciones de la Secretaría, entre las que se identifica “realizar estudios

12 La distinción entre la “ladera científica” y la “ladera política” en los procesos de toma de decisiones por parte del Estado para la gestión de riesgos de la jurista francesa, Christine Noiville, se convierte aquí en un insumo interesante para pensar esta doble intervención científico y administrativa que propone CITES. NOIVILLE, Christine, *Du bon gouvernement des risques. Le droit et la question du « risque acceptable »*. Paris : Presses Universitaires de France, 2003.

13 CITES, Artículo III.

14 CITES, Artículo IV.

15 Wijnstekers, Willem. *La evolución de la CITES*. Secretaría de la CITES, 2003.

científicos y técnicos (...) incluyendo estudios relacionados con normas para la adecuada preparación y embarque de especímenes vivos y los medios para su identificación” y “formular recomendaciones (...) incluyendo el intercambio de información de naturaleza científica o técnica”.<sup>16</sup> Estos postulados se caracterizan por presentar afirmaciones normativas como afirmaciones científicas y afirmaciones científicas como normativas<sup>17</sup>, las cuales se corresponden, a su vez, con actores estatales, sociales y científicos.

Asimismo, en los apartados referidos a los procesos de enmienda de los Apéndices se encuentran postulados que denotan el carácter técnico-científico que debe fundamentar la movilidad de especies entre los mismos. Por ej., en relación a las propuestas de enmienda a los Apéndices I y II referidas a especies marinas, se obliga a la Secretaría a consultar “con las entidades intergubernamentales que tuvieren una función en relación con dichas especies, especialmente con el fin de obtener cualquier información científica que éstas puedan suministrar”.<sup>18</sup> Por su parte, se establece que las Partes pueden “trasmitir a la Secretaría sus comentarios sobre la enmienda propuesta, junto con todos los datos científicos e información pertinentes”.<sup>19</sup>

Sin embargo, los postulados referidos al proceso de aprobación de las enmiendas presentan un carácter más político. En los Apéndices I y II encontramos dos supuestos:

(i) si las propuestas de enmienda fueron presentadas en reuniones de la Conferencia de Partes, serán adoptadas por una “mayoría de dos tercios de las Partes presentes y votantes”;

(ii) si fueron presentadas entre reuniones de la Conferencia de Partes, hay dos posibilidades: si no recibe objeción, entrará en vigor de manera automática y, si recibe objeción, la enmienda propuesta será puesta a votación por correspondencia.

Por último, cabe señalar que en el proceso de enmienda del Apéndice III predomina el carácter político y la decisión toma una raigambre más discrecional. En tal sentido, se estima que “[c]ualquier parte podrá, en cualquier momento, enviar a la Secretaría una lista de especies que manifieste se hallan sometidas a regla-

mentación dentro de su jurisdicción”,<sup>20</sup> las cuales serán incluidas en el Apéndice III. No se requiere aceptación de las Partes, sino sólo de la notificación, conservando las Partes el derecho a hacer reservas respecto de la especie en cuestión. Luego se agrega que la Parte “que envíe una lista de especies para inclusión en el Apéndice III, podrá retirar cualquier especie de dicha lista en cualquier momento, mediante notificación a la Secretaría, la cual comunicará dicho retiro a todas las Partes”.<sup>21</sup>

En este caso la ciencia no actúa como condicionante de la política, sino que le otorga un amplio margen de acción ya que, al no entrar en juego conceptos que remiten necesariamente al conocimiento científico - por ej., “especies amenazadas” -, el proceso de enmienda se reduce a una mera decisión institucional. Como correlato de esto, la Conferencia de Partes ha rechazado la incorporación de especies que no estaban amenazadas por el comercio internacional<sup>22</sup> y ha intentado brindarle un carácter más “científico” a la incorporación de estas en el Apéndice III mediante la Resolución Conf. 8.23, en la cual se recomienda que “las Partes soliciten asesoramiento al Comité de Fauna o al Comité de Flora sobre los datos biológicos y de índole comercial sobre esa especie” y que “las Partes que hayan incluido especies en el Apéndice III examinen detenidamente la situación de esas especies y la conveniencia de mantenerlas en él”.

Una segunda cuestión a destacar es la interrelación que se plantea en CITES con las organizaciones no gubernamentales así como, también, con organismos de naturaleza gubernamental, la cual se encuentra supeditada a su capacidad técnica. De esta manera, se asocia aquí la relevancia de este tipo de discurso experto que, aún no procedente del ámbito científico institucionalizado, se relaciona con el mismo de diferente modo - ya sea a través de la formación de comisiones de expertos de diversos países, publicación de informes, reuniones y conferencias internacionales, etc. - y termina por traducirse en insumos propios de la organización.

En la “estructura” de la CITES, es decir, el articulado correspondiente a los órganos de la convención - Conferencia de las Partes y Secretaría - se le otorgan ciertas atribuciones - por ejemplo, de participar sin voto en la Conferencia de las Partes - a organismos o entidades gubernamentales o no gubernamentales, sean

16 CITES, Artículo XII.

17 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003. Pág. 57.

18 CITES, Artículo XV, inc. 2., a).

19 CITES, Artículo XV, inc. 2., d).

20 CITES, Artículo XVI, 1.

21 CITES, Artículo XVI, 3.

22 Wijnstekerssz, Op. Cit.

nacionales o internacionales, siempre y cuando posean “competencia técnica en la protección, conservación y administración de la fauna y flora silvestre”.<sup>23</sup>

Del análisis de los párrafos precedentes, se puede observar en este sistema normativo para la protección de especies de flora y fauna una suerte de disociación entre la fundamentación, de carácter científico, y la decisión, de carácter político, a la vez que se verifican ciertos matices y desplazamientos en las diversas hipótesis sobre las que se desarrolla esta regulación. Regulación que, a su vez, ha inspirado normas de otras escalas normativas, ya sea regionales, nacionales o aún locales en las que las categorías y conceptos aquí establecidos cumplen un rol cardinal para la confección de políticas y normas relativas a este aspecto del problema ecológico.

#### 4. REFLEXIONES FINALES.

El análisis de esta convención en particular se configura como una estrategia que conduce a introducir y desmontar un tema más general que se desarrolla al interior del campo jurídico y está dado por el entrelazamiento entre discursos y la circulación de conceptos, a partir de lo cual es observable cómo categorías y decisiones regulatorias transitan entre el espacio global y las demás escalas regulatorias.

Lo expuesto se torna aún más visible en el caso de la cuestión ecológica que, a la vez que se plantea como una problemática que claramente excede las fronteras nacionales, se asume como un tema que requiere de una fuerte presencia del discurso experto. En tal sentido, el discurso científico-técnico asume un rol central pero, también, aparecen con carácter relevante los discursos de organismos gubernamentales y no gubernamentales siempre que su capacidad técnica así lo amerite. Ambos planos permiten, entonces, observar la articulación entre discurso jurídico y experto de distinta naturaleza.

A modo de cierre, corresponde preguntarse qué otras aperturas posibles serían necesario consolidar en la articulación de discursos que, en el momento contemporáneo y desde otras estrategias y cosmovisiones, argumentan en torno a cómo mejorar el estado de la diversidad biológica y detener la extinción de especies. En ese sentido, la revalorización de otras formas de conocimiento que circulan

por diferentes ámbitos adquiere especial relevancia, así como las alternativas que se plantean, respecto de este tema, a la regulación del comercio desde las propuestas de desmercantilización de lo vivo<sup>24</sup>.

#### BIBLIOGRAFÍA

FRANCO, Dabel Leandro. La cuestión animal: entre la regulación del comercio y la desmercantilización de lo vivo en: *Revista Catalana de Dret Ambiental*, VII(1), 2016, 1–29.

HOUTART, François. El Concepto de Sumak Kawsay y su Correspondencia con el Bien Común de la Humanidad en: *América Latina en Movimiento*, 2011, 1–20.

KAKABADSE, Yolanda. Carta Magna para la vida silvestre en: *El comercio de especies. La CITES en el nuevo milenio*, Conservación Mundial, Boletín de la UICN, 33(3), 2002.

NOIVILLE, Christine, *Du bon gouvernement des risques. Le droit et la question du « risque acceptable »*. Paris: Presses Universitaires de France, 2003.

PARDO, José Esteve. *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A globalização e as ciências sociais*. Sao Paulo: Cortéz, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003.

THOMPSON, Charis. *Co-producing CITES and the African elephant* en: Jasanoff, Sheila, States of knowledge. The co-production of science and social order. Lon-

24 Los procesos de desmercantilización parten de una crítica al pensamiento moderno que rechaza, primordialmente, el modelo de desarrollo hegemónico, el carácter totalizador de la ciencia moderna, la concepción atomizada y desarticulada de la naturaleza, la visión antropocéntrica e utilitarista del desarrollo y la lógica del sistema capitalista de transformarlo todo en mercancía, y se orientan, a su vez, a reducir la esfera del mercado, promoviendo otras formas de relación social y otras maneras de hacer frente a las necesidades humanas y no humanas. Un abordaje de la cuestión en relación a las reformas legislativas que se produjeron en Latinoamérica - Ecuador y Bolivia - puede verse en: HOUTART, François. El Concepto de Sumak Kawsay y su Correspondencia con el Bien Común de la Humanidad en: *América Latina en Movimiento*, 2011, 1–20 y UNCETA, Koldo. Poscrecimiento, desmercantilización y «buen vivir» en: *Nueva Sociedad*, (252), 2014, 136-152.

23 CITES, Artículos XI y XII.



don: Routledge, 2004.

UNCETA, Koldo. Posrecimiento, desmercantilización y «buen vivir» en: *Nueva Sociedad*, (252), 2014, 136-152.

WIJNSTEKERS, Willem. *La evolución de la CITES*. Secretaría de la CITES, 2003.

## **NORMATIVAS, INFORMES Y DOCUMENTOS CONSULTADOS**

Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, 1973.

Convención sobre Diversidad Biológica, 1992.

Convención Marco sobre el Cambio Climático, 1992.

Informe *Perspectiva Mundial sobre la Biodiversidad 3*, Secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica. 2010. Disponible en: <http://www.cbd.int/doc/publications/gbo/gbo3-final-es.pdf>

Metas de Aichi. Disponible en: <http://www.cbd.int/sp/targets/>

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**El carácter transnacional del Sistema comunitario de ecogestión « Eco-Management and Audit Scheme » (EMAS) dentro de la UE y más allá de sus fronteras**

**The transnational character of the Eco-Management and Audit Scheme (EMAS) community system within the EU and beyond its borders**

Adélie Pomade

# El carácter transnacional del Sistema comunitario de ecogestión « Eco-Management and Audit Scheme » (EMAS) dentro de la UE y más allá de sus fronteras\*

## The transnational character of the Eco-Management and Audit Scheme (EMAS) community system within the EU and beyond its borders

Adélie Pomade\*\*

### RESUMEN

EMAS es un instrumento de gestión desarrollado por la Comisión Europea para las empresas y otras organizaciones cuyo objetivo es evaluar, informar y mejorar su rendimiento medioambiental. Abarca todos los sectores económicos y de servicios y es aplicable en todo el mundo. Actualmente, se registran más de 4500 organizaciones y 8.150 sitios. Se encuentran muchas empresas multinacionales y pequeñas empresas, así como las autoridades públicas. Esto es posible gracias a la flexibilidad del instrumento y su adaptabilidad. EMAS se convierte en un instrumento transnacional. En Europa, varios casos se podrá tener en cuenta, incluyendo el Parc Industriel de la Plain de l'Ain en Francia. Internacionalmente, EMAS también sedujo y su aplicación se observa por ejemplo en Trinidad y Tobago. Aquella aplicación « transnacionalizada » pone de relieve una aplicación « uniforme » de la norma europea. Esta observación hecha en la práctica se refiere a una reflexión teórica sobre la recepción social de tales normas flexibles, sino también sus eficacia y eficiencia.

**Palabras Clave:** Flexibilidad, Sistema de gestión, Rendimiento medioambiental, Eficiencia de las normas jurídicas

### ABSTRACT

EMAS is a management instrument developed by the European Commission for Companies and others Organizations which objective is to assess, inform and improve their environmental performance. EMAS can be applied in the worldwide. Today, we count more than 4500 organizations and 8.150 sites concerned by the system. It both concerns multinational companies, small societies and public authorities. The flexibility of this instrument makes possible this broad and transnational application. At European and international levels, various case studies can be taken into account: the Parc Industriel de la Plain de l'Ain in France and the case of Trinidad and Tobago. This transnational application highlights uniform application of the

\* Recebido em 15/01/2017  
Aprovado em 18/01/2017

\*\* Docteur en droit Habilité à diriger des recherches (HDR), Chercheur associé au CEDRE, Université Saint-Louis de Bruxelles (USL-B) – Belgique, Chercheur associé à l'UMR CNRS Institut de l'Ouest: droit et Europe (Université Rennes 1) -France. E-mail: adeliepomade@orange.fr



European legal norm. This contribution will permit to make a theoretical reflexion on the social reception of legal norms, but also on effectiveness and efficacy of such norms.

**Keywords:** Flexibility, Management system, Environmental performance, Effectiveness of legal norms

El Sistema de Gestión Ambiental y Auditoría en la Unión Europea (EMAS) es una herramienta de gestión voluntaria para las empresas y otras organizaciones que quieren evaluar, mejorar y dar a conocer su rendimiento medioambiental. EMAS se estableció en 1993<sup>1</sup> por una regulación europea y fue revisado en 2001<sup>2</sup>. Su ámbito de aplicación se fue extendido más allá de la industria a todos los sectores (servicios públicos y privados). Gracias a este cambio, todas las empresas, independientemente de su tamaño y sector de actividad, y cualquier tipo de organización (gobierno, áreas de negocio...) están implicados. La norma revisada en 2009<sup>3</sup> y entrada en vigor en enero de 2010 ha extendido una vez más el ámbito de aplicación de EMAS. Gracias a este desarrollo, EMAS se aplica a cualquier organización con sede fuera de la Unión Europea (UE). Esto abrió el camino para el reconocimiento internacional del sistema de gestión.

El objetivo de la reglamentación es establecer procedimientos simplificados y eficaces para incitar a las empresas comprometerse en una acción voluntaria. EMAS es un sistema de gestión ambiental voluntaria que permite identificar las empresas y organizaciones que mejoran continuamente sus resultados en materia de medioambiente<sup>4</sup>.

EMAS está basado en el sistema de gestión ambiental ISO 14001 mientras era acompañado de requisitos adicionales. En este sentido, las ambiciones EMAS son superiores a las de la norma ISO 14001, que, sin embargo, constituye una norma de referencia. EMAS da un paso hacia una mayor eficiencia y transparencia medioambiental. El cuadro siguiente pone de relieve las diferencias más notables<sup>5</sup>:

	<b>ISO 14001</b>	<b>EMAS</b>
Objeto de la certificación	Certificación de la evolución del sistema de gestión para un mejor rendimiento	Certificación de la evolución del rendimiento medioambiental del sistema de gestión

	<b>ISO 14001</b>	<b>EMAS</b>
Conformidad reglamentaria	Debe llevarse a cabo en un plazo razonable	Es obligatorio en la fecha de la certificación
Mejora del rendimiento medioambiental	No se requiere	Obligatorio
Constante mejora	Chequeado periódicamente Sin frecuencia específica	Chequeado anualmente
Análisis medioambiental inicial	Analysis poco amplia	Analysis muy amplia
Participación del personal	No se requiere	Obligatorio
Declaración medioambiental	Optativo	Obligatorio

El método general establecido por la normativa europea EMAS permite evaluar el impacto medioambiental de la actividad sobre el sitio y sus alrededores, fijar objetivos y elaborar instrumentos concretos para reducir los aspectos negativos de este impacto. Más allá de los requisitos del EMAS, la originalidad del mecanismo reside en la total transparencia de las medidas para reducir el impacto sobre el medio ambiente<sup>6</sup> (organización de la actividad, gestión de tareas, resultados de productos) de cara al público y al personal.

EMAS constituye por lo tanto una etiqueta que la empresa o la organización pueden prevalerse con respecto a sus proveedores, interlocutores económicos y sociales, clientes o al público. Es una garantía de credibilidad y seriedad en el componente medioambiental de la responsabilidad social empresarial<sup>7</sup>. Concebido y elaborado en el espacio europeo, EMAS resulta «exportable» fuera de la UE. En consecuencia, EMAS aparece como una palanca de rendimiento medioambiental de las empresas y organizaciones por todo el mundo<sup>8</sup>. Sin embargo, en la teoría y la práctica, se plantean una serie de preguntas ¿Podemos decir que tiene un grado suficiente de transnacionalidad para aplicarse de manera efectiva y eficaz? ¿Se puede implementar fácilmente, independientemente del país elegido y de la legislación vigente? En primer lugar, el contenido del Reglamento europeo de 2009 se explorará para saber si y en qué medida facilita la transnacionalidad del instrumento (I). En segundo lugar, se dedicará al análisis de casos en la



Unión Europea y fuera de sus fronteras, para evaluar en la práctica la aplicación de EMAS y su rendimiento medioambiental (II).

## 1. ¿LA TRANSNACIONALIDAD DE EMAS FACILITADO POR EL REGLAMENTO DE 2009?

Varios elementos contenidos en el Reglamento de 2009 permiten entrever una transnacionalidad facilitada del sistema. En primer lugar, los objetivos establecidos en los Considerandos del Reglamento reflejan claramente una voluntad de hacer cumplir la etiqueta más allá de la UE. El punto nº 9 señala explícitamente que EMAS debe ser accesible a todas las organizaciones, tanto dentro como fuera de la Comunidad, si su actividad tiene un impacto medioambiental. El punto nº 11 hace hincapié en que las organizaciones que aplican otros sistemas de gestión medioambiental y que desean pasar al sistema europeo de gestión deben ser capaz de hacerlo tan fácilmente como sea posible. En este sentido, el punto 11 señala que el régimen EMAS debe tenerse en consideración los otros sistemas de gestión medioambiental. Esto es importante porque plantea la hipótesis de una coordinación entre EMAS y los otros sistemas de gestión para permitir la máxima compatibilidad entre los diferentes sistemas y la máxima adhesión al programa europeo. También sienta las bases para reducir al mínimo el riesgo de conflictos entre los reglamentos y el riesgo de desanimar a las organizaciones que desean adoptar EMAS.

Entonces, el Reglamento adopta un sentido amplio de las organizaciones que puedan adoptar EMAS. En efecto, el artículo 2 define el término «organización» como *«la compañía, sociedad, firma, empresa, autoridad o institución establecida en la Comunidad o fuera de ella, o parte o combinación de las entidades mencionadas, con o sin personalidad jurídica, pública o privada, que tiene sus propias funciones y su propia administración»*. Por otra parte, invita a «pequeñas organizaciones» adherirse al sistema:

- Micro, pequeñas y medianas empresas.
- Las autoridades locales que administran bajo de 10 000 habitantes y otras autoridades públicas que emplean a menos de 250 personas y que tienen un presupuesto anual que no exceda de 50 millones de euros, o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros (administraciones, servicios públicos, los órganos públi-

cos consultivos a nivel nacional, regional o local).

- Personas físicas o jurídicas que ejercen, en virtud del derecho nacional, funciones administrativas públicas, en particular tareas, actividades o servicios específicos relacionados con el medio ambiente.
- Las personas físicas o jurídicas que asuman responsabilidades o funciones públicas o preste servicios públicos relacionados con el medio ambiente.

El carácter global de estas definiciones refleja la flexibilidad del instrumento. Esto permite la adhesión de una amplia gama de organizaciones interesadas por todo el mundo. El aspecto atractivo de la norma que se dirige a un público muy vasto hace de este instrumento un "instrumento fácilmente accesible".

Por último, el anexo IV del Reglamento evoca un conjunto de indicadores básicos que la organización debe incluir en sus documentos de información, y de los cuales su rendimiento medioambiental se valora. Estos indicadores abarcan las áreas de eficiencia energética, la producción de desechos, el uso eficiente de los materiales, la biodiversidad, el uso del agua o las emisiones atmosféricas. Sin embargo, EMAS prevé una aplicación flexible de estos indicadores: la organización puede presentar los indicadores que considera más representativo de su actividad. Sólo se debe demostrar en su análisis del medio ambiente que la inclusión de otros indicadores no es relevante. Esto brinda la oportunidad a la organización beneficiarse de una grande capacidad de adaptación del sistema a su entorno<sup>9</sup>.

A primera vista, el Reglamento es muy técnico y complejo porque contiene requisitos impuestos a las organizaciones. De hecho, está adaptable y flexible<sup>10</sup>. Esta ventaja es vector del rendimiento medioambiental de la empresa, independientemente de su situación geográfica.

En primer lugar, los criterios establecidos para la adhesión al EMAS y establecer el sistema de aplicación general son estrictos y precisos. Esto garantiza un mayor éxito del instrumento, en términos de adhesión y eficiencia, porque enmarcan la acción de la empresa de cerca, dejándolo un poco de libertad para organizarse. Por ejemplo, para obtener la etiqueta ecológica, la organización debe:

- Adoptar una política medioambiental que define los objetivos y principios de acción de la empresa en relación con el medio ambiente. Según el artículo 2 del Reglamen-

to, esta política es la expresión de las intenciones y de la orientación del rendimiento medioambiental de la organización. Esto implica el respeto de todos los requisitos legales aplicables en materia de medio ambiente y el compromiso con la mejora permanente del rendimiento medioambiental. Esta política establece un marco y prevé el establecimiento de objetivos medioambientales.

- Producir un análisis medioambiental de sus actividades, productos y servicios. El análisis medioambiental consiste en efectuar un examen más amplio de los impactos y los resultados obtenidos en una serie de ámbitos como el agua, el aire, el ruido, los desechos, el consumo de energía, etc.

- Desarrollar un programa medioambiental (artículo 2) que coincide con la descripción de las medidas, responsabilidades y medios adoptados o previstos para lograr los objetivos y metas medioambientales y los plazos para alcanzarlos.

- Preparar una declaración medioambiental (artículo 2), además de la auditoría medioambiental obligatoria, para comunicar su rendimiento medioambiental. Este documento es la originalidad del sistema. Incluye toda la información proporcionada al público y a otras partes interesadas en relación con: la estructura y actividades (bienes y servicios) de la organización; su política medioambiental y su sistema de gestión medioambiental; su impacto medioambiental; su programa medioambiental y sus objetivos medioambientales generales y específicos.

La información requerida debe ser completa, detallada y transparente, pero la redacción del Reglamento deja claramente a la organización la flexibilidad necesaria para lograr este objetivo.

En segundo lugar, el enfoque requiere una dinámica colectiva que asocia estrechamente los empleados a la implementación de EMAS. En efecto, el Reglamento prevé expresamente en el punto n° 14 de sus Considerandos que «deben participar los empleados y trabajadores de la organización, ya que ello aumenta la satisfacción en el trabajo y el conocimiento de cuestiones medioambientales, que puede reproducirse dentro y fuera del entorno laboral». Esta participación plural es un factor de efectividad y de éxito del rendimiento medioambiental, porque multiplica los esfuerzos dentro de la organización<sup>11</sup>. Por otra parte, contribuye a la legitimidad de la norma que se considera por todos como necesaria para el desarrollo de la organización<sup>12</sup>.

En tercer lugar, la verificación del cumplimiento de los compromisos de la organización es frecuente y su radiación parece fácil. La auditoría ambiental se lleva a cabo por un inspector certificado que examina el enfoque de la organización<sup>13</sup>. Desde el inicio del proceso de registro de la organización en EMAS, el verificador medioambiental elabora, en consulta con la organización, un programa que garantice la verificación de todos los elementos requeridos para la aceptación y la renovación del registro (artículo 19 del Reglamento). Esto sugiere un proceso de control más adaptado a las necesidades de la organización. Así podemos estimar que esta flexibilidad es la contrapartida de un escrupuloso respeto de sus obligaciones (información, transparencia...). Por lo tanto, el verificador evalúa periódicamente la conformidad de la análisis medioambiental, de la política medioambiental, del sistema de gestión y de los procedimientos de auditoría de las organizaciones, así como su puesta en práctica. Por lo tanto, una organización que brinda ninguna explicación clara y convincente de la falta de cumplimiento de sus obligaciones, que no produce todos los documentos requeridos o se olvide de informar de cualquier cambio realizado en uno de los documentos puede ser eliminada del sistema o ver su registro EMAS suspendido (artículo 15 del Reglamento).

Una lectura cuidadosa del Reglamento de 2009 indica claramente una voluntad de aplicación facilitada de EMAS, lo que refuerza su carácter transnacional como aplicable a la mayor parte de organizaciones por todo el mundo. Queda por ver si, en la práctica, EMAS logra seducir en la UE y fuera de sus fronteras, y si su aplicación permite realmente a las organizaciones a lograr un rendimiento medioambiental.

## 2. ¿UNA TRANSNACIONALIDAD EFICAZ EN LA UE Y FUERA DE SUS FRONTERAS?

En 2015, dentro de la UE, más de 5.000 organizaciones de todos los tamaños y en todos los sectores ya están registradas. Varias experiencias positivas pueden ser evocadas en Francia y Alemania<sup>14</sup>, mostrando el potencial de rendimiento transnacional y medioambiental del instrumento dentro de la UE.

En Francia, la Plaine de l'Ain<sup>15</sup> es el primer parque industrial europeo certificado ISO 14001 y registrado EMAS. Alberga más de 142 empresas en 900 hectáreas

de las cuales 140 hectáreas están dedicadas a espacios verdes. Se cuenta con EMAS desde 2001. Gracias a sus esfuerzos, se presenta como una experiencia de responsabilidad social de empresa que ha perfectamente logrado el encuentro entre las dimensiones económicas, sociales y medioambientales. Entre las medidas aplicadas, se puede evocar el uso compartido de vehículos privados. También se puede mencionar el tratamiento biológico de los residuos industriales y aguas pluviales contaminadas por hidrocarburos. Por otra parte, en términos de biodiversidad, el parque lleva una política de «tolerancia cero» con respecto a los productos fitosanitarios, los setos están protegidos con el fin de preservar los hábitats naturales y la calidad del aire se controla por medio de una análisis de liquen. Tenemos que constatar que el éxito del instrumento es igual en otros Estados miembros.

El caso alemán refleja los beneficios que ofrece EMAS en relación con el endurecido de los requisitos ambientales en materia de energía. La nueva política alemana contenida en la ley federal sobre los servicios de energía<sup>16</sup>, que transpone la Directiva europea sobre eficiencia energética de 2012, introdujo un requisito general de efectuar una auditoría energética cada cuatro años. La regla se aplica a todas las empresas con más de 250 empleados y que logran una facturación de más de 50 millones. Está claro que las organizaciones que se benefician de EMAS tienen una ventaja seria. A diferencia de la norma ISO 14001, EMAS impone que las empresas se respeten obligaciones de auditoría en materia de energía. Esto les permite verificar rápidamente que cumplen jurídicas las normas alemanas. Eso es sin contar que la etiqueta les permite también participar más fácilmente a los mecanismos de compensación y obtener beneficios de la aplicación de la legislación establecida en el país en materia de desechos o en materia de emisión de gases de efecto invernadero<sup>17</sup>. En consecuencia, beneficiarse primero de EMAS permite, según las legislaciones, de cumplir las condiciones exigidas para la concesión de determinadas ventajas o pasar algunos controles. Esta etiqueta es una fuerza para una empresa extranjera que desea establecerse en un Estado miembro o trabajar en colaboración con de una de sus organizaciones.

También se puede mencionar el caso de la empresa alemana Werner & Mertz que desde 1986 persigue una política de gestión medioambiental renovada. Werner & Mertz<sup>18</sup> está registrada en el EMAS por más de 12 años, pero sigue honrar y aumentar sus compromisos volun-

tarios adhiriéndose a la Etiqueta Ecológica Europea, al Blauer Engel<sup>19</sup>, al Cradle to Cradle Gold<sup>20</sup>, al ISO 14001, ISO 5001<sup>21</sup>, o al LEED<sup>22</sup>. EMAS suplanta, dirige y controla a todos estos otros compromisos. El interés de este caso de estudio no radica en su enfoque, pero más en el marco de este enfoque: adoptando un comportamiento determinado, la empresa se beneficia de EMAS y se enmarca dentro de la política europea de economía circular. Si seguimos un razonamiento más corto, podemos decir que EMAS se puede integrar en las dinámicas colectivas transnacionales, europeas y internacionales de reciclado y valorización de los desechos. Por ejemplo, la «iniciativa de reciclaje» diseñada y desarrollada por Werner & Mertz tiene como objetivo recoger y empaquetar productos de Polyéthylène Terephthalate (PET) echados en «bolsas amarillas» del país. Botellas de PET de la marca Frosch contienen actualmente 80% de los productos reciclados, pero 20 a 40% provienen de material que fuera recogido en bolsas amarillas. El resto (60-80%) provienen de botellas recicladas. El objetivo de la empresa es lograr un envase compuesto a 98,5% de materiales derivados de los 1,5 millones de toneladas anuales de plástico arrojados a las bolsas amarillas. Eventualmente, ella espera incorporar en su proceso de reciclaje materiales que hasta ahora no pueden ser (por ejemplo, tapones de botellas recicladas que están hechos de otro material). El objetivo es de estimular nuevas tecnologías y de convencer a las empresas que no se encuentran en el sector del reciclaje a utilizar su método<sup>23</sup>.

Fuera de la UE, EMAS también atrajo. El ejemplo de Trinidad y Tobago, y más recientemente de Israel y Serbia demuestra el carácter transnacional del instrumento.

En 2013, Trinidad y Tobago, el país caribeño situado en el Mar Caribe frente a las costas de Venezuela, fue uno de los primeros países fuera de la UE que aprobó el Reglamento EMAS. El objetivo era ambicioso porque consiste a implementar el sistema de gestión de toda la isla. El reto de este Reglamento en Trinidad y Tobago se encuentra en el desafío que se ha tenido la isla : conciliar el turismo y la preservación del medio ambiente. Por una parte, la isla cuenta con uno de la zona protegida más antigua del hemisferio occidental: el Waterfall Argyle. Esta reserva forestal esta legalmente protegida desde 1776 por el Parlamento británico. Por otra parte, la isla es de 37 billones de dólares a través del turismo, y los turistas son principalmente europeos. El objetivo era hacer Trinidad y Tobago un catalizador, un ejemplo típico para motivar y animar a otras islas o espacios a

hacer lo mismo. Entre los indicadores básicos, la isla optó por poner el énfasis en la reducción del consumo de energía (electricidad), la reducción de la dispersión de desechos, la conservación de la biodiversidad y el uso racional del agua. Las diferentes organizaciones afectadas han implicado a sus empleados para garantizar una máxima eficiencia a las medidas adoptadas. Llevaron a cabo una campaña de sensibilización a destino de los turistas a través de visitas guiadas o posters. Estos esfuerzos de información caen en línea con la política de comunicación deseado por la UE: las organizaciones deben ser capaces de demostrar que están comprometidas en un diálogo abierto con las partes públicas y otros interesados, incluidas las comunidades locales y sus clientes sobre el impacto medioambiental de sus actividades, productos y servicios. En la práctica, estas medidas consisten, por ejemplo, en explicar el interés de la fauna y flora locales para el equilibrio de los ecosistemas y el planeta, inculcar gestos por no malgastar el agua, utilizar con moderación la electricidad, recurrir a la recogida selectiva de vidrio y plástico. El punto fuerte de estas acciones reside en el hecho de que las recomendaciones se acompañan de visitas y de ocio. El objetivo es sensibilizar a los turistas del bienestar que se derivan del funcionamiento de los ecosistemas que se encuentran en la isla. El bienestar del público depende de su comportamiento. Una primera evaluación positiva se puede extraer de esta experiencia. De hecho, la isla reporta una reducción de residuos de 50% y una disminución de 10% en el consumo de energía<sup>24</sup>.

Otro ejemplo de la implementación EMAS fuera de la UE es el enfoque realizado conjuntamente por la Agencia Austriaca para el Medio Ambiente, la Agencia Alemana del medio ambiente y la Company Northern Ireland Cooperation Overseas (NICO) para exportar EMAS en Israel<sup>25</sup>. El enfoque se basa en una asociación creada con el Ministerio de Medio Ambiente de Israel en torno a un proyecto de dos años llamado «Apoyo al Ministerio de Medio Ambiente de Israel para que adopte y aplique EMAS en beneficio de la industria y el sector comercial». El proyecto se inició en junio de 2015 y la reunión de lanzamiento se llevó a cabo en septiembre y generó los primeros resultados satisfactorios. El primer de ellos fue el mantenimiento de un desarrollo sostenible en el territorio israelí. El proyecto consta de tres componentes que incluyen un componente «EMAS» supervisado por la Agencia Austriaca. Su misión es informar al Ministerio israelí de los requi-

sitos administrativos y legales que deben cumplir como parte del sistema. Por otra parte, la Agencia debe realizar un balance para poner de relieve los resultados de las organizaciones registradas en el EMAS.

La implantación de EMAS en Serbia es otra realidad. Bajo los auspicios del proyecto europeo «Law enforcement in the field of industrial pollution control, prevention of chemical accident and implementation of the EMAS system»<sup>26</sup> iniciado en 2012, las autoridades serbias y la UE lleva a cabo una política de promoción de EMAS y alienta a las organizaciones y empresas a unirse. Tres empresas ya están participando en el proceso de registro con el fin de recibir la etiqueta ecológica antes del fin de 2015. Las empresas participantes son Galenika-Fitofarmacija a.d., un fabricante de pesticidas y productos agroalimentarios, Gorenje d.o.o., un fabricante de equipos domésticos eléctricos y TRS Europa d.o.o., uno de los líderes del reciclaje de cartuchos de tóner de la impresora. Las organizaciones que planean participar en el programa recibieron una sesión de capacitación en Marzo 2013 en Austria y en 2014 recibieron asistencia que les permite integrar el sistema de gestión en su actividad.

En conclusión, podemos afirmar que EMAS proporciona un carácter decididamente transnacional. Esta conclusión se desprende no sólo de la lectura del Reglamento de 2009, que presenta la forma más completa, pero también en relación con el éxito de la norma en la UE y fuera de sus fronteras. La transnacionalidad emana de la capacidad de la norma adaptarse a los contextos ecológicos, sociales, económicos y jurídicos de las organizaciones que deseen participar en el programa. También se destaca por la legitimidad lesea reconocida colectivamente por las organizaciones, independientemente de su ubicación geográfica. EMAS trasciende y supera las barreras técnicas que se pueden encontrar cuando sea necesario cumplir con una serie de condiciones. De hecho, se plantea directrices suficientemente precisas pero flexibles no sólo para permitir una implementación adaptada a los destinatarios, eficaz y eficiente sino también para lograr los resultados deseados.

## BIBLIOGRAFÍA

1 Reglamento (CEE) n° 1836/93 del Consejo, de 29 de junio de 1993, por el que se permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medio-



- ambientales, DOUE 10/07/1993, p. 1.
- 2 Reglamento (CE) n° 761/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), DOUE 24/04/2001, p. 1.
- 3 Reglamento (CE) N° 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales, DOUE 22/12/2009.
- 4 Commission européen, Décision du 4 mars 2013 établissant le guide de l'utilisateur présentant les étapes nécessaires pour participer à l'EMAS conformément au règlement (CE) n° 1221/2009 du Parlement européen et du Conseil concernant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), (3013/131/UE), JOUE du 19 mars 2013.
- 5 D. Morrow, D. Rondinelli, Adopting Corporate Environmental Management Systems: **Motivations and Results of ISO 14001 and EMAS Certification**, *European Management Journal*, 2002, Vol.20, pp. 159-171; F. Testa et al., EMAS and ISO 14001: the differences in effectively improving environmental performance, *Journal of Cleaner Production*, 2014, Vol.68, pp. 165-173.
- 6 T. Reverdy, Management environnemental et dynamique d'apprentissage, *Revue française de gestion*, 2005, n° 158, pp. 250 et ss.
- 7 M. Nieto Antolin, Responsabilidad social corporativa : la última innovación en management, *Universa Business Review*, 2004, pp. 28-39.
- 8 F. Iraldo et al., Is an environmental management system able to influence environmental and competitive performance? The case of the eco-management and audit scheme (EMAS) in the European union, *Journal of Cleaner Production*, 2009, Vol. 17, pp. 1444-1452 ; R. Rowland-Jones et al., An evaluation of current environmental management systems as indicators of environmental performance, *Management of Environmental Quality: An International Journal*, 2005, Vol. 16, pp. 211 – 219 ; Cabinet Paul de Baker et ADEME, *L'impact économique et l'efficacité environnementale de la certification ISO 14001 /EMAS des entreprises industrielles*, ADEME, Juillet 1999 ; M. Personne, *Contribution à la méthodologie d'intégration de l'environnement dans les PME-PMI : Évaluation des performances environnementales*, Thèse, ENS Lyon, 1998.
- 9 M. Pâques, *Instruments souples, instruments non contraignants, instruments du marché : une alternative pertinente ?* Anthémis, 2010.
- 10 A. Prats. *Documentation d'un système de management environnemental. Techniques de l'Ingénieur*, Techniques de l'Ingénieur, 2011.
- 11 V. Biondi et al., Environmental Management Systems and SMEs, *Greener Management International*, 2000, Vol. 29, pp. 55-69.
- 12 D. Marcel, Articular normes volontaires privées et réglementations publiques, *Perspective*, Cirad, n° 11, Août 2011.
- 13 Este inspector se llama «verificador mediambiental». Puede ser un organismo de evaluación de la conformidad o cualquier persona física o jurídica, así como asociaciones o agrupaciones de tales personas, que hayan obtenido una autorización para llevar a cabo la verificación y la validación con arreglo al presente Reglamento. El verificador medioambiental que lleva a cabo la verificación del sistema de gestión medioambiental y la validación de la declaración medioambiental de una organización (o empresa) esta acreditado o autorizado en el Estado miembro en el que dicha organización (o empresa) solicite la inscripción en el registro.
- 14 J. Freimann, EMAS Experiences in German Companies: A Survey on Recent Empirical Studies, *Eco Management and Audit*, 2000, n° 7, pp.99-105.
- 15 Parc industriel Plaine de l'Ain, *Déclaration environnementale*, 2010, <http://www.plainedelain.fr/wp-content/uploads/2013/05/Declaration-Environnementale-2010.pdf>
- 16 Referencia jurídica: Energiedienstleistungsgesetz / EDL-G
- 17 Consultar: [http://ec.europa.eu/environment/emas/news/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/emas/news/index_en.htm)
- 18 Consultar : <http://werner-mertz.de/Sustainability/Environmental-management-EMAS/>
- 19 Etiqueta ecológica otorgó por el Gobierno alemán a cerca de 4.000 productos y servicios que cumplan estrictos criterios ambientales.
- 20 Etiqueta certifica que el producto cumple con los altos requisitos cualitativos y ecológicos de la certifica-

ción "Cradle to Cradle". C2C distingue cuatro niveles: Basic, Silver, Gold et Platinum.

21 Estándar para todas las organizaciones que tiene como objetivo ayudarles a desarrollar una gestión de la energía metódica para mejorar su eficiencia energética.

22 Programa de la OCDE sobre el desarrollo económico y el empleo local (LEED). Su misión es contribuir a la creación de mejores puestos de trabajo a través de una aplicación más eficaz de las políticas, prácticas innovadoras y estrategias integradas a nivel local.

23 Consultar: [http://integrally-sustainable.com/index\\_en.html](http://integrally-sustainable.com/index_en.html)

24 A. Cooper, Transitioning from a Fossil-Fuel to a Green Economy: Government Policy for Private Sector Participation in Trinidad and Tobago, *European Union Foreign Affairs Journal*, 2014, n° 1, pp. 60 et ss.

25 Consultar: [http://ec.europa.eu/environment/emas/news/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/emas/news/index_en.htm)

26 EMAS/IPPC/SEVESO - EuropeAid/131555/C/SER/RS ; Consultar: [file:///C:/Users/ad/Downloads/IPPC\\_14258249.pdf](file:///C:/Users/ad/Downloads/IPPC_14258249.pdf)



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**O conceito de conduta empresarial responsável à luz dos ordenamentos jurídicos brasileiro, internacional e transnacional**

**The concept of responsible business conduct in the light of the brazilian, international and transnational legal systems**

Gabriel Webber Ziero

# O conceito de conduta empresarial responsável à luz dos ordenamentos jurídicos brasileiro, internacional e transnacional\*

## The concept of responsible business conduct in the light of the brazilian, international and transnational legal systems

Gabriel Webber Ziero\*\*

### RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar, com base no conceito de conduta empresarial responsável, as interações do direito brasileiro com os direitos internacional e transnacional, em particular, como essas três ordens jurídicas interagem, de forma conjunta, para que juntas possam determinar o que se espera da conduta empresarial. Para tal fim, realiza-se uma análise teórico-conceitual da literatura jurídica, em especial a estrangeira de matriz anglófona, bem como de um estudo de caso. As duas primeiras seções dedicam-se a explorar o conceito de direito transnacional, analisando em particular as interações normativas entre o direito transnacional e os direitos internacional e nacional. A fim de aprofundar tal problemática, bem como contribuir para com os debates acerca do direito transnacional a partir de uma outra perspectiva, este artigo concentra-se no conceito de conduta empresarial responsável, oriundo da esfera transnacional, o qual é apresentado de modo breve na terceira parte. Na sequência, as interações normativas entre o direito brasileiro via o princípio da função social da empresa com os direitos internacional e transnacional são analisadas à luz do conceito de conduta empresarial responsável. Visando exemplificar como tais interações ocorrem na prática, sejam elas convergentes ou divergentes, é realizado um estudo de caso no contexto da produção de soja. Por fim, conclui-se que a complexidade inerente de tais interações deve ser vista por meio de seu potencial transformador contribuindo para a superação de uma interpretação hermética do direito brasileiro fazendo com que parâmetros oriundos das ordens internacional e transnacional sejam também levados em consideração.

**Palavras-chave:** Direito transnacional. Conduta empresarial responsável. Função social da empresa. Direito brasileiro. Interações normativas.

\* Recebido em 26/08/2016  
Aprovado em 10/09/2016

\*\* Doutorando em Direito na Universidade de Roma Ter (Discipline giuridiche storico-filosofiche, internazionali, sovranazionali e comparate). Mestre em Direito pelo Programa de Estudos Avançados em Direito Internacional Público da Universidade de Leiden. E-mail: gabrielziero@gmail.com.

### ABSTRACT

This paper seeks to analyse the interactions of Brazilian law with international and transnational law in the light of the concept of responsible business conduct. In particular, this paper aims at exploring how these three



legal orders interact in order to jointly determine what is expected from corporate conduct. In order to do so, this research engages in a conceptual and theoretical analysis of legal literature, in particular in English, as well as a case study. The first two sections are dedicated to address the concept of transnational law as well as the normative interactions between transnational, international, and national law. In order to further elaborate on this issue and to contribute to the debates around transnational law from a different perspective, this paper focuses on the concept of responsible business conduct that has emerged from the transnational space and which is briefly introduced in the third part. In the sequence, the normative interactions with respect to the concept of responsible business conduct between Brazilian law, via the principle of company's social function, with the international and transnational law are analysed. After, in order to illustrate how these interactions, may they be convergent or divergent, occur in practice a case study in the context of soybean production is presented. Finally, it is concluded that the inherent complexities of these normative interactions should be seen as an opportunity for transformation, which can contribute to overcome a hermetic interpretation of Brazilian law by including also concepts emerging from international and transnational orders.

**Keywords:** Transnational law. Responsible business conduct. Company's social function. Brazilian law. Normative interactions.

## 1. INTRODUÇÃO

Atividades empresariais, bem como os efeitos dessas não conhecem fronteiras e podem ser observados nas mais remotas partes do globo terrestre. Contudo, os modelos regulatórios, bem como as técnicas de interpretação jurídica, comumente adotadas por operadores jurídicos, gravitam entorno de conceitos territoriais. Por exemplo, pode-se mencionar as inúmeras discussões acerca do direito aplicável e do juízo competente para julgar questões envolvendo empresas transnacionais.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Por exemplo, tais questões são abordadas por Fornasier e Ferreira em artigo publicado anteriormente nessa Revista: FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 395-414, jun. 2015.

Para surpresa de muitos, não são apenas empresas que operam ou fazem negócios em diversos países que devem estar atentas a tais questões. Cada vez mais, organizações não governamentais, órgãos setoriais ou instituições reguladoras de setores produtivos esperam que empresas adotem uma conduta empresarial responsável (CER), o que compreende observar não apenas regulações nacionais, mas também normas oriundas dos ordenamentos jurídicos internacional e transnacional.

Contudo, uma breve análise da prática forense e da literatura jurídica brasileira, em especial aquela relacionada ao princípio constitucional da função social da empresa, revela uma interpretação e aplicação hermética do conceito de função social, ou seja, sem levar em consideração normas provenientes das ordens internacional e transnacional. Ademais, no contexto brasileiro, ao passo que discussões acerca das relações entre direito nacional e direito internacional venham ganhando espaço de forma gradativa, os debates relacionados ao direito transnacional são, ainda, incipientes seja no campo acadêmico ou prático.<sup>2</sup>

Logo, o presente artigo visa contribuir para com os debates sobre como o direito brasileiro interage com as ordens jurídicas internacional e transnacional. Destarte, com base no conceito de conduta empresarial responsável, oriundo da esfera transnacional, esse artigo explora as interações do direito brasileiro com os direitos internacional e transnacional, em particular, como essas três ordens jurídicas interagem de forma conjunta para que juntas possam determinar o que se espera da conduta empresarial. Ou seja, a contribuição guia-se pela seguinte pergunta: como os ordenamentos jurídicos brasileiro, internacional e transnacional interagem à luz do conceito de conduta empresarial responsável para determinarem os parâmetros da conduta empresarial? A fim de responder tal questionamento, realiza-se uma análise teórico-conceitual da literatura estrangeira, em especial a de matriz anglófona,<sup>3</sup> bem como um estudo

<sup>2</sup> Veja, por exemplo, o artigo de Faria, publicado anteriormente nessa Revista, que aborda as interações entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e transnacional no âmbito do direito desportivo. FARIA, Tiago Silveira de. A influência do direito desportivo transnacional no ordenamento jurídico brasileiro: da reprodução de normas à aplicação direta pela jurisdição estatal. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 323-340, dez. 2015.

<sup>3</sup> Nesse sentido, deve-se ressaltar que ainda que soluções propostas pelas doutrinas francófona e de língua portuguesa serem mencionadas, bem como algumas de suas posições adotadas ao longo desse artigo, em particular a solução de conflitos normativos via o chamado *dialogue des sources*, o presente artigo não explora tais

de caso visando exemplificar as interações entre as três ordens jurídicas.

Dessa forma, o artigo estrutura-se em cinco partes. As duas primeiras dedicam-se a explorar, bem como a contribuir para com os debates acerca do conceito de direito transnacional. Sendo assim, a primeira parte apresenta as discussões doutrinárias acerca do que é direito transnacional, bem como propõe um conceito de direito transnacional visando obter uma coerência conceitual ao longo desse artigo. Na sequência, partindo desse conceito base, observam-se algumas dinâmicas relativas ao direito transnacional, por exemplo, a participação de diversos atores sociais.

Após explorar a ideia de direito transnacional, a terceira parte deste artigo apresenta o conceito de conduta empresarial responsável, o qual origina-se no campo transnacional. Na sequência, a quarta seção a partir do conceito de CER observa como o direito brasileiro, como base no princípio da função social da empresa, interage com o direito internacional, em especial com os pilares da obrigação estatal de proteger e a responsabilidade de privados de respeitar direitos humanos, e com o direito transnacional para que juntos possam determinar o que se espera da conduta empresarial. Por fim, demonstra-se como a interação entre os três ordenamentos jurídicos ocorre num contexto prático, nesse caso o da produção de soja.

## 2. DIREITO TRANSNACIONAL: UM CONCEITO EM CONSTRUÇÃO

O pensamento jurídico moderno encontra-se centrado no direito de origem estatal, ou seja, o Estado possui o monopólio do *ius dicere* seja no âmbito das relações internas (direito nacional), seja nas relações envolvendo outros Estados (direito internacional). As limitações inerentes da díade direito nacional  $\frac{3}{4}$  direito internacional tornaram-se cada vez mais evidentes, ao passo que a ideia de uma possível terceira ordem jurídica abrangendo questões que escapem aos limites estabelecidos pelos âmbitos nacional e internacional pode ser encontrada na literatura jurídica desde o século XVIII. Por exemplo, é possível observar tal hipótese em Kant que,

debates em profundidade, uma vez que esses já são objeto de vasta produção e pesquisa acadêmica no Brasil (por exemplo veja nota de rodapé 28).

em seu livro *À Paz Perpétua*, propunha a adoção de um direito cosmopolita a fim de superar os limites postos pela díade direito nacional  $\frac{3}{4}$  direito internacional no que tange a proteção de estrangeiros,<sup>4</sup> bem como nos escritos do próprio Bentham, que cunhou a expressão direito internacional tal qual a compreendemos hoje, ou seja, como o direito entre Estados Soberanos.<sup>5</sup>

Contudo, no início da segunda metade do século XX, problemas jurídicos localizados para além dos domínios do direito interno, mas que ao mesmo tempo não atendiam os requisitos necessários para se enquadrarem na esfera de aplicação do direito internacional, ou seja, não eram questões entre Estados, passaram a se tornar cada vez mais frequentes. Como exemplos característicos desse período, podem-se mencionar as disputas judiciais envolvendo empresas multinacionais e Estados seja na reconstrução da Europa no pós-guerra, seja na exploração de petróleo no Oriente Médio. Diante desse cenário, Phillip Jessup, que depois viria a se tornar juiz da Corte Internacional de Justiça, publicou a obra seminal intitulada *Transnational Law*.<sup>6</sup>

Nessa obra, Jessup problematiza não apenas as limitações do direito internacional ao lidar com atores não estatais, tais como empresas multinacionais, mas também adota o termo direito transnacional diante de sua insatisfação com a expressão direito internacional. Em contraposição a ideia sectária presente na definição clássica de direito internacional, ou seja, a de direito aplicável apenas nas relações entre Estados Soberanos, Jessup introduz o direito transnacional como um conceito capaz de abarcar as expressões normativas aplicáveis aos eventos que transcendem as fronteiras do Estado-Nação.<sup>7</sup> Assim, desde os anos 1950, o proto conceito de direito transnacional<sup>8</sup> apresentado por Jessup vem sendo objeto de estudos e elaborações doutrinárias.

Para Koh, por exemplo, o direito transnacional deve ser visto como um meio de se compreender como di-

4 KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. São Paulo: L&PM, 2010.

5 BENTHAM, Jeremy. *The principles of international law*. Available in: <<http://www.laits.utexas.edu/poltheory/bentham/pil/index.html>>. Access: 07 jul. 2016. Veja também: JANIS, Mark W. Jeremy Bentham and the fashioning of international law. *American Journal of International Law*, v. 78, n. 2, p. 405-418, abr. 1984.

6 JESSUP, Philip. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956.

7 JESSUP, Philip. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 1-2.

8 SCOTT, Craig. Transnational law as a proto-concept: three conceptions. *German Law Journal*, v. 10, n. 7, p. 859-876, jul. 2009.

versos atores internalizam em suas práticas normas de direito internacional.<sup>9</sup> Além disso, para o autor, o direito transnacional representa o futuro da ordem jurídica internacional, uma vez que esse representaria uma ruptura no modelo Westfaliano de direito internacional, pois permitiria a inclusão de diversos atores para além dos Estados.<sup>10</sup> Contudo, tal aceção é criticada por internacionalistas que seguem uma interpretação positivista do direito internacional, uma vez que entendem que o produto das interações entre atores estatais e não estatais não pode ser definido como direito internacional, uma vez que tais regulações não se enquadram no paradigma fundante da disciplina, ou seja, ser o produto normativo das relações entre Estados.<sup>11</sup>

Já outros autores, por exemplo Noortmann, compreendem o direito transnacional como uma ordem jurídica autônoma das ordens nacional e internacional, mas que, ao mesmo tempo, parcialmente, justapõe-se a tais ordens jurídicas.<sup>12</sup> Por outro lado, Halliday e Shaffer descrevem o direito transnacional como um processo dialógico-normativo resultante das interações entre diversos atores sociais, tais como Estados, associações locais, empresas multinacionais e organizações não-governamentais de caráter internacional. O resultado dessas interações, via de regra, são dispositivos que podem ser reconhecidos e observados por diversos atores sociais como normas, mesmo não sendo *a priori* vinculantes.<sup>13</sup> A título exemplificativo, podem-se mencionar documentos redigidos dentro de uma lógica regulatória, tais como códigos de governança a exemplo dos Princípios de Governança Corporativa G20/OCDE<sup>14</sup> que

mesmo sua observância não sendo vinculante é exigida por diferentes atores sociais, como, por exemplo, agências reguladoras tais quais o *Financial Stability Board*.<sup>15</sup>

Como observado, o proto conceito de direito transnacional possui várias acepções. Além disso, diferentemente de outras correntes doutrinárias que visam estudar como o direito responde os desafios de um mundo globalizado, tais como Direito Administrativo Global (*Global Administrative Law*)<sup>16</sup> e *Informal International Lawmaking* (IN-LAW)<sup>17</sup> que se baseiam numa noção estado-cêntrica de direito, o direito transnacional apresenta uma estrutura policêntrica, em que o Estado não detém nenhum tipo de monopólio sobre os processos relacionados com tal direito, uma vez que esse o compartilha com outros atores sociais.<sup>18</sup> Logo, baseando-se nas visões acima mencionadas e visando maior coerência conceitual ao longo deste artigo, propõe-se uma leitura do conceito de direito transnacional como a ordem jurídica que se dedica a questões que ao mesmo tempo ultrapassam e confundem os limites que caracterizam o direito interno e o direito internacional estruturando-se sob critérios de inclusão e diversidade que se evidenciam tanto no que tange a participação de atores, como no que se refere aos temas abraçados por tal ordem jurídica.

9 KOH, Harold. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, n. 1, p. 181-207, jan. 1996.

10 KOH, Harold. Remarks: twenty-first-century international lawmaking. *The Georgetown Law Journal*, v. 101, n. 3, p. 725-747, may 2013.

11 D'ASPREMONT, Jean. From a pluralisation of international norm-making process to a pluralization of the concept of international law. In: PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses; WOUTERS, Jan. *Informal international lawmaking*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 185-199.

12 NOORTMANN, Math. Transnational law: Philip Jessup's Legacy and Beyond. In: NOORTMANN, Math; REINISCH, August; RYNGAERT, Cedric. *Non-state actors in international law*. Oxford: Hart Publishing, 2015. p. 57-74.

13 HALLIDAY, Terence; SHAFFER, Gregory. *Transnational legal orders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 4-15.

14 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Principles for corporate governance*. 2015. Available in: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264236882-en>>. Access: 07 jul. 2016. Mesmo tendo sido adotado pelos Estados-membro da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), bem como pelos líderes do Grupo dos 20, os

Princípios de Governança Corporativa devem ser compreendidos tanto como norma de direito internacional (soft law), como de direito transnacional, tendo em vista que o seu processo de elaboração incluiu diversos atores sociais, tais como, empresas, investidores, governos e organizações da sociedade civil, bem como sua aplicação confunde os limites tradicionais atribuídos ao direito internacional.

15 FINANCIAL STABILITY BOARD. *Key standards for sound financial systems*. Available in: <[http://www.fsb.org/what-we-do/about-the-compendium-of-standards/key\\_standards/](http://www.fsb.org/what-we-do/about-the-compendium-of-standards/key_standards/)>. Access: 07 jul. 2016.

16 KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, n. 15, p. 15-61, 2005. Em língua portuguesa, refere-se a: POSTIGA, Andréa Rocha. A emergência do direito administrativo global como ferramenta de regulação transnacional do investimento estrangeiro direto. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n.1, p. 171-193, 2013.

17 PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses; WOUTERS, Jan. *Informal international lawmaking*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

18 ZUMBANSEN, Peer. Neither 'public' nor 'private', 'national' nor 'international': Transnational corporate governance from a legal pluralistic perspective. *Journal of Law and Society*. v. 38 n. 1, p. 50-75, mar. 2011. Nesse sentido, pode-se dizer que o Estado vem assumir um papel articular junto a diversos atores sociais, como debatido por Santos em: SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da Justiça. Coimbra: Almedina, 2014. p. 48, 96-97.

### 3. DIREITO TRANSNACIONAL EM MOVIMENTO

Partindo-se do conceito base adotado acima, podem ser mencionados dois exemplos de normas de direito transnacional que, ao mesmo tempo, ultrapassam e confundem os limites que caracterizam o direito interno e o direito internacional, quais sejam o Código de Governança Corporativa alemão<sup>19</sup> e o Processo Kimberley de Certificação de Diamantes<sup>20</sup>. Tais regulações transnacionais, mesmo tendo sido criadas por delegação proveniente do direito interno ou internacional, não são reconhecidas como pertencentes a tais ordens jurídicas, uma vez que seus processos de criação, implementação, cumprimento e coerção extrapolam os limites tradicionalmente estabelecidos tanto pelo direito interno, como pelo direito internacional. Logo, essa parte busca analisar as dinâmicas em torno do direito transnacional, em especial as que se referem aos atores envolvidos no processo de criação de normas e a resolução de eventuais conflitos normativos entre direito transnacional e direito interno ou internacional.

No que se refere aos sujeitos no campo do direito transnacional, a sua participação não é limitada a um critério exclusivo, estático e geral como nos ordenamentos interno e internacional, mas tal categoria deve ser compreendida como aberta, fluida e específica, uma vez que visa abranger todos os atores independentemente de suas características que estão envolvidos em determinada situação. Por exemplo, uma organização não governamental ou empresa, à luz dos critérios utilizados pelo direito internacional, não podem ser consideradas como sujeitos de direito internacional, mas podem vir a serem consideradas sujeitos de direito transnacional enquanto participantes de um determinado processo normativo. Tal particularidade do direito transnacional, em relação ao que se refere a sua pluralidade de atores, deve-se ao fato de que este é centrado, como apontado por Jessup,<sup>21</sup> nas questões e nos problemas que ultrapas-

sam as fronteiras nacionais e os limites metodológicos dos direitos nacional e internacional.

Assim, de acordo com Zumbansen, a própria noção de Direito no campo transnacional deve ser repensada para além de critérios eminentemente normativos e sancionatórios, para que possa incluir o seu caráter de ferramenta mediadora e facilitadora na relação entre diversos atores ao tratarem questões transfronteiriças comuns.<sup>22</sup> Logo, o direito transnacional deve ser compreendido como o produto normativo dos processos de interação entre diversos atores sociais que orientam a prática desses em situações que ultrapassam e confundem os limites que caracterizam o direito interno e o direito internacional.

Tais características do direito transnacional podem ser evidenciadas no estudo de uma de suas fontes, as regulações privadas transnacionais (RPT) que são um conjunto de processos e regulamentos resultante da interação entre diversos atores, em sua maioria agentes não estatais, como por exemplo, empresas e organizações não governamentais (ONGs),<sup>23</sup> que visam regulamentar setores industriais e/ou cadeias produtivas e não apenas as atividades de determinada empresa ou grupo empresarial, que são objeto dos chamados códigos de conduta empresarial.<sup>24</sup> Além disso, RPT podem ser criadas de forma autônoma, ou seja, a *motu proprio* pelos atores envolvidos<sup>25</sup> visando regular determinada atividade ou por

Press, 1956.

22 ZUMBANSEN, Peer. Neither 'public' nor 'private', 'national' nor 'international': Transnational corporate governance from a legal pluralistic perspective. *Journal of Law and Society*. v. 38 n. 1, p. 50-75, mar. 2011.

23 CAFAGGI, Fabrizio. New foundations of transnational private regulations. *Journal of Law and Society*. v. 38 n. 1, p. 20-49, mar. 2011.

24 Fornasier e Ferreira em artigo publicado anteriormente nessa Revista realizam uma discussão acerca dos códigos de conduta empresarial, como verdadeiras ordens jurídicas. FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 395-414, jun. 2015. Vale ainda ressaltar o artigo de Morais et. al. que analisa como códigos de conduta empresarial na área de responsabilidade socioambiental interagem com normas do direito brasileiro: MORAIS, Dulce Teresinha Barros Mendes de et. al. O papel do direito no contexto do desenvolvimento sustentável: uma avaliação qualitativa de programas corporativos de responsabilidade socioambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 141-158.

25 É importante ressaltar que, regulações privadas transnacionais não se confundem com a chamada *lex mercatoria*, seja essa compreendida em sua concepção tradicional ou mais recente (nova *lex mercatoria*), uma vez que as dinâmicas em torno das RPT envolvem a participação de uma pluralidade de atores sociais, o que não é o caso das interações em torno da *lex mercatoria*. Para uma discussão

19 ALEMANHA. *Deutscher corporate governance kodex*. 2015. Available in: <[http://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/en/download/code/2015-05-05\\_Corporate\\_Governance\\_Code\\_EN.pdf](http://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/en/download/code/2015-05-05_Corporate_Governance_Code_EN.pdf)> Access: 07 jul. 2016. Veja também: ZUMBANSEN, Peer. Neither 'public' nor 'private', 'national' nor 'international': Transnational corporate governance from a legal pluralistic perspective. *Journal of Law and Society*. v. 38 n. 1, p. 50-75, mar. 2011.

20 KIMBERLEY PROCESS CERTIFICATION SCHEME. Kimberley process certification scheme core document. Available in: <<https://www.kimberlyprocess.com/en/kpcs-core-document>>. Access: 07 jul. 2016.

21 JESSUP, Philip. *Transnational law*. New Haven: Yale University



meio de delegação oriunda dos ordenamentos jurídicos nacional e internacional. Como exemplo de RPT, pode-se mencionar o Código de Conduta Internacional para Provedores de Serviços de Segurança Privada, criado de forma conjunta por ONGs, Estados, empresas de segurança privada e acadêmicos, para lidar com abusos de direitos humanos cometidos por empresas de segurança privada.<sup>26</sup> Além disso, RPT mesmo não sendo vinculantes podem vir a ser exigidas ou reconhecidas como critérios mínimos de conduta por diversos atores sociais (ex. instituições financeiras)<sup>27</sup> como é o caso das regulações como as adotadas pelo Forest Stewardship Council (FSC) no que tange ao manejo de áreas de floresta.

Os ordenamentos interno, internacional e transnacional, ao interagirem entre si diante de situações concretas, por exemplo, na regulamentação da atividade empresarial, acabam por complementar-se ou por entrar em conflito devido a dispositivos divergentes. Assim, ainda que existam critérios para a resolução de conflitos normativos entre normas de direito interno e direito internacional, este não se pode dizer para conflitos envolvendo normas oriundas desses ordenamentos jurídicos com normas de direito transnacional.

Tendo em vista as diferenças intrínsecas entre normas de direito transnacional para com normas de direito interno e internacional, a solução de tais conflitos normativos via a utilização dos tradicionais critérios de hierarquia, temporalidade e especificidade não se mostra a mais adequada, uma vez que tais técnicas acabam por não abarcar todas as especificidades e complexidades presentes no caso concreto onde tal interação ocorre. Dessa forma, diante de tal complexidade, torna-se

necessário, como defende Jayme, que tais conflitos normativos sejam resolvidos por meio de um diálogo entre as normas que incidem sobre determinada situação a fim de que se encontre uma solução que atenda os valores que informam tais ordens jurídicas.<sup>28</sup>

Logo, a fim de ilustrar como esse diálogo normativo entre os ordenamentos interno, internacional e transnacional ocorre, as próximas seções deste artigo se dedicam a explorar as dinâmicas em torno do conceito de conduta empresarial responsável que vem sendo cada vez mais utilizado por diferentes atores sociais, tais como empresas, governos e organizações da sociedade civil, tendo em vista as limitações inerentes as ordens jurídicas brasileira e internacional que gravitam em torno de conceitos territoriais. Dessa forma a próxima parte deste artigo explora, de forma breve, o conceito de conduta empresarial responsável, para que a seguir se analise à luz da ideia de CER as interações do direito brasileiro com as ordens internacional e transnacional.

#### 4. BREVE NOTA ACERCA DO CONCEITO DE CONDUITA EMPRESARIAL RESPONSÁVEL

O conceito de conduta empresarial responsável (CER) demanda que empresas, ao longo de suas operações, observem não apenas regulações nacionais, mas também normas oriundas dos ordenamentos internacional e transnacional. A ideia de CER vem sendo difundida com base na atuação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em especial no que diz respeito as Diretrizes OCDE para Empresas Multinacionais (Diretrizes da OCDE) lança-

acerca do conceito de *lex mercatoria*, indica-se o artigo de Tomazette publicado anteriormente nessa Revista. TOMAZETTE, Marlon. Internacionalização do direito além do Estado: a nova *lex mercatoria* e sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012, p. 93-121.

26 INTERNATIONAL CODE OF CONDUCT ASSOCIATION. The international code of conduct for private security service providers. Available in: < [http://www.icoca.ch/en/the\\_icoc](http://www.icoca.ch/en/the_icoc)>. Access: 07 jul. 2016.

27 ENVIRONMENTAL & Social Risk Policy Framework. 2015. Available in: < [https://www.ubs.com/global/en/about\\_ubs/corporate\\_responsibility/how-we-do-business/protecting-people-and-planet/environmental-and-social-risks/\\_jcr\\_content/par/linklist\\_0/link\\_0.2049074265.file/bGluy9wYXR0PS9jb250ZW50L2RhbS9zdGF0aWMvZ2xvYmFsL2Fib3V0X3Vicy9jb3Jwb3JhdGVfcmVzcG9uc2liaWxpdkVzLWVzci1mcmFtZXdvcmstdXBkYXRILTIwMTYtZW4ucGRm/ubs-csr-framework-update-2016-en.pdf](https://www.ubs.com/global/en/about_ubs/corporate_responsibility/how-we-do-business/protecting-people-and-planet/environmental-and-social-risks/_jcr_content/par/linklist_0/link_0.2049074265.file/bGluy9wYXR0PS9jb250ZW50L2RhbS9zdGF0aWMvZ2xvYmFsL2Fib3V0X3Vicy9jb3Jwb3JhdGVfcmVzcG9uc2liaWxpdkVzLWVzci1mcmFtZXdvcmstdXBkYXRILTIwMTYtZW4ucGRm/ubs-csr-framework-update-2016-en.pdf)> Access: 07 jul. 2016.

28 JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 221, n. 9, 1995. No contexto brasileiro deve-se ressaltar no que tange a teoria do diálogo das fontes, o trabalho realizado pela internacionalista Cláudia Lima Marques, por exemplo na obra: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do 'diálogo das fontes' no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 45, p. 71-99, 2003. Ainda, vale ressaltar, as observações realizadas por Santana e Vial acerca das teorias de Jayme e Marques sobre o diálogo das fontes no que tange as interações entre o direito brasileiro e o direito internacional privado: SANTANA, Héctor Valverde; VIAL, Sophia Martini. Proteção internacional do consumidor e cooperação interjurisdicional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 397-418, 2016.

das na década de 1970.<sup>29</sup> Contudo, a noção de CER não se encontrava presente no documento ainda que fosse possível depreendê-la de uma leitura das primeiras versões das Diretrizes da OCDE com um enfoque baseado na proteção aos direitos humanos e ao meio ambiente. A inclusão do termo conduta empresarial responsável no texto das Diretrizes da OCDE só veio a ocorrer no preâmbulo da versão do ano 2000. No entanto, foi na versão de 2011 que o conceito de CER foi incorporado aos dispositivos das Diretrizes da OCDE, bem como passou a desempenhar uma função central na aplicação e implementação dessas, refletindo os desenvolvimentos causados pela adoção dos Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (Princípios para Empresas e Direitos Humanos).<sup>30</sup>

É importante ressaltar que, apesar de o conceito de conduta empresarial responsável ter sido incorporado pelas Diretrizes da OCDE, ou seja, um documento de direito internacional (*soft law*), este encontra suas origens, bem como sua propagação no campo transnacional. Ou seja, a ideia de CER é produto de uma construção coletiva entre diversos atores sociais, tais como governos, organizações internacionais, empresas, sindicatos e sociedade civil, e, mesmo tendo sido incorporada pelas Diretrizes da OCDE, o conceito estende-se para além dos limites que caracterizam o direito internacional. Ademais, ainda que o conceito de conduta empresarial responsável possua o mesmo ponto de partida da já conhecida e amplamente utilizada ideia de responsabilidade social da empresa (RSE), qual seja o de fazer com que empresas passem a levar em consideração durante suas operações assuntos relacionados ao interesse coletivo, por exemplo proteção do meio ambiente e respeito a direitos humanos, a forma com que CER e RSE se manifestam é divergente.

A noção de responsabilidade social da empresa esteve, historicamente, associada ao filantropismo e a uma análise estritamente economicista do papel da atividade

de empresarial em que ações relativas a RSE não estão integradas aos propósitos e fins da empresa, ou seja, não se integram aos seus procedimentos internos, uma vez que tais ações são vistas como um “extra”.<sup>31</sup> Sendo assim, muitas vezes, por mais que empresas estivessem a par do potencial de geração de risco socioambiental de suas atividades, estas não encontravam respostas em suas políticas de RSE sobre como poderiam operacionalizar estratégias de prevenção de danos e mitigação de abusos cometidos.

O conceito de conduta empresarial responsável, por sua vez, busca potencializar o poder transformador e de impacto positivo de empresas juntamente às sociedades em que atuam (tal como a ideia de RSE), aliando suas práticas a diretrizes e critérios, via de regra, setoriais que auxiliem empresas a operacionalizar ações na área de CER visando adotar estratégias de prevenção de danos e mitigação de abusos cometidos. Contudo, ações vinculadas a CER não podem ser criadas de modo isolado, tais quais as de RSE, pois estas pressupõem para sua criação um processo participativo entre diversos atores atuantes em determinado setor produtivo, bem como aqueles que são afetados pelas atividades desenvolvidas por tal setor.<sup>32</sup> Ademais, para além dos tradicionais temas voltados à proteção do meio ambiente e respeito aos direitos humanos, abordados por ações na área de RSE, o enfoque de CER também volta-se para áreas como relações de trabalho e responsabilidade financeira, em especial, o combate à corrupção e à evasão fiscal.<sup>33</sup> Além disso, uma vez que CER caracteriza-se por estabelecer critérios mínimos esperados de determinado setor, empresas são demandadas a adequar seus procedimentos internos à luz de tais diretrizes por diversos atores sociais, tais como agências reguladoras e instituições financeiras.

Sendo assim, observa-se que o conceito de conduta empresarial responsável postula que empresas atuem

29 ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico para empresas multinacionais. 2011. Disponível em: < <http://www.pcn.fazenda.gov.br/assuntos/ocde/arquivos/2011-diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais-pt-br.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

30 UNITED NATIONS. *Protect, respect and remedy: a framework for business and human rights: report of the on the issue of human rights and transnational corporations and other enterprises*, John Ruggie. 2008. UN Doc: A/HRC/8/5.

31 NIEUWENKAMP, Roel. 2016: CSR is dead! What's next? OECD insights: debate the issues. 2016. Available in: <<http://oecdinsights.org/2016/01/22/2016-csr-is-dead-whats-next/>>. Access: 07 jul. 2016.

32 NIEUWENKAMP, Roel. Legislation on responsible business conduct must reinforce the wheel, not reinvent it. In: LOVE, Patrick. *Debate the issues: investment*. Paris: OECD Publishing, 2016. p. 29-33.

33 ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico para empresas multinacionais. 2011. Disponível em: < <http://www.pcn.fazenda.gov.br/assuntos/ocde/arquivos/2011-diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais-pt-br.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

de maneira consistente com as leis em vigor em determinado ordenamento jurídico interno, bem como com normas reconhecidas internacionalmente<sup>34</sup> sejam estas oriundas do direito internacional (independentemente se o Estado onde essas operam tenham ou não ratificado tais normas) ou do direito transnacional. Logo, é possível afirmar que o conceito de CER não apenas pressupõe, mas também demanda a realização de um contínuo diálogo visando uma efetiva integração das três ordens jurídicas. Dessa forma, a próxima parte deste artigo analisa, por meio do conceito de CER, como o direito brasileiro, com base no princípio da função social da empresa, interage com o direito internacional, em especial com os pilares da obrigação estatal de proteger e a responsabilidade de privados de respeitar direitos humanos e com o direito transnacional para que juntos possam determinar o que se espera da conduta empresarial.

## 5. INTERAÇÕES DO DIREITO BRASILEIRO COM AS ORDENS INTERNACIONAL E TRANSNACIONAL À LUZ DO CONCEITO DE CONDUTA EMPRESARIAL RESPONSÁVEL

O conceito de conduta empresarial responsável encontra, no ordenamento jurídico brasileiro, ressonância juntamente ao princípio da função social presente no artigo 170, III da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que orienta o regramento das relações entre empresas e sociedade. De acordo com Perez, tal princípio possui duas vertentes de aplicação.<sup>35</sup> A primeira dedica-se ao incentivo e à preservação da atividade empresarial, uma vez que uma empresa, via de regra, gera, nos locais onde opera, empregos diretos e indiretos, paga tributos, bem como contribui para o desenvolvimento de determinada localidade. Tal vertente é a mais utilizada pela jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, principalmente em processos falimentares em que se visa à

manutenção da atividade empresarial. No que se refere ao campo do direito internacional, tal acepção do princípio da função social mostra-se presente nos tratados internacionais relativos à área de investimentos celebrados entre países, os quais preveem incentivos e proteção equiparada aos níveis nacionais a empresas estrangeiras que fazem investimentos em determinado país.

A segunda vertente oriunda da aplicação do princípio da função social da empresa, que enfatiza a necessidade de submeter o exercício da livre atividade empresarial ao respeito a assuntos de interesse coletivo, tais como direitos trabalhistas, direitos humanos e proteção do meio ambiente, é a que interage de modo mais próximo e direto com o conceito de CER.<sup>36</sup> Contudo, a prática forense revela que, na maioria das vezes, a aplicação de tal vertente do princípio constitucional da função social é realizada de modo a levar apenas em consideração dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro e deixando de lado normas e parâmetros oriundos do direito internacional e transnacional, bem como distanciando-se dos pressupostos de uma CER. Porém, a realização de um diálogo entre as ordens brasileira, internacional e transnacional não é, apenas, possível em termos jurídicos, como também é necessária para que empresas possam atuar de maneira responsável.

No que diz respeito ao papel do Estado brasileiro, a interação entre os ordenamentos jurídicos interno, internacional e transnacional possui como base dialógica o princípio constitucional da função social e os Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (Princípios para Empresas e Direitos Humanos).<sup>37</sup> Ademais, deve-se ressaltar que os Princípios para Empresas e Direitos Humanos, mesmo sendo o produto da consulta entre diversos atores sociais e aprovado pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, não são *a priori* pertencentes ao campo do direito transnacional, uma vez que eles operam dentro dos limites clássicos do direito internacional. Isto é, os Princípios para Empresas e Direitos Humanos devem ser vistos como uma ferramenta de tradução de instrumentos clássicos do direito interna-

34 ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico para empresas multinacionais. 2011. Disponível em: < <http://www.pcn.fazenda.gov.br/assuntos/ocde/arquivos/2011-diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais-pt-br.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

35 PEREZ, Viviane. Função social da empresa: uma proposta de sistematização do conceito. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 197-222.

36 PEREZ, Viviane. Função social da empresa: uma proposta de sistematização do conceito. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 197-222.

37 UNITED NATIONS. *Protect, respect and remedy: a framework for business and human rights: report of the on the issue of human rights and transnational corporations and other enterprises*, John Ruggie. 2008. UN Doc: A/HRC/8/5.

cional, por exemplo, tratados e convenções de direitos humanos, para a atividade empresarial. Nesse sentido, os Princípios para Empresas e Direitos Humanos requerem que Estados não apenas observem questões relativas a temas relacionados com CER em relações em que o Estado esteja presente, mas também que estes adotem medidas para evitar que empresas abusem de direitos de terceiros, bem como incentivem tais atores a adotarem uma conduta empresarial responsável.

No caso brasileiro, a interação entre os mandamentos constitucionais, tais como o princípio da função social da empresa e a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, com as diretrizes internacionais, evidencia-se, por exemplo, nos recentes Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos celebrados pelo Brasil com países como Chile<sup>38</sup> e Colômbia<sup>39</sup> que possuem cláusulas estipulando que empresas adotem “princípios e normas voluntárias para uma conduta empresarial responsável”.<sup>40</sup> Assim, em decorrência da redação de tais cláusulas, normas provenientes do direito transnacional, que são caracterizadas pela sua voluntariedade, tais como as regulações privadas transnacionais voltadas ao regramento da atividade empresarial, também passam a integrar o diálogo estabelecido entre os ordenamentos brasileiro e internacional.

Para além de orientar as ações do Estado brasileiro, no que tange à regulação da atividade empresarial, o princípio da função social da empresa, interpretado à luz do conceito de CER, também implica uma mudança na conduta empresarial. A interpretação de tal princípio constitucional, em especial, no que tange sua segunda vertente de aplicação, deve se basear no critério da responsabilidade de respeitar, o qual, além de ser

um dos pilares fundantes dos Princípios para Empresas e Direitos Humanos, direciona-se, diretamente, à atividade empresarial. De acordo com as Nações Unidas, a responsabilidade de respeitar das empresas vincula-se ao mínimo com os direitos assegurados na Carta Internacional de Direitos Humanos e nas oito Convenções Núcleo da OIT.<sup>41</sup> Ademais, empresas são demandadas por tal critério a adotarem políticas e processos de devida diligência (*due diligence*) a fim de identificarem, prevenirem, mitigarem e quando necessário repararem os impactos negativos causados de maneira direta ou indireta por suas atividades.<sup>42</sup> Nesse contexto, regras oriundas do direito transnacional passam a desempenhar um papel determinante na regulação da atividade empresarial, uma vez que são elas que estabelecem nos mais determinados setores produtivos os critérios e parâmetros reconhecidos internacionalmente para os processos de devida diligência.

Além disso, no que se refere às interações entre os ordenamentos jurídicos interno, internacional e transnacional, particularmente com base nas normas de direito transnacional relativas aos processos de devida diligência, devem-se ressaltar as orientações adotadas pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU em junho de 2016: a *Guidance to improve corporate accountability and access to judicial remedy for business-related human rights abuses*.<sup>43</sup> O documento sugere que órgãos de fiscalização (*enforcement agencies*), bem como o judiciário, ao apreciarem casos relativos a abusos de direitos humanos cometidos por empresas, levem em consideração, ao desempenharem suas funções, as políticas e processos de devida diligência específicos do setor de atuação, em especial aqueles relativos ao local onde tais fatos ocorreram.

38 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Acordo de cooperação e facilitação de investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile*. 2015. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-a-republica-do-chile>> Acesso em: 07 jul. 2016.

39 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Acordo de cooperação e facilitação de investimentos entre a República da Colômbia e a República Federativa do Brasil*. 2015. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-da-colombia-e-a-republica-federativa-do-brasil>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

40 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Acordo de cooperação e facilitação de investimentos entre a República da Colômbia e a República Federativa do Brasil*. 2015. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-da-colombia-e-a-republica-federativa-do-brasil>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

41 UNITED NATIONS. *Report of the special representative of the secretary-general on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie: guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations protect, respect and remedy framework*. 2011. UN Doc: A/HRC/17/31.

42 UNITED NATIONS. *Report of the special representative of the secretary-general on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie: guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations protect, respect and remedy framework*. 2011. UN Doc: A/HRC/17/31.

43 UNITED NATIONS. *Human rights council: business and human rights: improving accountability and access to remedy*. 2016. UN Doc. A/HRC/32/L.19. UNITED NATIONS. *Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse report of the United Nations high commissioner for human rights. Policy Objective 3*. 2016. UN Doc. A/HRC/32/19.



Logo, a fim de demonstrar, de forma concreta, como ocorrem as interações entre normas oriundas dos ordenamentos brasileiro, internacional e transnacional à luz do conceito de conduta empresarial responsável o exemplo do setor agrícola, em especial, a atividade de empresas responsáveis pela plantação de soja será analisado a seguir.

## 6. CONDUTA EMPRESARIAL RESPONSÁVEL E INTERAÇÃO NORMATIVA NO CONTEXTO DA PRODUÇÃO DE SOJA

O Brasil é um dos maiores produtores de soja do mundo e grande parte da produção é destinada ao mercado exterior.<sup>44</sup> Dessa forma, torna-se necessário que a produção de tal *commodity* seja orientada não apenas de acordo com as normativas de direito interno, mas também levando-se em consideração os regramentos oriundos dos direitos internacional e transnacional. Logo, a presente seção, à luz do conceito de CER, demonstra como a interação entre os três ordenamentos jurídicos ocorre no contexto da produção de soja. Contudo, é importante ressaltar que tal exercício será realizado levando em consideração apenas uma das várias fontes normativas de cada um dos ordenamentos jurídicos.

A produção de soja, geralmente, se dá em grandes propriedades e no regime de monocultura, o que não apenas pressiona os ecossistemas onde tal atividade ocorre, mas também os ecossistemas limítrofes e o bioma onde tal atividade é realizada. Logo, a proteção e preservação ao meio ambiente possuem um papel central na especificação dos critérios relativos a uma conduta empresarial responsável no contexto do plantio de soja. Nesse sentido, tal objetivo propicia que a incompletude de cada uma das ordens jurídicas seja minimizada com base em uma maior interação entre as normas de direito brasileiro, internacional e transnacional resultando em critérios mais específicos e adequados visando alcançar maiores níveis de proteção e preservação ambiental.

Por exemplo, a Convenção sobre Diversidade Biológica<sup>45</sup> lança as bases ao nível internacional sobre medi-

das para conservação e utilização sustentável de ecossistemas. Nesse sentido, disposições do Código Florestal Brasileiro<sup>46</sup> determinam que imóveis rurais mantenham áreas com cobertura de vegetação nativa a título de reserva legal, objetivando a “conservação e reabilitação processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa”.<sup>47</sup> No mesmo sentido, normas de direito transnacional específicas para a produção de soja, tal como o Padrão RTRS (*Round Table on Responsible Soy*) de Produção de Soja Responsável determina que produtores de soja possuam um plano de implementação e monitoramento visando a preservação da vegetação nativa e vida silvestre na propriedade.<sup>48</sup>

Contudo, nem sempre a interação normativa entre os ordenamentos brasileiro, internacional e transnacional ocorre de forma complementar e harmônica como no exemplo acima. Muitos são os casos em que as interações entre as ordens jurídicas acabam por gerar conflitos entre dispositivos normativos. No contexto da produção de soja, a partir dos instrumentos analisados, observa-se uma dissidência entre os requisitos exigidos, como no caso do direito à liberdade sindical. Empresas envolvidas com a produção de soja que visem ter uma CER de acordo com parâmetros normativos oriundos do direito internacional, tais como os Princípios para Empresas e Direitos Humanos<sup>49</sup> e as Diretrizes da OCDE,<sup>50</sup> devem respeitar a Convenção no. 87 da OIT

*Treaty Series*, v. 1760, p. 79. 1992. Available in: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/1996/CN.29.1996-Eng.pdf>> Access: 07 jul. 2016.

46 BRASIL. *Lei n. 12.651 de 25 de maio de 2012*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20112014/2012/lei/112651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2012/lei/112651.htm)>. Acesso em: 07 jul. 2016.

47 BRASIL. *Lei n. 12.651 de 25 de maio de 2012*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20112014/2012/lei/112651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2012/lei/112651.htm)>. Acesso em: 07 jul. 2016. Artigo 3, inciso III.

48 ROUND TABLE ON RESPONSIBLE SOY. *RTRS standard for responsible soy production: version 3.0*. 2016. Available in: <[http://www.responsiblesoy.org/wpdm-package/english-rtrs-standard-responsible-soy-production-version-3-0/?wpdmdl=11005&ind=HSpWNIL91n4Vs8RcZTO1OPd4\\_KoNqepzJLBM15WD8OHulhbQfAo-91WQpL3QDLFEJrb05QF21JPWt5Jc04i5nbHigeu5l-0W88hAJOkxC-IH9eDMW4EU6dkelpdCLbUlcX5IO12iSr9QU-UN-382mH\\_yBk7sROQmXGJTbnMo8twAuGRgsoaYNB-akul2sgKYde](http://www.responsiblesoy.org/wpdm-package/english-rtrs-standard-responsible-soy-production-version-3-0/?wpdmdl=11005&ind=HSpWNIL91n4Vs8RcZTO1OPd4_KoNqepzJLBM15WD8OHulhbQfAo-91WQpL3QDLFEJrb05QF21JPWt5Jc04i5nbHigeu5l-0W88hAJOkxC-IH9eDMW4EU6dkelpdCLbUlcX5IO12iSr9QU-UN-382mH_yBk7sROQmXGJTbnMo8twAuGRgsoaYNB-akul2sgKYde)>. Acesso: 07 jul. 2016.

49 UNITED NATIONS. *Report of the special representative of the secretary: general on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, John Ruggie: guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations protect, respect and remedy framework. 2011. UN Doc: A/HRC/17/31. Guiding Principle 12.

50 ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESEN-

44 EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA. *Soja em números: safra 2014/2015*. Disponível em: <<https://www.embrapa.br/soja/cultivos/soja1/dados-economicos>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

45 UNITED NATIONS. *Convention on biological diversity*. UN

sobre liberdade sindical e a proteção do direito sindical, que possui o *status* de convenção núcleo e estabelece que

trabalhadores e as entidades patronais, sem distinção de qualquer espécie, têm o direito, sem autorização prévia, de constituírem organizações da sua escolha, assim como o de se filiarem nessas organizações, com a única condição de se conformarem com os estatutos destas últimas.<sup>51</sup>

O respeito a tal convenção também é demandado por normas de direito transnacional aplicáveis ao setor produtivo de soja, como por exemplo, o Padrão RTRS (*Round Table on Responsible Soy*) de Produção de Soja Responsável.<sup>52</sup> Contudo, tais normas encontram-se em conflito com o direito brasileiro, uma vez que, além de o Brasil não ter assinado a Convenção no. 87 da OIT, a Constituição Federal adota o princípio da unidade sindical (art. 8º, II CF/88). Nesse caso, à luz do conceito de conduta empresarial responsável, tal interação entre o direito brasileiro com normas de direito internacional e transnacional acaba por resultar em um conflito.

Uma leitura simplista do conceito de conduta empresarial responsável apontaria para a inexistência de um conflito, uma vez que CER demanda e toma como ponto de partida o respeito e o cumprimento da legislação nacional. Logo, nesse caso prevaleceria o dispositivo constitucional. Contudo, não se pode esquecer que, para além da necessidade de cumprir a legislação nacional<sup>53</sup>, encontra-se no núcleo do conceito de conduta empresarial responsável o segundo pilar fundante dos Princípios para Empresas e Direitos Humanos, qual seja a responsabilidade empresarial de respeitar os direitos assegurados na Carta Internacional de Direitos

Humanos e nas oito Convenções Núcleo da OIT, que existem de modo independente das obrigações oriundas do direito interno.<sup>54</sup> Dessa forma, torna-se necessária a realização de um diálogo entre tais normas, como proposto por Jayme,<sup>55</sup> que vise à solução de tal conflito, uma vez que a adoção de um critério de resolução de conflitos que proponha a não observância de uma das normas desse cenário não se mostra adequada.

Porém, é importante frisar que para além de um diálogo normativo a solução de tal conflito perpassa por um outro aspecto central do conceito de CER, qual seja a existência de um processo participativo. Sendo assim, a torna-se necessária a realização de um diálogo envolvendo diversos atores sociais que estejam relacionados com tal cenário, por exemplo, produtores de soja, trabalhadores, sindicatos e representantes do Ministério Público do Trabalho, visando construir uma solução coletiva e sensível às particularidades do cenário no qual incide tal conflito normativo.<sup>56</sup> Tal exercício, ainda que não proposto pelo Padrão RTRS (*Round Table on Responsible Soy*) de Produção de Soja Responsável, é sugerido por outras regulações privadas transnacionais, como é o caso do GoodWeave Standard,<sup>57</sup> que se concentra em questões relativas ao combate ao trabalho infantil na produção de tapetes. No caso de conflito semelhante, ou seja, da aplicação do standard em países que não ratificaram a Convenção 87 da OIT, a regulação sugere que mecanismos de representação de trabalhadores, tais como *grievance cells*, sejam criadas por produtores.

Logo, observa-se que, para a solução para os conflitos entre normas de direito interno, internacional e transnacional, não existem alternativas do tipo *one size*

VOLVIMENTO ECONÔMICO. Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico para empresas multinacionais. 2011. Disponível em: < <http://www.pcn.fazenda.gov.br/assuntos/ocde/arquivos/2011-diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais-pt-br.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

51 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 87 sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical*. 1948. Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br/content/liberdade-sindical-e-prote%C3%A7%C3%A3o-ao-direito-de-sindicaliza%C3%A7%C3%A3o>>. Access: 07 jul. 2016. Artigo 2.

52 ROUND TABLE ON RESPONSIBLE SOY. *RTRS standard for responsible soy production*. Version 3.0. 2016. Critério 2.4.1 e Orientação 2.4.1.

53 ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico para empresas multinacionais*. 2011. Disponível em: < <http://www.pcn.fazenda.gov.br/assuntos/ocde/arquivos/2011-diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais-pt-br.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

54 UNITED NATIONS. *Report of the special representative of the secretary: general on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie: guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations protect, respect and remedy framework*. 2011. UN Doc: A/HRC/17/31. Guiding Principle 11 e 12.

55 JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 221, n. 9, 1995. Veja também nota de rodapé 28.

56 UNITED NATIONS. *Report of the special representative of the secretary: general on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie: guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations protect, respect and remedy framework*. 2011. UN Doc: A/HRC/17/31. Guiding Principles 3(d) e 18 (b).

57 GOODWEAVE INTERNATIONAL. *GoodWeave generic international standard for rug producers*. 2016. Available in: <<http://www.goodweave.org/standard>>. Access: 07 jul. 2016.

*fits all*, uma vez que estas são criadas com base em duas formas dialógicas, quais sejam: um diálogo normativo, como já mencionado, bem como um diálogo entre diversos atores sociais envolvidos tendo como base o respeito dos valores fundantes das ordens jurídico-sociais presentes em tal contexto.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo, buscou-se explorar as interações entre o direito brasileiro com os direitos internacional e transnacional. Para tal fim, o conceito de conduta empresarial responsável proposto pelas Diretrizes da OCDE foi utilizado como base, uma vez que este tem suas origens e aplicação no campo transnacional, bem como demanda a realização de um contínuo diálogo entre as três ordens jurídicas analisadas. Sendo assim, o presente artigo dedicou-se em suas três primeiras partes a contribuir para com os debates acerca dos conceitos de direito transnacional em Língua Portuguesa, em especial analisando as discussões propostas pela literatura jurídica anglófona, bem como apresentar o conceito de CER, o qual, ainda, não é muito utilizado pela no campo jurídico.

As interações entre os ordenamentos jurídicos brasileiro, internacional e transnacional também foram analisadas tendo como parâmetros conceitos abertos e complementares endereçados a regulação da atividade empresarial, quais sejam a função social da empresa, CER e responsabilidade empresarial de respeitar. Tal análise permitiu concluir, seja em termos teóricos ou práticos, a partir do estudo de caso proposto, que a realização de um diálogo entre as ordens brasileira, internacional e transnacional não é apenas possível em termos jurídicos, mas também necessário a fim que se possa determinar de modo claro e preciso os critérios que embasam a regulação da atividade empresarial responsável.

Dessa forma, verifica-se que é possível a superação de uma interpretação hermética da ideia de função social da empresa, a qual é vigente no contexto brasileiro, à luz do conceito de CER que catalisa a observância de critérios oriundos das ordens internacional e transnacional. Contudo, vale ressaltar, como demonstrado com base no estudo de caso realizado, que o diálogo normativo entre diferentes ordens jurídicas é de natureza complexa, ou seja, apresenta relações complementares

e harmônicas, bem como antagônicas e conflituosas. Logo, no que tange à solução de conflitos normativos resultantes das interações entre as ordens jurídicas brasileira, internacional e transnacional à luz do conceito de CER, deve-se ter em mente que não existem soluções prontas, ou seja, torna-se necessária a realização de um amplo diálogo entre diversos atores sociais envolvidos na relação social visando à solução de tal conflito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEMANHA. *Deutscher corporate governance kodex*. 2015. Available in: <[http://www.dcgk.de//files/dcgk/user-content/en/download/code/2015-05-05\\_Corporate\\_Governance\\_Code\\_EN.pdf](http://www.dcgk.de//files/dcgk/user-content/en/download/code/2015-05-05_Corporate_Governance_Code_EN.pdf)> Access: 07 jul. 2016.
- BENTHAM, Jeremy. *The principles of international law*. Available in: <<http://www.laits.utexas.edu/poltheory/bentham/pil/index.html>>. Access: 07 jul. 2016.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Acordo de cooperação e facilitação de investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile*. 2015. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-a-republica-do-chile>> Acesso em: 07 jul. 2016.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Acordo de cooperação e facilitação de investimentos entre a República da Colômbia e a República Federativa do Brasil*. 2015. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-da-colombia-e-a-republica-federativa-do-brasil>>. Acesso em: 07 jul. 2016.
- BRASIL. *Lei n. 12.651 de 25 de maio de 2012*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm)>. Acesso em: 07 jul. 2016.
- CAFAGGI, Fabrizio. New foundations of transnational private regulations. *Journal of Law and Society*. v. 38 n. 1, p. 20-49, mar. 2011.
- D'ASPREMONT, Jean. From a pluralisation of international norm-making process to a pluralization of the concept of international law. In: PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses; WOUTERS, Jan. *Informal International Lawmaking*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 185-199.



- EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA. *Soja em números: safra 2014/2015*. Disponível em: < <https://www.embrapa.br/soja/cultivos/soja1/dados-economicos>>. Acesso em: 07 jul. 2016.
- FARIA, Tiago Silveira de. A influência do direito desportivo transnacional no ordenamento jurídico brasileiro: da reprodução de normas à aplicação direta pela jurisdição estatal. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 323-340, dez. 2015.
- FINANCIAL STABILITY BOARD. *Key standards for sound financial systems*. Available in: <[http://www.fsb.org/what-we-do/about-the-compendium-of-standards/key\\_standards/](http://www.fsb.org/what-we-do/about-the-compendium-of-standards/key_standards/)>. Access: 07 jul. 2016.
- FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 395-414, jun. 2015.
- GOODWEAVE INTERNATIONAL. *GoodWeave generic international standard for rug producers*. 2016. Available in: <<http://www.goodweave.org/standard>>. Access: 07 jul. 2016.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Principles for corporate governance*. 2015. Available in: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264236882-en>>. Access: 07 jul. 2016.
- HALLIDAY, Terence; SHAFFER, Gregory. *Transnational legal orders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- INTERNATIONAL CODE OF CONDUCT ASSOCIATION. *The international code of conduct for private security service providers*. Available in: < [http://www.icoca.ch/en/the\\_icoc](http://www.icoca.ch/en/the_icoc)>. Access: 07 jul. 2016.
- JANIS, Mark W. Jeremy Bentham and the fashioning of international law. *American Journal of International Law*, v. 78, n. 2, p. 405-418, abr. 1984.
- JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 221, n. 9, 1995.
- JESSUP, Philip. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956.
- KANT, Immanuel. *À paz perpetua*. São Paulo: L&PM, 2010.
- KIMBERLEY PROCESS CERTIFICATION SCHEME. *Kimberley process certification scheme core document*. Available in: <<https://www.kimberleyprocess.com/en/kpcs-core-document>>. Access: 07 jul. 2016.
- KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, n. 15, p. 15-61, 2005.
- KOH, Harold. Remarks: twenty-first-century international law-making. *The Georgetown Law Journal*, v. 101, n. 3, p. 725-747, may 2013.
- KOH, Harold. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, n. 1, p. 181-207, jan. 1996.
- MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do 'diálogo das fontes' no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 45, p. 71-99, 2003.
- MORAIS, Dulce Teresinha Barros Mendes de et. al. O papel do direito no contexto do desenvolvimento sustentável: uma avaliação qualitativa de programas corporativos de responsabilidade socioambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 141-158.
- MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand, 2000.
- NIEUWENKAMP, Roel. 2016: CSR is dead! What's next? OECD insights: debate the issues. 2016. Available in: <<http://oecdinsights.org/2016/01/22/2016-csr-is-dead-whats-next/>>. Access: 07 jul. 2016.
- NIEUWENKAMP, Roel. Legislation on responsible business conduct must reinforce the wheel, not reinvent it. In: LOVE, Patrick. *Debate the issues: investment*. Paris: OECD Publishing, 2016. p. 29-33.
- NOORTMANN, Math. Transnational law: Philip Jessup's Legacy and Beyond. In: NOORTMANN, Math; REINISCH, August; RYNGAERT, Cedric. *Non-state actors in international law*. Oxford: Hart Publishing, 2015. p. 57-74.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 87 sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical*. 1948. Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br/content/liberdade-sindical-e-prote%C3%A7%C3%A3o-ao-direito-de-sindicaliza%C3%A7%C3%A3o>>. Access: 07 jul. 2016.



ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico para empresas multinacionais*. 2011. Disponível em: < <http://www.pcn.fazenda.gov.br/assuntos/ocde/arquivos/2011-diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais-pt-br.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses; WOUTERS, Jan. *Informal international lawmaking*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

PEREZ, Viviane. Função social da empresa: uma proposta de sistematização do conceito. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 197-222.

POSTIGA, Andréa Rocha. A emergência do direito administrativo global como ferramenta de regulação transnacional do investimento estrangeiro direto. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n.1, p. 171-193, 2013.

ROUNDTABLE ON RESPONSIBLE SOY. *RTRS standard for responsible soy production*. version 3.0. 2016. Available in: <[http://www.responsiblesoy.org/wpdm-package/english-rtrs-standard-responsible-soy-production-version-3-0/?wpdm\\_dl=11005&ind=HSpWNIL91n4Vs8RcZTO1OPd4\\_KoNqepzJLBM15WD8OHulhbQfAo-91WQpL3QDLFEJrb05QF2lJPWt5Jc04i5nbHig e u 5 1 0 W 8 8 h A J O k x C - I H 9 e D M W 4 E U 6 d k e l p d C L b U l c X 5 1 O 1 2 i - S r 9 Q U U N - 3 8 2 m H - y B k 7 s R O Q m X G J T b n M o 8 t w A u G R g s o a Y N B - a k u l - 2 s g K Y d e](http://www.responsiblesoy.org/wpdm-package/english-rtrs-standard-responsible-soy-production-version-3-0/?wpdm_dl=11005&ind=HSpWNIL91n4Vs8RcZTO1OPd4_KoNqepzJLBM15WD8OHulhbQfAo-91WQpL3QDLFEJrb05QF2lJPWt5Jc04i5nbHig e u 5 1 0 W 8 8 h A J O k x C - I H 9 e D M W 4 E U 6 d k e l p d C L b U l c X 5 1 O 1 2 i - S r 9 Q U U N - 3 8 2 m H - y B k 7 s R O Q m X G J T b n M o 8 t w A u G R g s o a Y N B - a k u l - 2 s g K Y d e)>. Access: 07 jul. 2016.

SANTANA, Héctor Valverde; VIAL, Sophia Martini. Proteção internacional do consumidor e cooperação interjurisdicional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 397-418, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2014.

SCOTT, Craig. Transnational law as a proto-concept: three conceptions. *German Law Journal*, v. 10, n. 7, p. 859-876, jul. 2009

TOMAZETTE, Marlon. Internacionalização do direito além do estado: a nova lex mercatoria e sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012, p. 93-121.

ENVIRONMENTAL & social risk policy framework. 2015. Available in: < [https://www.ubs.com/global/en/about\\_ubs/corporate\\_responsibility/how-we-do-business/protecting-people-and-planet/environmental-and-social-risks/\\_jcr\\_content/par/linklist\\_0/link\\_0.2049074265.file/bGluay9wYXRoPS9jb250ZW50L2RhbS9zdGF0aWMvZ2xvYmFsL2Fib3V0X3Vicy9jb3Jwb3JhdGVfcmVzcG9uc2liaWxpdHkvdWJzLWVzci1mcmFtZXdxcmstdXBkYXRILTIwMTYtZW4ucGRm/ubs-esr-framework-update-2016-en.pdf](https://www.ubs.com/global/en/about_ubs/corporate_responsibility/how-we-do-business/protecting-people-and-planet/environmental-and-social-risks/_jcr_content/par/linklist_0/link_0.2049074265.file/bGluay9wYXRoPS9jb250ZW50L2RhbS9zdGF0aWMvZ2xvYmFsL2Fib3V0X3Vicy9jb3Jwb3JhdGVfcmVzcG9uc2liaWxpdHkvdWJzLWVzci1mcmFtZXdxcmstdXBkYXRILTIwMTYtZW4ucGRm/ubs-esr-framework-update-2016-en.pdf)> Access: 07 jul. 2016.

UNITED NATIONS. Convention on biological diversity. *UN Treaty Series*, v. 1760, p. 79. 1992. Available in: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/1996/CN.29.1996-Eng.pdf>> Access: 07 jul. 2016.

UNITED NATIONS. *Human rights council: business and human rights: improving accountability and access to remedy*. 2016. UN Doc. A /HRC/32/L.19.

UNITED NATIONS. *Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse report of the United Nations high commissioner for human rights*. Policy Objective 3. 2016. UN Doc. A/HRC/32/19.

UNITED NATIONS. *Protect, respect and remedy: a framework for business and human rights: report of the on the issue of human rights and transnational corporations and other enterprises*, John Ruggie. 2008. UN Doc: A/HRC/8/5.

UNITED NATIONS. *Report of the special representative of the secretary: general on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, John Ruggie: guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations protect, respect and remedy framework. 2011. UN Doc: A/HRC/17/31.

ZUMBANSEN, Peer. Neither 'public' nor 'private', 'national' nor 'international': Transnational corporate governance from a legal pluralistic perspective. *Journal of Law and Society*. v. 38 n. 1, p. 50-75, mar. 2011.

ZUMBANSEN, Peer. Transnational private regulatory governance: ambiguities of public authority and private power. *Osgoode CLPE Research Paper Series*, Toronto, v. 8, n. 10, p. 1-38, 2012.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Arbitragem no direito tributário internacional e no direito internacional dos investimentos:** uma manifestação do direito transnacional

**Arbitration in international tax law and international investment law:** an manifestation of transnational law

Vivian Daniele Rocha Gabriel

# Arbitragem no direito tributário internacional e no direito internacional dos investimentos: uma manifestação do direito transnacional\*

## Arbitration in international tax law and international investment law: an manifestation of transnational law

Vivian Daniele Rocha Gabriel\*\*

### RESUMO

O artigo visa analisar as áreas do Direito Tributário Internacional e do Direito Internacional dos Investimentos, bem como os meios de solução de controvérsias aplicados, como manifestações do Direito Transnacional, uma vez que em ambos há a proeminência de entes privados que circulam além de seu mero território nacional e que podem, potencialmente, influenciar as ordens jurídicas domésticas. Partindo-se desse pressuposto, o objetivo do artigo é, também, examinar o funcionamento do mecanismo arbitral de resolução de litígios nessas duas esferas do direito e como se dá seu acesso, pelo que se efetuará uma comparação entre as duas sistemáticas e realçando, quando houver, suas similaridades e a necessidade de mudanças, e qual é a posição brasileira a respeito. A metodologia empregada manifesta-se como teórica, bibliográfica, descritiva e exploratória. Em conclusão, pode-se afirmar que, tanto no Direito Tributário Internacional quanto no Direito dos Investimentos, em relação a ambas as modalidades de Direito Transnacional, deve haver o acesso direto do particular ao mecanismo arbitral, que perseguirá, diretamente, seus interesses sem que haja o entreposto estatal. O artigo se mostra original, devido à existência de poucas análises jurídicas recentes que trazem à baila esses dois âmbitos do Direito Internacional como partes integrantes de um Direito Transnacional, além de comparar seu sistema de solução de controvérsias.

**Palavras-chave:** Direito tributário internacional. Direito internacional dos investimentos. Arbitragem. Direito transnacional.

### ABSTRACT

The article aims to analyze the International Tax Law and International Investment Law areas, as well as the dispute settlement mechanisms applied in both, revealed such as manifestations of Transnational Law, since both of them have prominent private actors that act beyond national borders and can influence domestic juridical orders. Assuming that outlook, the purpose of the article is also to examine the functioning of the arbitration dispute

\* Recebido em 15/07/2016  
Aprovado em 10/09/2016

\*\* Advogada. Doutoranda e Mestre em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (USP). Advogada Pesquisadora do Centro de Estudos do Comércio Global e Investimentos (CCGI/FGV). E-mail: vivian.d.rocha@gmail.com



settlement mechanism in both law spheres and how is the access to it, comparing and highlighting them, when it is possible, their similarities and the need to change, and which is the Brazilian position. The methodology adopted in the development of this research is bibliography, descriptive and exploratory. In conclusion, it can be affirmed that, in both International Tax Law and Investment Law, which are manifestation of Transnational Law, the private entities must have direct access to arbitral mechanism, pursuing directly their own interests without the need of the State. The article is original, because there are few recent legal studies on both International Law areas as part of a Transnational Law, beyond that there is also original the comparison of the dispute settlement systems.

**Keywords:** International tax law. International investment law. Arbitration. Transnational law.

## 1. INTRODUÇÃO

No mundo contemporâneo, as relações internacionais têm sido fundadas nas atividades das empresas transnacionais, que são, atualmente, os principais agentes globais e dinâmicos da economia mundial. Por atuarem em um mercado altamente competitivo, estas têm como interesse precípua que todos os obstáculos impeditivos, sejam removidos ou, até mesmo, em último caso, atenuados. Ocorre que um dos principais desafios do Direito Internacional na atualidade trata-se, justamente, da “criação e sedimentação de sistemas normativos internacionais capazes de aumentar a segurança jurídica internacional, mediante a qual os fluxos econômicos no âmbito externo seriam facilitados pela redução de riscos e custos transacionais”<sup>1</sup>.

Assim, devido à complexidade das relações econômicas internacionais e da variedade de atores, sejam eles empresas, Estados ou indivíduos, o que se presencia é a propagação de um Direito que vai além das fronteiras nacionais e que regula, portanto, as ações transnacionais em busca de maior segurança jurídica à pluralidade de atores envolvidos nas mais complexas relações envolvendo duas ou mais entidades.

A ação dos Estados se mostra relevante na seara internacional, pois, por intermédio de negociações internacionais, será possível analisar os pontos de convergência e de conflito nas relações e, por fim, se chegar a uma diretriz geral a ser seguida e cumprida, normalmente pela via de tratados e convenções internacionais.

Nesse diapasão, um dos principais instrumentos jurídicos internacionais que poderão cumprir essa lacuna e gerar maior segurança aos entes privados, em específico, aos investidores estrangeiros, são os acordos de promoção e proteção de investimentos estrangeiros, particularmente, na forma de tratados bilaterais de investimentos. Estes foram criados frente à necessidade de proteção aos investidores, que, muitas vezes, encontram óbices na ação estatal para o desenvolvimento e livre proliferação de seus capitais, como por exemplo, quando da ocorrência da obstrução na remessa de seus lucros ou na expropriação ou nacionalização de seus ativos, a exemplo do que ocorreu com a nacionalização dos ativos da Petrobras na Bolívia em 2006<sup>2</sup>.

Um outro elemento que se mostra relevante nessa atuação internacional é a tributação, de acordo com a categorização direta ou indireta, que incide nos produtos e serviços exportados e nas próprias empresas. Nesse contexto, reside o conceito de soberania fiscal, em que cada Estado, no âmbito de seu território e de acordo com seus critérios constitucionais, se encontra apto a instituir o sistema tributário que melhor convir com os seus interesses. Desse modo, inserem-se os acordos para se evitar a dupla tributação, que possuem como finalidade precípua evitar a dupla exigência de tributação relacionada a determinado fato gerador, o que se conecta, diretamente, com a busca da estabilização das relações, uma vez que os agentes envolvidos buscam, sempre, pela maximização de suas oportunidades e pela redução de riscos e de perdas.

As convenções para evitar a dupla tributação e os acordos para proteção e promoção de investimentos, portanto, têm o papel de estabelecer diretrizes a serem seguidas de modo a tentar estabilizar as relações internacionais e a condição dos investidores e contribuintes. Entretanto, caso haja violação desses tratados, os mecanismos de solução de controvérsias neles previstos serão acionados para que se reduza os efeitos disruptores.

1 COSTA, José Augusto Fontoura. Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul: uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos? *Revista Brasileira de Política Internacional*, 49, n. 2, p. 60-77, 2006. p. 60.

2 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over natural resources investment law and expropriation: the case of Bolivia and Brazil. *The Journal of World Energy Law and Business*, Oxford, v. 2, n. 2, p. 129-148, July 2009. p. 132.



Nesse sentido, o presente artigo pretende fazer um estudo interdisciplinar englobando tanto o Direito Tributário Internacional quanto o Direito Internacional dos Investimentos como manifestações legítimas do Direito Transnacional, que se trata de uma vertente jurídica direcionada a gerir e trazer maior estabilidade a fatos transnacionais, em especial, no contexto dos investimentos e da tributação. Será dada ênfase aos meios de solução de controvérsias previstos nas convenções para evitar a dupla tributação, quais sejam o procedimento amigável e, em especial, a arbitragem, e, em seguida, à arbitragem de investimentos realizada pelo mecanismo do Banco Mundial, que, apesar de não ser o único método para resolver litígios nesta matéria, ganhou destaque nos últimos anos.

Em seguida, será particularizado o posicionamento brasileiro quanto ao sistema arbitral tributário e ao sistema tradicional de arbitragem de investimentos. É nesse contexto justamente que se encontra a problemática do artigo, qual seja a posição de resistência do Brasil quanto a esses mecanismos arbitrais de solução de controvérsias, o que denota, conseqüentemente, a relutância também ao Direito Transnacional. Ainda, se coloca em questionamento o acesso do indivíduo tanto no sistema arbitral tributário internacional quanto no dos investimentos, pelo que se argumenta que o particular é legítimo para este acesso.

Para isso, serão comparados ambos os ramos do direito, que, apesar de serem subáreas distintas, possuem pontos de contato que serão descritos. Serão apresentadas, também, algumas críticas comuns quanto à posição brasileira de afastamento quanto a estes mecanismos arbitrais, principalmente, em razão do bloqueio do acesso do particular a esses sistemas de solução de controvérsias.

## 2. DIREITO TRANSNACIONAL

Atualmente, verifica-se que o mundo passa por um fenômeno de constante transformação, em particular, no que se refere à construção de relações, sejam elas pessoais, sejam elas comerciais, que vão além das fronteiras dos Estados, criando um emaranhado complexo de situações que exigem respostas jurídicas. Essa circunstância pode ser explicada por intermédio do que se denomina Direito Transnacional.

Nesse contexto, o Estado nacional não é mais o sujeito único das relações políticas, sociais e econômicas que pairam no cenário internacional. Esse atua em certas atividades que transcendem os limites dos Estados concomitantemente com indivíduos, empresas, organizações de Estados e outros grupos<sup>3</sup>. Essas atividades, por sua vez, abarcam um conjunto de relações que vêm ultrapassar os limites do território, da nacionalidade e da soberania, cada qual com sua complexidade.

Tais relações implicam riscos, tais como políticos, econômicos, financeiros, dentre outros, que podem ser analisados separadamente, contudo, de acordo com Ian Bremmer e Preston Keat, facilmente, um desses riscos poderá gerar o outro, levando, inclusive, a consequências jurídicas. Exemplo disso é o caso da nacionalização do Canal de Suez, em 1956, em que um evento político e econômico, a nacionalização do Canal por Gamal Abdel Nasser, gerou impacto financeiro direto na empresa anglo-francesa que controlava o canal, implicando, portanto, em uma questão notadamente de cunho jurídico, tendo em conta os prejuízos causados pela ação estatal em uma empresa de capital binacional<sup>4</sup>.

Diante de questões transnacionais, envolvendo atores diversos e ações que terão consequências jurídicas explícitas que necessitam ser mitigadas, o direito clássico já não mais é suficiente para explicar ou solucionar tais situações. Depara-se, portanto, com a necessidade de um direito que garanta segurança jurídica nessas condições. Por isso, traz-se à baila o Direito Transnacional.

Este consubstancia-se em uma teoria explicativa em que, de acordo com a percepção de Phillip Jessup<sup>5</sup>, um dos primeiros autores a desenvolver essa nomenclatura e análise, parte-se do pressuposto de que, em um mundo global, a regulação das relações não mais se concentra, apenas, nos sistemas nacionais estatais, porém, devido à sua complexidade, à variedade de agentes e de situações, também há um direito além das fronteiras que, portanto, regula as ações transnacionais.

Em outras palavras, há, nesse caso, um conjunto de normas provenientes de diversas vertentes especializa-

3 JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965. p. 13.

4 BREMMER, Ian; KEAT, Preston. *The fat tail the power of political knowledge for strategic investing*. Oxford: Oxford University, 2009. p. 6.

5 JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965. p. 13.

das<sup>6</sup>, proposto para reger as situações que envolvem vários atores e relações jurídicas que não são puramente nacionais, tampouco depreendem a aplicação pura e simples do Direito Internacional, uma vez que se deve ter em mente o pungente movimento da sociedade transnacional.

Jessup propugnava em sua obra “Direito Transnacional” de 1965, que a comunidade internacional desenvolvia laços, cada vez mais intrincados, e o Direito Internacional também não mais atendia as exigências conceituais da época “para incluir todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem as fronteiras nacionais”<sup>7</sup>. Direito Transnacional. Portanto, tornar-se-ia o conceito mais adaptado à nova realidade, pois “tanto o direito público quanto o privado estão compreendidos, como estão outras [áreas] que não se enquadram inteiramente nessas categorias clássicas”<sup>8</sup>.

Portanto, explica-se o fenômeno da globalização e da complexidade das relações jurídicas por uma teoria que expõe e desenvolve que o direito não mais pode ser localista para resolver tais questões, mas deve ser analisado de forma ampla e global, sem se apegar às divisões clássicas, uma vez que as duas áreas, tanto a pública quanto a privada, envolvem o mesmo fenômeno relacional, que necessita de elucidação quando posto em cheque e, também, de fornecer segurança jurídica a todos os atores envolvidos.

Salienta-se que, nesse contexto (e para o presente estudo), inserem-se no Direito Transnacional, além dos Estados soberanos tanto os indivíduos quanto as empresas multinacionais, que atuam como principais agentes e forças motoras da integração comercial e da produção e que, por seu caráter distinto fomentam a complexidade nas relações jurídicas contemporâneas.

Quanto à empresa multinacional, esta promove relações jurídicas extraterritoriais por diversos fatores diretamente intrínsecos à sua atuação e razão de ser, como por exemplo, o aumento de sua competitividade e a maximização de seus lucros, por intermédio da busca de

novos mercados, de mão de obra menos custosa e de maior abundância e facilidade de obtenção de matérias-primas. Tudo isso faz com que a empresa transnacional se caracterize como o principal investidor estrangeiro internacional, o que faz com que circule frequentemente por diferentes ordenamentos jurídicos estatais.

Assim, nessa esfera, entre o nacional e o internacional, circula um direito de aspecto transnacional. Desse modo, o Direito Transnacional não se trata de um ramo de direito definido, classificação ou categorização definida, mas sim busca examinar essa normatização de relações jurídicas complexas além-fronteiras.

No entanto, “à medida que uma firma aumenta seus investimentos, os riscos de incorrer numa dada probabilidade de perda vão se tornando mais sérios”<sup>9</sup>. Ao se investir além das fronteiras nacionais as incertezas levam a riscos recorrentes, que vão desde os riscos comerciais, relacionados às instabilidades da atividade econômica, até os não comerciais, como instabilidades políticas, decisões arbitrárias dos Estados e ações governamentais imprevisíveis, muitas vezes, prejudiciais aos atores envolvidos, no caso, as empresas transnacionais investidoras<sup>10</sup>.

Quando esses riscos evoluem e se materializam em prejuízos reais para um dos atores presentes na relação, algumas medidas devem ser tomadas de forma a mitigar os danos e dirimir os conflitos potenciais gerados entre as partes. O Direito Transnacional, dotado de sua característica extraterritorial, além de propor um arcabouço jurídico especializado, tem na arbitragem internacional o sistema de solução de controvérsias que mais se encaixa aos propósitos da comunidade internacional globalizada, visto que esta vai além do *locus* estatal, demonstrando-se mais imparcial e eficiente se comparada ao judiciário estatal doméstico dos Estados soberanos. Além disso, as autoridades estatais nem sempre lidam da melhor forma com situações transnacionais, seja por ausência de conhecimento mais apurado sobre a matéria, seja por não dominar a sistemática e as peculiaridades dos ordenamentos jurídicos em discussão, que trazem consequências distintas na aplicação e interpretação da norma.

6 Segundo Phillip Jessup: “O uso do Direito Transnacional forneceria uma fonte mais abundante de normas com que se guiar e seria desnecessário perguntar-se em certos casos se é Direito Público ou o Privado que se deve aplicar”. JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965. p. 21.

7 JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965. p. 12.

8 JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965. p. 12.

9 PENROSE, Edith. *A teoria do crescimento da firma*. Campinas: Unicamp, 2006. p. 106.

10 ZIEGLER, Andreas R.; GRATTON, Louis-Philippe. Investment assurance In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (Org.). *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford: Oxford University, 2008. p. 524-548.

Exemplo disso é a contextualização do Direito Transnacional à nova *lex mercatoria* (conceito resgatado e posto em evidência por Berthold Goldman em 1964), em que há a regulação das transações internacionais por entes privados, por intermédio de modelos contratuais e da consolidação de práticas comerciais<sup>11</sup>. Nela, sobressai-se a arbitragem internacional comercial como mecanismo para resolução de litígios entre partes privadas. Nas palavras do doutrinador José Augusto Fontoura Costa,

a referência a um Direito transnacional nascido, espontaneamente, dos costumes comerciais e que se utiliza da arbitragem, bem como das sanções reputacionais, para garantir sua aplicação e cumprimento vem se constituindo em um dos mais populares discursos a respeito da transnacionalização de formas jurídicas como suporte para a estabilização de relações comerciais<sup>12</sup>

Contudo, outras demandas surgem diante das relações jurídicas transnacionais, como no que tange a questões de cunho fiscal e aquelas relacionadas a investimentos estrangeiros. Como será explicitado mais adiante, tanto situações que envolvem particular e dois ou mais Estados que promovem dupla tributação da renda, quanto em ocasiões em que uma empresa multinacional se instala em território estrangeiro e neste sofre atentados contra sua propriedade ou tratamento discriminatório, por exemplo, verifica-se, também, a existência de relações que vão além das fronteiras nacionais originárias do particular. Nesse caso, este acaba sofrendo prejuízos de ordem econômica em decorrência de ações promovidas por outros Estados que não o seu de origem, no decorrer de uma relação transnacional. Entretanto, por envolverem questões muito globalizadas, inclusive nesses casos, os sistemas jurídicos estatais não mais são os únicos capazes de resolvê-las ou, então, esses podem não ser os mais eficazes para tanto, preferindo-se meios alternativos, como é o caso da arbitragem.

Nesse diapasão, partindo-se do pressuposto que, de acordo com o Direito Transnacional, como teoria explicativa, a arbitragem é um método de solução de contro-

vérsias adequado para situações que vão além das fronteiras nacionais, busca-se saber se, quando encaixada em alguns sub-ramos específicos do Direito Internacional que tratam de questões jurídicas transnacionais que envolvam tributos e investimentos, quais sejam o Direito Tributário Internacional e o Direito Internacional dos Investimentos, cada qual com características e sistema de solução de controvérsias próprios também baseados na arbitragem, o particular deverá ter acesso direto a esse sistema.

### 3. DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL E SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Das normas veiculadas por tratados e convenções internacionais em matéria tributária podem decorrer, muitas vezes, conflitos interpretativos que acabam por frustrar o objetivo dos acordos. Nesse ínterim, pretende-se discorrer sobre a questão dos conflitos que surgem no âmbito do Direito Tributário Internacional e quais as soluções disponíveis para que estes sejam resolvidos.

#### 3.1. Conflitos no Direito Tributário Internacional

No mundo contemporâneo, marcado por transformações constantes, o fenômeno da globalização trouxe consigo o aprofundamento das relações econômicas e comerciais. O que se observa é a distribuição de atividades em diferentes partes do globo e a fragmentação da produção, caracterizada principalmente por meio das cadeias globais de valor<sup>13</sup>, e a crescente integração das atividades econômicas e financeiras, as quais são dotadas de grande dinamicidade.

Essa nova realidade econômica também traz reflexos para o mundo jurídico e para a Novíssima Ordem Internacional, que segundo Marilda Rosado de Sá Ribeiro, “chega a formar, na época contemporânea, um novo direito transnacional ou cosmopolita, que consagra valores de boa-fé, respeito aos direitos individuais e novos

11 COSTA, José Augusto Fontoura. A autonomia da nova *lex mercatoria* e a estabilização de relações comerciais internacionais. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 2, p. 4783-4810, 2013; STRENGER, Irineu. A arbitragem como modo de inserção de normas da *lex mercatoria* na ordem estatal. *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano 1, n. 3, jul./set. 2004.

12 COSTA, José Augusto Fontoura. A autonomia da nova *lex mercatoria* e a estabilização de relações comerciais internacionais. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 2, p. 4783-4810, 2013.

13 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Interconnected economies: benefiting from global value chains*. OECD. 2013. Disponível em: <<https://www.oecd.org/sti/ind/interconnected-economies-GVCs-synthesis.pdf>>. Acesso em: 06 maio 2016.



balizamentos para o exercício do poder Estatal<sup>14</sup>. Em especial, para o Direito Tributário Internacional, a possibilidade de que diferentes países possam tributar as mesmas transações transfronteiriças ou a renda impulsiona a discussão no seio da comunidade internacional para que se alcancem meios para mitigação de seus efeitos.

Vale ressaltar que as normas de Direito Tributário Internacional detêm diversas funções diretamente relacionadas com a soberania dos Estados, quais sejam delimitar competências, aplicar leis, exigir tributos, exercer jurisdição sobre seu território, dentre outras. Assim, é possível que, em matéria tributária, em decorrência de seu exercício de soberania, os Estados se envolvam em questões que abranjam mais de um ordenamento jurídico nacional, o que, por consequência, resulta em conflitos jurídicos de caráter internacional. Em particular, esses conflitos normativos provenientes da sobreposição de regras de Estados distintos acabam por submeter a tributação de uma mesma riqueza simultaneamente. Este fenômeno resulta, portanto, na dupla tributação internacional o que merece a atenção de nosso estudo.

A dupla tributação internacional é definida por Klaus Vogel como a imposição de tributos em dois ou mais Estados ao mesmo contribuinte, no que diz respeito ao mesmo fato gerador e por períodos idênticos, decorrentes da troca de bens e serviços e do movimento de capitais e tecnologia<sup>15</sup>. Nesse sentido, destaca-se o advento das convenções internacionais para evitar a dupla tributação, criadas com o intuito de tratar internacionalmente da questão da sobreposição de competência tributária. Os principais objetivos destas convenções são, portanto: (i) evitar a dupla tributação; (ii) evitar a elisão fiscal; e (iii) impedir a discriminação fiscal<sup>16</sup>.

Historicamente, as discussões sobre a criação de tratados internacionais que regessem a matéria remontam à primeira metade do século XX. Em 1921, a extinta Liga das Nações encomendou à especialistas em finanças públicas um estudo sobre os efeitos da dupla tributação na economia, os quais demonstraram as con-

sequências econômicas negativas provocadas por esse fenômeno em relação à alocação do fluxo de capitais, impedindo a distribuição equitativa dos encargos entre os contribuintes<sup>17</sup>. Nesse diapasão, engendrou-se a criação de convenções modelo para que regessem o direito de tributação transfronteiriça e de renda. Ao todo, em 1928, a Liga das Nações criou 6 modelos de convenção tributária, destes 4 contra a dupla imposição (3 referentes ao imposto de renda e de capital e 1 relativo ao imposto de herança) e 2 contra a evasão fiscal para os impostos anteriormente referidos, dentre estes últimos, 1 de assistência mútua na quantificação do imposto (troca de informações) e 1 de cooperação na cobrança do tributo (aplicação de decisões estrangeiras)<sup>18</sup>.

Ressalta-se, inclusive, que os 4 modelos de tratados contra a dupla tributação internacional editados pela Liga das Nações dispunham que quanto aos litígios decorrentes de sua interpretação ou aplicação deveriam ser resolvidos por negociação dos Fiscos interessados e, caso não fossem resolvidos, poderiam ser submetidos a um organismo técnico a ser indicado pelo Conselho da Liga das Nações, para fins de conciliação, pelo que suas conclusões não seriam obrigatórias (exceto se as partes assim conviessem). Ausente esse acordo, as partes poderiam encaminhar o litígio para a arbitragem ou recorrer a uma corte permanente, inclusive a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI).

Já na década de 1960, mais especificamente em 1963, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento econômico (OCDE), deu continuidade aos estudos iniciados pela Liga das Nações, traçando seu próprio modelo de convenção para evitar a dupla tributação internacional. E, assim, se desenvolveu o Modelo de Convenção Fiscal de Rendimento e Patrimônio, revista em 1977 e comumente chamada Convenção-Modelo da OCDE, diretriz essencial no estabelecimento de políticas fiscais internacionais e que serve como paradigma às convenções tributárias internacionais ao redor do mundo.

As normas previstas nas convenções internacionais em matéria tributária devem ser interpretadas em consonância com as regras de Direito Internacional Público, quais sejam o art. 31 e 32 da Convenção de Viena

14 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos investimentos e o petróleo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 1, p. 1-37, 2010. p. 05.

15 VOGEL, Klaus. On double Taxation Conventions: a commentary to the OECD, UN and U.S. Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital, With Particular Reference to German Treaty Practice. Boston: Kluwer, 1998, p.2.

16 OKUMA, Alessandra. As convenções para evitar dupla tributação e elisão fiscal e os meios de solução de controvérsias. In: TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. v. 4. p. 410.

17 LIMA, Juciléia. Arbitragem tributária internacional e o discurso sul-americano da 'renúncia à soberania fiscal'. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 33, p. 150, 2015.

18 SANTIAGO, Igor Mauler. *Direito tributário internacional: métodos de solução de conflitos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 75.

sobre o Direito dos Tratados de 1969, pelo que a interpretação deve envolver não apenas o texto do tratado em si (incluídos o preâmbulo e anexos), mas também o seu contexto. Isto significa que serão levados em consideração também os acordos já celebrados entre as partes, os instrumentos multilaterais anteriormente relacionados com o tratado, o acordo entre as partes que se dê posteriormente, as práticas ulteriores que demonstrem o consenso entre as partes, além das regras de Direito Internacional que sejam aplicáveis. Ademais, a interpretação dos tratados para se evitar a bitributação também deve levar em consideração o seu objetivo, qual seja evitar a dupla tributação internacional e a evasão fiscal, garantir tratamento não discriminatório às partes e harmonizar os sistemas tributários internos<sup>19</sup>.

Nesse sentido, quando há a interpretação divergente das normas vinculantes das convenções, isto poderá acarretar na dupla tributação internacional. Segundo Igor Santiago, os conflitos interpretativos dos tratados de dupla tributação internacional se dão em razão de algumas motivações específicas, como: (i) polissemia das formulações jurídicas e interação de ordenamentos jurídicos distintos; (ii) vaguidade dos critérios hermenêuticos da Convenção de Viena (CVDT/1969); (iii) remissão que as convenções fazem ao direito doméstico dos países, que muda ao longo do tempo; (iv) distorção do sentido dos tratados pelos órgãos jurisdicionais internos em prol dos respectivos Estados<sup>20</sup>. Os pontos sensíveis que mais suscitam controvérsia referem-se à aplicação do preço de transferência e atribuição de lucros a estabelecimentos permanentes<sup>21</sup>.

Ocorre que, em *ultima ratio*, os conflitos de interpretação podem levar até mesmo a situações drásticas, como a denúncia da convenção. Foi o que aconteceu com a convenção entre Brasil e Alemanha, que por divergências interpretativas, principalmente pela interpretação brasileira, acerca do art. 7º, que trata do lucro das empresas e das diferenças quanto às normas sobre preço de transferência, foi denunciada após 30 anos de

vigência<sup>22</sup>.

Nesse diapasão, verificadas as controvérsias citadas, de acordo com o previsto no art. 25 da Convenção Modelo da OCDE, aplicam-se os mecanismos para solução de conflitos de bitributação internacional, os quais serão expostos a seguir.

### 3.2. Métodos de Solução de Controvérsias no Direito Tributário Internacional

Quando a tributação se dá em desacordo com a Convenção, resultando em dupla tributação e em desvantagem aos contribuintes, estes são obrigados a litigar em cada Estado e isso envolve todas as desvantagens e as incertezas que tal situação acarreta. Pensando nisso, o art. 25 da Convenção Modelo da OCDE foi desenvolvido para trazer para a seara internacional a solução das controvérsias. Este artigo estabelece os métodos de solução de conflitos em convenções sobre dupla tributação internacional. São eles: (a) Procedimento Amigável e (b) Arbitragem.

#### a) Procedimento Amigável

O art. 25, parágrafo 1º da Convenção Modelo da OCDE disponibiliza aos contribuintes afetados, sem privá-los dos meios processuais comuns disponíveis, a instauração do denominado procedimento amigável. Este possui como escopo, principalmente, a harmonização interpretativa do instrumento convencional por meio de análise dos pontos de discordância pelas autoridades administrativas dos Estados Partes das convenções. Esse procedimento pode levar, até mesmo, à facilitação da renegociação das cláusulas da convenção pelas partes.

Dentre as características gerais do procedimento amigável, destaca-se o seu caráter autônomo, visto que não depende do esgotamento dos procedimentos administrativos ou judiciais internos previstos na legislação doméstica dos Estados, e preventivo, pois além de objetivar cessar os efeitos de uma dupla tributação, pode se basear também na simples possibilidade de dupla tributação<sup>23</sup>. O procedimento amigável é aplicável, somente,

19 OKUMA, Alessandra. As convenções para evitar dupla tributação e elisão fiscal e os meios de solução de controvérsias. In: TÓRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. v. 4. p. 412.

20 SANTIAGO, Igor Mauler. *Direito tributário internacional: métodos de solução de conflitos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 79.

21 OKUMA, Alessandra. As Convenções para evitar dupla tributação e elisão fiscal e os meios de solução de controvérsias. In: TÓRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. v. 4. p. 412.

22 ROTHMANN, Gerd Willi. A denúncia do acordo de bitributação Brasil-Alemanha e suas consequências. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes questões de direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2005. v. 9.

23 XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

para solucionar questões relativas à violação das normas previstas na convenção sobre bitributação internacional, o que significa que o procedimento servirá para adequar a tributação à convenção e não aos sistemas jurídicos internos dos Estados contratantes.

Ademais, importante salientar a característica da informalidade do procedimento amigável, pois as partes podem comunicar-se, diretamente, entre si, sem a necessidade de recorrer à via diplomática, além da inexistência de prazos ou formalidades preestabelecidas, ficando à critério das partes a criação de uma comissão composta por representantes das partes de modo a permitir, por exemplo, a troca de impressões orais.

O pedido para instauração do procedimento deve ser proposto em três anos a partir da notificação da dupla tributação contrária à convenção e o resultado do procedimento amigável não é obrigatório, pois trata-se de um *pactum in contrabendo*, ou seja, há a obrigação de meio e não de resultado, haja vista que as partes negociam, porém, não são obrigadas a atingirem um acordo.

Em particular para o presente estudo, ressalta-se que, segundo o art. 25 da Convenção Modelo da OCDE, esse procedimento é realizado entre as autoridades competentes dos Estados partes da convenção, ou seja, o contribuinte não é legitimado a atuar no procedimento amigável. Caberá a ele, *apenas*, atuar na primeira etapa do procedimento amigável, qual seja o oferecimento da reclamação para a autoridade competente do Estado em que é residente ou nacional<sup>24</sup>. Entretanto, o contribuinte deverá “aguardar a prática de atos pelos agentes fiscais do Estado contratante, que justifiquem o risco de que ele venha a sofrer tributação em desconformidade com a Convenção”<sup>25</sup>. O ato poderá consistir tanto em normas infralegais, decisões administrativas ou de qualquer natureza, quanto em atos preparatórios do lançamento (notificações) ou lavraturas do auto de infração para a cobrança do tributo. A segunda etapa trata-se da ação da autoridade competente, que deverá propor o procedimento amigável e esforçar-se (“*endeavour*”) reciprocamente por meio de consultas, também por meio de

comissões técnicas, coma finalidade de se alcançar um acordo mútuo de modo a evitar a dupla tributação.

#### b) Arbitragem

Em 2007, o Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE reconheceu a necessidade de alteração da Convenção Modelo, tendo sido incluído, na versão revisada de 2008, o parágrafo 5º ao art. 25, que introduz o procedimento arbitral. Salienta-se que este funcionaria subsidiariamente ao procedimento amigável, sendo “não um meio de resolução de questões de interpretação de tratados, mas parte integrante do procedimento amigável. São, portanto, institutos complementares a um único mecanismo de solução de conflitos”<sup>26</sup>.

De forma específica, o parágrafo 5º prevê que, frustrado o procedimento amigável, em no máximo 2 anos da apresentação do caso à autoridade competente do outro Estado contratante, poderá ser acionada a arbitragem<sup>27</sup>. Ainda, segundo os Comentários da OCDE ao art. 25, parágrafo 10, os temas abordados no procedimento amigável não se restringem a ele, podendo estes, também, serem discutidos no procedimento arbitral, ou seja, não se levantam questões apenas de dupla tributação jurídica, mas também dupla tributação econômica, assim como é possível nos procedimentos amigáveis<sup>28</sup>.

Contudo, o início da arbitragem não é decorrência automática do procedimento amigável. O contribuinte inconformado com o fracasso do procedimento amigável, acionará a arbitragem, de forma semelhante àquela feita no procedimento amigável. Ou seja, apesar de ser o principal afetado pela má interpretação ou mau cumprimento do acordo, o contribuinte continua não tendo legitimidade subjetiva, tendo de recorrer ao seu Estado de residência ou nacionalidade para que abrace sua reclamação e instaure o procedimento arbitral, uma vez frustrado o procedimento amigável<sup>29</sup>.

Entretanto, apesar de não ser suficiente a ponto de

26 SCHOUERI, Luís Eduardo. Arbitragem no direito tributário internacional. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 23, p. 302-320, 2009.

27 Ainda, destaca-se que, apesar de já prever o procedimento amigável, discute-se a inclusão na Convenção Modelo da ONU da inclusão da cláusula arbitral.

28 SCHOUERI, Luís Eduardo. Arbitragem no direito tributário internacional. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 23, p. 302-320, 2009. p. 307; PIT, H. M. Arbitration under the OECD Model Convention: Follow-up under double tax conventions: an evaluation. *42 Intertax*, n. 6-7, p. 445-469, 2014.

29 Ressalta-se que, existindo decisões administrativas ou judiciais em qualquer um dos Estados, o procedimento arbitral cessará.

24 O contribuinte atua mesmo na primeira etapa, apesar de, na etapa seguinte, manter o seu direito de ser ouvido (seja oralmente ou por escrito, diretamente ou por representante), direito de ser assistido por conselho técnico e direito de acesso ao dossier.

25 OKUMA, Alessandra. As convenções para evitar dupla tributação e elisão fiscal e os meios de solução de controvérsias. In: TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. v. 4. p. 423.

permitir que o contribuinte acesse diretamente o mecanismo arbitral, a OCDE estabeleceu que o contribuinte poderá apresentar por escrito a sua posição aos árbitros, igualmente ao que já ocorria no procedimento amigável, porém, poderá efetuar sustentação oral, todavia, sob a condição de concedida permissão dos árbitros. Ora, o fato de ter de passar pelo crivo do Estado para que primeiro se inicie o procedimento arbitral e, depois dos árbitros para fazerem sua defesa oral, já denota a dupla admissibilidade pela qual deve passar o contribuinte e, o que se revela como sutil possibilidade pode, a depender da análise do árbitro, tratar-se de mera ilusão, voltando-se à condição inicial.

De outro lado, explica Igor Mauler Santiago que se exige o consentimento do contribuinte para a instauração da arbitragem, impondo-lhe, ainda, declarar se aceita o laudo como vinculante. Nesse diapasão, segundo afirma o autor, “embora não tenha poderes para provocar diretamente a instauração da instância, pode o particular, ao contrário, impedi-la, ainda, que seja pouco provável que isso corresponda ao seu interesse, já que a tributação ofensiva permanecerá irremediavelmente sem solução”<sup>30</sup>.

Na Convenção Modelo da OCDE, as disposições sobre o procedimento arbitral são vagas, não havendo estabelecimento de prazos, rito do procedimento, escolha e número dos árbitros ou documentação necessária para o contribuinte.

Ainda são poucos os acordos que preveem que a sentença arbitral será vinculante, mesmo porque a maioria desses acordos antecede a reforma do art. 25 e o acréscimo do parágrafo 5º. Outrossim, ainda que a convenção disponha sobre o caráter vinculante da decisão, esta não o seria para o contribuinte, a quem é facultado escolher se aceita ou não o resultado do procedimento, pelo que se concorda com o posicionamento de Luís Eduardo Schoueri, ao afirmar que isto enfraquece o caráter vinculante da arbitragem<sup>31</sup>.

A sentença arbitral será final e as autoridades competentes deverão implementar o laudo no prazo de 6 meses a contar de sua comunicação, sendo que o cumprimento da decisão não autoriza o Estado Contratante

vencedor a buscar a execução, iniciando apenas um novo contencioso internacional, que deve ser solucionado em consonância com o Direito Internacional. Desse modo, os julgadores limitar-se-ão ao exame do descumprimento da decisão proferida, não havendo reapreciação do mérito (excepcionalmente em casos de suscitação de nulidade da primeira decisão)<sup>32</sup>.

## 4+ SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTOS

Após a Segunda Guerra Mundial, diversos fenômenos jurídicos foram observados na esfera internacional. No que se refere à seara do Direito Internacional dos Investimentos, desenvolveu-se a arbitragem investidor-Estado (ou mista), a qual possibilitou o acesso direto do investidor estrangeiro aos tribunais arbitrais internacionais. Isto se mostrou extremamente relevante, ao passo que com o processo de descolonização afro-asiática, uma série de reações do Terceiro Mundo contra o capital estrangeiro tomou conta do cenário internacional. Diversos episódios de discriminações e interferências efetuadas na propriedade privada dos investidores (nacionalizações e expropriações) marcaram o período das décadas de 1960-1970, o que gerou enorme instabilidade e insegurança na ordem global.

As cortes nacionais dos Estados, em particular as dos países em desenvolvimento, que eram vistas como as jurisdições tradicionais competentes para tratar dos litígios entre investidores e Estados, no entanto, demonstraram-se aos poucos como frágeis e passíveis de influência do próprio Estado. Nessa toada, coube ao Direito Internacional o condão de trazer maior estabilidade para as relações entre os atores internacionais, por meio da criação de um arcabouço jurídico e institucional adequado e que gerasse maior segurança jurídica.

Dentre os meios jurisdicionais institucionais para a solução de controvérsias sobre investimentos, o *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)* é, sem dúvida, o mais notável<sup>33</sup>, por esse motivo, optou-

30 SANTIAGO, Igor Mauler. *Direito tributário internacional: métodos de solução de conflitos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 131.

31 PIT, H. M. Arbitration under the OECD model convention: follow-up under double tax conventions: an evaluation. *42 Intertax*, n. 6-7, p. 445-469, 2014. p. 308.

32 KREPEL, Marina Meirelles Sobreira. *Solução de controvérsias nas convenções internacionais contra dupla tributação*. 2014. 221 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

33 Entretanto, esta instituição não é a única apta a solucionar litígios desta natureza, até mesmo porque nem todos os Estados fazem parte da Convenção de Washington. Outras regras inicialmente



-se por fazer um recorte para ilustrar a arbitragem de investimentos por meio da explanação do ICSID, haja vista que a evolução dos dois se dá de forma deveras simultânea. O ICSID foi criado no contexto para estabilizar as relações entre investidores e Estados por meio a difusão e aplicação da arbitragem investidor-Estado. Segundo o diplomata Celso de Tarso Pereira, “disposições fiscais e financeiras de caráter discriminatório formavam o contexto propício para a criação de um mecanismo que favorecesse o ambiente para investimentos internacionais”<sup>34</sup>. Assim, por intermédio da Convenção sobre Resolução de Conflitos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados ou, simplesmente, Convenção de Washington de 1965, foi criado o *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, integrante do Grupo Banco Mundial, ao lado de outras quatro organizações<sup>35</sup>. O ICSID nasceu com a finalidade de facilitar a resolução de conflitos sobre investimentos estrangeiros entre Estados e partes privadas investidoras<sup>36</sup>, de modo a favorecer um ambiente de confiança mútua entre investidores e Estados nacionais e de forma a promover o fluxo de capitais para países em desenvolvimento em termos e condições razoáveis.

A Convenção de Washington estabelece que o ICSID oferecerá mecanismos apropriados tanto de conciliação, quanto de arbitragem e, ainda disporá do mecanismo complementar<sup>37</sup>. Ao Centro caberá, apenas, administrar esses procedimentos, fornecendo um arcabouço jurídico e administrativo para as arbitragens *ad*

---

instituídas para arbitragens comerciais internacionais não excluem de sua jurisdição a arbitragem de investimentos, como no caso das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 1976, das Regras de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e as da Câmara de Comércio de Estocolmo (CCE).

34 PEREIRA, Celso de Tarso. O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRDI-ICSID). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 40, p. 87-93, out./dez. 1998. p. 88.

35 O Grupo Banco Mundial é composto por: (i) Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD); (ii) Associação Internacional do Desenvolvimento (AID); (iii) *Sociedade Financeira Internacional (SFI)*; (iv) *Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA)* e pelo *Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID)*.

36 LOWENFELD, Andreas F. *International economic law*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2008. p. 536-537.

37 Por meio deste mecanismo, certos procedimentos entre Estados e nacionais de outros Estados não-contratantes do Centro poderão ser administrados, principalmente, caso uma das partes não se trate de Estado Contratante ou de nacional de um Estado Contratante e vise o acesso ao Centro ou, em categoria adicional, se a controvérsia não surgir diretamente de um investimento.

*hoc* sobre a matéria investimentos.

Faz-se necessário destacar que o propósito do Banco Mundial era instituir um mecanismo pacífico de solução de controvérsias pela via judicial neutra. Neste poderiam configurar nos polos da disputa não somente Estados, mas também, de outro lado, as partes privadas investidoras. Assim, salienta-se que uma das inovações da Convenção foi relevar a capacidade aos entes privados de integrar uma relação jurídica ao lado dos Estados receptores de investimentos.

Desse modo, reconhece-se que a Convenção de Washington permite que as disputas sejam iniciadas por investidores privados e por Estados nacionais, desde que haja consentimento das partes autorizando expressamente o estabelecimento dos mecanismos arbitrais de solução de controvérsias para um conjunto determinado ou determinável de matérias<sup>38</sup>. Logo, ao ratificar a Convenção de Washington a jurisdição do Centro é reconhecida pelo Estado, entretanto, isso não obriga as partes a se submeterem à arbitragem de investimentos do ICSID. Ocorre que é preciso um duplo consentimento, e que as partes também consintam com a submissão da controvérsia ao ICSID, por escrito, não podendo os Estados ir além do que foi autorizado.<sup>39</sup> O consentimento expresso dos Estados ocorre nas seguintes hipóteses não taxativas: (i) por cláusula compromissória incorporada em um contrato entre as partes, estabelecendo que a resolução de eventuais litígios se dará sob a jurisdição do ICSID; (ii) por compromisso arbitral (*compromis*), para um litígio já existente; (iii) por previsão em legislação nacional do Estado receptor de investimentos, como no caso de previsão em sua legislação interna sobre investimento<sup>40</sup> – e (iv) por meio de um acordo de promoção e proteção recíproca de investimentos, por meio de cláusulas de resolução de conflitos que preveem o compromisso de utilização da jurisdição do ICSID, como se fosse uma oferta pública de arbitragem durante o período de vigência do tratado. Os investidores, por sua vez, também, poderão dar seu consentimento mediante cláusula compromissória, compromisso arbitral e simples início do procedimento<sup>41</sup>.

38 JUILLARD, Patrick. L'évolution des sources du droit des investissements. *Recueil des cours*, Leiden, p. 9-216, 1994. p. 99.

39 COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 215.

40 CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit international économique*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2013. p. 585.

41 CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit international économique*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2013. p. 582-583.

Consentindo à jurisdição, esse consentimento não pode ser revogado unilateralmente, mesmo que haja tentativa de terminar o contrato que possua cláusula de resoluções de controvérsias ICSID. Ademais, a revogação da legislação nacional que contenha o consentimento não poderá afetar a jurisdição do ICSID, desde que a oferta tenha sido aceita enquanto a legislação ainda estivesse em vigor.

O art. 26 da Convenção de Washington estabelece que dado o consentimento das partes para a arbitragem sob a égide do Centro, exceto disposição em contrário, exclui-se qualquer outro remédio jurisdicional. O Estado demandado tampouco poderá contestar a jurisdição do tribunal arbitral com fulcro na ausência de esgotamento prévio dos recursos internos para acessar o tribunal, porém, poderá requerer esse esgotamento como condição para o consenso à arbitragem, apesar de ser uma reserva rara nos acordos de investimento e encontrada com mais frequência em acordos de investimento mais antigos<sup>42</sup>.

No ICSID, a arbitragem de investimentos inicia-se com a requisição por escrito de arbitragem pela parte demandante (o investidor, que é o mais comum, ou o Estado receptor de investimentos). Esta deverá conter, além da identificação das partes, também o consentimento escrito e será encaminhada ao Secretário-Geral, que a aprovará e encaminhará cópia à outra parte.

Instaurado o tribunal arbitral, este será composto por árbitro singular ou número ímpar de árbitros. Não havendo indicação do número de árbitros, este será de três. Cada parte indicará um deles e o terceiro, futuro presidente do tribunal, será indicado em comum acordo entre as partes. Caso os árbitros não tenham sido indicados e o tribunal não tenha sido constituído em um prazo de 90 dias, o art. 38 da Convenção de Washington estabelece que o Secretário-Geral poderá indicá-lo (s), contudo, limitando-se a não ser de nacionalidade de qualquer das partes e devendo estar presentes na lista institucional de árbitros.<sup>43</sup>

Ressalta-se que a arbitragem de investimentos e o ICSID ganharam maior dinamicidade apenas nos anos 1990, com o fim da União Soviética. A partir de então, se tornou o principal foro para a resolução de disputas

sobre investimentos, alcançando a marca, em 2014, de 497 casos<sup>44</sup>. Contudo, nos anos 2000, muitos países foram demandados de forma intensa no ICSID. A Argentina – país mais demandado do Centro – foi acionada em 51 casos e desses, 19 estão em andamento, 9 são condenações, 4 são casos em que a reclamação dos investidores não procedeu e 19 são casos encerrados por descontinuidade do processo, visto que os investidores retiraram os pedidos ou houve acordo entre as partes. Por esse motivo, a Argentina tem tentado anular as sentenças arbitrais do ICSID, recusando-se a cumpri-las por falta de homologação perante as cortes internas, justificando que essas decisões somente poderiam ser executadas se iniciados procedimentos em seus tribunais<sup>45</sup>.

Somado a isso, alguns países latino-americanos retiraram-se do ICSID e denunciaram seus acordos de investimento, como Bolívia (2007), Equador (2009) e Venezuela (2012). Alegaram que estes violavam suas Constituições nacionais, as quais passaram por alterações recentes dos governos recém-assumidos à época da alteração. Para esses países, retomou-se a premissa de que as disputas concernentes a investimento devem manter-se no âmbito dos tribunais internos, afastando os foros internacionais e a arbitragem para a resolução de litígios sobre investimentos. Isso, pois, esse sistema possibilitaria a ingerência de um sistema internacional que privilegia o investidor e afastaria os interesses nacionais desses Estados. Observa-se que esses países, também, têm sido demandados perante o ICSID<sup>46</sup>.

Apesar das críticas em função de sua transparência e imparcialidade, o ICSID continua sendo o principal foro para a solução de controvérsias sobre investimentos. Seu corpo institucional qualificado e a garantia de legitimidade processual ativa tanto para Estados, quanto para entidades privadas, sem depender do consentimento de suas nações, faz com que os investidores optem por ele, afinal, com isso não precisam convencer o Es-

44 INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *ICSID Caseload-Statistics (Issued 2015-1)*. 2015. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20\(English\)%20\(2\)\\_Redacted.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20(English)%20(2)_Redacted.pdf)>.

45 Ressalta-se que muitos dos casos argentinos estão ligados às medidas cambiais adotadas pela Argentina durante a crise econômica do início dos anos 2000.

46 COSTA, José Augusto Fontoura. *Proteção internacional do investimento estrangeiro no Mercosul*. Florianópolis: GEDAI, 2012. p. 12. ALVAREZ, José E. The return of the State. *Minnesota Journal of International Law*, Minneapolis, v. 20, n. 2, p. 223-264, 2011. p. 239.

42 DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. Oxford: Oxford University, 2008. p. 249.

43 COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 219.

tado a encampar a sua demanda para que então siga perante o tribunal arbitral.

As demandas no Centro iniciaram-se de forma tímida, tendo evoluído mais a partir dos anos 2000. Até o momento, atingiu seu auge em 2012, com 50 casos e, em 2014, chegou a um total, desde sua criação, de 497, envolvendo tanto a Convenção de Washington, quanto o Mecanismo Complementar. Desses casos, a maioria é de arbitragens ICSID (442 casos), seguidos por 46 arbitragens via Mecanismo Complementar, 7 casos de conciliação pela Convenção de Washington e 2 casos de conciliação pelo Mecanismo Complementar.

## 5. BRASIL E SUA TRADIÇÃO DE RESISTÊNCIA À ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E DE INVESTIMENTOS

É possível afirmar que o Brasil encontra resistência na adoção da arbitragem tanto em matéria tributária internacional quanto na arbitragem envolvendo investidores e entes soberanos. Desse modo, passa-se a expor as motivações para tanto e, por fim, serão expostas algumas críticas a respeito, tentando unir as duas vertentes expostas de forma sistemática.

### 5.1. A Resistência Brasileira à Arbitragem de Investimentos

Ressalta-se que os instrumentos basilares do Direito Internacional dos Investimentos consistem nos acordos de promoção e proteção de investimento e na arbitragem de investimentos. Como desenvolvido anteriormente, no início dos anos 1960, com a Convenção de Washington de 1965, foi criado o ICSID. O Centro institucionalizou o mecanismo da arbitragem investidor-Estado para a solução de controvérsias entre Estados e entidades privadas. Diante disso, o Brasil manifestou-se sobre a adesão ou rejeição a esse novo sistema.

De acordo com parecer do Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Augusto de Rezende Rocha, de 20 de agosto de 1964, o Brasil adotou posicionamento contrário à adesão ao sistema ICSID. Os principais motivos foram que diante da existência de órgãos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), o Banco Mundial não seria o organismo mais adequado para institucionalizar o procedimento arbitral para resolver litígios entre Estados e investido-

res “supostamente desprotegidos”:

[...] não é crível que qualquer Estado normalmente organizado – isto é, de acordo com o constitucionalismo propagado e fortalecido a partir do sec. XX – apresentando instituições asseguradoras de uma ordem jurídica primária, concorde de boa mente em sub-rogar funções públicas essenciais a um tribunal internacional, que na sua organização e funcionamento será passível de sofrer influências prejudiciais à própria soberania desse Estado [...]”<sup>47</sup>.

Segundo o parecer “nunca o Governo brasileiro, em qualquer época, deixou de acolher, diplomática ou judicialmente, as reivindicações de *meritorious cases* de estrangeiros que lhe fossem apresentadas”<sup>48</sup>. Esta submissão ao Centro não traria maiores vantagens “a instrumentalidade judiciária de qualquer país”<sup>49</sup>. O Consultor complementa que os mecanismos arbitrais e sua disseminação independeriam de institucionalização, podendo os laudos arbitrais, quando não sustentados por princípios jurídicos universais<sup>50</sup>, concorrerem para a desconfiança quanto às imunidades dos árbitros às “injunções políticas ou econômicas”<sup>51</sup>. Por fim, o argumento, também, atende a um viés ideológico de que esta seria a “consagração do imperialismo econômico e financeiro, ainda que disfarçada”<sup>52</sup>, já que “consagra e quase institucionaliza o estado de tensão, tão difícil de erradicar e, relações políticas internacionais, existentes entre as economias dominantes e as econômicas dominadas”<sup>53</sup>.

Pode-se vislumbrar desse trecho que, pela ótica brasileira a introdução desses tratados no ordenamento

47 ROCHA, Augusto de Rezende. *Parecer DAJ/138*: criação de órgão de arbitragem internacional, BIRD. Washington: BIRD, 1964. item 17, II.

48 ROCHA, Augusto de Rezende. *Parecer DAJ/138*: criação de órgão de arbitragem internacional, BIRD. Washington: BIRD, 1964. item 16.

49 ROCHA, Augusto de Rezende. *Parecer DAJ/138*: criação de órgão de arbitragem internacional, BIRD. Washington: BIRD, 1964. item 17, II.

50 XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano. *Direito internacional dos investimentos e o Brasil*: uma perspectiva a partir do padrão de tratamento justo e equitativo. 2014. 279 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p.109.

51 ROCHA, Augusto de Rezende. *Parecer DAJ/138*: criação de órgão de arbitragem internacional, BIRD. Washington: BIRD, 1964. item 17, IV.

52 ROCHA, Augusto de Rezende. *Parecer DAJ/138*: criação de órgão de arbitragem internacional, BIRD. Washington: BIRD, 1964. item 17.I.

53 ROCHA, Augusto de Rezende. *Parecer DAJ/138*: criação de órgão de arbitragem internacional, BIRD. Washington: BIRD, 1964. item 18.



jurídico nacional poderia limitar “a capacidade dos Estados de exercerem efetivamente tal disciplinamento”<sup>54</sup>, e que poderiam surgir, ainda, contradições entre o objetivo das legislações internas e a finalidade dos acordos de investimento e, conseqüentemente, a arbitragem investidor-Estado.

Quanto aos acordos de investimento, o Brasil já demonstrou, na década de 1990, intenção de vincular-se a eles. Entretanto, estes não entraram em vigor por resistências parlamentares, dentre elas, diretamente conectada, destaca-se a oposição à arbitragem de investimentos. O argumento utilizado seria o de que representa uma violação ao princípio do esgotamento dos recursos internos antes que se recorra à jurisdição internacional. Além disso, a arbitragem de investimentos colocaria o Estado brasileiro em patamar de igualdade com o investidor diante de um tribunal arbitral – duas entidades distintas por natureza - o que violaria sua soberania<sup>55</sup>. Acrescenta-se a isso, a preocupação de que o sistema arbitral afastaria a competência do judiciário brasileiro a apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, prevista no art. 5º, XXXV da Constituição Federal brasileira. Ademais, afirmava-se, também, que os textos discriminavam o investidor nacional, haja vista que privilegiaria o investidor estrangeiro em detrimento daquele, o qual não teria acesso ao mesmo tipo de proteção acordada, o que distorceria as regras de concorrência e de livre mercado<sup>56</sup>.

Ocorre que pontos de resistência como a de renúncia à soberania nacional torna-se ultrapassada, ao passo que ao se vincular ao tratado, o Estado o faz por expressão de sua autonomia da vontade, o que, desse modo,

em vez de subordinação, configura-se como exercício de sua própria soberania estatal, que poderá escolher quando vincular sua jurisdição.

No entanto, com os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs) assinados em 2015, essa mesma objeção retorna. O Brasil passa, atualmente, por um período de gradual transição de seu perfil econômico internacional, de apenas receptor de investimentos para, também, investidor. Isso suscitou uma mudança de posição do governo brasileiro em direção à aderência aos acordos de promoção e proteção de investimentos, para que se possa salvaguardar os interesses das transnacionais brasileiras no exterior, haja vista que estes nem sempre foram bem recebidos no exterior, conforme se vislumbra nos paradigmáticos casos da nacionalização dos ativos da Petrobrás na Bolívia em 2006 e da expulsão da Odebrecht do Equador em 2008, em que empresas brasileiras perderam seus ativos sem qualquer tipo de compensação.

Em 2015, o Brasil iniciou a assinatura de um novo modelo de acordo de investimentos com países da África e América Latina<sup>57</sup>, delineando nesse instrumento jurídico novas estruturas que acompanham sua política para proteção e promoção de investimentos, contudo, mantendo alguns posicionamentos tradicionais<sup>58</sup>.

No que tange à solução de controvérsias, foi estabelecido um reforço na governança institucional dos acordos e a opção por mecanismos de prevenção e solução de controvérsias. De forma geral, os ACFIs preveem, no bojo do mecanismo preventivo, que cada Parte designará um Ponto Focal ou *ombudsman*, que terá a função de servir como um importante canal de comunicação e apoio entre investidores e o Estado receptor, uma vez que os investidores poderão recorrer a ele diretamente, como uma via oficial para tratar de questões e problemas ainda em estágio inicial.

Caso esse método preventivo não seja frutífero e a controvérsia ainda persistir, no âmbito do quadro institucional estabelecido pelos ACFIs, encontra-se prevista

54 BRASIL. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, de 21 de julho de 1997, ao Projeto de Decreto Legislativo n. 395 de 2000. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 20 de janeiro de 2000. p. 9.

55 AZEVEDO, Débora Bithiah de. O capital estrangeiro terá regras estáveis por 25 anos? Os acordos de promoção e proteção de investimentos em tramitação no Congresso Nacional. *Cadernos ASLEGIS*, Brasília, v. 5, n. 4, p. 21-30, maio/ago. 2001. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/11190>>. Acesso em: 2 jun. 2016. p. 27; AZEVEDO, Débora Bithiah de. *Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2542/acordos\\_promocao\\_azevedo.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2542/acordos_promocao_azevedo.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 2 maio 2016.

56 BRASIL. Parecer da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional [ao Projeto de Decreto Legislativo nº 367 de 1996]. Exposição do Deputado Luiz Gushiken. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 4 de maio de 2000.

57 Até o momento, já foram assinados ACFIs com Moçambique, Angola, México, Malauí, Colômbia, Chile e Peru.

58 MOROSINI, Fábio; XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano. Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 23-27, 2015; MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do direito internacional dos investimentos. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 65-76, 2014.



a instalação de um Comitê Conjunto para a administração e gestão dos acordos e assessoramento das relações comerciais entre as partes. Este será composto por representantes governamentais de ambos os Estados Partes, que serão designados por seus respectivos governos. Dentre suas funções, destaca-se a de resolver amigavelmente quaisquer questões ou controvérsias sobre investimentos. Entretanto, ressalta-se que nesta estrutura institucional, apenas os Estados são legitimados, tendo o investidor de procurar seu Estado de origem, que deverá encampar a demanda para então acionar o Comitê.

No entanto, caso o mecanismo preventivo não alcance sucesso, resta a opção jurisdicional da arbitragem, prevista nos ACFIs. Apesar da opção pelo procedimento arbitral, esta trata-se da arbitragem entre Estados e não a arbitragem investidor-Estado.

Nota-se que, no mecanismo dos ACFIs, não é o investidor o sujeito apto a reclamar diretamente seus prejuízos perante o tribunal arbitral, porém, “qualquer das Partes”, ou seja, os Estados Partes, que, após análise discricionária de conveniência para se seguir com a controvérsia. Essa previsão faz com que se observe certo ceticismo acerca da arbitragem de investimentos<sup>59</sup> e, também, faz com que se lembre do tradicional método da proteção diplomática, ainda operante, contudo, com uso menos frequente, haja vista que após o surgimento da oportunidade de os próprios investidores acessarem diretamente mecanismos de solução de controvérsias para resolver suas disputas contra Estados Anfitriões, o particular optou por instaurar procedimento diretamente, sem as amarras estatais. Desse modo, por intermédio desse acordo, o investidor de qualquer das Partes volta a depender do juízo político de conveniência do Estado para que se siga com o contencioso e para que tenha seus direitos protegidos.

59 Vale destacar que, conforme bem expõe Nitish Monebhurrin, a União Europeia também passa por uma fase de ceticismo acerca da arbitragem de investimentos, diante do recente caso *Vattenfall c. Alemanha*, em que uma empresa sueca demandou o Estado alemão, tornando-o réu em razão da adoção por este de medidas regulatórias em 2011 de modo a limitar e *a posteriori* interditar o uso da energia nuclear. Desse modo, os Estados europeus têm passado também para a condição de réus, o que tem lhes chamado a atenção para o repensar desse sistema de solução de controvérsias. Para mais detalhes: MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do direito internacional dos investimentos. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 12-14, 2014.

## 5.2. Arbitragem de Direito Tributário Internacional no Brasil

O Brasil nunca celebrou acordo de bitributação prevendo a arbitragem e, apesar de ter o mecanismo do procedimento amigável disposto no bojo de seus tratados, nunca utilizou deste. É reconhecido pela doutrina que o país possui resistência acerca do procedimento amigável e, por certo, também da arbitragem.

O que se alega é que, em razão do princípio da legalidade, nem mesmo o procedimento amigável teria respaldo na legislação pátria. Nesse sentido, não poderia o representante brasileiro dispor ou abrir mão de competência tributária quando da negociação do procedimento amigável com o outro Estado contratante, ainda que isto se proceda por problemas de interpretação do acordo.

Segundo Luís Eduardo Schoueri, o pano de fundo deste argumento baseia-se no “princípio da legalidade e da irrenunciabilidade do crédito tributário, de que as autoridades fiscais não podem deixar de cobrar tributo instituído em lei por conta de negociações no âmbito do procedimento amigável, sendo tal raciocínio aplicável, por analogia, à arbitragem”<sup>60</sup>.

O princípio da legalidade em matéria tributária está previsto no art. 150, inciso I da Constituição Federal e, segundo este, proíbe-se a União, Estados, Distrito Federal e Municípios de exigirem ou aumentarem tributo na ausência de lei que o estabeleça. Logo, faz-se necessária uma lei para que se exija um tributo e todos os mecanismos obrigatórios para a obrigação tributária devem estar lá, não podendo deixar para o Executivo a tarefa de completá-la<sup>61</sup>.

Traz-se à baila, também, a questão da irrenunciabilidade do crédito tributário, disposto no art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN) e que pode ser lida juntamente com o art. 142 do mesmo diploma legal. Tributo trata-se de prestação pecuniária compulsória, ou seja, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. Assim, se a ativi-

60 SCHOUERI, Luís Eduardo. Arbitragem no Direito Tributário Internacional. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 23, p. 302-320, 2009. p. 309.

61 SCHOUERI, Luís Eduardo. Arbitragem no direito tributário internacional. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 23, p. 302-320, 2009. p. 309.

dade tributária é vinculada, não há a opção de realizá-la por outro meio, apenas pelo descrito pelo legislador, e, por ser obrigatória, as autoridades não poderão abrir mão deste direito<sup>62</sup>.

Logo, a resistência brasileira ao procedimento amigável e à arbitragem, localiza-se no argumento de que ao negociar com outro Estado Contratante, as autoridades nacionais estariam lançando mão de tributação devida aos cofres públicos, “ainda que se reconheça que tal montante decorra de uma interpretação errônea do Fisco brasileiro a respeito de dispositivos de determinado acordo de bitributação. Em face da irrenunciabilidade do crédito tributário, tais procedimentos configurar-se-iam ilegais”<sup>63</sup>.

Não há o que se discutir acerca da vinculação e obrigatoriedade do crédito tributário, contudo, a questão que se coloca é quando não há certeza acerca do surgimento da obrigação tributária. Ora, para a corrente que defende a natureza declaratória do lançamento do crédito tributário, a obrigação teria surgido como fato ocorrido em momento anterior e a atividade da autoridade administrativa teria o condão investigativo, pelo que se busca o real intuito, ou “a verdade material”<sup>64</sup>. Desse modo, mesmo após o lançamento, a descoberta de um erro de fato permitiria novo lançamento, se não prescrito o crédito tributário, e uma reapreciação dos fatos poderia permitir novo lançamento. Esta ótica pode ser lida em conjunto com ao art. 149, inciso VIII do CTN, uma vez que se admite a revisão do lançamento quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior. Assim, pode ser o caso de a arbitragem levarem ao lançamento<sup>65</sup>.

No que tange ao erro de direito, a legalidade se coloca como obstáculo ao não permitir que o lançamento contrarie a lei. Contudo, segundo aduz Luís Eduardo Schoueri, a lei jamais será totalmente precisa, pois “por mais que se busque clareza, o legislador não terá como

afastar dúvidas acerca das hipóteses previstas, cuja conceituação apenas se torna precisa em um longo processo de evolução jurisprudencial”<sup>66</sup>. Logo, a legislação tributária se encontra dotada também de certo caráter de indeterminação. O autor ainda afirma que, isto faz com que se chegue a outro ponto, o de que não existe somente uma solução ou interpretação correta, pois uma mesma situação fática poderá admitir não necessariamente uma solução jurídica, mas várias, de acordo com a lei, e, dessas, também, não quer dizer que, apenas, uma seja correta.

Nesse sentido, outra questão que se coloca é a da inafastabilidade do Judiciário para, garantia estabelecida no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, se analisar lesão ou ameaça de lesão e se esta seria óbice para a análise pelo árbitro. Ora, o direito de ir ao Judiciário trata-se de garantia do indivíduo e não do Estado, desse modo, o indivíduo tanto tem o direito de acionar o judiciário estatal, como também o direito de não o fazer se assim preferir e, se a própria lei estabelece a arbitragem em seu contexto, resta-se claro que não há qualquer violação<sup>67</sup>.

Ademais, o fato de haver previsão legal da arbitragem não significa que esta será afastada dos controles de legalidade, mesmo porque caberá ao legislador descrever as hipóteses de incidência do mecanismo arbitral, bem como os critérios, prazos e demais detalhes atinentes ao procedimento da arbitragem.

Soma-se a esse argumento contrário também outro, o de que tanto o procedimento amigável quanto a arbitragem não possuem legitimidade face à ausência de aprovação de seus resultados pelo Presidente da República, em afirmação do art. 84, inciso VIII da Constituição, porquanto compete privativamente ao Presidente celebrar tratados, convenções e atos internacionais, com posterior referendo exclusivo do Congresso Nacional (art. 49, inciso I da CF). Assim, segundo essa proposição, se nem o procedimento amigável e nem a arbitragem passam pelo crivo do Presidente e do Legislativo federal, estes são inconstitucionais<sup>68</sup>.

62 SCHOUERI, Luís Eduardo. Arbitragem no direito tributário internacional. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 23, p. 302-320, 2009. p. 310.

63 SCHOUERI, Luís Eduardo. Arbitragem no direito tributário internacional. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 23, p. 302-320, 2009. p. 310.

64 SCHOUERI, Luís Eduardo. arbitragem no direito tributário internacional. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 23, p. 302-320, 2009. p. 311.

65 SCHOUERI, Luís Eduardo. Arbitragem no direito tributário internacional. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 23, p. 302-320, 2009. p. 312.

66 SCHOUERI, Luís Eduardo. Arbitragem no direito tributário internacional. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 23, p. 302-320, 2009. p. 312.

67 SCHOUERI, Luís Eduardo. Arbitragem no direito tributário internacional. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 23, p. 302-320, 2009. p. 316.

68 SCHOUERI, Luís Eduardo. Arbitragem no direito tributário internacional. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 23, p. 302-320, 2009. p. 319.

Nesse ínterim, pode-se afirmar que os acordos para evitar a dupla tributação constituem de pronto instrumentos em que os Estados delimitam competências tributárias, renunciando em comum acordo de certas pretensões. Esse exercício já se trata de um acordo que autolimita a soberania dos Estados, fixando os limites das jurisdições dos Estados contratantes. Logo, a lei nacional e o acordo de bitributação versam sobre matérias de competências distintas e, não sei pode admitir lei que contrarie a norma internacional, que impõe limitações à jurisdição nacional. Desse modo, a convenção para evitar a dupla tributação se trata de ferramenta limitadora da soberania estatal, bem como de sua jurisdição.

Esclarecidos e rebatidos certos argumentos de oposição ligados ao direito interno brasileiro, contrários ao da arbitragem no direito tributário, com base na doutrina mais recente, parte-se de um novo pressuposto: e se a arbitragem tributária internacional no Brasil fosse aceita. Mesmo assim, qual seria o papel do contribuinte? Teria ele participação e efetividade na reivindicação de seu pleito? Nesse ponto, pode-se unir as duas abordagens discutidas no artigo em prol de uma crítica semelhante contra o posicionamento brasileiro à arbitragem envolvendo particulares e ente estatais

### 5.3. Arbitragem Tributária Internacional e de Investimentos para o Brasil

O estudo da arbitragem no Direito Tributário Internacional e no Direito Internacional dos Investimentos possui vieses distintos, mas também algumas características em comum. A primeira delas é a valorização de mecanismos pacíficos de solução de controvérsias, o que envolve métodos conciliatórios. Tanto no ICSID quanto no ACFI brasileiro e nas convenções de bitributação há a previsão de meios alternativos de solução de controvérsias e, até mesmo preventivos, para que se tente primeiro resolver a controvérsia em bases negociadoras, previsão esta contida nos acordos de investimentos por vezes como necessária antes que se acione a arbitragem. A segunda delas é que em ambos os casos a vítima que é afetada pelas circunstâncias são particulares, seja o investidor, seja o contribuinte e, de outro lado, tem-se o ente Estatal. Por fim, ambas preveem o mecanismo da arbitragem como meio jurisdicional eleito para solucionar conflitos.

Nota-se que o Brasil é resistente à arbitragem, principalmente, no que toca ao acesso dos indivíduos ao

sistema arbitral internacional de investimentos. Posição que não se coaduna com os dias de hoje, muito menos com a prática arbitral comercial brasileira. Apesar de os sistemas de prevenção e solução de controvérsias presentes nos ACFIs terem sido engendrados para amparar institucionalmente os investidores, ressalta-se que estes possuem algumas características que não colaboram inteiramente para a melhor efetividade desse objetivo.

Dentre elas, destaca-se, principalmente, a limitação da legitimidade de acesso ao sistema preventivo e jurisdicional de solução de controvérsias. Ocorre que a opção escolhida pelo Brasil nos ACFIs é a da arbitragem internacional entre Estados, em que apenas estes são legitimados a submeter e prosseguir com a controvérsia no mecanismo arbitral internacional. Desse modo, assim como na proteção diplomática, o deslinde da arbitragem dependerá da “capacidade dos investidores de convencer o governo de seu país de origem de que vale a pena dispende recursos financeiros e capital político na defesa de seus interesses”<sup>69</sup>, sendo o acesso da reclamação do investidor à arbitragem incerto e improvável<sup>70</sup>. Logo, por não permitir o acesso direto do investidor ao mecanismo arbitral, isto reduz a capacidade de alavancagem das negociações nas fases pré-contenciosas<sup>71</sup>. Isto, pois, não há como prever que os casos não resolvidos por meios preventivos poderão seguir à arbitragem, haja vista a dependência de o Estado achar conveniente ou não esta ação, diferentemente do acesso direto do investidor na arbitragem de investimentos que, na mesma situação, ainda se sentindo prejudicado, poderia seguir com o pleito na arbitragem diretamente, escolha que seria tomada com base na análise prévia das vantagens e desvantagens futuras do investidor com um possível resultado ao se optar pela arbitragem. Assim, prevendo-se o possível resultado, o investidor poderia escolher diretamente a conveniência da arbitragem para seu caso específico se assim o conviesse. Por isso, neste entendimento, a melhor escolha para o Brasil seria não a arbitragem entre Estados, prevista atualmente, mas sim a arbitragem de investimentos.

69 COSTA, José Augusto Fontoura. Os ACFIs e (a falta de) proteção dos investidores. *Valor Econômico*, Brasília, 30 de jul. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/colunistas/Jos%C3%A9%20Fontoura%20Costa>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

70 COSTA, José Augusto Fontoura; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. O Brasil, ACFIs e a arbitragem de investimentos. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Lisboa, v. 8, p. 63-81, 2015.

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

Infere-se, também, que o Brasil é resistente à arbitragem nas convenções de bitributação. No entanto, pelos motivos acima expostos, esta oposição não se fundamenta, pois em matéria de direito interno, a arbitragem poderia ser admitida em face de um conflito, mesmo diante da previsão da inafastabilidade de jurisdição, visto que optou pela arbitragem. Outrossim, a arbitragem, também, não se trata de obstáculo à legalidade, uma vez que a própria lei a prevê e a sentença arbitral seria mais uma dentre as decisões “corretas” existentes<sup>72</sup>.

Desse modo, a arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias no direito tributário internacional e nas convenções brasileiras para evitar a dupla tributação seria plenamente aplicável. Suponhamos que isto se tornasse uma realidade.

Como exposto anteriormente, a arbitragem nos tratados de bitributação é subsidiariamente ligada ao procedimento amigável, tendo neste uma etapa prévia e obrigatória. Considerando-se as principais críticas ao procedimento amigável, como por exemplo a de que não se abre ao contribuinte a possibilidade de atuar nas negociações, “o que frequentemente pode levar ao desvirtuamento do escopo do processo, que não considera as situações concretas que motivaram o início da negociação”<sup>73</sup>, nem necessariamente o interesse do contribuinte, e a não obrigatoriedade de os Estados chegarem a um resultado dentro de um prazo definido, assim, se houver ineficácia desde procedimento, esta é explicada em razão de sua própria sistemática, que compreende a discussão entre duas autoridades tributárias de Estados distintos, acostumadas a conflitos com contribuintes, sempre procurando assegurar a arrecadação e pouco dispostas a abrir mão de sua parcela tributável.

Não havendo negociação, passa-se à arbitragem. Contudo, a arbitragem prevista nas convenções de bitributação seguem o parâmetro do procedimento amigável: não há acesso direto do contribuinte, apenas há negociação entre as entidades competentes dos Estados, apesar de poder apresentar por escrito sua posição aos árbitros e de poder realizar sustentação oral, esta última, por exemplo está condicionada à aceitação do árbitro. Em resumo, mesmo apresentando essa defesa,

apenas se permitido, a negociação continua a cargo do Estado e suas autoridades fiscais, que continuará agindo nas negociações à sua conveniência e com o embasamento jurídico que melhor lhe aprouver, o qual nunca vai ser igual ao do particular lesado, que em razão de sua condição, tentará sempre perseguir seus. Desse modo, em concreto, mesmo na arbitragem, o contribuinte permanece na condição de mero espectador. Além disso, o fato de o laudo arbitral não ser vinculante também pode influenciar nas negociações, pois não há estímulo das partes em alcançar a melhor solução possível, visto que os Estados poderão adotar ou não, podendo procrastinar indefinidamente nas negociações.

Assim, seguindo o fio condutor do presente artigo, tem-se que o Brasil deveria prever em suas convenções para evitar a bitributação a arbitragem. Contudo, para que não repita a escolha dos ACFIs, deve ser previsto o acesso direto do contribuinte. Isto seria benéfico, pois, da mesma forma que a argumentação crítica em relação à arbitragem entre Estados nos tratados de investimentos, haveria maior alavancagem para a negociação em fases anteriores, haja vista que, se ambas as partes sabem o direito que paira sobre a arbitragem, fica mais fácil de as partes preverem o custo benefício de se iniciar o procedimento arbitral, logo, tendo essa previsibilidade, os dois lados já estariam preparados para a ação de ofertas de propostas e contrapropostas para se evitar que a reclamação evolua para uma situação mais onerosa que a anterior, havendo estímulo para a negociação.

Além disso, o acesso do contribuinte para defender seus próprios interesses se mostra interessante do próprio ponto de vista da arbitragem, visto que além de poder apresentar defesa escrita e oral, livremente e sem o condicionamento da aceitação do tribunal arbitral, poderá decidir a ação a ser tomada por seu próprio arbítrio, sem a dependência do Estado de residência ou de origem para agir em seu nome.

Segundo pontua Igor Santiago, já existem algumas iniciativas na arbitragem em matéria tributária internacional em que se dá maior acesso ao contribuinte, apesar de ainda limitadas. Este é o caso as convenções entre Alemanha e França e Alemanha e Suécia, que garante direito de o contribuinte ser amplamente ouvido (*fully heard*), de protocolar petições e de apresentar requerimentos escritos e de Itália e Líbano, em que o contribuinte terá o direito de, mediante solicitação, ser ouvido

72 SCHOUERI, Luís Eduardo. Arbitragem no direito tributário internacional. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 23, p. 302-320, 2009. p. 320.

73 SCHOUERI, Luís Eduardo. Arbitragem no direito tributário internacional. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 23, p. 302-320, 2009. p. 304.



pela corte arbitral ou ser representado perante ela<sup>74</sup>.

A última questão que se coloca é a da vinculação do laudo arbitral, pelo que se o Brasil adotasse a arbitragem conforme os moldes da Convenção Modelo da OCDE, deveria se ater à modificação quanto à execução do laudo, visto que uma decisão não obrigatória, acaba por não estimular as partes a persegui-la, avidamente, podendo postergá-la o quanto quiserem e, por óbvio, não a adotar após todo o procedimento e desgaste passado.

O fato é que o Brasil deveria deixar de lado sua resistência à arbitragem nas convenções para evitar a dupla tributação, com ressalvas e modificações quanto ao acesso do contribuinte, e à arbitragem de investimentos. Possibilitando o acesso tanto do contribuinte quanto do investidor brasileiro à arbitragem, este passará da posição de mero expectador, à espera de uma decisão por parte dos Estados, para efetivo participante na busca por seus interesses.

Ademais, soma-se a isso que, atualmente, esse posicionamento de resistência tanto para a arbitragem tributária internacional quanto para a arbitragem de investimentos torna-se estranha face à boa experiência do país no que se refere à Lei nº 9.607/96 (Lei Brasileira de Arbitragem) e à arbitragem comercial, à aceitabilidade pelo Judiciário nacional da arbitragem, à declaração do Supremo Tribunal Federal (STF) pela sua constitucionalidade e à adesão do Brasil à Convenção de Nova Iorque de 1958 em 2002, para a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. Portanto, esses elementos fazem com que o argumento de oposição à arbitragem internacional não mais se sustente<sup>75</sup>.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desse modo, conclui-se que o Brasil não pode ficar a parte das tendências mundiais e à globalização econômica que dinamiza as relações cada vez mais intensamente. A previsibilidade das relações jurídicas é elemento fundamental que propicia os investimentos estrangeiros,

atrai empresas transnacionais, fomenta as economias e permite o crescimento econômico.

Nesse sentido, o conceito de Direito Transnacional se adequa perfeitamente ao estudo realizado, pois envolve atores internacionais que vivenciam relações além de suas fronteiras de origem, e que diante da celeuma jurídica que se coloca, não havendo respostas suficientes nos ordenamentos jurídicos estatais, deslocam eventuais litígios para âmbitos transnacionais.

Os mecanismos de solução de controvérsias, em especial a arbitragem, possibilitam ao direito segurança jurídica, elemento necessário para a estabilidade das relações sociais e econômicas. Tanto do ponto de vista do Direito Tributário Internacional quanto do Direito Internacional dos Investimentos a arbitragem se revela como instrumento eficaz para solução de conflitos, no entanto, com algumas ressalvas.

A principal delas é a de que a participação do particular deve ser legitimada, para que possa atuar diretamente no procedimento arbitral, com liberdade e sem que tenha de depender do crivo do Estado soberano para resolver sua reclamação. Nas convenções de bitributação isso se mostra delicado, ao passo que apesar de algumas evoluções no que tange à sutil atuação do contribuinte, ela depende da permissão do tribunal arbitral e, a palavra final, ainda acaba sendo do Estado. O posicionamento brasileiro nesse sentido ainda é de resistência, pois sequer prevê o mecanismo tradicional de arbitragem em suas convenções internacionais para evitar a dupla tributação.

Já no Direito dos Investimentos, o acesso do particular foi considerado uma das principais inovações do século XX em matéria de acesso à justiça internacional, que antes era adstrita aos Estados soberanos. Contudo, contrariando essa tendência está o Brasil, que finalmente quando adota um novo modelo de acordo de investimentos, elege a arbitragem de investimentos como mecanismo de solução de controvérsias o que, conforme já exposto ao longo do artigo, faz com que não se tenha a alavancagem necessária para a negociação nas etapas anteriores, nem possibilita que o próprio interessado atue, diretamente, no procedimento.

Nesta toada, conclui-se que não adianta o Brasil mudar o posicionamento sem adaptações. E estas devem vir de modo a possibilitar o acesso do particular à arbitragem nas convenções de bitributação e nos ACFIs, para que nem as negociações em fases preliminares, nem

74 SANTIAGO, Igor Mauler. *Direito tributário internacional: métodos de solução de conflitos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 232.

75 TIBÚRCIO, Carmen. Arbitragem de investimento no Brasil In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.) *Direito internacional dos investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 233-270; TIBÚRCIO, Carmen. A arbitragem no direito brasileiro: o histórico e lei 9.307/96. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 104, p.79-99, 2001.

o procedimento arbitral se prolonguem, indefinidamente, ao crivo do interesse estatal, e que seja compatível com o melhor interesse do contribuinte e do investidor, bem como seja vinculante, haja vista que muitas vezes o Estado pode optar por evitar desgastes políticos e financeiros, o que faz com que o procedimento seja prejudicado. Logo, essa solução tornar-se-á perfeitamente uma manifestação do Direito Transnacional, dando suporte para a estabilização das relações entre os referidos agentes dinâmicos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVAREZ, José E. The return of the State. *Minnesota Journal of International Law*, Minneapolis, v. 20, n. 2, p. 223-264, 2011.
- AZEVEDO, Débora Bithiah de. O capital estrangeiro terá regras estáveis por 25 anos? Os acordos de promoção e proteção de investimentos em tramitação no Congresso Nacional. *Cadernos ASLEGIS*, Brasília, v. 5, n. 4, p. 21-30, maio/ago. 2001. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/11190>>. Acesso em: 2 jun. 2016.
- AZEVEDO, Débora Bithiah de. *Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2542/acordos\\_promocao\\_azevedo.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2542/acordos_promocao_azevedo.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 2 maio 2016.
- BRASIL. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, de 21 de julho de 1997, ao Projeto de Decreto Legislativo n. 395 de 2000. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 20 de janeiro de 2000.
- BREMMER, Ian; KEAT, Preston. *The fat tail the power of political knowledge for strategic investing*. Oxford: Oxford University, 2009.
- CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit international économique*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2013.
- COSTA, José Augusto Fontoura. A autonomia da nova lex mercatoria e a estabilização de relações comerciais internacionais. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 2, p. 4783-4810, 2013.
- COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010.
- COSTA, José Augusto Fontoura. Os ACFIs e (a falta de) proteção dos investidores. *Valor Econômico*, Brasília, 30 de jul. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/colunistas/Jos%C3%A9%20Fontoura%20Costa>>. Acesso em: 6 jun. 2016.
- COSTA, José Augusto Fontoura. Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul: uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos? *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 49, n. 2, p. 60-77, 2006.
- COSTA, José Augusto Fontoura. *Proteção internacional do investimento estrangeiro no Mercosul*. Florianópolis: GEDAI, 2012.
- COSTA, José Augusto Fontoura; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. O Brasil, ACFIs e a arbitragem de investimentos. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Lisboa, v. 8, p. 63-81, 2015.
- DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. Oxford: Oxford University, 2008.
- GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. *A proteção jurídica dos investimentos brasileiros no exterior*. 2015. 266 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *ICSID Caseload-Statistics (Issued 2015-1)*. 2015. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20\(English\)%20\(2\)\\_Redacted.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20(English)%20(2)_Redacted.pdf)>.
- JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.
- JUILLARD, Patrick. L'évolution des sources du droit des investissements. *Recueil des cours*, Leiden, p. 9-216, 1994.
- KREPEL, Marina Meirelles Sobreira. *Solução de controvérsias nas convenções internacionais contra dupla tributação*. 2014. 221 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- LIMA, Juciléia. Arbitragem tributária internacional e o discurso sul-americano da 'renúncia à soberania fiscal'. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 33, 2015.
- LOWENFELD, Andreas F. *International economic law*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2008.

- MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do direito internacional dos investimentos. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 65-76, 2014.
- MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do direito internacional dos investimentos. *Revista de Direito Internacional*. v. 12, n. 2, p. 12-14, 2014.
- MOROSINI, Fábio; XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano. Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 422-447, 2015.
- OKUMA, Alessandra. As convenções para evitar dupla tributação e elisão fiscal e os meios de solução de controvérsias. In: TÓRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. v. 4.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Interconnected economies: Benefiting from global value chains*. OECD. 2013. Disponível em: <<https://www.oecd.org/sti/ind/interconnected-economies-GVCs-synthesis.pdf>>. Acesso em: 06 maio 2016.
- PENROSE, Edith. *A teoria do crescimento da firma*. Campinas: Unicamp, 2006.
- PEREIRA, Celso de Tarso. O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRDI-ICSID). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 40, p. 87-93, out./dez. 1998.
- PIT, H. M. Arbitration under the OECD model convention: follow-up under double tax conventions: an evaluation. *42 Intertax*, n. 6-7, p. 445-469, 2014.
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos investimentos e o petróleo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 1, p. 1-37, 2010.
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over natural resources investment law and expropriation: the case of Bolivia and Brazil. *The Journal of World Energy Law and Business*, v. 2, n. 2, p. 129-148, Jul. 2009
- ROCHA, Augusto de Rezende. Parecer DAJ/138: criação de órgão de arbitragem internacional, BIRD. Washington: BIRD, 1964.
- ROTHMANN, Gerd Willi. A denúncia do acordo de bitributação Brasil-Alemanha e suas consequências. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes questões de direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2005. v. 9.
- SANTIAGO, Igor Mauler. *Direito tributário internacional: métodos de solução de conflitos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Arbitragem no Direito Tributário Internacional. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 23, p. 302-320, 2009.
- SOUZA, Henrique Coutinho de. O aperfeiçoamento dos métodos de solução de controvérsias nos tratados contra bitributação firmados pelo Brasil à Luz da convenção modelo da OCDE. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, p. 124-141, 2014.
- TIBÚRCIO, Carmen. A arbitragem no direito brasileiro: o histórico e lei 9.307/96. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 104, p.79-99, 2001.
- TIBÚRCIO, Carmen. Arbitragem de investimento no Brasil In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.) *Direito internacional dos investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 233-270.
- VOGEL, Klaus. *On double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and U.S. model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital, with particular reference to german treaty practice*. Boston: Kluwer, 1998.
- XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano. *Direito internacional dos investimentos e o Brasil: uma perspectiva a partir do padrão de tratamento justo e equitativo*. 2014. 279 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.
- XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ZIEGLER, Andreas R.; GRATTON, Louis-Philippe. Investment assurance In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (Org.). *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford: Oxford University, 2008. p. 524-548.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**O direito tributário sob uma  
perspectiva transnacional**  
Tax law from a transnational  
perspective

Franciele de Simas Estrela Borges

VOLUME 13 • N. 3 • 2016  
DIREITO TRANSNACIONAL



# O direito tributário sob uma perspectiva transnacional\*

## Tax law from a transnational perspective

Franciele de Simas Estrela Borges\*\*

### RESUMO

O presente artigo versa sobre o fenômeno da transnacionalização do direito, com foco no direito tributário. Com base em uma análise de situações transnacionais que envolvem os sistemas tributários nacionais, os tratados internacionais, as normas modelos emanadas das organizações internacionais e os planejamentos tributários elaborados pelas empresas transnacionais, instaura-se uma reflexão sobre a necessidade de se pensar o direito tributário sob uma perspectiva transnacional.

**Palavras chaves:** direito transnacional, direito tributário, empresa transnacional, ordem jurídica transnacional tributária.

### ABSTRACT

This article deals with the phenomenon of transnationalisation of law, with a focus on tax law. Based on an analysis of transnational situations that involve national tax systems, international treaties, model norms emanating from international organizations and tax planning developed by transnational corporations, the paper proposes an analysis of the need to consider tax law under a transnational perspective.

**Keywords:** transnational law, tax law, transnational companies, transnational legal order

## 1. INTRODUÇÃO

São inegáveis os efeitos que o fenômeno da globalização surtiu no direito, levando a uma maior discussão acerca do direito transnacional nos últimos anos. A grande expansão do comércio e das operações transnacionais associada à revolução tecnológica da informática e das telecomunicações possibilitou novos arranjos de ordem tributária, levando a debates que envolvem tanto a questão da soberania dos Estados, o papel dos organismos internacionais, como o impacto e a natureza jurídica dos planejamentos tributários elaborados pelas empresas transnacionais<sup>1</sup>.

\* Recebido em 03/11/2016  
Aprovado em 17/12/2016

\*\* Mestre em Direito Público pela Université Paris II – Panthéon Assas. Especialista em Direito Tributário. Advogada. E-mail: francysimas@gmail.com

1 Por empresas transnacionais adotaremos no presente estudo a definição estabelecida pela Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento - UNCTAD, qual seja: *A TNC is an enterprise, which is irrespective of its country of origin and its ownership, including*

Diante da diversidade das normas em matéria de tributação da renda da pessoa jurídica e os inúmeros tratados internacionais firmados entre os países para evitar a bitributação, as empresas transnacionais encontram maior liberdade para, de uma maneira inteiramente legal, elaborar suas próprias regras de arrecadação tributária de modo a obter uma maior otimização possível dos custos.

A incessante busca pelos ganhos de produtividade, o dinamismo das sociedades transnacionais e a diminuição das fronteiras transnacionais despertam “questões concretas de como os fiscos locais irão se adaptar e sobre o risco de que um acirramento da competição tributária entre países possa levar os governos a se tornarem incapazes de atender as legítimas demandas de seus cidadãos por serviços públicos”<sup>2</sup>.

Partindo de uma análise sobre o modo como as empresas transnacionais e os Estados atuam em defesa dos seus interesses em matéria tributária (parte 1), o presente artigo tem por objetivo fazer uma reflexão sobre pluralismo jurídico no plano tributário internacional e o surgimento de uma ordem jurídico tributária transnacional (parte 2).

## 2. OTIMIZAÇÃO, HARMONIZAÇÃO E CONCORRÊNCIA FISCAL: GUERRA DE INTERESSES TRIBUTÁRIOS

Para melhor entendermos a problemática da transnacionalização no direito tributário, necessário se faz uma breve análise de situações transnacionais que envolvem normas internas e internacionais tributárias, bem como as regras de planejamento tributário, criadas pelas sociedades transnacionais. Neste estudo, o foco

será direcionado para as empresas do ramo digital, pela grande polêmica que as técnicas de otimização fiscal desenvolvidas por essas empresas têm suscitado nos últimos anos<sup>3</sup>.

Atualmente, os diferentes tratamentos tributários nos sistemas nacionais e o grande número de tratados internacionais existentes em matéria tributária possibilitam às sociedades transnacionais uma grande liberdade de transferir os benefícios econômicos adquiridos no mundo inteiro em função da situação fiscal ofertada por cada país. Pela capacidade de orientar as suas operações em diversos pontos do mundo em busca de uma minimização dos custos, as empresas transnacionais conseguem se isentar dos impostos dos países onde exercem, efetivamente, suas atividades e aproveitar as baixas cargas tributárias de determinados países, de forma inteiramente legal<sup>4</sup>.

Isto porque a forma de tributação das operações transnacionais e dos rendimentos das pessoas jurídicas diferencia-se de país para país, de acordo com o interesse interno de cada um. Se, de um lado, alguns países defendem, veementemente, a ideia de uma harmonização das normas tributárias, com alíquotas idênticas ou semelhantes, como, por exemplo, a França e a Alemanha, de outro, há os que preferem um sistema de concorrência tributária internacional, como é o caso da Irlanda e Luxemburgo.

Consequentemente, as sociedades transnacionais levam em conta as diversas opções fiscais e se organizam por meio de planejamentos tributários, que podem ser considerados como “procedimento de interpretação do sistema de normas, visando à criação de um modelo de ação para o contribuinte, caracterizado pela otimização

*private, public or mixed, which comprises entities located in two or more countries which are linked, by ownership or otherwise, such that one or more of them may be able to exercise significant influence over the activities of others and, in particular, to share knowledge, resources and responsibilities with the others. TNCs operate under a system of decision making which permits coherent policies and a common strategy through one or more decision-making centres. This definition does not regard the legal form and fields of activity of these entities.* Ver: UNCTAD. Structure of TNCs. Disponível em: <<http://unctad.org/en/Pages/DIAE/Investment%20and%20Enterprise/Structure-of-TNCs.aspx>>. Acesso em: 20/08/2015.

2 MOTTA, João Ricardo Santos Torres. FONTANIVE, Vicente Marcos. **A tributação em face da globalização**. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2242>>. Acesso em: 10/08/2015.

3 “A economia digital caracteriza-se por basear-se como nenhuma outra nos ativos intangíveis, pelo uso massivo de dados (particularmente dados pessoais), pela utilização generalizada de modelos de negócios multilaterais, capturando valor das externalidades geradas por produtos gratuitos, e pela dificuldade em determinar a jurisdição na qual o valor é criado. Isto gera questões fundamentais, tais como de que forma as empresas na economia digital acrescentam valor e geram os seus lucros e de que modo a economia digital se relaciona com os conceitos de origem e residência, ou com a caracterização dos rendimentos para fins tributários”. Ver: OCDE. **Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros**. Disponível em: ><http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/231333ue.pdf?expires=1445816433&id=id&accname=guest&checksum=604583FBF5564E9C94E5542018049C5F>>. Acesso em: 15/05/2015.

4 BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa transnacional e direito**. São Paulo: Revista dos tribunais: 1987, p. 25.

da conduta como forma de economia tributária, num agir voltado imediatamente para o sucesso”<sup>5</sup>. No plano internacional, o planejamento tributário deve levar em conta a análise das normas tributárias de todos os países envolvidos e dos tratados internacionais concernentes.

Como forma de atrair novos investimentos, alguns países vêm criando medidas de incentivo fiscal, estabelecendo alíquotas tributárias reduzidas que, associadas aos tratados internacionais de isenção tributária, propiciam vantajosos cenários fiscais a algumas instituições. Assim, as empresas criam filiais em diversos países para gerenciar suas atividades e, ao concentrar os lucros nos estabelecimentos localizados nos países com tributação favorecida, a tributação global do grupo é minimizada.

Exemplo disso são as medidas de incentivos fiscais criadas pelo governo irlandês que, em troca de criação de emprego e outros benefícios oriundos da instalação das empresas em seu território, favorecem as empresas com uma reduzida alíquota de imposto sobre a renda de 12,5%, o que é altamente atrativo se comparado às alíquotas da Alemanha (quase 30%) e da França (33,33%). Para ser ainda mais atrativa, a Irlanda, também, reduziu os impostos sobre a propriedade intelectual. Outros países como a Grande Bretanha, Luxemburgo, Países Baixos e Espanha instituíram o regime de “patent box”, incentivo fiscal que permite que as empresas exploradoras de patentes no Reino Unido possam deduzir, de forma significativa, os impostos incidentes sobre os seus produtos patenteados<sup>6</sup>.

Tais medidas favorecem a criação de técnicas de otimização fiscal que permitem as empresas, principalmente do ramo digital, pagar 2% (dois por cento) de imposto sobre a renda. O exemplo mais conhecido é a técnica conhecida como “sanduíche irlandês”, utilizada por grandes empresas da tecnologia da informação, dispositivo fiscal que possibilita aos grandes grupos internacionais reduzir, significativamente, sua contribuição tributária. Com uma filial na Irlanda e *royalties* que transitam nos Países Baixos, antes de serem enviados aos paraísos fiscais, as empresas se submetem a um imposto de renda quase inexistente, isentando-se do pagamento de impostos nos países onde, efetivamente, exercem

suas atividades<sup>7</sup>.

Sob pressão dos Estados Unidos e da União Europeia, o governo irlandês adotou medidas para pôr fim ao regime de duplo incentivo fiscal<sup>8</sup>. Todavia, tal atitude não será suficiente para minimizar as práticas de otimização fiscal adotadas pelas empresas, pois outros países como Luxemburgo, os Países Baixos e a Suíça, também, oferecem regimes favoráveis às transnacionais. Além do mais, as empresas, tendo em vista a dinamicidade que lhes é peculiar, já vêm se reestruturando em busca de novas possibilidades em matéria de otimização fiscal<sup>9</sup>.

Diante desse cenário, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - OCDE, a Organização das Nações Unidas - ONU e a União Europeia estão, cada vez mais, interessadas em combater tais práticas, pois entendem que se trata de evidente elisão fiscal. A OCDE elaborou um plano de ação para reduzir as estratégias fiscais que permitem as transnacionais de evitar a arrecadação da tributação em seu país de origem, sob o argumento de que as empresas devem recolher seus impostos nos locais onde são geradas suas riquezas. O plano de ação visa, primordialmente, “estabelecer a coerência internacional em relação ao imposto sobre a pessoa jurídica” e assegurar a transparência nos planejamentos e transações em matéria tributária por

7 Haja vista o tratado internacional estabelecido entre a Irlanda e os Países Baixos, que isenta o pagamento de imposto sobre a propriedade intelectual (patente, direitos autorais etc), as empresas criam uma filial irlandesa para gerenciar toda a receita dos produtos vendidos na Europa, Ásia e Oriente Médio e transferem as receitas a uma holding estabelecida nos Países Baixos. Livre de imposto, a receita é novamente transferida para a Irlanda, desta vez para uma outra holding instalada no país, mas com domicílio fiscal em países considerados como paraísos fiscais (Ilhas Virgens Britânicas, Ilhas Bermudas, etc). Assim, as empresas fazem transitar esses royalties pelos Países Baixos antes de enviá-los aos paraísos fiscais, uma vez que o país exonera os benefícios que saem de seu território em direção a estes países. Essa transição dos fundos entre duas sociedade para evitar o pagamento de impostos é conhecida como “sanduíche holandês”. Neste sentido, ver: COLLET, Martin. *Quelle fiscalité pour les entreprises transnationales*. In: **Séminaire 2013-2014 - Actualité du droit de l'entreprise**. Paris: College de France, 2014. Disponível em: <<http://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/seminar-2014-06-12-16h00.htm>>. Acesso em: 27/08/2015.

8 A supressão do mecanismo teve fim em 01 de janeiro de 2015 para as novas empresas, com um regime transitório até 2020 para as empresas existentes.

9 Algumas empresas já anunciaram uma modificação em sua estrutura, com instalação de suas sedes em locais que oferecem benefícios fiscais. Neste sentido, veja-se como exemplo a reestruturação da Google com a criação da empresa “Alphabet”, a qual está instalada em Delaware, estado americano que oferece consideráveis benefícios fiscais às empresas que lá se instalam.

5 TÓRRES, Heleno Taveira. **Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 36.

6 Reino Unido. *Corporation tax: the patente box*. Disponível em: <<https://www.gov.uk/guidance/corporation-tax-the-patent-box>>. Acesso em: 15/05/2015.



meio de um amplo acesso às informações concernentes às empresas, para fins de identificar possíveis planejamentos tributários agressivos<sup>10</sup>.

Outro objetivo é reunir todas as regras tributárias internacionais em uma única convenção internacional, assinada pelo máximo de Estados, que se imporá às legislações nacionais, criando, assim, uma harmonização tributária no plano internacional<sup>11</sup>. Uma unificação das normas tributárias impediria que as empresas viessem a tirar proveito do tratamento fiscal diferenciado entre os países, o que diminuiria as transferências internacionais de capital e estabeleceria uma tributação de acordo com o lucro real das empresas, gerando um maior ingresso de recursos nos cofres públicos. Ademais, os contribuintes se submeteriam a taxas idênticas ou semelhantes, independentemente de seu domicílio fiscal, o que eliminando a necessidade de exílio fiscal em busca de uma tributação mais vantajosa e propiciaria uma concentração destas empresas em seus países de origem<sup>12</sup>.

Neste sentido, parte da doutrina defende que a aplicação de regras fiscais mais próximas à realidade econômica contribuiria na equidade e na transparência fiscal internacional e criaria condições de concorrência fiscais mais igualitárias, permitindo uma justa contribuição no financiamento dos serviços públicos fornecido pelos países onde as empresas exercem suas atividades<sup>13</sup>.

Sob outro ponto de vista, há que se considerar que uma saudável competição tributária internacional é necessária para uma melhor distribuição da arrecadação entre os países. Isto porque, uma harmonização tributária pode gerar uma maior concentração da arrecadação tributária em alguns países desenvolvidos, mais precisamente nos países de origem das empresas transnacionais<sup>14</sup>.

Os defensores da concorrência fiscal internacional<sup>15</sup>

afirmam que ela é um importante instrumento para implementação de uma política fiscal pro-mercado, atraindo capitais e melhorando o desempenho econômico dos países. Ao revés, uma harmonização fiscal significaria alíquotas tributárias mais elevadas e discriminatórias, dificultando uma eficiente alocação de capital e trabalho e reduzindo o desempenho econômico global<sup>16</sup>.

Evidentemente que os países onde estão localizadas as empresas de alta lucratividade e que possuem altas cargas tributárias não veem como a melhor opção o estabelecimento de incentivos fiscais, preferindo a promoção de uma harmonização fiscal como meio de inibir a fuga de capital e de empregos em direção dos países com regime tributário mais favorável. Por outro lado, há aqueles países que preferem se lançar em uma concorrência fiscal, adotando medidas para impulsionar a economia da nação por meio da redução da carga tributária.

Portanto, constata-se que a soberania dos Estados, para elaborar os regimes tributários nacionais de acordo com o interesse interno dos países<sup>17</sup> e a interação dos diversos regimes fiscais nacionais no plano internacional, leva a lacunas e atritos, o que possibilita que as empresas transnacionais transitem entre as diferentes legislações tributárias, de modo a poder escolher as alíquotas que lhes são mais benéficas e a criar seus próprios mecanismos de arrecadação tributária.

A partir desse cenário transnacional, entre sistemas tributários nacionais, tratados internacionais, normas modelos, recomendações emanadas das organizações internacionais e planejamentos tributários internacionais elaborados pelas empresas, que se passa a analisar a possível existência de uma ordem jurídica transnacional em matéria tributária.

10 OCDE. **Plano de ação...** *op cit.*

11 Uma convenção fiscal multilateral única seria destinada a substituir os mais de 3 mil tratados bilaterais.

12 PICCIOTTO, Sol. **Towards unitary taxation of transnational corporations.** Disponível em: <[http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Towards\\_Unitary\\_Taxation\\_1-1.pdf](http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Towards_Unitary_Taxation_1-1.pdf)>. Acesso em: 23/08/2015.

13 *Idem.*

14 PERROULAZ, Gérard. *Firmes transnationales : instruments du développement ou instruments de pouvoir ?*. In: **Annuaire suisse de politique de développement.** Disponível em: <<http://aspd.revues.org/1287>>. Acesso em: 10/08/2015.

15 Neste sentido, ver: ALTSHULER, Rosanne; GOOSDPEED, Timothy J. **Follow the leaders? evidence on European and US tax Competition.** Disponível em: <[http://econ.hunter.cuny.edu/wp-content/uploads/2013/10/altshuler\\_goodspeed\\_dec063.pdf](http://econ.hunter.cuny.edu/wp-content/uploads/2013/10/altshuler_goodspeed_dec063.pdf)>.

Acesso em: 10/08/2015.

16 MITCHELL, Dan. **Tax competition and fiscal reform: rewarding pro-growth tax policy.** Disponível em: <<http://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/papers/russiaconference/mitchell.pdf>>. Acesso em: 12/08/2015.

17 Ressalte-se que os Estados estão constantemente na busca de proteger os interesses nacionais, sendo soberanos para escolher as normas que lhes forem mais adequadas. Assim, não há como intervir na liberdade de um país no estabelecimento das normas tributárias que lhe seja mais conveniente. Por isso, no âmbito das organizações internacionais, as regras são impostas à unanimidade, o que impede a efetivação de uma harmonização tributária no plano internacional.

### 3. A TRANSNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO

Os ordenamentos jurídicos nacionais são regulados de acordo com as prioridades e interesses internos de cada Estado, sendo eles soberanos para exercer, de forma absoluta, a jurisdição dentro do próprio território. Todavia, no plano internacional, a soberania estatal, muitas vezes, não se realiza em sua plenitude, tendo em vista a necessidade de adequação das normas tributárias à política externa de outros países. Por meio da ratificação de tratados internacionais ou da sujeição às normas emanadas das organizações internacionais, os Estados se submetem a uma relação de interdependência e solidariedade uns aos outros, trazendo implícita a noção de parcial renúncia ao poder soberano<sup>18</sup>.

Por outro lado, no Estado Contemporâneo, os recursos econômicos se tornaram meios de obtenção de poder<sup>19</sup>, fazendo com que os Estados fiquem cada vez mais vulneráveis a atores não estatais, tais como as empresas transnacionais, cujo poderio econômico chega muitas vezes a superar a economia de muitos países<sup>20</sup>. O domínio das transnacionais sobre os recursos econômicos e, ainda, suas habilidades gerenciais e tecnológicas exerce grande influência no processo socioeconômico de desenvolvimento de alguns países, principalmente dos países em desenvolvimento<sup>21</sup>.

Por se tornarem centros de poder, as transnacionais têm a capacidade de se autorregular e elaborar suas próprias regras de política externa, desde que, evidentemente, não estejam em desconformidade com as normas estatais<sup>22</sup>. Com base em uma análise minuciosa dos sis-

temas tributários nacionais, dos tratados internacionais e das normas modelos emanadas pelas organizações internacionais, as empresas se planejam a fim de obter uma maior otimização tributária possível, criando, por assim dizer, seu próprio sistema tributário. Tal fenômeno leva alguns doutrinadores a classificá-las como uma “autoridade privada”, capaz de fazer face às autoridades estatais por meio de uma “diplomacia triangular”<sup>23</sup>.

Essa fragmentação da soberania Estatal acarreta o aparecimento de um pluralismo jurídico, a partir de uma flexibilização e diversificação da produção normativa, com novas fontes e modos de regulação do direito, inclusive com a implementação de mecanismos de regulação alternativa não estatal<sup>24</sup>. Por tais motivos, o direito tributário não pode se restringir apenas aos sistemas tributários nacionais e aos estudos das relações dos próprios Estados e os tratados realizados entre eles, mas deve, sob um ponto de vista global, levar em consideração os arranjos tributários criados pelas próprias empresas transnacionais. Essa interação normativa abre caminho para uma reflexão sobre uma possível transnacionalização do direito tributário.

Por direito transnacional entende-se “um conjunto de normas que regula atos ou fatos que transcendem fronteiras nacionais, tanto do direito público quanto do privado, bem como outras normas que não se enquadram inteiramente nas categorias clássicas”<sup>25</sup>. JESSUP estabelece que a relação entre o direito internacional e o direito interno decorre de situações transnacionais que podem envolver pessoas físicas ou jurídicas, Estados, organizações de Estados, organizações internacionais e demais grupos que acabem por produzir um direito transnacional<sup>26</sup>.

18 GRECO, Marco Aurélio. Transações eletrônicas: aspectos Jurídicos. In: GRECO, Marco Aurélio. **Internet e Direito**. 2ª ed., São Paulo: Dialética, 2000, p. 15.

19 BOBBIO, Norberto. *Structure et fonction dans la théorie du droit de Kelsen*. In: BOBBIO, Norberto. **Essais de théorie du droit**. trad. M. Guéret. Paris: LGDJ, 1998, p. 222-225.

20 Constata-se que no ranking das 100 maiores entidades econômicas do mundo, 29 empresas transnacionais figuram entre as 51 entidades, 19 são Estados. Ver: WINTER, Luis Alexandre Carta. **Empresa transnacional como fato de desenvolvimento e integração regional para América Latina**. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/luis\\_alexandre\\_carta\\_winter.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/luis_alexandre_carta_winter.pdf)>. Acesso em 10/08/2015.

21 OLIVEIRA, Anderson Nogueira; MAURO, Victor Silva. **Empresas transnacionais e os direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6e28943943dbed3c>>. Acesso em: 18/08/2015.

22 MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito internacional econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 p. 109.

23 “Borrowing from Stopford and Strange’s triangular diplomacy model, private governance becomes a series of negotiations among public and private actors. Firms negotiate with other firms to advance and develop self-regulatory schemes. States negotiate with other states as to whether or not to grant firms such authority. Influencing both sets of negotiations are the national patterns of private authority found in state-firm arrangements. The outcome is the state-firm negotiations that result in private authority. This is not a static outcome, but a dynamic one in that firms carry out private authority in the shadow of the state.” Ver: COWLES, Maria Green. **Private governance and e-commerce: triangular diplomacy and contested authority in the United States and European Union**. Disponível em: <<http://aei.pitt.edu/2851/1/102.pdf>>. Acesso em: 24/10/2015.

24 MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. **Pensar**, Fortaleza, v. 12, p. 134-144, mar. 2007.

25 JESSUP, Philip. **Direito transnacional**. Trad. Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965. p. 87.

26 *Idem*.

O direito transnacional tem por função “ajustar os casos e distribuir a jurisdição de maneira mais proveitosa para as necessidades e conveniências de todos os membros da comunidade internacional”. Sob este ponto de vista, os problemas de proibição das leis não se resolvem por meio do princípio da territorialidade e soberania dos Estados, mas por meio de acordos internacionais, “maneira mais proveitosa para as necessidades e conveniências de todos os membros da comunidade internacional”<sup>27</sup>.

É possível observar a existência do direito transnacional em diversas áreas, como a religiosa e esportiva, mas foi, no âmbito do comércio internacional, que ele foi mais estudado e teorizado, por meio da *lex mercatoria*<sup>28</sup>, verdadeiro direito transnacional comercial que surgiu a partir da análise das codificações e da elaboração de normas próprias criadas pelas sociedades econômicas.

A *lex mercatoria* se propagou em várias áreas de atuação como, por exemplo, na área petrolífera - *lex petrolea* -, marítima - *lex marítima* - e mesmo no âmbito do comércio eletrônico - *lex electronica*. Mesmo se do ponto de vista etimológico ou histórico ela se destina, apenas, ao direito comercial, a sua teoria vem exercendo forte influência em outros ramos do direito<sup>29</sup>.

Em matéria tributária, não é possível defender a existência de uma *lex mercatoria* propriamente dita como ordem jurídica independente, pela impossibilidade de descumprimento das normas nacionais no âmbito de jurisdição dos países. O que se verifica é o desenvolvimento de um corpo de regras elaborado pelas sociedades transnacionais com base na análise e na observância das normas tributárias de diversos sistemas jurídicos nacionais, tratados internacionais e normas modelos emanadas das organizações internacionais. Pode-se afirmar, portanto, que tais regras servem de lei às operações transnacionais, pois dão efetividade às normas tributárias estatais e regem o modo de contribuição das empresas transnacionais.

27 *Ibid*, p. 62.

28 Para um aprofundamento sobre a *lex mercatoria*, ver M. Berthold Goldman. *Frontières du droit et lex mercatoria*. In: **Archives de philosophie du droit**, Paris, T. IX, p. 177-192, 1964; LAGARDE, Paul. *Approche critique de la lex mercatoria*. In: **Études offertes a Berthold Goldman**. *Le droit des relations économiques internationales*. Paris: Litec, 1982.

29 LATTY, Franck. *Droit transnational économique*. In: DAILIER, Patrick. **Droit de l'économie internationale**. Paris: Pedone, 2004, p. 110-111.

É com base nessa perspectiva transnacional que se observa a necessidade de se pensar o direito tributário a partir de uma ordem jurídica transnacional tributária<sup>30</sup>, com várias formas de produção normativa, seja a partir do direito interno, do direito internacional e até mesmo de mecanismos de regulação alternativa não estatal, as quais atingem não somente os contribuintes, mas também os Estados soberanos e as relações que eles estabelecem entre eles.

Em suma, existe hoje, como uma realidade jurídica irrefutável, um processo de transnacionalização do direito tributário, impossível de ser ignorado. Portanto, não se pode mais conceber o direito como instrumento de organização da força monopolizada pelo Estado, como apregoava Hans Kelsen, pois não há mais como negar que os recursos econômicos propiciaram às autoridades privadas a obtenção de poder, levando-as a exercer forte influência sobre a produção normativa tributária e o relacionamento entre os países.

Conclui-se, portanto, que, no plano internacional, uma evolução do direito tributário, somente, seria possível com base em uma perspectiva transnacional do direito, levando-se em consideração a interação entre as normas de direito interno, de direito internacional e as normas particulares que regulam e dão efetividade à arrecadação tributária das sociedades transnacionais.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há como se pretender desconsiderar os efeitos que a globalização vem surtindo no direito tributário nos últimos anos. Os recursos econômicos propiciam às empresas transnacionais a obtenção de poder, tornando-as verdadeiras instituições capazes de reger as normas tributárias da maneira que lhes for mais vantajosa no cenário internacional.

Contemporaneamente, um estudo global do direito tributário pressupõe não apenas a análise dos sistemas tributários nacionais, dos tratados internacionais e das

30 Evidentemente, pensar o direito tributário como um direito transnacional dependeria da própria concepção de ordem jurídica que, para a doutrina moderna, se relaciona com a existência de uma instituição. E, nesse aspecto, alguns doutrinadores consideram a *societas mercatorum* como uma verdadeira instituição, haja vista o poderio econômico e a influência que exercem sobre a soberania dos Estados. Ver: *Ibid*, p. 118.



normas e diretrizes emanadas das organizações internacionais, mas também do planejamento tributário internacional elaborado pelas empresas transnacionais. Sob esse prisma, não há como ignorar o fenômeno da transnacionalização do direito e a pluralização das normas em matéria tributária, sendo plausível defender o surgimento de uma ordem jurídico tributária transnacional.

Pensar no direito tributário com base em uma perspectiva transnacional é imprescindível para que se possa chegar, de maneira mais proveitosa possível, à solução dos impasses de natureza tributária internacional, oriundos da diversidade de interesses das instituições que integram esse sistema jurídico tão complexo e multifacetado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALTSHULER, Rosanne; GOOSDPEED, Timothy J. *Follow the leaders? evidence on European and US tax competition*. Disponível em: <[http://econ.hunter.cuny.edu/wp-content/uploads/2013/10/altshuler\\_goodspeed\\_dec063.pdf](http://econ.hunter.cuny.edu/wp-content/uploads/2013/10/altshuler_goodspeed_dec063.pdf)>. Acesso em: 10/08/2015.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa transnacional e direito**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1987.
- BOBBIO, Norberto. *Structure et fonction dans la théorie du droit de Kelsen*. In: BOBBIO, Norberto. **Essais de théorie du droit**. trad. M. Guéret. Paris: LGDJ, 1998.
- COLLET, Martin. *Quelle fiscalité pour les entreprises transnationales*. In: **Séminaire 2013-2014 - Actualité du droit de l'entreprise**. Paris: Collège de France, 2014. Disponível em: <<http://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/seminar-2014-06-12-16h00.htm>>. Acesso em: 27/08/2015.
- COWLES, Maria Green. **Private governance and e-commerce: triangular diplomacy and contested authority in the United States and European Union**. Disponível em: <<http://aei.pitt.edu/2851/1/102.pdf>>. Acesso em: 24/10/2015.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacional. **Revista Faculdade de Direito Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 26, n. 1, p. 159-176, jan./jul. 2010.
- GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*. In: **Archives de philosophie du droit**. Paris, T. IX, p. 177-192, 1964.
- GRECO, Marco Aurélio. Transações eletrônicas: aspectos Jurídicos. In: GRECO, Marco Aurélio. **Internet e Direito**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2000.
- JESSUP, Philip. **Direito transnacional**. Trad. Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.
- LAGARDE, Paul. *Approche critique de la lex mercatoria*. In: **Études offertes a Berthold Goldman. Le droit des relations économiques internationales**. Paris: Litec, 1982.
- LATTY, Franck. *Droit transnational économique*. In: DAILIER, Patrick. **Droit de l'économie internationale**. Paris: Pedone, 2004.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito internacional econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. **Pensar**, Fortaleza, v. 12, p. 134-144, mar. 2007.
- MITCHELL, Dan. **Tax competition and fiscal reform: rewarding pro-growth tax policy**. Disponível em: <<http://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/papers/russiaconference/mitchell.pdf>>. Acesso em: 12/08/2015.
- MOTTA, João Ricardo Santos Torres. FONTANIVE, Vicente Marcos. **A tributação em face da globalização**. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2242>>. Acesso em: 10/08/2015.
- OCDE. **Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros**. Disponível em: <<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/231333ue.pdf?expires=1445816433&id=id&accname=guest&checksum=604583FBF5564E9C94E5542018049C5F>>. Acesso em: 15/05/2015.
- OLIVEIRA, Anderson Nogueira. MAURO, Victor Silva. **Empresas transnacionais e os direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6e28943943dbed3c>>. Acesso em: 18/08/2015.
- PERROULAZ, Gérard. *Firmes transnationales : instruments du développement ou instruments de pouvoir ?*. In: **Annuaire suisse de politique de développement**. Disponível em: <<http://aspd.revues.org/1287>>. Acesso em: 10/08/2015.
- PICCIOTTO, Sol. **Towards unitary taxation of transnational corporations**. Disponível em: <[BORGES, Franciele de Simas Estrela. Arbitragem no direito tributário internacional e no direito internacional dos investimentos: uma manifestação do direito transnacional. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 116-124](http://www.taxju-</a></p></div><div data-bbox=)

stice.net/cms/upload/pdf/Towards\_Unitary\_Taxation\_1-1.pdf>. Acesso em: 23/08/2015.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. Princípios do direito tributário internacional. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 301-322.

UNCTAD. **Structure of TNCs**. Disponível em: <<http://unctad.org/en/Pages/DIAE/Investment%20and%20Enterprise/Structure-of-TNCs.aspx>>. Acesso em: 20/08/2015.

WINTER, Luis Alexandre Carta. **Empresa transnacional como fato de desenvolvimento e integração regional para América Latina**. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/luis\\_alexandre\\_carta\\_winter.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/luis_alexandre_carta_winter.pdf)>. Acesso em 10/08/2015.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**As Características do  
Direito Transnacional como  
Metodologia:** Análise sob o  
enfoque dos Aspectos Processuais  
da Arbitragem

**Characteristics of Transnational  
Law as Methodology:** Analysis  
from the perspective of procedural  
aspects in arbitration

Flávia Foz Mange



# As Características do Direito Transnacional como Metodologia: Análise sob o enfoque dos Aspectos Processuais da Arbitragem\*

## Characteristics of Transnational Law as Methodology: Analysis from the perspective of procedural aspects in arbitration

Flávia Foz Mange\*\*

### RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar a existência de um direito transnacional aplicado às questões processuais que regem o procedimento arbitral. Parte-se da hipótese de que os aspectos processuais da arbitragem são regidos por um direito transnacional, sendo este entendido como um *processo jurídico*, uma *metodologia*, que considera uma pluralidade de fontes. Ao discorrer sobre as fontes utilizadas para os aspectos processuais da arbitragem, este artigo contribui para o desenvolvimento do instituto e para a entrada de novos atores neste campo com maior segurança jurídica. A primeira parte apresenta o desenvolvimento do conceito de direito transnacional como uma *metodologia*, tendo como base uma exploração bibliográfica partindo da obra de Jessup e analisando os conceitos desenvolvidos por Vagts (teoria do processo transnacional), Koh (processo legal transnacional), Callies e Zumbansen (direito transnacional como proposição metodológica) e Gaillard (método transnacional). A segunda parte aplica esse conceito de direito transnacional aos aspectos processuais da arbitragem, analisando as características do *processo jurídico* transnacional e a pluralidade de fontes normativas que são consideradas para a tomada de decisões processuais na arbitragem. A pesquisa realizada neste artigo teve como foco as arbitragens comerciais internacionais, não englobando as arbitragens de investimento ou arbitragens domésticas. Sob o prisma de uma metodologia transnacional, que analisa como são tomadas as decisões processuais na arbitragem e as características das diversas fontes utilizadas nesse processo de tomada de decisão, é possível afirmar a existência de um direito transnacional e que os aspectos processuais da arbitragem são regidos por normas dessa natureza.

**Palavras-Chave:** Direito transnacional. Metodologia. Processo arbitral. Pluralidade de fontes.

### ABSTRACT

The scope of this article is to analyze the existence of transnational law applied to procedural issues governing the arbitral proceeding. It is draw the hypothesis that arbitration procedural aspects are governed by transnational

\* Recebido em 07/05/2016  
Aprovado em 26/08/2016

\*\* Professora Substituta na Graduação e Visitante na Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP) Mestre e Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) Pesquisadora visitante na Harvard Law School (HLS), LL.M. em International Legal Studies pela New York University (NYU). E-mail: flaviamange@gmail.com

law, being this understood as a legal process, a methodology that takes into account a plurality of sources. By analyzing the sources applied to the procedural aspects or arbitration, this article aids the development of this field and the entrance of new actors and increase legal certainty. The first part develops the concept of transnational law as a methodology by doing a literature review starting with Jessup work and analyzing the concepts developed by Vagts (theory of transnational process), Koh (transnational legal process), Callies and Zumbansen (transnational law as a methodological proposition) and Gaillard (transnational method). The second part applies this concept of transnational law to the arbitration procedural aspects, analyzing the characteristics of the transnational process and the plurality of sources considered while taking a procedural decision and undertaking a case analysis of some of them. The research is focused on international commercial arbitration, not considering investment arbitration or domestic arbitration. By taking the methodological approach to transnational law and analyzing how procedural decisions are made in arbitration and the characteristics of the plurality of sources used in this decision-making process, it is possible to affirm that there is transnational law and that procedural aspects of arbitration are governed by norms of this nature.

**Keywords:** Transnational law. Methodology. Arbitral proceedings. Plurality of sources.

## 1. INTRODUÇÃO

A partir da comparação de diversos procedimentos arbitrais é possível verificar certa semelhança nos seus aspectos processuais independentemente do local onde a arbitragem ocorre<sup>1</sup>. Tal fato decorre da não incidência das leis processuais domésticas aos aspectos procedi-

mentais da arbitragem, prevalecendo a autonomia das partes e dos árbitros<sup>2</sup>. No entanto, tal fato não responde a indagação de como são tomadas as decisões processuais na arbitral, tampouco garante previsibilidade e segurança jurídica aos atores envolvidos no campo e, em especial, aos novos atores. O que se verifica é que a interação de atores provenientes de diversos sistemas jurídicos nos procedimentos arbitrais<sup>3</sup> possibilitou a emergência de uma prática processual arbitral própria que decorre do encontro recorrente desses atores em procedimentos arbitrais. Essa prática processual arbitral, que advém do encontro de diversos atores e aplicação de diversas fontes normativas, possibilita uma internacionalização do direito<sup>4</sup> ou uma regulação privada transnacional<sup>5</sup>.

2 Nesse sentido é o disposto na lei modelo da Uncitral, em diversas legislações nacionais e no art. 21 da Lei de Arbitragem Brasileira: “A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento” BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm)>. Acesso em: 15 maio 2016. No mesmo sentido são as regras contidas nos principais regulamentos de arbitragem, como, por exemplo, no art. 19 do Regulamento de Arbitragem e de ADR da CCI de 2012 (ICC, 2012 – Regulamento de Arbitragem e de ADR da CCI). Para uma análise da evolução histórica da lei aplicável às regras processuais na arbitragem vide MANGE, Flávia F. *Processo arbitral: aspectos transnacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 59-104.

3 Essa interação é comparada com um espelho de duas faces, de um lado os atores olham para o espelho em busca de soluções de como proceder, copiando ou imitando a prática adotada, mas, do outro lado do espelho, estão sendo observados e copiados LOWENFELD, Andreas F. The two-way mirror: international arbitration as comparative procedure. *II Michigan Yearbook of International Legal Studies*, n. 187, p. 163-185, 1985. O termo cross-fertilization ou cross-pollination é utilizado como metáfora, assemelhando o trabalho das partes envolvidas em arbitragem ao trabalho das abelhas que transportam o pólen e possibilitando a reprodução LOWENFELD, Andreas F. International arbitration as an omelette: what goes into the mix. In: LOWENFELD on international arbitration: collected essays over three decades. Huntington/New York: Juris Pub., 2005. p. 59; PARK, William. Procedural evolution in business arbitration: three studies in change. In: PARK, William. *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*. Oxford: Editora, 2006. p. 8.

4 Para uma análise sobre a internacionalização do direito e diversas terminologias aplicadas, vide TOMAZETTE, Marlon. A internacionalização do direito além do Estado: a nova lex mercatória e a sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 93-121, 2012. p. 104-106.

5 Para uma análise sobre os regimes internacionais e, em especial, a regulação privada transnacional, vide NASSER, Salem. Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 98-137, 2015. p. 130-131.

1 “Imagine attending hearings in three arbitrations: one in Geneva, one in New York, and one in Hong Kong. All three hearings will likely involve the same hotel conference rooms, the same court reporters, the same language – English, the same type of oral submissions, witness examination, expert presentations, and procedural arguments, and often even the same people. Does this mean the arbitral procedure is globalized – that arbitration is conducted in a uniform manner wherever it takes place, whatever national law governs? Does national law govern at all?” KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Globalization of arbitral procedure. *HeinOnline*, v. 36. *Vand. J. Transnational Law* 1313, London, v. 1, n. 36, p. 1323, 2003. p. 1314.

Nesse contexto, surge o debate em torno da existência de uma ordem arbitral autônoma, ou ordem arbitral transnacional<sup>6</sup>, e o termo *lex arbitralis materialis*<sup>7</sup>. A crença na existência de uma ordem jurídica arbitral depende da forma como cada um compreende a arbitragem e a importância dada ao local da sede da arbitragem, como bem esclarece Gaillard em sua obra sobre os aspectos filosóficos da arbitragem. Gaillard traz três representações sobre arbitragem: *i*) a primeira, baseada na visão de Mann<sup>8</sup>, relacionando a arbitragem a apenas uma ordem jurídica nacional<sup>9</sup>; *ii*) a segunda, relacionando a arbitragem a uma pluralidade de ordens jurídicas<sup>10</sup>; e *iii*) a terceira, baseada em uma ordem jurídica arbitral autônoma distinta, uma ordem jurídica transnacional em sentido estrito<sup>11</sup>.

Neste artigo, não se pretende discutir a existência de

6 Esse debate foi trazido inicialmente pela escola de Dijon representada por Goldman (1963) e Fouchard (1965): GOLDMAN, Berthold. Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 109, p. 347-485, 1963; FOUCHARD, Philippe. *L'arbitrage commercial international*. Paris: Dalloz, 1965. Na década de oitenta, Von Mehren (1982) e Lalive (1982) discutiram o tema: VON MEHREN, Arthur Taylor. To what extent is international commercial arbitration autonomous? In: LE DROIT des relations économiques internationales: études offertes à Goldman. Paris: Litec, 1982. p. 222 (“To this extent and on these grounds both the procedural and substantive law of arbitration can be said to have potentially a distinctly anational or autonomous quality”); LALIVE, Pierre. *Codification et arbitrage international*. Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Goldman. Paris: Litec, 1982. p. 166 (“Souhaitons seulement qu'elle évite les écueils dont quelques exemples viennent d'être mentionnés et qu'elle construise, ici aussi, un 'droit commercial autonome – une nouvelle lex mercatoria' qui réponde aux besoins de la Communauté internationale”). Mais recentemente, a discussão sobre o tema voltou com a aula magna de Gaillard, em Haia, em 2007, que foi publicada posteriormente no livro GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.

7 MISTELIS, Loukas. Unidroit principles applied as “Most Appropriate Rules of Law” in a Swedish arbitral award. *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*, v. 8, p. 631-640, 2003. p. 630-631 (“[...] the incremental organic creation of an autonomous system may be observed which operates on the basis of rules of law rather than legal systems – is appealing and increasingly well-founded. Effectively, we could speak of a *lex arbitralis materialis* which consists of transnational substantive rules, general principles of law and practice as generally expressed in the work of leading arbitration institutions and international law firms.”).

8 MANN, F. A. *Lex Facit Arbitrum*. In: SANDERS, Pieter (Ed.). *International arbitration liber amicorum for Martin Domke*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1967. p. 157-183.

9 GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008. p. 34-46.

10 GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008. p. 46-60.

11 GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008. p. 60-100.

uma ordem arbitral autônoma, tampouco desconsiderá-la. Reconhece-se a importância das três representações apresentadas por Gaillard e a convivência de normas oriundas dos ordenamentos estatais, da ordem internacional, bem como as emergentes da prática arbitral. Dessa forma, defende-se a existência de normas transnacionais aplicadas aos aspectos procedimentais da arbitragem. O conceito de direito transnacional que se defende e é desenvolvido na primeira parte deste artigo ressalta a sua caracterização como uma metodologia que considera tanto as normas nacionais quanto as internacionais, bem como outras fontes normativas que não se enquadram tipicamente em uma categoria tradicional de normas jurídicas e podem ser emanadas por diversos atores<sup>12</sup>. É nesse contexto que este artigo busca analisar as normas que regem o procedimento arbitral para verificar a hipótese de que os aspectos processuais da arbitragem são regidos por normas transnacionais.

Evidenciado o conceito de direito transnacional atrelado a uma metodologia que considera uma pluralidade de fontes normativas, a segunda parte deste artigo aplica esse conceito e suas características ao estudo do quadro regulatório dos aspectos processuais do processo arbitral. São analisadas as diversas fontes normativas aplicáveis aos aspectos processuais da arbitragem, incluindo as fontes normativas estatais e internacionais, e, também, as novas categorias normativas não tradicionais e que emergem da prática arbitral ou da própria comunidade arbitral, e como essas normas se entrelaçam para verificar a hipótese da existência de um direito transnacional que rege os aspectos processuais da arbitragem.

Essa análise permite constatar a emergência de um direito transnacional para aspectos processuais da arbitragem.

## 2. DIREITO TRANSNACIONAL: VOLTANDO AS ORIGENS DE JESSUP E CARACTERIZANDO O CONCEITO ADOTADO

Este item faz uma releitura sobre o desenvolvimento doutrinário de um conceito de direito transnacional, analisando este não como um ramo do direito autôno-

12 JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 2.



mo, mas como uma metodologia de aplicação de diversas normas jurídicas e ampliação do olhar para o que é o direito. Reconhecendo a divergência existente em torno do conceito de direito transnacional, que não possui, atualmente, um significado unívoco, retoma-se o conceito de direito transnacional proposto por Jessup, que é um conceito mais amplo, diferenciando-o da sua crescente utilização em sentido estrito, relacionado à emergência de um direito ou uma ordem jurídica transnacional<sup>13</sup>, e propondo um conceito intermediário que parte do conceito amplo de Jessup, mas inclui nele a definição em sentido estrito, considerando para metodologia transnacional uma pluralidade de normas, incluindo aquelas que emanariam de uma ordem jurídica transnacional.

## 2.1. O direito transnacional para Jessup e sua caracterização

O desenvolvimento da ideia de um direito transnacional é creditado ao internacionalista Phillip C. Jessup com base na sua aula magna (*Storrs Lecture*) na faculdade de Yale nos Estados Unidos, que deu origem à obra *Transnational Law*, publicada em 1956<sup>14</sup>. O trecho mais conhecido da obra de Jessup traz a seguinte definição:

O termo “direito transnacional” inclui todo direito que regula ações e eventos que transcendem as fronteiras nacionais. Tanto o direito internacional público quanto o privado estão incluídos, bem como outras normas que não se enquadram perfeitamente em uma categoria padrão<sup>15</sup>.

13 COTTERRELL, Roger. What is Transnational Law? *Law & Social Inquiry*, v. 37, n. 2, p. 2, 2012. (Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper n. 103/2012). Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2021088#%23](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2021088#%23)>. Acesso em: 2 jul. 2016 (“The international lawyer Phillip Jessup wrote that transnational law includes ‘all law which regulates actions or events that transcend national frontiers’ (Jessup 2006, 45). In his view national and international law would be part of it insofar as they have these effects, and it could address both public (state and governmental) and private (non-governmental, civil society) actors [...]. But other writers treat transnational law as conceptually distinct from national and international law because its primary sources and addressees are neither nation state agencies nor international institutions founded on treaties or conventions, but private (individual, corporate or collective) actors involved in transnational relations [...].”).

14 JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956.

15 JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 2 (Tradução livre. Texto original: “[...] the term ‘transnational law’ to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories.”).

Para fins deste artigo, interessa a segunda parte dessa definição, que traz um olhar para as fontes normativas que formam um direito transnacional e inclui nele não apenas o já conhecido direito internacional público e privado, mas também novas fontes normativas que não enquadram em um padrão conhecido, evidenciando a postura inovadora e atual da obra de Jessup. Já, na década de cinquenta, Jessup observa a entrada de novos sujeitos no âmbito internacional com situações que podem envolver atores tais como indivíduos, corporações, Estados, organizações de Estados e outros grupos e questiona a aplicação das normas de conflito de leis (ou direito internacional privado)<sup>16</sup>. Comparando situações domésticas com situações que envolvem questões transnacionais, Jessup conclui que não há porque escolher uma única lei com base em critérios artificiais, como, por exemplo, nacionalidade, domicílio, territorialidade, entre outros, e afirma que não há razões para impedir que os tribunais, nacionais ou internacionais, sejam autorizados a escolher, entre as normas jurídicas existentes, aquela que for mais conveniente para solucionar a questão controversa<sup>17</sup>. Ou seja, ele propõe a solução dos problemas transnacionais não pela aplicação de uma lei, tampouco pela violação delas, mas por um processo de ajuste de meios extralegais e metajurídicos<sup>18</sup>. Jessup reconhece a dificuldade de introduzir uma nova solução, especialmente quando os pensamentos já estão condicionados a aplicar uma regra de conflito de leis, mas ressalta que a transnacionalidade dos problemas jurídicos exige considerações em dimensões transnacionais<sup>19</sup>. Seria possível constatar elementos comuns nas situações nacionais e internacionais e a solução adotada no âmbito nacional poderia auxiliar na solução no âmbito internacional<sup>20</sup>. Jessup afirma que o direito transnacional forneceria uma ampla gama de normas a que as partes poderiam fazer referência, sem se preocupar se são normas de direito público ou privado<sup>21</sup>.

16 JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 3-4.

17 JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 106-107.

18 JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 3 (“A problem may also be resolved not by the application of law (although equally not in violation of law) but by a process of adjustment – an extralegal or metajudicial means.”).

19 JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 7-11.

20 JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 16.

21 JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 15 (“The use of transnational law would supply

Analisando a obra de Jessup, Detlev Vagts<sup>22</sup> ressalta três elementos caracterizadores do direito transnacional: *i*) assuntos que transcendem as fronteiras nacionais; *ii*) assuntos nos quais não há uma distinção clara entre o público e o privado; e *iii*) assuntos com fontes abertas e flexíveis, além das tradicionais, listadas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, incluindo, por exemplo, *soft laws*<sup>23</sup>. Importante ressaltar que Vagts não se preocupa, apenas, com as leis e normas, mas com o comportamento adotado pelos atores que se engajam em práticas transnacionais<sup>24</sup>. Vagts busca desenvolver um quadro conceitual para a compreensão de problemas envolvendo um ou mais sistemas jurídicos<sup>25</sup>. Pode-se dizer que surge, nesse ponto, uma preocupação que vai além do conteúdo do direito em si, mas que considera a forma como esse surge e se desenvolve observando o comportamento dos atores engajados na prática transnacional.

Discípulo de Vagts, Koh desenvolve a Teoria do Processo Jurídico Transnacional (*transnational legal process*)<sup>26</sup>, segundo a qual o processo jurídico transnacional descreve não apenas a teoria, mas a prática, na qual diversos atores, públicos e privados, interagem em fóruns nacionais e internacionais criando, interpretando, executando e internalizando o direito transnacional<sup>27</sup>. Esse processo

jurídico transnacional seria marcado por quatro características<sup>28</sup>:

Características do Processo Jurídico Transnacional	
Não é tradicional	Distancia-se das dicotomias históricas que envolvem o estudo do direito internacional de divisão entre público/privado e doméstico/internacional.
Não é estatal	Os atores envolvidos nesse processo não são apenas, e nem primordialmente, o Estado. Inclui atores não estatais.
Não é estático/é dinâmico	Transformando-se do público para o privado, do doméstico para o internacional e vice-versa, e em constante evolução.
É normativo	No processo de interação, novas normas emergem, são interpretadas, executadas e internalizadas.

O conceito de Koh não é simplesmente descritivo, mas inclui o processo normativo, com uma abordagem de como esse direito transnacional é formado e guia as interações futuras<sup>29</sup>. Esse processo é regido por uma pluralidade de normas que se entrelaçam e que não são tradicionais, não são apenas estatais, são dinâmicas e possuem natureza normativa. É esse processo jurídico transnacional que ocorre no âmbito processual da arbitragem.

O conceito adotado neste artigo diferencia-se do conceito de direito transnacional em sentido estrito ou particular, difundido, principalmente, pela obra de

*process describes the theory and practice of how public and private actors – nation-states, international organizations, multinational enterprises, non-governmental organizations, and private individuals – interact in a variety of public and private, domestic and international fora to make, interpret, enforce and ultimately, internalize rules of transnational law.*<sup>30</sup>

28 KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181-206, 1996, p. 184 (“*Transnational legal process has four distinctive features. First, it is nontraditional: it breaks down two traditional dichotomies that have historically dominated the study of international law: between domestic and international, public and private. Second, it is nonstatist: the actors in this process are not just, or even primarily, nation-states, but include nonstate actors as well. Third, transnational legal process is dynamics, no static. Transnational law transforms, mutates, and percolates up and down, from public to the private, from domestic to the international level and back down again. Fourth and finally, it is normative. From this process of interaction, new rules of law emerge, which interpret, internalize, and enforce, thus beginning the process all over again.*”).

29 KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181-206, 1996, p. 184.

a larger storehouse of rules on which to draw, and it would be unnecessary to worry whether public or private law applies in certain cases.”).

22 VAGTS, Detlev F. *Transnational business problems*. New York: The Foundation Press, 1986.

23 A síntese do pensamento de Vagts é apresentada por Steiner em obra em sua homenagem Steiner, Henry S. Constructing and developing transnational law: the contribution of Detlev Vagts. In: BEKKER, Pieter H. F.; DOLZER, Rudolf; WAIBEL, Michael (Coord.). *Making transnational law work in the global economy, essays in honour of Detlev Vagts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 10-16.

24 SALACUSE, Jeswald W. Making transnational law work through regime-building: the case of international investment law. In: BEKKER, Pieter H. F.; DOLZER, Rudolf; WAIBEL, Michael (Coord.). *Making transnational law work in the global economy, essays in honour of Detlev Vagts*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 406-430, 2010. p. 406.

25 STEINER, Henry J.; VAGTS, Detlev F.; KOH, Harold Hongju. *Transnational legal problems: materials and text*. 4. ed. New York: The Foundation Press, 1994.

26 KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181-206, 1996. Koh reconhece a influência na sua teoria da obra de Jessup sobre direito transnacional, além das obras de Vagts e Steiner sobre problemas jurídicos transnacional e de Chayes, Ehrlich e Lowenfeld sobre o processo legal internacional (p. 186).

27 KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181-206, 1996. p. 183-184 (“*Transnational legal*

Teubner<sup>30</sup>, que defende a existência de ordenamentos jurídicos independentes dos Estados<sup>31</sup>. Para Teubner, os setores sociais produzem normas com relativa autonomia dos Estados, possibilitando a emergência de ordenamentos jurídicos *sui generis*<sup>32</sup>. Exemplificando os ordenamentos jurídicos transnacionais criados por setores sociais, Teubner cita a *lex mercatória*<sup>33</sup>, a *lex sportiva* e a proteção de direitos humanos. Nesse mesmo sentido, Nasser inclui a regulamentação privada transnacional que passaria por um processo de deslocamento do nacional para o transnacional e do público para o privado, podendo ser definida como “um novo corpo de regras, práticas e processos” criados por atores independentes e comunidades epistêmicas<sup>34</sup>. Embora diferencie-se do conceito em sentido estrito, ao considerar uma pluralidade de fontes normativas, o processo jurídico transnacional não excluiria normas criadas por ordenamentos jurídicos autônomos, denominado para alguns de ordenamentos transnacionais.

Calliess e Zumbansen propõem que o direito transnacional seja compreendido como uma metodologia, afastando-se do conceito de direito transnacional como um ramo autônomo, em especial criticando a possibilidade de definição do conteúdo desse direito transna-

cional<sup>35</sup>. Retomando o conceito de direito transnacional de Jessup, Zumbansen faz referência às fontes trazidas por Jessup e, aproximando-se do conceito de processo jurídico transnacional de Koh, propõe um conceito de direito transnacional da perspectiva metodológica, identificando esse novo espaço que faz sentido fazer referência a uma pluralidade de normas de diferentes características e que não mais se enquadram dentro das disciplinas já conhecidas<sup>36</sup>. Mais do que olhar para as normas e os seus conteúdos, torna-se importante o como são tomadas as decisões jurídicas. Essa metodologia seria adequada para um sistema regulatório contemporâneo, com a oferta de um mecanismo de criação de normas variado e dinâmico, que combina o público e o privado e que supera as barreiras existentes para a normatização das relações transnacionais, sem substituir os modelos normativos estatais ou internacionais, mas complementando-os<sup>37</sup>. Em outros termos, pode-se dizer que este é um conceito intermediário, que parte de um conceito amplo como o defendido por Jessup, mas reconhece a existência do sentido estrito, que admitiria a existência de uma ordem transnacional.

No âmbito brasileiro, o modelo de direito transnacional aplicado por Neves<sup>38</sup> ao desenvolver a Teoria do Transconstitucionalismo também é baseado em uma concepção metodológica que busca a coordenação — e

30 TEUBNER, Gunther. *Globale Bukowina – Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*. Basler Schriften zur europäischen Integration, Basel, 1996 (Trad. eng. “Globale Bukowina”: Legal Pluralism in the World Society. In: TEUBNER, Gunther. *Global Law without a State*. Dartmouth: Aldershot, 1997; TEUBNER, Gunther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Revista Impulso*, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 1-191, jan./abr. 2003.

31 Para uma análise do direito transnacional e sua relação com a arbitragem sob a perspectiva de Teubner, ver MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Arbitragem, lex mercatoria e direito estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

32 TEUBNER, Gunther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Revista Impulso*, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 1-191, jan./abr. 2003, p. 10 (“Nos dias de hoje estão-se constituindo em “autonomia relativa” diante do Estado-nação, bem como diante da política internacional setores distintos da sociedade mundial que produzem a partir de si mesmos ordenamentos jurídicos globais *sui generis*.” – Ver original, p. 3).

33 TEUBNER, Gunther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Revista Impulso*, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 1-191, jan./abr. 2003, p. 10 (“Historicamente a *lex mercatoria*, ordenamento jurídico transnacional dos mercados mundiais, provou até agora ser o caso mais exitoso de um “direito mundial” além da ordem política internacional.” – Ver original, p. 3).

34 Para uma análise sobre os regimes internacionais e, em especial, a regulação privada transnacional, vide NASSER, Salem. *Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo*. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 98-137, 2015, p. 130.

35 CALLIESS, Graf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code: a theory of transnational private law*. Oxford: Hart publishing, 2010. p. 6 (“Yet, because we understand transnational law above all to demarcate a methodological position rather than to identify a perfectly map-able doctrinal field, it is important to recognize transnational law is better understood as a continuation, as a further elaboration and innovation of reflexive law than as a distinct legal field like, for example, public international law or conflict of laws.”).

36 ZUMBANSEN, Peer. Transnational legal pluralism. *Transnational Legal Theory*. *Hart Publishing*, v. 2, n. 1, p. 141-189, 2010. p. 148 (“Instead, the term transnational is meant here to identify a methodological space in which to make sense of the conditions that shape references to law or non-law in functionally highly differentiated contexts. These contexts – [...] – are characterised by a complex amalgamation of ‘hard’ and ‘soft’, direct and indirect norms that no longer fit under the semantic umbrella of existing disciplinary fields such as labour law or corporate law.”).

37 CALLIESS, Graf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code: a theory of transnational private law*. Oxford: Hart publishing, 2010. p. 6 (“The concept of ‘Rough Consensus and Running Code’ (RCRC) proposed here responds to the structural elements of the contemporary regulatory landscape by offering a mixed, public-private, dynamic norm-creation process. RCRC overcomes the described obstacles to effective norm-creation for transnational relations by presenting a form of lawmaking, which does not replace but complements existing models of norm-creation, either on the nation-state or international-level.”).

38 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.



não a hierarquia – entre ordens jurídicas diversas que se encontram em diferentes planos normativos, incluindo entre elas a ordem jurídica transnacional. Neves caracteriza o transconstitucionalismo pelo entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, incluindo as ordens estatais e também as transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional.

É essa concepção metodológica de direito transnacional que se verifica ao analisar as normas que regem os aspectos processuais da arbitragem.

## 2.2. O direito transnacional na arbitragem

A mesma imprecisão com relação ao uso do termo transnacional em geral é verificada no meio arbitral. Pode-se verificar a dicotomia entre o sentido amplo mais próximo à definição de Jessup, com um sentido estrito, atrelado a uma ordem arbitral autônoma e, ainda, um sentido intermediário, caracterizando o direito transnacional como uma metodologia que parte do conceito amplo – incluindo diversas fontes normativas –, e incorpora entre essas fontes o conceito estrito no sentido da existência de normas transnacionais independentes do Estado.

Há amplo debate no meio arbitral sobre a utilização do termo transnacional no sentido estrito, referindo-se a uma ordem jurídica arbitral autônoma das ordens jurídicas estatais. Esse debate teve origem com a aula magna de Berthold Goldman, em Haia, em 1963<sup>39</sup>, quando ele defendeu a ideia de que os árbitros não têm fórum e que qualquer investigação que leve em consideração a natureza da arbitragem conduziria, inevitavelmente, a um sistema autônomo, não nacional<sup>40</sup>. Fouchard também advogou a existência de um direito transnacional. Segundo ele, as fontes do direito arbitral não dependem

das ordens jurídicas nacionais e são evidenciadas pelas cláusulas gerais de arbitragem, pelos usos profissionais codificados, pelos regulamentos institucionais de arbitragem e, em certa medida, pelas decisões contenciosas dos árbitros ou das autoridades corporativas<sup>41</sup>. Esse debate voltou a tona com a aula magna de Emmanuel Gaillard, em Haia, em 2007<sup>42</sup>.

Assim como se desenvolveu uma teoria em torno do processo jurídico transnacional e um conceito intermediário, de direito transnacional como metodologia, em 2001 Gaillard já propunha no meio arbitral que o direito transnacional seja visto como método de decisão<sup>43</sup>. Esclarecendo que o movimento é progressivo, Gaillard afirma que primeiro é necessário passar pela aceitação e aplicação de normas transnacionais por árbitros, para, em seguida, reconhecer a existência de uma ordem arbitral autônoma que constitui um sistema e possui os requisitos de uma ordem jurídica<sup>44</sup>. Constatando na prática a existência e aplicação de um direito transnacional, Gaillard afirma que o debate originário sobre a existência de um direito transnacional ou da *lex mercatoria* moveu-se para discussões sobre como determinar o seu conteúdo<sup>45</sup>. Nesse sentido, Gaillard questiona se o direito transnacional (i) é definido pelo seu conteúdo ou pelas suas fontes e (ii) se pode ser apresentado como uma lista ou um método.

Verificando que as normas transnacionais derivam de uma variedade de sistemas jurídicos e fontes normativas, Gaillard conclui que estas devem ser caracterizadas pelas suas fontes, e não pelo seu conteúdo<sup>46</sup>.

39 GOLDMAN, Berthold. Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 109, p. 347-485, 1963.

40 GOLDMAN, Berthold. Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 109, p. 347-485, 1963. p. 380 (“À moins de s'en tenir à la référence rationnellement injustifiable au système de rattachement du siège arbitral (et sans parler d'autres choix a priori, encore moins justifiables et plus difficilement applicables dans l'arbitrage international, comme le serait, par exemple, celui du système de rattachement du pays dont l'arbitre unique ou le troisième arbitre est le ressortissant), toute recherche d'un système de rattachement correspondant à la nature de l'arbitrage international débouche sur l'inéluctable nécessité d'un système autonome, et non national.”).

41 FOUCHARD, Philippe. *L'arbitrage commercial international*. Paris: Dalloz, 1965. p. 42 e ss.

42 GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.

43 GAILLARD, Emmanuel. Transnational law: a legal system or a method of decision making. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, p. 59-71, 2001.

44 GAILLARD, Emmanuel. Transnational law: a legal system or a method of decision making. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, p. 59-71, 2001. p. 53-54 (“It takes a double qualitative lead to proceed from the acceptance of the application of transnational rules by the arbitrators to the acceptance of the existence of a true arbitral legal order. The first consists in moving from the recognition of the application of isolated rules to the acceptance of the existence of an organized system of norms; the second consists in the realization that this system in fact meets the more rigorous requirements of a legal order.”).

45 GAILLARD, Emmanuel. Transnational law: a legal system or a method of decision making. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, p. 59-71, 2001. p. 60.

46 GAILLARD, Emmanuel. Transnational law: a legal system or a method of decision making. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, p.

Gaillard, também, observa que o direito transnacional não é estático, dificultando um fechamento do seu conteúdo em um código ou uma lista, e devendo ser compreendido como um método que não se vale das regras tradicionais de conflito de leis (ou direito internacional privado), mas em uma análise de direito comparado que permite ao árbitro a escolha de normas amplamente aceitas, ao invés de uma regra peculiar de um determinado sistema jurídico<sup>47</sup>.

No mesmo sentido e sem discutir a existência de uma ordem arbitral autônoma, Berger defende que o direito transnacional aplicado à arbitragem seria baseado em uma comparação funcional, uma metodologia que vai além das diferenças dogmáticas dos diversos sistemas jurídicos em busca de valores e conceitos comuns<sup>48</sup>. Paulsson traz uma visão tridimensional para a arbitragem, reconhecendo a complexidade do instituto e a pluralidade de ordens jurídicas nas quais a arbitragem se insere, incluindo nelas as ordens jurídicas estatais e não estatais, e admitindo a sobreposição ou o entrelaçamento dessas ordens<sup>49</sup>. Essa visão tridimensional da arbitragem é compatível com um conceito de direito transna-

cional intermediário, visto como uma metodologia.

Partindo dessa visão de que as normas transnacionais existem e são aplicadas na arbitragem, sem entrar na discussão se estas constituem ou não uma ordem jurídica arbitral autônoma, este artigo aplica os conceitos de Vagts e Koh aos aspectos processuais da arbitragem. O objetivo da obra de Vagts busca um quadro conceitual para os problemas transnacionais<sup>50</sup>. Este artigo busca identificar um quadro conceitual dos aspectos processuais nas disputas arbitrais que transcendem as fronteiras dos territórios e das jurisdições estatais. Ao mencionar o termo transnacional, busca-se apresentar as características dos aspectos processuais da arbitragem que se assemelham da Teoria do Processo Jurídico Transnacional desenvolvida por Koh<sup>51</sup>, qual seja:

<b>Características dos Aspectos Processuais da Arbitragem (Processo Arbitral Transnacional)</b>	
Não é tradicional	As normas que regem os aspectos processuais da arbitragem distanciam-se das dicotomias clássicas de direito público/privado e doméstico/internacional, sendo aplicados princípios de diversos ordenamentos, leis nacionais que influenciam a disputa ou onde futuras sentenças podem ser homologadas, tratados internacionais, <i>soft laws</i> que formam um emaranhado de normas.

59-71, 2001. p. 61.

47 GAILLARD, Emmanuel. Transnational law: a legal system or a method of decision making. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, p. 59-71, 2001. p. 63 (“*This approach consists, in any given case, of deriving the substantive solution to the legal issue at hand not from a particular law selected by a traditional choice-of-law process, but from a comparative law analysis which will enable the arbitrators to apply the rule which is the most widely accepted, as opposed to a rule which may be peculiar to a legal system or less widely recognized. This comparative law analysis is greatly assisted today not only by the extremely comprehensive compilations of principles previously discussed, but also by the existence of a number of treaties which, whether in force or not, reflect a broad consensus, but the increasingly large number of published awards providing as large a number of precedents to international arbitrators and by the availability of extensive comparative law resources such as monographs on a large number of specific issues.*”).

48 BERGER, Klaus Peter et al. The central enquiry on the use of transnational law in international contract law and arbitration: background, procedure and selected results. In: DRAHOZAL, Christopher R.; NAIMARK, Richard W. *Towards a science of international arbitration: collected empirical research*. USA: Kluwer Law International, 2005. p. 228 (“*Transnational law is based on the functional legal comparison, a methodology that tends to look behind the dogmatic differences of domestic legal systems by distilling common legal values and concepts out of seemingly different domestic rules. This methodology provides an excellent means to overcome the barriers imposed by different languages and different legal concepts in contract negotiations and arbitrations.*”).

49 PAULSSON, Jan. Arbitration in three dimensions. *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 2/2010, p. 2-3. Disponível em: <<http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps1.htm#0210>>. Acesso em: 3 jul. 2016. (“*Arbitration in modern society is accurately perceived as a complex, three dimensions form of pluralism, in which legal orders (i) are not exclusively those of states and (ii) frequently overlap.*”).

50 STEINER, Henry J.; VAGTS, Detlev F.; KOH, Harold Hongju. *Transnational legal problems: materials and text*. Prefácio. 4. ed. New York: The Foundation Press, 1994.

51 KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181-206, 1996. p. 184.

**Características dos Aspectos Processuais da Arbitragem (Processo Arbitral Transnacional)**

Não é estatal	Embora normas processuais estatais tenham algum papel (especialmente de garantia de um devido processo legal mínimo), as normas processuais emanadas por diversos atores, tais como instituições arbitrais ( <i>i.e.</i> , Regulamento de Arbitragem da CCI), entidades representativas ( <i>i.e.</i> , Regras de Produção de Provas ou Conflito de Interesse da IBA) ou mesmo indivíduos (“Redfern Schedule”, “Sachs Protocol”), têm aplicação prática cada vez mais relevante.
Não é estático/é dinâmico	Assim como as relações comerciais evoluem, a própria comunidade arbitral cria soluções para novas necessidades emergindo uma prática arbitral (p. ex., múltiplas partes e consolidação de arbitragens) e que são posteriormente incorporadas nas revisões de regulamentos de arbitragem ou na atualização de <i>soft laws</i> (regras da IBA são revisadas).
É normativo	Nesse processo de interação no âmbito arbitral, novas normas emergem, são interpretadas, executadas e internalizadas. Tais regras tornam-se relevantes não apenas internamente para a regência do processo arbitral, mas são também reconhecidas por tribunais judiciais ao analisarem matéria arbitral.

Com base nessas características, ao utilizar o termo “transnacional” para identificar o processo arbitral, faz-se referência à metodologia que considera uma pluralidade de fontes normativas tradicionais e não tradicionais (*hard* e *soft law*) como proposto por Zumbansen<sup>52</sup> e apresenta-se um quadro regulatório que combina normas públicas e privadas, possibilitando um processo

52 ZUMBANSEN, Peer. Transnational legal pluralism. *Transnational Legal Theory*. Hart Publishing, v. 2, n. 1, p. 141-189, 2010.

dinâmico de criação normativa definido por Calliess<sup>53</sup> como um consenso aproximado e um código fluido (*rough consensus and running code*).

Esse quadro conceitual deve ser analisado junto com a visão de Gaillard, que compreende o direito por suas fontes (não pelo seu conteúdo) e pelo seu método (não como uma lista ou um código fechado)<sup>54</sup>. Dessa forma, reconhece a natureza dinâmica das normas processuais aplicáveis à arbitragem, não sendo possível identificar exhaustivamente o conteúdo do processo arbitral transnacional, nem codificá-lo, ainda que se possam identificar tendências e algumas dessas possam ser reduzidas em diretrizes ou guias de conduta, estas tem aplicação flexível e são revisadas constantemente para não se tornarem obsoletas. Mais importante do que saber o conteúdo da norma aplicável em cada caso, é fundamental compreender como estas diversas fontes influenciam a condução de uma arbitragem. O próximo item trará alguns exemplos dessa ampla gama normativa, evidenciando como estas se entrelaçam e regulam as questões processuais na arbitragem.

**3. OS ASPECTOS PROCESSUAIS DA ARBITRAGEM: EXEMPLO DE DIREITO TRANSNACIONAL**

Esse item analisa as diversas normas que são aplicadas para reger as questões processuais da arbitragem, buscando verificar a hipótese de que esses aspectos processuais são regidos por um direito transnacional. Para tanto, o direito transnacional deve ser entendido como uma metodologia que entrelaça diversas fontes normativas<sup>55</sup>. Assim, os árbitros ou as partes, ao analisarem as questões processuais, devem considerar: as fontes dos diversos sistemas de direito nacional envolvidos, por meio de uma comparação funcional; as fontes de direito internacional; bem como aquelas que emergem da prática arbitral, descritas em normas não estatais (*soft laws*) ou decorrentes de usos e costumes<sup>56</sup>. Como bem

53 CALLIESS, Graft-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code: a theory of transnational private law*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

54 GAILLARD, Emmanuel. Transnational law: a legal system or a method of decision making. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, p. 61-65, 2001.

55 Uma análise aprofundada sobre o quadro regulatório do processo arbitral foi desenvolvida em MANGE, Flávia F. *Processo arbitral: aspectos transnacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 123-217.

56 Nesse sentido, ver art. 6º da Resolução do Instituto de Direito



ressalta Jessup<sup>57</sup> ao apresentar o direito transnacional, faz-se necessário uma mudança de paradigma, deixar de refletir apenas com base em uma ordem jurídica para considerar uma pluralidade delas e, inclusive, tipos normativos que transcendem conceitos clássicos normativos que estão arraigados nas formações tradicionais dos mais diversos juristas. Ou seja, faz-se necessário ter uma visão não tradicional, evitando a replicação de códigos de processo civis domésticos, considerar normas internacionais e estatais, mas não apenas as normas estatais, permitindo-se considerar normas não estatais e que emergem da prática e, como tal, não são estáticas – ao contrário, são dinâmicas e estão em constante mutação. Também é importante reconhecer a natureza normativa dessa pluralidade de normas, não permanecendo arraigado a critérios formais de normatividade.

### 3.1. Característica 1: é um método não tradicional

No curso da evolução da arbitragem internacional, evidenciou que o recurso às normas clássicas de direito internacional privado para determina a lei de regência dos aspectos processuais da arbitragem não eram adequadas. A aplicação de um ou de outro código de processo civil doméstico para determinar como seria organizado um processo arbitral que transpassava as fronteiras territoriais não se justificava.

Nesse contexto, as normas internacionais, sejam elas de natureza típica de direito internacional público, como tratados internacionais (em especial a Convenção de Nova Iorque)<sup>58</sup>, sejam normas não tradicionais, como

---

Internacional adotada na Seção de Santiago de Compostela em 1990 L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Annuaire de L'Institut de Droit International, Session de Saint-Jacques-de-Compostelle*, Paris, v. 63, t. 2, p. 124-336, 1990. p. 330. (*Article 6 – The parties to determine the procedural and substantive rules and principles that are to apply in the arbitration. In particular, (1) a different source may be chosen for the rules and principles applicable to each issue that arises and (2) these rules and principles may be derived from different national legal systems as well as from non-national sources such as principles of international law, general principles of law, and the usages of international commerce.*)

57 JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 6 (“To envisage the applicability of transnational law it is necessary to avoid thinking solely in terms of any particular forum, since it is quite possible, as we shall see, to have a tribunal which does not have as its own law either a body of national law or the corpus of international law.”).

58 Para uma análise sobre o papel dos tratados internacionais na arbitragem, vide DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; RIBEIRO NETO, Clarissa Correa. Impacto e influência dos tratados e con-

leis modelos (em especial a Lei Modelo de Arbitragem da Uncitral), tiveram um papel importante no desenvolvimento do quadro normativo dos aspectos processuais e são utilizadas na tomada dessas decisões.

A redação do artigo V(1)(d) da Convenção de Nova Iorque foi um marco importante na flexibilização das normas processuais aplicáveis ao procedimento arbitral ao enfatizar que o procedimento arbitral deveria ser em conformidade como o acordado entre as partes e apenas nos casos de ausência desse acordo, em conformidade com as leis do país em que a arbitragem ocorreu<sup>59</sup>. Essa redação distanciou-se das redações anteriores constantes no protocolo relativo à cláusula de arbitragem (Protocolo de Genebra de 1922)<sup>60</sup> e homologação de sentença arbitral estrangeira (Convenção de Genebra de 1927)<sup>61</sup> que exigiam a aplicação de regras processuais do país em que a arbitragem se realizara. Tal mudança de posicionamento evidencia a vontade da comunidade internacional em minimizar a importância da lei do país onde a arbitragem ocorreu. Van den Berg esclarece que a opção pela inclusão subsidiária da aplicação da lei do país em que a arbitragem ocorreu com a utilização da terminologia “ou, na ausência de tal acordo” que permite a prevalência da vontade das partes, o que não era

---

venções internacionais sobre a lei brasileira de arbitragem. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 1, p. 219-230, 2013.

59 BRASIL. *Decreto nº 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm)>. Acesso em: 7 jul. 2016. (“Artigo V [...]. d) a composição da autoridade arbitral ou procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou [...]”).

60 BRASIL. *Decreto nº 21.187, de 22 de março de 1932*. Promulga o Protocolo relativo à cláusula de arbitragem, firmado em Genebra em 24 de setembro de 1923. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21187-22-marco-1932-548999-publicacaooriginal-64245-pe.html>>. Acesso em: 14 jul. 2016. (“Art. 2º O processo da arbitragem, incluindo-se a constituição do tribunal arbitral, será regulado pela vontade das partes e pela lei do país em cujo território a arbitragem se efetuar. Os Estados contratantes comprometem-se a facilitar os atos [sic] processuais, que seja necessário realizar nos seus territórios, de acordo com as disposições que regem, nas suas legislações respectivas, o processo de arbitragem por compromisso.” – destaques acrescentados).

61 LEAGUE OF NATIONS. *Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards*. 1927. Disponível em: <[http://interarb.com/vl/g\\_co1927](http://interarb.com/vl/g_co1927)>. Acesso em: 15 jul. 2016. (“Art. 1º [...] Para obter reconhecimento e executar, deverá, também, ser necessário: [...] (c) Que a sentença tenha sido realizada por um Tribunal Arbitral de acordo com a convenção de arbitragem ou constituído de uma maneira acordada pelas partes e em conformidade com a lei que rege o procedimento arbitral.”).

possível no sistema da Convenção de Genebra que exigia o respeito do acordo entre as partes “e” das regras processuais do local em que a arbitragem foi realizada<sup>62</sup>.

A adoção da Convenção de Nova Iorque por diversos países e a sua aplicação cada vez mais harmônica pelos diversos Poderes Judiciários ao interpretarem a convenção<sup>63</sup> permitiram que os árbitros não se sintam obrigados a aplicar as normas processuais do país onde a arbitragem é realizada, como ocorria anteriormente, podendo valer-se de outras normas acordadas entre as partes, em especial a referência feita pelas partes aos regulamentos de arbitragem que lhes conferem amplos poderes para definir como o procedimento arbitral será conduzido.

Assim, é por meio da aplicação da Convenção de Nova Iorque, norma de direito internacional público, que se amplia a possibilidade de aplicação de outras fontes normativas aos aspectos processuais da arbitragem.

Outras normas já não tradicionais também influenciaram a garantia de autonomia da vontade das partes e, subsidiariamente, dos árbitros na definição do procedimento a ser seguido na arbitragem, possibilitando, assim, o surgimento de uma prática processual arbitral própria. Dentre estes, deve-se ressaltar a lei modelo da Uncitral, em especial seu artigo 19<sup>64</sup>, e o regulamento de arbitragem da CCI, que a partir da sua versão de 1975 conferiu autonomia aos árbitros para definir as regras aplicáveis ao procedimento arbitral, sem exigir a referência a uma regra processual municipal (artigo 11)<sup>65</sup>.

### 3.2. Característica 2: é um método que considera normas estatais e não estatais

Ao analisar o processo jurídico transnacional, Koh ressalta que este não é apenas estatal, mas não exclui o direito estatal<sup>66</sup>. O mesmo ocorre ao se analisar as fontes utilizadas na tomada de decisões processuais nas arbitragens. Muito embora o procedimento arbitral seja regido por uma série de normas não tradicionais de outras naturezas que são exploradas nos próximos itens e que a aplicação das leis processuais locais, em especial Códigos de Processo Civil, não sejam adequadas, não se pode dizer que não há nenhuma influência das normas estatais na condução do procedimento arbitral.

A prática internacional e que foi recepcionada pela legislação brasileira<sup>67</sup> é conceder às partes autonomia para determinar as regras processuais a serem seguidas na arbitragem; no entanto, essa liberdade tem restrições. Esses limites podem ser resumidos na exigência do respeito ao princípio do devido processo legal e às normas de caráter mandatório da lei de arbitragem ou do regulamento institucional eleito pelas partes e normalmente a sua observância é analisada *a posteriori* por ocasião da execução ou anulação de uma sentença arbitral. Segundo Park, a análise dos tribunais estatais promove a integridade do procedimento arbitral, garantindo que os árbitros seguiram um procedimento justo e permaneceram nos limites da sua missão, sendo classificada como “*laissez-faire judicial review*”<sup>68</sup>.

A Lei de Arbitragem brasileira exige, além da igualdade das partes e do respeito ao contraditório, a imparcialidade do árbitro e o seu livre convencimento<sup>69</sup>. No mesmo sentido, as leis suíça e francesa exigem a igualdade e o respeito ao contraditório, e a lei inglesa, a oportunidade razoável de as partes apresentar o seu caso e a imparcialidade dos árbitros. A lei brasileira e várias outras foram influenciadas pela Lei Modelo da Uncitral que dispõe que as partes sejam tratadas com

62 VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*. Deventer; Boston: Published; Kluwer Law and Taxation, 1981. p. 323 (“*Thus, even if there was an agreement of the parties on these matters, the law of the country where the arbitration took place was to be taken into account in an enforcement procedure under the Geneva Convention on 1927.*”).

63 INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *Guia do ICCA sobre a interpretação da convenção de Nova Iorque de 1958: um texto de referência para juízes*, 2012. Disponível em: <[http://www.arbitration-icca.org/media/1/13320134139400/portuguese\\_guide\\_composite\\_for\\_website\\_final.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/1/13320134139400/portuguese_guide_composite_for_website_final.pdf)>. Acesso em: 9 abr. 2016.

64 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Uncitral model law on international commercial arbitration*. Document A/40/17/Annex I, 21 June 1985. Disponível em: <[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2016.

65 ICC. *1975 Rules for the ICC Court of Arbitration*. Artigo 11. Disponível em <<https://international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/1975-ICC-Rules-of-Arbitration-English.pdf>>. Acesso em 16 maio 2016.

66 KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181-206, 1996. p. 184.

67 BRASIL. Lei nº 9.307/1996. Dispõe sobre a arbitragem Artigo 21. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm)>. Acesso em: 15 maio 2016.

68 PARK, William. Procedural evolution in business arbitration: three studies in change. In: PARK, William. *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*. Oxford: Editora, 2006. p. 9.

69 BRASIL. Lei nº 9.307/1996. Dispõe sobre a arbitragem. Artigo 21, § 2º. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm)>. Acesso em: 15 maio 2016.

igualdade e que seja dada a cada uma delas ampla oportunidade de apresentar o seu caso<sup>70</sup>.

A Lei Modelo exige a observância das normas de caráter mandatário contidas na lei de arbitragem. Independente das regras procedimentais pactuadas, as normas mandatórias da lei de arbitragem devem ser respeitadas<sup>71</sup>. Essas normas de caráter mandatário são, via de regra, as mencionadas no item anterior que visam garantir a legitimidade do processo arbitral, exigindo-se o respeito ao devido processo legal mínimo<sup>72</sup>. Assim como partes não podem derogar os dispositivos que estabelecem o dever de respeito ao princípio do contraditório, elas não podem estabelecer regras que sejam excessivamente vantajosas para umas das partes, desrespeitando o princípio da igualdade. As legislações locais podem considerar outros dispositivos como mandatórios. Segundo Carmona, para a lei de arbitragem brasileira, seriam considerados mandatórios, pela própria natureza e finalidade, os requisitos mandatórios da sentença arbitral e prazos para propositura de ação de anulação que não podem, por acordo entre as partes, ter forma diversa daquela prescrita em lei<sup>73</sup>.

Embora reconheça-se a autonomia da vontade das partes no âmbito processual da arbitragem possibilitando recurso às normas não estatais, existem nas leis estatais limitações a essa autonomia e que devem ser consideradas juntamente a outras fontes normativas, ao se aplicar a metodologia transnacional às decisões que regem as questões processuais da arbitragem<sup>74</sup>.

### 3.3. Características 3 e 4: É um método dinâmico, que não é estático, mas que é normativo

Considerando a ampla autonomia concedida às partes nas legislações nacionais e nos tratados internacionais, é importante analisar como as partes fazem as opções processuais na arbitragem. A primeira constatação é que as partes, ao redigirem um contrato e inserirem uma cláusula compromissória, ou mesmo ao celebrem um compromisso arbitral, não trazem regras detalhadas sobre o processo a ser seguido na arbitragem. O exercício da autonomia das partes, em geral, se concretiza com a indicação de um regulamento de arbitragem elaborado e publicado por alguma instituição arbitral ou o regulamento da Uncitral<sup>75</sup>. Esses regulamentos são exemplos típicos de normas não estatais produzidas por essas instituições, muitas vezes com apoio de grupos de trabalho com representantes que possuem experiência prática em processos arbitrais de diversas regiões e que são aplicadas aos procedimentos arbitrais.

No entanto, é importante ressaltar que mesmo as regras dos regulamentos de arbitragem mais modernos não são exaustivas. Assim como houve evolução no texto dos tratados internacionais, os regulamentos de arbitragem evoluíram no mesmo sentido, afastando da aplicação das leis processuais nacionais e, atualmente, contêm previsão expressa de que, na ausência do exercício da liberdade pelas partes para estabelecer um procedimento arbitral, cabe aos árbitros a estipulação<sup>76</sup>.

A autonomia concedida às partes e subsidiariamente

*procedures they consider appropriate. They can choose cyberspace and establish their own rules [...]*). No mesmo sentido, ver ITÁLIA, *Rederi Aktiebolaget Sally vs. S.r.L. Termarea* – Corte di appello of Florence – April 13, 1977, publicado no *IV Yearbook of Commercial Arbitration* (Italy n° 32, 1978).

75 CARMONA, Carlos Alberto. Flexibilização do procedimento arbitral. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 24, p. 7-21, 2009. p. 12.

76 Nesse sentido foi a evolução do Regulamento da CCI. O art. 16 do Regulamento da CCI de 1955 determinava que o procedimento arbitral deveria ser governado pelas regras do regulamento e, na ausência de disposição no regulamento, pela lei processual eleita pelas partes ou, na ausência de eleição pelas partes, pela lei processual do local onde o procedimento for realizado. O Regulamento da CCI, publicado em 1975, dispunha no art. 11 que o procedimento arbitral seria regido pelo regulamento e, no silêncio deste, conferia autonomia para as partes ou os árbitros decidir as questões processuais, fazendo ou não referência a uma lei processual a ser aplicada na arbitragem, seguindo a mudança introduzida pela Convenção de Nova Iorque. Para uma análise da evolução dos regulamentos de arbitragem ver MANGE, Flávia F. *Processo arbitral: aspectos transnacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 92-104.

70 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Uncitral model law on international commercial arbitration*. Document A/40/17/Annex I, 21 June 1985. Disponível em: <[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2016.

71 GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (EE.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 644.

72 HOLTZMANN, Howard M.; NEUHAUS, Joseph E. *A guide to the uncitral model law on international commercial arbitration: legislative history and commentary*. Deventer; Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers; The Hague: T.M.C. Asser Institute, 1989. p. 583 (“[t]he freedom of the parties [under the Model Law] is subject only to the provisions of the Model law, that is, to its mandatory provisions. The most fundamental of such provisions, from which the parties may not derogate, is the one contained in paragraph 3 [art. 18 in the final text].”).

73 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 23-24; 399.

74 Nesse sentido, ver, por exemplo, a decisão da Suprema Corte Canadense: CANADÁ, *Dell Computer Corp. vs. Union des consommateurs*, disponível on-line, referência 2007 SCC 34, ¶ 52 (Canadian Supreme Court (“The parties to an arbitration agreement are free, subject to any mandatory provision by which they are bound, to chose any place, form and



aos árbitros para desenhar o procedimento a ser seguido e a pequeno grupo de atores que atuam nessa área, intercambiando papéis como advogados das partes e como árbitro, permite o surgimento de uma prática arbitral processual própria, que mescla conceitos e princípios de diversos ordenamentos jurídicos e possibilita o surgimento de novas formas de proceder. Diversos autores tratam sobre a emergência dessa prática processual arbitral que é dinâmica e evolui a partir da evolução das relações internacionais e das estruturações das transações que posteriormente são submetidas à arbitragem.

Rubino-Samarino propõe que seja aplicável à prática processual arbitral o conceito de *trunc commun*, que identifica pontos comuns dos sistemas jurídicos das partes envolvidas na arbitragem<sup>77</sup>. Mayer observa que, como forma de lidar com as expectativas processuais divergentes de partes de diferentes culturas jurídicas (em especial *civil law* e *common law*), os árbitros introduziram procedimentos híbridos, que emprestam aspectos de cada sistema, combinando-os de uma maneira harmônica e tornando-se padrões de conduta<sup>78</sup>. Para Lowenfeld, o procedimento a ser seguido é, por um lado, um exercício de direito comparado sobre questões processuais e, de outro, a evidência de uma nova fonte de direito internacional que pode ser diferente – embora similar – às normas processuais de qualquer Estado<sup>79</sup>. Kaufmann-Kohler desenvolve a Teoria da Padronização do procedimento arbitral com o surgimento de uma cultura

77 RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *International Arbitration Law*. Deventer/Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989. p. 294 (“It should be pointed out that the *trunc commun doctrine* can be applied also to procedural law.”).

78 MAYER, Pierre. Comparative analysis of power of arbitrators to determine procedural in civil and common law systems. In: VAN DEN BERG, Albert (Ed.). *Planning efficient arbitration proceedings*. The Hague: T.M.C. Asser Institute; Kluwer Law International, 1996. p. 24-38. (“International arbitration is particularly demanding as regards the unrestricted freedom of the arbitrator to determine procedure: if the arbitrator is to win acceptance from parties coming from countries with different legal system, he must be able to distance himself from specificities of the procedure of each of the various national systems. In addition, the confrontation in the international area of varying procedure has encouraged the introduction of hybrid procedures, which borrow from the best aspects of each system and combine them, often quite harmoniously.”).

79 LOWENFELD, Andreas F. The two-way mirror: international arbitration as comparative procedure. II *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, n. 187, p. 163-185, 1985. p. 163 (“I see international arbitration – especially the typical arbitration with two party-appointed arbitrators from different states and a chairman from a third state – on the one hand as an exercise in comparative procedure, and on the other hand as a source and evidence of a norm of international conduct which may be different from (thought similar to) the law of any given national-state.”).

arbitral global<sup>80</sup>, ressaltando que a autonomia concedida aos árbitros permitiu o surgimento progressivo de um conjunto de regras consideradas *standards*, que, segundo ela, atingem o mérito de conciliar interesses de diferentes culturas<sup>81</sup>.

Embora as diferenças culturais sejam inevitáveis, é possível concluir que existe uma autorregulação do sistema processual arbitral, por meio da produção de normas para a condução do procedimento arbitral promovida pela troca de experiências entre os atores do meio arbitral. Nesse sentido, Vagts já incorporava ao seu conceito de direito transnacional o comportamento adotado pelos atores que engajam naquela prática<sup>82</sup>. Dessa forma, o comportamento processual das partes em dado momento histórico também deve ser observado ao se aplicar uma metodologia do direito transnacional.

Por outro lado, com o desenvolvimento do instituto da arbitragem e a entrada de novos atores, surgem tensões entre aqueles atores que já estão acostumados à prática processual arbitral e aqueles que não a conhecem. Questões simples, como a utilização de depoimentos escritos de testemunhas ou indicação de peritos técnicos, podem ter interpretações bastante divergentes. Dessa forma, surgem iniciativas para identificar ou harmonizar o conteúdo dessa prática e torná-los mais acessíveis ao público em geral, evitando surpresas na condução do procedimento.

Assim, os regulamentos de arbitragem passam por revisões periódicas e cada vez contêm mais regras sobre os aspectos processuais da arbitragem e diversas outras

80 KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Identifying and applying the law governing the arbitration procedure: the role of the law of the place of arbitration. In: VAN DEN BERG, Albert (Ed.). *Improving the efficiency of arbitration and awards: 40 years of application of the New York Convention*. Paris: Kluwer Law International, 1999. p. 364 (“That reason is the emergence of a worldwide arbitration culture, which runs parallel to the normalization of arbitral proceedings and – if this writer can be forgiven the term – the “standardization” of the international arbitrator.”).

81 KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Globalization of arbitral procedure. *HeinOnline*, v. 36. *Vand. J. Transnational Law* 1313, London, v. 1, n. 36, p. 1323, 2003. (“The freedom thus granted has allowed arbitration practice to develop a set of rules which progressively rise to the level of standard arbitration procedure. Such standard procedure has the invaluable merit of merging different procedural cultures. This comes as no surprise. International arbitration is a place where lawyers, counsel and arbitrators, trained in different legal systems, meet and work together. They have no choice but to find some common ground.”).

82 VAGTS, Detlev F. *Transnational business problems*. New York: The Foundation Press, 1986.

diretrizes, regras ou guia de boas práticas surgiram. Em paralelo, as instituições arbitrais, os representantes da comunidade arbitral e a Uncitral buscam consolidar a prática e publicar guias de melhores práticas, notas técnicas, diretrizes e regras não mandatórias que auxiliariam as partes a compreender melhor o desenrolar do procedimento arbitral, evitando surpresas.

Como mencionado, a prática arbitral é dinâmica e não é estática. Assim, ainda que se possa mapear algumas dessas novas fontes normativas, estas não são exaustivas, podem e são constantemente ajustadas pelas partes diante do caso concreto e estão em constante desenvolvimento. No entanto, em dado momento histórico, aquele regulamento ou *soft law* eleito pelas partes ou árbitros regem o procedimento arbitral e tem caráter normativo.

### 3.4. Exemplos de fontes normativas para além das normas estatais e de direito internacional público que regem procedimentos arbitrais

Para ilustrar a aplicação dessas normas de natureza não estatal aos aspectos procedimentais da arbitral, é utilizado o exemplo dos próprios regulamentos de arbitragem que contém diversas regras procedimentais; das diretrizes sobre produção de prova, tema que na arbitragem ganha flexibilidade e se distancia de muitos sistemas domésticos de produção de provas com regras rígidas; e sobre conflito de interesse dos árbitros que devido a sua atuação não exclusiva no papel de árbitro torna-se muito mais complexo que a questão de conflito de interesse dos juízes nas esferas nacionais. Essa análise trará considerações sobre a origem da norma, os atores envolvidos na sua criação, a sua legitimidade, a aplicação prática e o desenvolvimento, não pretendendo ser exaustiva, tão pouco adentrar nos detalhes de seu conteúdo, mas a trazendo como exemplo da metodologia transnacional aplicada ao procedimento arbitral.

#### 3.4.1. Os regulamentos de arbitragem

Os regulamentos de arbitragem são uma importante fonte reguladora dos aspectos processuais da arbitragem. Estes têm origens bastante variadas, dependendo da instituição que desenvolve e disponibiliza. As entidades arbitrais podem ser entidades sem fins lucrativos, associações, sociedades com fins lucrativos e organismos internacionais. Mais usuais são os regulamentos

emanados por instituições de classe ou associações, tais como a Câmara de Comércio Internacional (CCI), a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (WIPO) ou, no âmbito brasileiro, os centros de arbitragem da Federação da Indústria e do Comércio (Fiesp/Ciesp) e da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC). Tendo em vista a diversidade de instituições que possuem regulamentos de arbitragem, a redação desses regulamentos pode assumir diversas formas. Na CCI, por exemplo, a primeira minuta do regulamento de 1922 foi elaborado por um grupo de juristas e, desde então, a CCI revisa o seu regulamento com a formação de grupos de trabalho contendo juristas de diversas nacionalidades e formações jurídicas, ali presentes por seu conhecimento e sua reputação no meio arbitral. No âmbito dos regulamentos brasileiros, pode-se observar o mesmo processo. O regulamento da CCBC de 1979 foi elaborado por um grupo de professores e advogados atuantes no meio internacional e é revisado por grupos formados por juristas que incluem processualistas, internacionalistas, contratualistas, professores, árbitros e advogados. Em 2016, a SIAC fez uma ampla consulta pública sobre o novo regulamento para arbitragens de investimento, aproximando o processo de elaboração de um regulamento de arbitragem à processos legislativos domésticos<sup>83</sup>.

A legitimidade desses regulamentos decorre tanto daqueles envolvidos na sua elaboração, mas principalmente do aspecto reputacional da instituição que o publica<sup>84</sup>. Para além daqueles envolvidos na redação das regras contidas nos regulamentos arbitrais, a opção por um ou outro regulamento inclui a estrutura dos centros de arbitragem, capacidade de administrar casos, lista de árbitros, custas e histórico de casos. Independente disso, os diversos regulamentos existentes no mercado são eleitos pelas partes e possuem aplicação prática reconhecida tanto pelas partes que posteriormente instituem arbitragens de acordo com as regras contidas nesses regulamentos, como pelos tribunais judiciais, que reconhecem como mandatória as normas dos re-

83 Nesse sentido, veja notícia sobre a consulta pública em <<http://www.siac.org.sg/69-siac-news/469-public-consultation-on-draft-siac-investment-arbitration-rules>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

84 “Ademais, pode-se dizer que a arbitragem comercial privada é o campo mais propício para a criação de um sistema decisório que começa a construir uma hierarquia de normas e de organizações, baseada especialmente na reputação, atuando em prol da unificação da disciplina das relações comerciais internacionais sem a atuação do Estado.” TOMAZETTE, Marlon. A internacionalização do direito além do Estado: a nova *lex mercatoria* e a sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 93-121, 2012. p. 115.

gulamentos eleitos pelas partes nas suas convenções de arbitragem. Dessa forma, inegável o caráter normativo desses regulamentos.

### 3.4.2. Soft laws sobre produção de provas

As *soft laws* que tratam da produção de provas nos procedimentos arbitrais também proliferaram e ganharam importância nas últimas décadas, especialmente em decorrência da flexibilidade da fase de produção de provas no procedimento arbitral se comparado com os procedimentos judiciais domésticos e mesmo a diversidade entre as diversas jurisdições com relação à produção de prova, em particular os procedimentos tipicamente americanos de *discovery*. As Regras da IBA sobre Produção de Provas<sup>85</sup> são as normas de maior relevância nesse aspecto, sendo a sua primeira versão publicada em 1983, sendo, posteriormente, revisada algumas vezes. Essas regras surgiram no âmbito do comitê de arbitragem da *International Bar Association*, entidade de classe representativa dos advogados no âmbito internacional. Em suas primeiras edições, as referidas normas eram criticadas por conter um viés americanizado e não contemplar todas as culturas processuais<sup>86</sup>. A última revisão contou com a participação de mais de 20 membros, incluindo representantes da América-Latina, da Ásia e do Oriente Médio<sup>87</sup>. Mesmo com uma maior participação da comunidade arbitral e representatividade de mais jurisdições e regiões, há, ainda, a prevalência de europeus e americanos, e não se verificou a participação de qualquer brasileiro. Como constatou a pesquisa realizada pela *Queen Mary University* em 2012, essas regras têm boa aceitação, sendo utilizada por 60% dos entrevistados. No entanto, essas regras são utilizadas mais como diretrizes inspi-

radoras para os árbitros (53%) do que como regras de aplicação obrigatória (7%)<sup>88</sup>. Verifica-se, na prática, que, ainda, as partes não têm feito referência expressa sobre a aplicação das Regras da IBA a respeito da Produção de Provas (seja como diretriz seja como regra), ao debaterem questões sobre produção de provas, as partes sempre levam em consideração o disposto nas referidas regras e os árbitros, e, ao tomar decisões processuais, também analisam o disposto nessas regras, ainda que não mencione as regras de maneira expressa nas ordens processuais.

### 3.4.3. Soft laws sobre conflito de interesses

As Regras sobre Conflito de Interesse dos Árbitros<sup>89</sup> têm uma aplicação bastante ampla, inclusive por tribunais estatais ao analisarem a questão. A preocupação com a imparcialidade dos árbitros está presente em praticamente todas as legislações domésticas sobre arbitragem, bem como nos regulamentos de diversas instituições. As regras existentes nas legislações domésticas sobre conflitos de interesse para juízes não se mostram adequadas para os árbitros, especialmente porque estes atuam com múltiplos papéis, e não são árbitros em tempo integral. Diante disso, em 1987 foi publicada a primeira versão com o título: Regras Éticas para Árbitros Internacionais<sup>90</sup>. Esta continha 9 artigos com disposições sobre a aceitação da nomeação e o dever de revelação, os deveres de diligência e independência, a comunicação com as partes, os honorários, o envolvimento com propostas de acordo e a confidencialidade das deliberações. Considerando-se a incerteza sobre os fatos que deviam ser revelados pelos árbitros e os diferentes critérios adotados por cada um em relação às matérias que deveriam ser reveladas, foi elaborada uma nova minuta de diretriz contendo regras mais específicas, divididas em listas classificadas como vermelha, amarela e verde, e exemplos de situações práticas

85 IBA. *IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration*. Disponível em: <[http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines)>. Acesso em: 15 jul. 2016.

86 Nesse sentido, ver CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno do árbitro*. Disponível em: <[http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02\\_TEXTOS\\_ARBITRAGEM/01\\_Doutrina\\_ScolarsTexts/arbitrators\\_\\_impartiality\\_and\\_independence/Em\\_torno\\_do\\_arbitro.pdf](http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/arbitrators__impartiality_and_independence/Em_torno_do_arbitro.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2016. (“O tema precisa ser mais discutido, sem imaginar que as normas da IBA tenham resolvido o tema. Os brasileiros não participaram da elaboração dessas regras e nossos costumes sociais parecem repudiar algumas delas.”).

87 IBA. *IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration*. 2010. Prefácio. Disponível em: <[http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines)>. Acesso em: 15 jul. 2016.

88 QUEEN MARY UNIVERSITY/WHITE & CASE. *2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*. Disponível em: <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164483.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

89 IBA. *IBA Guidelines on conflict of interest in international arbitrators*. 2004. Disponível em: <[http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines)>. Acesso em: 15 jul. 2016.

90 IBA. *IBA Rules of ethics for international arbitrators*. 1987. Disponível em: <<http://www.trans-lex.org/701100>>. Acesso em: 15 jul. 2016 (tradução livre).



e exemplos<sup>91</sup>. Participaram da redação dessa minuta 19 membros do comitê de arbitragem da IBA (novamente na grande maioria europeus e americanos, mas havia um representante do México, um de Cingapura e outro da África do Sul) e versões preliminares foram discutidas nas reuniões anuais da IBA de 2002 e 2003, sendo a versão final aprovada na reunião anual de 2004<sup>92</sup>. Em 2012, iniciou-se nova revisão dessas regras, contando com a participação de uma diversidade maior de atores-membros do subcomitê da IBA, incluindo dois brasileiros, que culminaram com a versão revisada publicada em 2014<sup>93</sup>.

Tendo-se em vista a ausência de outras normas que tratam sobre as questões de conflitos de interesse para os árbitros e a inadequação da aplicação das regras aplicáveis aos juízes, pesquisa realizada pela IBA constatou um aumento crescente na sua utilização, não apenas pelos árbitros, mas também por instituições arbitrais e pelo Judiciário ao decidir questões relacionadas à independência e à imparcialidade dos árbitros<sup>94</sup>.

Em paralelo, existem grupos de trabalho discutindo a necessidade de uma nova regulamentação sobre a questão de conflito de interesses, especialmente em decorrência do aumento da participação de Estados ou órgãos estatais em arbitragens de investimento ou mes-

mo comerciais e da entrada de terceiros como financiadores de procedimentos arbitrais<sup>95</sup>.

Ao mesmo tempo em que essas normas trazem certa previsibilidade sobre a conduta esperada nos procedimentos arbitrais, elas garantem a flexibilidade desses procedimentos e possibilitam o dinamismo e a evolução da prática arbitral. Essas normas, que não têm origem em processos legislativos tradicionais, influenciam a forma da condução do procedimento arbitral e devem ser consideradas pelos atores envolvidos nesses procedimentos.

As diversas fontes normativas trazida evidenciam as diferenças entre o procedimento judicial e o arbitral, a inadequação da aplicação das regras processuais estatais para os procedimentos arbitrais e a necessidade de uma nova forma de tomada de decisões nos procedimentos arbitrais, que vai além da pergunta clássica de direito internacional privado sobre qual a lei aplicável e passa a adotar uma nova postura, uma nova metodologia, a metodologia transnacional que considera a pluralidade de fontes normativa. Parte-se das normas internacionais e estatais que conferem autonomia às partes e aos árbitros para decidir questões processuais, possibilitando que estes façam uso de outras fontes normativas, incluindo fontes normativas não tradicionais.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo-se de uma compreensão do direito transnacional como uma metodologia, com as características de um processo de tomada de decisão que considera uma pluralidade de fontes (nacionais, internacionais e outras que não se enquadram nas categorias tradicionais), que se entrelaçam em diversos níveis, é possível identificar a veracidade da hipótese traçada de que as normas processuais aplicáveis à arbitragem têm natureza transnacional.

O artigo abordou a evolução do conceito de direito transnacional que não se define pelo conteúdo ou em uma lista fechada de normas, mas por um processo, uma metodologia, que leva em consideração diversas fontes normativas. Diante disso, foram apresentadas as

91 IBA. *IBA Guidelines on conflict of interest in international arbitrators*. 2004. Prefácio. Disponível em: <[http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines)>. Acesso em: 15 jul. 2016 (“*Arbitrators are often unsure about what facts need to be disclosed, and they may make different choices about disclosures than other arbitrators in the same situation. The growth of international business and the manner in which it is conducted, including interlocking corporate relationships and larger international law firms, have caused more disclosures and have created more difficult conflict of interest issues to determine.*”).

92 IBA. *IBA Guidelines on conflict of interest in international arbitrators*. 2004. Disponível em: <[http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines)>. Acesso em: 15 jul. 2016.

93 IBA. *IBA Guidelines on conflict of interest in international arbitrators*. 2014. Disponível em: <[http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)>. Acesso em: 15 jul. 2016.

94 IBA. *The IBA Guidelines on conflict of interest in international arbitration: the first five years 2004-2009, 2009*. Disponível em: <<http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUId=e545a3e1-13af-4d75-ad50-36d29c2777b4>>. Acesso em: 14 jul. 2016 (“*Five years after the dissemination of the Guidelines, most international arbitrators consult the Guidelines whenever they must exercise their judgment on whether to disclose circumstances that might be viewed as conflicts. Counsel also use the Guidelines as a tool in examining the potential merits of the challenge. Moreover, courts called on to decide on challenges to arbitrators are increasingly referring to the IBA Guidelines, as is illustrated by the cases reported below.*”).

95 ASIL-ICCA. *Task Force Report on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration is a Joint Report by ICCA and the American Society of International Law*, 2016. Disponível em: <[https://www.asil.org/sites/default/files/ASIL\\_ICCA.pdf](https://www.asil.org/sites/default/files/ASIL_ICCA.pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2016.

características dos aspectos processuais da arbitragem partindo do conceito de processo jurídico transnacional de Koh, o caracterizando como um processo não tradicional, não apenas estatal, não estático, mas dinâmico e que é normativo. O segundo item discorreu sobre as diferentes fontes normativas consideradas na tomada de decisão sobre questões processuais, evidenciando essa características do procedimento arbitral.

Diante disso, os atores envolvidos em procedimentos arbitrais precisam adotar a metodologia do processo transnacional e considerar o entrelaçamento dessas diversas fontes normativas para determinar como esse procedimento deve ser conduzido. Assim, ao mesmo tempo em que mantêm a autonomia para ajustar esse procedimento às necessidades específicas daquele procedimento arbitral, as normas transnacionais são consideradas e também se contribui para a evolução da prática processual arbitral.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASIL-ICCA. *Task Force Report on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration is a Joint Report by ICCA and the American Society of International Law*, 2016. Disponível em: <[https://www.asil.org/sites/default/files/ASIL\\_ICCA.pdf](https://www.asil.org/sites/default/files/ASIL_ICCA.pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2016.
- BERGER, Klaus Peter et al. The central enquiry on the use of transnational law in international contract law and arbitration: background, procedure and selected results. In: DRAHOZAL, Christopher R.; NAIMARK, Richard W. *Towards a science of international arbitration: collected empirical research*. USA: Kluwer Law International, 2005. p. 207-231.
- BRASIL. *Decreto nº 21.187, de 22 de março de 1932*. Promulga o Protocolo relativo à cláusula de arbitragem, firmado em Genebra em 24 de setembro de 1923. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21187-22-marco-1932-548999-publicacaooriginal-64245-pe.html>>. Acesso em: 14 jul. 2016.
- BRASIL. *Decreto nº 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm)>. Acesso em: 7 jul. 2016.
- BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm)>. Acesso em: 15 maio 2016.
- CALLIESS, Graft-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code: a theory of transnational private law*. Oxford: Hart publishing, 2010.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno do árbitro*. Disponível em: <[http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02\\_TEXTOS\\_ARBITRAGEM/01\\_Doutrina\\_ScolarsTexts/arbitrators\\_\\_impartiality\\_and\\_independence/Em\\_torno\\_do\\_arbitro.pdf](http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/arbitrators__impartiality_and_independence/Em_torno_do_arbitro.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- CARMONA, Carlos Alberto. Flexibilização do procedimento arbitral. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 24, p. 7-21, 2009.
- COTTERRELL, Roger. What is Transnational Law? *Law & Social Inquiry*, v. 37, n. 2, 2012 (Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper n. 103/2012). Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2021088#%23](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2021088#%23)>. Acesso em: 2 abr. 2016.
- DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; RIBEIRO NETO, Clarissa Correa. Impacto e influência dos tratados e convenções internacionais sobre a lei brasileira de arbitragem. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 1, p. 219-230, 2013.
- FOUCHARD, Philippe. *L'arbitrage commercial international*. Paris: Dalloz, 1965.
- GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.
- GAILLARD, Emmanuel. Transnational law: a legal system or a method of decision making. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, 2001.
- GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (EE.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- GOLDMAN, Berthold. Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 109, p. 347-485, 1963.
- HOLTZMANN, Howard M.; NEUHAUS, Joseph E.

- A guide to the UNCITRAL model law on international commercial arbitration: legislative history and commentary*. Deventer; Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers; The Hague: T.M.C. Asser Institute, 1989.
- IBA. *IBA Guidelines on conflict of interest in international arbitrators*. 2004. Disponível em: <[http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines)>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- IBA. *IBA Rules of ethics for international arbitrators*. 1987. Disponível em: <<http://www.trans-lex.org/701100>>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- IBA. *IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration*. 2010. Disponível em: <[http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines)>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- IBA. *The IBA Guidelines on conflict of interest in international arbitration: the first five years 2004-2009*, 2009. Disponível em: <<http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=e545a3e1-13af-4d75-ad50-36d29c2777b4>>. Acesso em: 14 jul. 2016.
- ICC. *1975 Rules for the ICC Court of Arbitration*. Artigo 11. Disponível em <<https://international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/1975-ICC-Rules-of-Arbitration-English.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016.
- ICC. *Regulamento de Arbitragem e de ADR da CCI*. Publicado em setembro de 2011, entrou em vigor a partir de 1º de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/>>. Acesso em: 14 jul. 2016.
- INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *Guia do ICCA sobre a interpretação da convenção de Nova Iorque de 1958: um texto de referência para juízes*, 2012. Disponível em: <[http://www.arbitration-icca.org/media/1/13320134139400/portuguese\\_guide\\_composite\\_for\\_website\\_final.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/1/13320134139400/portuguese_guide_composite_for_website_final.pdf)>. Acesso em: 9 abr. 2016.
- JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Globalization of arbitral procedure. *HeinOnline*, v. 36. *Vand. J. Transnational Law* 1313, London, v. 1, n. 36, p. 1323, 2003.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Identifying and applying the law governing the arbitration procedure: the role of the law of the place of arbitration. In: VAN DEN BERG, Albert (Ed.). *Improving the efficiency of arbitration and awards: 40 years of application of the New York Convention*. Paris: Kluwer Law International, 1999. p. 336-365.
- KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181-206, 1996.
- L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Annuaire de L'Institut de Droit International, Session de Saint-Jacques-de-Compostelle*, Paris, v. 63, t. 2, p. 124-336, 1990.
- LALIVE, Pierre. Codification et arbitrage international. In: LE DROIT des relation économiques internationales: études offertes à Goldman, Paris: Litec, 1982. p. 150-166.
- LOWENFELD, Andreas F. International arbitration as an omelette: what goes into the mix. In: LOWENFELD on international arbitration: collected essays over three decades. Huntington/New York: Juris Pub., 2005. p. 58-71.
- LOWENFELD, Andreas F. The two-way mirror: international arbitration as comparative procedure. *II Michigan Yearbook of International Legal Studies*, n. 187, p. 163-185, 1985.
- MANGE, Flavia F. *Processo arbitral: aspectos transnacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- MANN, F. A. Lex Facit Arbitrum. In: SANDERS, Pieter (Ed.). *International arbitration liber amicorum for Martin Domke*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1967. p. 157-183.
- MAYER, Pierre. Comparative analysis of power of arbitrators to determine procedural in civil and common law systems. In: VAN DEN BERG, Albert (Ed.). *Planning efficient arbitration proceedings*. The Hague: T.M.C. Asser Institute; Kluwer Law International, 1996. p. 24-38.
- MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Arbitragem, lex mercatoria e direito estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MISTELIS, Loukas. Unidroit principles applied as "Most Appropriate Rules of Law" in a Swedish arbitral award. *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*, v. 8, p. 631-640, 2003.
- NASSER, Salem. Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. *Revista de Direito Internacio-*



nal, Brasília, v. 12, n. 2, p. 98-137, 2015.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PARK, William. Procedural evolution in business arbitration: three studies in change. In: PARK, William. *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*. Oxford, 2006. p. 1-67.

PAULSSON, Jan. Arbitration in three dimensions. LSE Law. *Society and Economy Working Papers* 2/2010. Disponível em: <<http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps1.htm#0210>>. Acesso em: 3 jul. 2016.

QUEEN MARY UNIVERSITY/WHITE & CASE. *2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*. Disponível em: <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164483.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *International Arbitration Law*. Deventer/Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989.

SALACUSE, Jeswald W. Making transnational law work through regime-building: the case of international investment law. In: BEKKER, Pieter H. F.; DOLZER, Rudolf; WAIBEL, Michael (Coord.). *Making transnational law work in the global economy, essays in honour of Detlev Vagts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 406-430.

STEINER, Henry J.; VAGTS, Detlev F.; KOH, Harold Hongju. *Transnational legal problems: materials and text*. 4. ed. New York: The Foundation Press, 1994.

TEUBNER, Gunther. *Globale Bukowina – Zur Emergenz eines transnationales Rechtspluralismus*. Basler Schriften zur europäischen Integration, Basel, 1996 (Trad. eng. “Globale Bukowina”: Legal Pluralism in the World Society. In: TEUBNER, Gunther. *Global Law without a State*. Dartmouth: Aldershot, 1997;

TEUBNER, Gunther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Revista Impulso*, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 1-191, jan./abr. 2003.

TOMAZETTE, Marlon. A internacionalização do direito além do Estado: a nova lex mercatória e a sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 93-121, 2012.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Uncitral model law on international commercial arbitration*. Document A/40/17/Annex I, 21 June 1985. Disponível em: <[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2016.

VAGTS, Detlev F. *Transnational business problems*. New York: The Foundation Press, 1986.

VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*. Deventer; Boston: Published; Kluwer Law and Taxation, 1981.

VON MEHREN, Arthur Taylor. To what extent is international commercial arbitration autonomous? In: LE DROIT des relations économiques internationales: études offertes à Goldman. Paris: Litec, 1982. p. 215-227.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**O direito transnacional (“global law”) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional?**

**Transnational law (“global law”) and the central state paradigm crisis: is it possible to develop a transnational legal order?**

Luiza Nogueira Barbosa

Valesca Raizer Borges Moschen



# O direito transnacional (“global law”) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional?\*

## Characteristics of Transnational Law as Transnational law (“global law”) and the central state paradigm crisis: is it possible to develop a transnational legal order?

Luiza Nogueira Barbosa\*\*

Valesca Raizer Borges Moschen\*\*\*

### RESUMO

Com a crescente globalização e inter-relações jurídicas, sociais e econômicas para além das fronteiras estatais, surgem os denominados UNO’s (“*unidentified normative objects*”), elaborados por diversos atores privados, mormente não estatais, que reivindicam seu reconhecimento como normas jurídicas. Nesse contexto, o conjunto dessas normas forma o direito global, ou direito transnacional, cuja possibilidade de existência tem sido alvo de ataques ceticistas, principalmente de adeptos de uma teoria monista do direito, para os quais direito e Estado tendem a ser tomados como sinônimos. O presente artigo tem como objetivo demonstrar que, a despeito da Teoria Monista ora consolidada entre a maioria dos juristas brasileiros, uma análise histórico-sociológica demonstra que o direito, sempre, existiu, independentemente de Estado e é essa a base pela qual se deve justificar a existência do direito transnacional. Dessa forma, assenta-se a Teoria do Pluralismo Jurídico como teoria fundamentadora para concepção do direito global. Mais adiante, demonstra o artigo a necessidade de reconstrução teórica do sistema jurídico, por meio da ruptura do paradigma do nacionalismo metodológico, uma vez que se conclui que as tentativas de teorização da legitimidade do direito global, fundadas em sistemas jurídicos estatais, estão fadadas ao fracasso. Por esse motivo, apresenta-se a solução concebida pelo professor Lars Vellechner, para o qual a legitimidade e os limites do direito transnacional encontram escopo na eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Direito Transnacional. Direito Internacional Privado. Global Law. Estado-centrismo. Pluralismo Jurídico Transnacional.

### ABSTRACT

The increasing and complexity of the globalization and the legal, social and economic inter-relations, beyond state borders, emerge the denominated UNO’s (*unidentified normative objects*), sourced by several pri-

\* Recebido em 15/07/2016  
Aprovado em 15/12/2016

\*\* Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), por aprovação em processo seletivo no ano de 2015. Especializada em Direito Empresarial pela Faculdade Getúlio Vargas-MMURAD (2015). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (2013). E-mail: luizanbarbosa@gmail.com

\*\*\* Doutora em Direito e Relações Internacionais pela Universidade de Barcelona, Mestre em Economia e Finanças Internacionais e Professora Associado I Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, atuando nos cursos de Graduação em Direito e Pós-Graduação (Mestrado em Direito). E-mail: raizervalesca@gmail.com



vate actors, mainly non-state actors, which claim their recognition as legal norms. In this context, the set of these normative objects comprise the global law, or the transnational law, which possibility of existence has been the target of skeptics attacks, mainly supporters of a monistic theory of law, for which state law and law tend to be understood as synonymous. Thus, this article aims to show that, despite the now consolidated monistic theory among most Brazilian jurists, a historical-sociological analysis shows that law has always existed, regardless of any State. This way, the theory of legal pluralism appears, with critical notes made by Gunther Teubner, as ground theory for the conception of transnational law. Further, the article demonstrates that attempts to theorize the global law legitimacy based on state legal systems (methodological nationalism) are doomed to failure, for which presents the Lars Viellechner's solution, for whom the legitimacy and limits of transnational law find scope on the horizontal effects of fundamental rights.

**Key-words:** Transnational law. International Private Law. Global Law. State-centrism. Transnational Legal Pluralism.

## 1. INTRODUÇÃO

Com o surgimento da globalização e das relações jurídicas e sociais cada vez mais complexas, nas quais, majoritariamente, se observa a inferência de múltiplas ordens jurídicas estatais e, por vezes, de normas não pertencentes a qualquer Estado de Direito, desestruturando-se, gradativamente, o paradigma de que a existência e aplicação do direito estariam limitadas à jurisdição de Estados-Nação.

Diferentes atores do mundo globalizado, estruturados em associações ou grupos sociais segmentados, ao realizarem suas atividades de caráter transfronteiriços e globais, têm sido cruciais para a criação de normas independentes de estímulos políticos de Estados ou grupos de união político-econômica estatais.

Nesse contexto transnacional, fora do âmbito de determinado Estado ou grupo de Estados, emerge uma incontável quantidade de objetos normativos não identificados, denominados de "UNOs" ("*unidentified normative objects*"), para além de qualquer soberania estatal, que demandam esclarecimento acerca de sua qualidade

e natureza jurídica<sup>1</sup>.

O conjunto desses objetos normativos (ainda) não identificados, de acordo com estudiosos da filosofia e ciência do direito, formaria a "*global law*"; ou o direito global, nascido "(...) com base nas periferias sociais, a partir das zonas de contato com outros sistemas sociais, e não no centro de instituições de Estados-nações ou de instituições internacionais"<sup>2</sup>.

A questão central que se põe é a seguinte: é possível conceber a existência de normas jurídicas não estatais emergidas além das fronteiras de um Estado soberano e deste independente? Melhor dizendo, é possível conceber a existência de uma ordem jurídica transnacional? Em caso positivo, quais são as condições para validação dessa concepção?

Hodiernamente, no mundo ocidental, há grande descrença na concepção de um sistema jurídico ou de uma ordem legal além do Estado e dele independente. Isso porque Estado e Direito são tidos como conceitos complementares, quando não são usados até mesmo como sinônimos.

Nesse contexto, a jurisdição é, tradicionalmente, concebida como prerrogativa essencial do Estado-nação e este, por sua vez, não seria possível sem a organização conferida pelo Direito. Logo, o ceticismo, quanto à transnacionalidade, é agravado por um nacionalismo metodológico, pela vinculação entre Estado e Direito, como se um não pudesse existir sem e além do outro.

Conforme será demonstrado, para compreensão e estudo do direito transnacional, faz-se necessário abandonar a ideia de que somente os Estados-Nação seriam autoridades competentes para criar, dizer e executar o direito. E isso só é possível, de fato, a partir de uma quebra de paradigma do estado-centrismo na ciência do direito.

Instaura-se, assim, na ciência jurídica, uma "*Glaubenskrieg um die Transnationalisierung des Rechts*"<sup>3</sup>, uma guer-

1 FRYDMAN, Benoit. *A pragmatic approach to global law*. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2312504>>. Acesso em: 13 jan. 2016. pp. 03-04.

2 TEUBNER, Gunther. *Bukovina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional*. Direito e Globalização 14, 2003. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp33art01.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2015. p. 6.

3 TEUBNER, Gunther. *Transnationales Recht: Legitimation durch horizontale Grundrechtswirkung*. 2015. Disponível em: <<https://www.jura.uni-frankfurt.de/53908273/ViellechnerRezension1.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2016. p. 1.

ra de crenças sobre a transnacionalização do direito, na expressão certa de Gunther Teubner. De um lado, os adeptos da corrente de que o direito não pode existir sem um Estado e, de outro, os partidários da teoria de que o direito prescinde qualquer Estado soberano.

Dessa forma, o presente artigo utiliza o método hipotético dedutivo para, a partir de ponderações e da apresentação da teoria insurgente no contexto atual — o pluralismo jurídico transnacional —, demonstrar que é possível conceber a existência de normas jurídicas transnacionais surgidas para fora das fronteiras e regulações de ordenamentos jurídicos estatais.

Em um primeiro momento, apontar-se-á a tradição do nacionalismo metodológico, até então vigente, de acordo com o qual o Estado é a única associação legítima de criação, interpretação e execução do direito.

Trazendo para o campo da ciência jurídica argumentos históricos e sociológicos, será apontada, de forma crítica, a necessidade de superação da referida tradição, com base na ideia de que o direito nunca foi monopólio do Estado e, sim, prerrogativa de diferentes associações e grupos sociais, tal como demonstra a Tradição Jurídica Ocidental.

Em um segundo momento, será destacada a crítica de Gunther Teubner, para o qual a adoção da Teoria do Pluralismo Jurídico clássico deve ser adotada com base em uma reformulação de suas concepções, fazendo-se necessário fundamentar o pluralismo não mais em grupos e comunidades, mas, sim, em discursos e redes especializadas de comunicação que surgem na esfera transnacional.

Por fim, buscar-se-á agrupar os estudos da Teoria do Pluralismo Transnacional para averiguar a possibilidade de se conceber uma ordem jurídica transnacional e, caso positiva, quais seriam seus critérios de aferição do sistema jurídico global, para o que se sugere a solução trazida pelo professor Lars Vellechner, segundo o qual a legitimidade e os limites do direito transnacional devem encontrar escopo na eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

## 2. O NACIONALISMO METODOLÓGICO E A CRISE DE PARADIGMA DO ESTADO-CENTRISMO: ESTADO E DIREITO DEVEM SER TRATADOS COMO SINÔNIMOS?

Uma das principais dificuldades, se não a principal, encontrada pela comunidade acadêmica para aceitação

de uma ordem jurídica transnacional, se traduz no paradigma do estado-centrismo, de acordo com o qual o direito é tido como monopólio estatal.

As doutrinas baseadas no “contrato social”, fundamentadoras da criação do Estado, justificam o surgimento deste na necessidade de criação de uma instituição ou de um corpo institucional garantidor da ordem e dos direitos dos seus contratantes, que passam, então, a ser cidadãos providos da suposta segurança advinda de um sistema jurídico<sup>4</sup>.

No entendimento contratualista, as sociedades são pensadas como recipientes, que surgem e são sustentadas na esfera de influência estatal<sup>5</sup>. O Estado é, portanto, o criador, controlador e, simultaneamente, garantidor das sociedades<sup>6</sup>.

Denota-se que, como bem define o sociólogo alemão Ulrich Beck, com base nessas concepções, a visão estado-centrista foi estabelecida como limite da percepção sociológica, sendo possível se falar de um nacionalismo metodológico (“*methodological nationalism*”).

Neste contexto, é possível falar de um ‘nacionalismo metodológico’, o que significam presunções explícitas e implícitas de que o Estado-nação é o recipiente de processos sociais, e que a nação fornece a ordem fundamental para a análise dos processos sociais, econômicos e políticos. É exatamente este Estado nacional, *a priori* das ciências sociais, que é cada fundamentalmente questionável no âmbito da pluralização das fronteiras.<sup>7</sup>

A partir de tal visão, o Estado passou a ser o deten-

4 Nesse sentido, citam-se os filósofos Hobbes, Locke e Rousseau.

5 Tradução livre do original: “Societies are thought as containers, which emerge and are sustained within the state’s sphere of influence”. BECK, Ulrich. *The cosmopolitan state: redefining power in the global age*. Disponível em: <<https://equilibrium0.files.wordpress.com/2011/05/beck2006.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2016. pp. 145-146.

6 Das teorias contratualistas que tomam o Estado e Direito como sinônimos, excetua-se aqui a teoria de Locke, para quem seria possível se falar na existência de sociedades em estado de natureza, nas quais indivíduos poderiam reivindicar e usufruir de direitos, sem a presença de um Estado. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. In: Carta acerca tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

7 Tradução livre do original: “In this context, it is possible to speak of a ‘methodological nationalism’, meaning explicit and implicit assumptions that the nation state is the container of social processes, and that the national provides the core order for the analysis of social, economic and political processes. It is exactly this nation state a priori of the social sciences, which is becoming fundamentally questionable in the course of the pluralisation of borders.” BECK, Ulrich. *The cosmopolitan state*, p. 146.

tor de todos os processos sociais, políticos, econômicos, bem como — de acordo com a doutrina majoritária no campo da ciência jurídica, cujo grande precursor foi Hans Kelsen — do monopólio de criar, dizer e executar o direito.

Assim, a ordem jurídica resta, constantemente, assimilada como uma ordem institucional estabelecida por uma autoridade soberana, um Estado, sob a ameaça de um poder coercitivo. E, portanto, a construção de um sistema legal e a asserção de uma ordem política soberana vêm sendo, historicamente, compreendidas como dois lados (conhecimento e poder) da mesma moeda real<sup>8</sup>.

Segundo o jurista americano Harold Berman, esse paradigma da vinculação monogâmica entre direito e Estado, que leva à compreensão por demais estreita do direito, “como um conjunto de leis, procedimentos, normas administrativas e técnicas válidas em um determinado país”<sup>9</sup>, não subsiste a um estudo histórico da Tradição Jurídica Ocidental.

Para falar da Tradição Jurídica Ocidental, é necessário postular um conceito de Direito que seja diferente de um conjunto de regras, que o veja como um processo, como um empreendimento no qual as regras só têm valor num contexto de instituições e procedimentos, valores e modos de pensar. Desse ponto de vista mais amplo, as fontes do Direito ultrapassam a vontade do legislador, para abranger também a razão e a consciência da comunidade e os seus usos e costumes.<sup>10</sup>

Em que pese o surgimento do paradigma de que o direito deva se originar de uma autoridade soberana, ainda consoante Berman, o direito, sempre, existiu, mesmo antes de sua organização e centralização institucional estatal (*ubi societas ibi jus*). O jurista explica que o direito no ocidente surgiu “de diferentes sistemas jurídicos integrados, em cada um dos quais os vários elementos recebem parte do seu sentido a partir do sistema como um todo”<sup>11</sup>.

8 “Historically, the construction of a legal system and the assertion of a sovereign political order have been the two sides (knowledge and power) of the same royal coin”. Tradução livre: “Historicamente, a construção de um sistema legal e a asserção de uma ordem política soberana têm sido dois lados (conhecimento e poder) da mesma moeda real”. FRYDMAN, Benoit. *A pragmatic approach to global law*. p. 5.

9 BERMAN, Harold. *Direito e Revolução: A formação da tradição jurídica ocidental*. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Editora Uninsinos, 2006. p. 9.

10 BERMAN, Harold. *Direito e Revolução*, p. 22.

11 Importante esclarecer que, para o autor, a distinção entre oci-

A primeira forma de centralização do direito no mundo ocidental ocorreu no período da Reforma Gregoriana (século XI), da Igreja Católica, que tinha como objetivo “emancipar o clero do controle dos imperadores, reis e senhores feudais, diferenciando, de forma nítida, a Igreja como entidade política e jurídica da política secular”<sup>12</sup>.

Esse movimento originou o “Novo Direito Canônico” da Igreja Católica, o primeiro sistema jurídico ocidental. A Igreja passou a ser concebida, além de uma organização espiritual e doutrinária, como uma instituição estruturada e dotada de poderes legislativo e jurisdicional<sup>13</sup>.

Como consequência da divisão entre esfera eclesiástica e não eclesiástica, surgiu uma gama de sistemas jurídicos seculares, que conviveram entre si, em harmonia e competição, em uma mesma comunidade. Havia, na Tradição Jurídica Ocidental, portanto, uma dualidade e coexistência de jurisdições, com a marcante característica de pluralidade de jurisdições e sistemas jurídicos:

*O pluralismo jurídico originou-se na distinção entre a política eclesiástica e as políticas seculares. A Igreja declarou a sua liberdade do controle secular, a sua jurisdição exclusiva em certas matérias e concorrente em outras.* Leigos, apesar de governados no geral pelo Direito secular, estavam sujeitos ao Direito eclesiástico e à jurisdição dos tribunais eclesiásticos no que se referia a questões sobre casamento e relações familiares, Direito sucessório, crimes espirituais, relações contratuais onde a fé era invocada, entre outros assuntos. Inversamente, o clero, apesar de geralmente ser regido pelo Direito eclesiástico, estava sujeito ao Direito secular e às suas cortes, em relação a certos tipos de crimes, certos tipos de disputas de propriedades, entre outros. O próprio Direito

dente e oriente não se dá por critérios meramente geográficos, mas, sim, a partir de uma identidade cultural. O ocidente, seria, portanto, os povos ocidentais inspirados nos gregos, romanos e hebreus. BERMAN, Harold. *Direito e Revolução*, p. 22.

12 BERMAN, Harold. *Direito e Revolução*, p. 12. Veja-se aqui que o termo “secular” é utilizado em oposição ao termo “eclesiástico”. De acordo com o dicionário Michaelis: “8. Relativo aos leigos; laical. 9. Relativo ou pertencente ao Estado, em contraposição ao que se refere ou pertence à Igreja; temporal, civil, mundano”.

13 O conceito de jurisdição aqui empregado não é o conceito tradicional como poder estatal, mas, sim, como local de debate, execução e legitimação do direito. Nas palavras de Ralph Michaels, “Jurisdiction in this sense is defined not as the assertion of state power (which, of course, would be exclusive to the state), but rather as ‘the locus for debates about community definition, sovereignty, and legitimacy.’” MICHAELS, Ralf. *The re-statement of non-state law: The state, choice of law, and the challenge from global legal pluralism*. 2005. Disponível em: <[http://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/1226](http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1226)>. Acesso em: 28 mar 2016. p. 16.



secular estava dividido em vários tipos concorrentes, incluindo os Direitos do rei, feudal, senhorial, da cidade e mercantil. *A mesma pessoa podia estar sujeita às cortes eclesiásticas em um tipo de causa, à corte do rei em outro, à corte de seu senhor em um terceiro, a uma corte senhorial em um quarto, à corte da cidade em um quinto e a uma corte de mercadores em um sexto.*<sup>14</sup> (Grifou-se)

Também, o professor alemão Lars Vellechner, autor de *“Transnationalisierung des Rechts”*, explica que a Igreja Católica foi a primeira a concretizar a ideia de estado-direito. Ela não apenas adotou a forma de um Estado, mas também o programa da regra jurídica no âmbito de um Estado de direito, no qual os governantes não apenas regulam por meio do direito, mas a ele estão vinculados<sup>15</sup>.

Essa influência do sistema jurídico eclesiástico, não estatal, torna-se, ainda, mais clara quando se atenta para o fato de que, por um longo tempo, inclusive a compreensão da vinculação do rei às suas próprias leis estava diretamente ligada a fundamentos teológicos-jurídicos<sup>16</sup>.

Somente com a posterior centralização da ordem jurídica para a instituição estatal, usurpando esta toda e qualquer jurisdição autônoma, o positivismo-monista retirou do direito a característica e fundamento divino de sacralização da lei, que o Direito Canônico lhe havia concedido<sup>17</sup>, para dar lugar à primazia da política:

14 BERMAN, Harold. *Direito e Revolução*, p. 21.

15 “Die römisch-katholische Kirche stelle die erste Verkörperung der Idee des »law-state« dar. Sie habe nicht nur die Form eines Staates angenommen, sondern auch das Programm einer »rule by law« unter einer »rule of law« verfolgt, wonach die Herrschenden nicht nur vermittle des Rechts regieren, sondern auch selbst daran gebunden sein sollten.” VIELLECHNER, Lars. *Transnationalisierung des Rechts*. Resumo do autor. Disponível em: <[http://www.velbrueck-wissenschaft.de/pdf\\_ausfuehrlich/978-3-942393-67-6.pdf](http://www.velbrueck-wissenschaft.de/pdf_ausfuehrlich/978-3-942393-67-6.pdf)>. p. 2.

16 Como expõe o jurista Antônio Pedro Barbas Homem, “*A compreensão desta vinculação do rei em consciência não pode ser desligada da apresentação dos pecados dos reis por parte da teologia moral*. A propósito do segundo mandamento, Martín de Azpilcueta Navarro aborda longamente o problema do cumprimento da palavra dada nos juramentos porque o não cumprimento das promessas constitui pecado. Em especial, cometem um pecado os reis que aprovam lei penal para seu proveito particular e enriquecimento, se dispensarem das leis divinas ou das leis naturais sem justa causa, ou se, sem justa causa, tirarem os bens às pessoas, excepto os ofícios porque é esta a sua natureza.” (Grifou-se). HOMEM, Antônio Pedro Barbas. *Judex perfectus: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal, 1640-1820*. Coimbra, Almedina, 2003. p. 214.

17 De acordo com BERMAN, “(...) todas as revoluções nacionais a partir do século XVI – exceto a Americana – representaram, em parte, uma luta contra a Igreja Católica (na Rússia, contra a Ortodoxa) e todas transferiram grandes parcelas do Direito Canônico para o Estado nacional, secularizando-as. Assim sendo, deve-se ter

De acordo com esta teoria, a dessacralização da lei, depois de uma fase de transição durante a qual, ainda sim, teve um fundamento religioso, finalmente se transpassou para sua politização. *O domínio eclesiástico deu lugar ao “primado da política”, transformando o direito em um produto político. Assim teria surgido o positivismo jurídico, o qual se desvinculou do voluntarismo teológico do final da Idade Média e inverteu a validade jurídica para a Natureza e Vontade.* (Grifou-se)<sup>18</sup>.

Eis, portanto, que, em que pese a aparente insuperabilidade do paradigma monista de um nacionalismo metodológico, a história e sociologia do direito parecem demonstrar que, a princípio, nem o ato de legislar e nem a administração da justiça competiam, pelo menos não exclusivamente, ao Estado<sup>19</sup>.

Conforme esclarece o sociólogo Eugen Ehrlich, na obra *“Fundamentos da sociologia do direito”*:

muito depois da administração judiciária estatal aparece o direito estatal. Em primeiro lugar, o Estado, naturalmente, produz a sua própria ordem, o direito público, e quando cria ordens, seja de que tipo forem, prescreve sua competência, seu funcionamento, às vezes também seu procedimento. Muito cedo o direito passa a ser redigido por pessoas privadas incumbidas pelo Estado ou então este reconhece o direito já redigido, especialmente compilações de normas, pelos quais os tribunais agem e decidem.<sup>20</sup>

Dessa forma, a despeito do corte traçado a partir do nacionalismo metodológico, o paradigma do estado-centrismo, instaurado com a centralização do poder estatal, segundo o qual o direito é tradicionalmente concebido como prerrogativa essencial do Estado-nação, não

em mente, ao estudar os sistemas jurídicos, eclesiástico e secular que foram criados no final do século XI e princípio do XII sob o impacto da Revolução Papal, que uma grande quantidade de elementos desses sistemas passou para o Direito secular por força das revoluções nacionais. Nesse aspecto, as revoluções nacionais tiveram um caráter internacional”, BERMAN, Harold. *Direito e Revolução*, p. 36.

18 Tradução livre do original: “Gemäß dieser Theorie ist die Entsakralisierung des Rechts nach einer Übergangsphase, während der das Recht immerhin noch als religiös fundiert gedacht worden war, schließlich in dessen Politisierung umgeschlagen. Die kirchliche Vorherrschaft sei dem ‘Primat der Politik’ gewichen, das Recht zu einem Produkt der Politik geraten. Damit sei der Rechtspositivismus aufgekommen, der an den theologischen Voluntarismus des Spätmittelalters angeknüpft und die Rechtsgeltung von Natur auf Willen umgestellt habe.” VIELLECHNER, Lars. *Transnationalisierung des Rechts*, p. 6.

19 “[...] no início nem o ato de legislar nem a administração da justiça competem ao Estado. A administração da justiça não tem origem estatal; ela tem suas raízes em épocas pré-estatais”. EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Trad. René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986. p. 111.

20 EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*, pp. 113.

corresponde à realidade histórica da Tradição Jurídica Ocidental.

Em verdade, as doutrinas baseadas no nacionalismo metodológico serviram para fundamentar e sustentar o monopólio do direito e da jurisdição por parte do Estado, em um momento em que este necessitou usurpar tais prerrogativas de diversas jurisdições autônomas. E, durante a ascensão e consolidação do Estado como única autoridade formal a requisitar e praticar a prerrogativa de criar, dizer e executar o direito, as teorias sociológicas baseadas no contratualismo-monista mostraram-se suficientes para a ciência jurídica, no que tange à justificação e legitimação do direito e do ordenamento jurídico<sup>21</sup>.

Ocorre que, com a crescente transnacionalização das relações jurídicas, atores não ligados a qualquer autoridade ou grupo político estatal iniciam uma árdua empreitada pelo reconhecimento de seus atos e regras como jurídicos, reivindicando legitimidade e capacidade normativa transnacional, de forma que o positivismo estado-centrista aparenta não mais fornecer uma resposta lógico satisfatória para a ciência jurídica e para os estudiosos desse novo ramo insurgente no direito internacional.

Nesta toada, torna-se necessário o abandono da sinonímia dos conceitos de Estado e Direito e o retorno à Tradição Jurídica Ocidental, a fim de fundamentar a legitimidade de atores não estatais na esfera transnacional e, por conseguinte, possibilitar a qualificação das normas nesse contexto emergentes como direito<sup>22</sup>.

Assim, toma-se aqui o conceito de que a ordem interna das associações e grupos sociais é a primeira forma do direito, de forma que o conteúdo do sistema jurídico decorre, forçosamente, da estrutura das associações e de suas atividades. Logo, conforme preleciona Ehrlich,

Na medida em que o direito é uma ordem interna de associações sociais, seu conteúdo forçosamente decorre da estrutura das associações e de sua

atividade. *Qualquer mudança na sociedade e na economia ocasiona, por isso, mudança no direito; e é impossível modificar os fundamentos jurídicos deles, sem que houvesse também uma mudança na economia e na sociedade.* Quando as mudanças jurídicas são arbitrárias e tais que a economia não pode adaptar-se a elas, destrói-se sua ordem interna sem que haja um substitutivo.<sup>23</sup>

Partindo dessa concepção de que o direito não é sinônimo de Estado e de que os sistemas jurídicos decorrem de ordens internas de determinadas associações sociais, que evoluem e se modificam ao longo do tempo, compreende-se que a concepção de um direito transnacional somente é possível por meio da quebra do paradigma do estado-centrismo e do positivismo jurídico. Dessa forma, passa-se à apresentação da nova teoria insurgente, do Pluralismo Jurídico Transnacional.

### 3. O DIREITO GLOBAL SEM ESTADO E A TEORIA DO PLURALISMO JURÍDICO TRANSNACIONAL

A partir da globalização das atividades sociais e econômicas e da transnacionalização de relações, surgem, nas sociedades transnacionais, diversos atores em estruturas globais altamente especializadas que, em meio às suas redes de atividades e funções desvinculadas a qualquer ordenamento jurídico estatal, criam uma identidade global, produzindo o que hoje são chamados os UNO's (*"unidentified normative objects"*).

Conforme restou acima exposto, para o reconhecimento desses objetos normativos como direito, torna-se imprescindível o abandono paradigmático do nacionalismo metodológico, por meio do qual, apenas, o Estado detém a prerrogativa de criar, dizer e aplicar o direito. E, ao contrário do que se possa imaginar, esta sinonímia entre Direito e Estado — construída, mormente, por teorias contratualistas e do positivismo jurídico — não possui qualquer respaldo em uma perspectiva histórico-sociológica do Direito<sup>24</sup>.

21 "The predominance of law's institutionalisation in the state during the Nineteenth and Twentieth centuries casts a long shadow over our present attempts to imagine law." ZUMBANSEN, Peer C. *Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance & Legal Pluralism*. Disponível em: <[https://www.wzb.eu/sites/default/files/u273/zumbansen\\_2012\\_defining\\_the\\_space\\_of\\_transnational\\_law\\_wzb\\_hu.pdf](https://www.wzb.eu/sites/default/files/u273/zumbansen_2012_defining_the_space_of_transnational_law_wzb_hu.pdf)>. Acesso em 23 jun 2016. p. 19.

22 Em importante crítica, Ralph Michaels esclarece que, apesar da suma importância em estabelecer esse novo pluralismo, superando o estado-centrismo; visão esta que será melhor demonstrada no próximo capítulo.

23 EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*, p. 47.

24 "Em outras palavras, pode-se afirmar que o (sub)sistema jurídico (co)evolui com racionalidades diferentes (relacionadas a outros sistemas sociais), num cenário em que o Estado não representa mais a única esfera donde a normatividade emana. Emerge, assim, uma pluralidade de atores sociais diferenciados em papéis e culturas redonda numa pluralidade de fontes normativas e de sujeitos de direitos merecedores de proteção especial (consumidores, refugiados, hipossuficientes, etc.)." FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. In: *Revista de Direito*

Dessa forma, transpõe-se um dos principais argumentos de oposição ao reconhecimento de um direito global, no sentido de que um sistema jurídico global seria inconcebível por não derivar de Estados-nação (direito estatal) ou de tratados internacionais ratificados por meio de relações políticas entre Estados-nações (direito internacional)<sup>25</sup>.

Isso porque é, exatamente, a quebra do paradigma do nacionalismo metodológico e do positivismo jurídico a condição necessária para a concepção do direito transnacional. Assim, torna-se imperioso retornar às teorias pluralistas do direito.

A adoção da Teoria do Pluralismo jurídico para justificação do direito global, porém, deve ser realizada a partir de uma reformulação de suas bases, como explica Gunther Teubner, em seu artigo “*Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society*”.

No referido estudo, o consagrado jurista demonstra que, em contraposição à visão de Immanuel Kant, para o qual a globalização do direito só é possível por meio da codificação da política internacional<sup>26</sup>, a ideia da Bukowina global de Eugen Ehrlich, demonstra-se em maior conformidade com o que se observa da constituição de um ordenamento jurídico global.

Explica o autor que a Teoria do Pluralismo jurídico deve ser adotada de forma repaginada, para embasar a existência do direito global. De acordo com Teubner, faz-se necessário fundamentar o pluralismo não mais

em grupos e comunidades, mas, sim, para discursos e redes de comunicação<sup>27</sup>.

Claramente, o mundo da vida de diferentes grupos e comunidades não é a principal fonte do direito global. Teorias de pluralismo jurídico terão que reformular seus conceitos fundamentais, mudando seu foco de grupos e comunidades para discursos e redes de comunicação (ver Teubner, 1992: 1456ff). A fonte social do direito global não é o mundo da vida das redes pessoais globalizados, mas o proto-direito de redes especializadas, organizativa e funcional que estão formando uma identidade global, mas fortemente limitado. O novo direito vivo do mundo é alimentado a partir da auto-reprodução contínua de altamente técnica, altamente especializada, muitas vezes formalmente organizadas e bastante restritas, redes globais de natureza econômica, cultural, acadêmica ou tecnológica.<sup>28</sup>

A fonte social do direito global, portanto, pode ser encontrada no “proto-direito” de redes especializadas, formalmente organizadas e funcionais, de modo estritamente setorial, em auto-reprodução contínua.

Nesse contexto, para o pluralismo jurídico transnacional, não mais as mudanças na sociedade ou em grupos sociais acarretarão a mudança do direito global, mas a mudança nos discursos e nas formas de comunicações de redes especializadas, tais como os discursos, comuni-

*Internacional UNICEUB*. Disponível em: <<http://www.publicacoes-academicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/3303/pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2016. p. 399.

25 Àqueles que não conseguem superar a ideia de direito atrelada a um nacionalismo metodológico, cumpre apresentar a ressalva lançada por NASSER, segundo o qual, se não presumido o caráter jurídico das regras ou normas transnacionais que constituem o conjunto das normas e instituições, este esse conjunto não será visto como fragmentos de uma ordem jurídica ou uma variedade de ordens jurídicas em um ambiente de pluralismo jurídico, mas, sim, como fragmentação de uma ordem regulatória ou um pluralismo regulatório. NASSER, Salem Hikmat. Direito Global em Pedagogia: Fragmentação, Regimes e Pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 98-126.

26 “For Kant, the globalization of law, a ‘transcendental formula of public law’, would be the consequence of a legalization of international politics. If the sovereign states were to agree to certain legal principles enshrined in a binding international agreement, a new and just legal order for all mankind could develop (Ibid., 343ff).” TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society*. In: \_\_\_\_\_. *Global Law Without A State*, ed., Dartmouth, pp. 3-28, 1996. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=896478>>. Acesso em: 23 nov. 2015. p. 2.

27 Apesar de grandes críticas tecidas à teoria de Teubner, Ralph Michaels concorda que o pluralismo jurídico global não mais pode ser embasado a partir da ideia de direito surgido na comunidade. Isso porque, de acordo com o jurista americano, se algo caracteriza a globalização, é a reduzida importância da comunidade. “Arguably, if anything characterizes globalization, it is the reduced importance of community (cf. Fisher 2008). Interactions occur, and laws are made, among dispersed agents who have very little in common. In global commerce, law does not require communities; to the contrary, law makes close community ties dispensable. Closely knit communities are the exception, not the rule, and a theory of law that puts them in the center risks ignoring other laws, created through global chains of law production (Snyder 1999, 2006) or even through the common use of certain documents (Riles 2008b). The grounding of legal pluralism in communities becomes questionable.” MICHAELS, Ralph. *Global Legal Pluralism*, p. 17.

28 Tradução livre do original: “Clearly, the lifeworld of different groups and communities is not the principal source for global law. Theories of legal pluralism will have to reformulate their core concepts shifting their focus from groups and communities to discourses and communicative networks (see Teubner, 1992: 1456ff). The social source of global law is not the lifeworld of globalized personal networks, but the proto-law of specialized, organisational and functional networks which are forming a global, but sharply limited identity. The new living law of the world is nourished not from stores of tradition but from the ongoing self-reproduction of highly technical, highly specialized, often formally organized and rather narrowly defined, global networks of an economic, cultural, academic or technological nature.” TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina*, pp. 4-5.



cações e inter-relações que originam a *lex sportiva* ou *lex mercatoria* transnacional, por exemplo.

Eis, portanto, que, na elaboração desses discursos, surgem novos atores, que se relacionam e se comunicam formando as referidas redes especializadas na esfera transnacional. Assim, os Estados-nação são forçados a se comportarem como coatores, sem divisão hierárquica de papéis.

Nesse sentido, na esfera transnacional, de acordo com Benoit Frydman, em “*A Pragmatic Approach to Global Law*”, os Estados perdem, de certa forma, sua soberania:

Em um mundo sem um soberano, os Estados são obrigados a se comportar como atores, entre os demais. O Estado, soberano (até certo ponto) no seu próprio território, perde toda a soberania (apesar do que diz o direito internacional público) assim que atravessa fronteiras e deve comprometer-se com outras forças. Estas forças são de outros Estados, é claro, mas também de outros tipos de atores da sociedade do mundo, como as organizações internacionais e as organizações não-governamentais, ou empresas de transição e suas redes.<sup>29</sup>

Esses novos atores podem ser exemplificados por organizações não governamentais, associações de redes especializadas, movimentos sociais de alcance internacional, empresas transnacionais — entre outros, que possuem não apenas relevância normativa, mas também deslocam a resolução de eventuais conflitos da jurisdição estatal<sup>30</sup>.

29 Tradução livre do original “In a world without a Sovereign, the States are forced to behave as actors among others. The State, sovereign (up until a certain point) within its own territory, loses all sovereignty (despite what international public law says) as soon as it crosses frontiers and must compromise with other forces. These forces are those of other States of course, but also those of other kinds of actors of the world society, such as international organisations and non-governmental organisations, or transitional firms and their networks.” FRYDMAN, Benoit. *A pragmatic approach to global law*, p. 6.

30 “Esses novos atores — que podem, não exaustivamente, ser exemplificados por organizações internacionais governamentais, organizações não governamentais (incluindo movimentos sociais de alcance internacional e empresas transnacionais — possuem não apenas relevância geopolítica: seus poderes podem se espalhar até a normatividade jurídica. [...] Ademais, sequer a resolução de eventuais conflitos advindos dessas cadeias perpassa, compulsoriamente, pela jurisdição tradicional: Cortes e outras instâncias não estatais constituem os meios de resolução de conflitos típicos das relações advindas dessas verdadeiras ordens jurídicas surgidas de cadeias contratuais fomentadas (e criadas) pelas empresas transnacionais.” FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. *A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais*, p. 397.

O pluralismo jurídico é, então, a lente pela qual se deve enxergar o direito global: não mais como uma ordem única de atores soberanos, mas como uma constelação de sistemas jurídicos inter-relacionados<sup>31</sup>. Somente por meio das lentes da Teoria do Pluralismo Jurídico transnacional torna-se possível conceber a existência do direito global ou direito transnacional.

No entanto, cumpre esclarecer que a mera adoção da Teoria do Pluralismo Jurídico transnacional por parte da comunidade acadêmica internacional não tem cunho de embasar completamente a existência do direito transnacional, tornando-se forçoso que se estabeleçam trabalhos interdisciplinares também em relação à filosofia e sociologia do direito.

Isso, porque, apesar do reconhecimento da necessidade de ruptura do paradigma do nacionalismo metodológico, as tentativas de definição e fundamentação de um direito transnacional continuam tomando o Estado como figura central. É dizer, o direito transnacional, ainda, é definido como direito além do Estado, ou direito não estatal; seu conceito tem, no Estado, um critério de referência negativo.

E isto é um dos pontos de crítica de Ralph Michaels, segundo o qual a tendência em contrapor o pluralismo jurídico ao estado-centrismo, reconhecendo o primeiro como mais factível que o segundo (e a ele superior), torna-se uma mera representação da realidade jurídica. De acordo com o autor, enquanto o pluralismo jurídico continuar à margem e à sombra do centralismo jurídico, este não será passível de ser superado<sup>32</sup>.

Eis, portanto, as condições lógicas para a teorização de uma ordem jurídica transnacional, condições estas que ainda se encontram distantes de uma solução palpável e predominantemente aceitável, tal como ocorre com o nacionalismo metodológico. Porém, cabe aqui estudar os avanços traçados pela comunidade acadêmica na tentativa de fundamentação e legitimação do direi-

31 FRYDMAN, Benoit. *A pragmatic approach to global law*, p. 4.

32 “There is a tendency away from positing legal pluralism as a fact opposed to the fiction of state centralism (Griffiths 1986, p. 4) and toward recognizing that legal pluralism is no more a reality than legal centralism, but rather is merely another (though potentially superior) representation of legal reality (Belley 1997, Kennedy 2007). However, as long as legal pluralism remains the mere flipside of legal centralism, legal centralism will not be overcome.” MICHAELS, Ralf. *Global Legal Pluralism*. Annual Review of Law & Social Science, Vol. 5, 2009; Duke Law School Public Law & Legal Theory Research, No. 259, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1430395>>. Acesso em: 20 jan. 2016. p. 23.

to transnacional, bem como de seus critérios de aferição próprios como sistema jurídico autônomo *sui generis*.

#### 4. DIREITO TRANSNACIONAL E A TENTATIVA DE FORMULAÇÃO DE CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO PRÓPRIOS

Pelo fato de a existência do direito global ou direito transnacional somente ser passível de ser justificada a partir de uma teoria pluralista, seus critérios de averiguação de validade, eficácia e legitimidade não podem estar fundamentados com base nos critérios de aferição dos sistemas jurídicos nacionais.

De acordo com Gunther Teubner, as normas de direito global ou transnacional produzem um ordenamento jurídico *sui generis*, sobre o qual o jurista formula três importantes teses.

A primeira tese já se encontra apresentada neste trabalho, no sentido de que o direito global só pode ser interpretado por meio de uma Teoria do Pluralismo Jurídico e de uma teoria das fontes também pluralista, concentrada nos processos espontâneos de formação do direito<sup>33</sup>.

Nessa toada, uma Teoria do Direito Global deve focar-se nos processos espontâneos de formação, que, hoje, podem ser encontrados nos discursos das redes especializadas das diversas áreas da sociedade mundial.

33 “Global law can only be adequately explained by a theory of legal pluralism which turned from the law of colonial societies to the laws of diverse ethnic, cultural and religious communities in modern nation-states. It needs to make another turn - from groups to discourses. It should focus its attention on a new body of law that emerges from various globalization processes in multiple sectors of civil society independently of the laws of the nation states.” Tradução: “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 mundial”. TEUBNER, Gunther. *Global Bukovina*, p. 2.

A segunda tese de Teubner sobre o direito global é de que este é um ordenamento *sui generis*, que não pode ser avaliado de acordo com os critérios de aferição dos sistemas jurídicos nacionais, como os lastreados nos conceitos da sociologia clássica do direito: de norma, sanção e controle social.

O direito global (não: “inter-nacional!”), nesse sentido, é um ordenamento jurídico *sui generis* que não pode ser avaliado segundo os critérios de aferição de sistemas jurídicos nacionais. Não se trata, como muitos supõem, de um direito atrasado no seu desenvolvimento, apresentando ainda, em comparação com o direito nacional, determinados déficits estruturais. Muito pelo contrário, esse ordenamento jurídico, já amplamente configurado nos dias atuais, distingue-se do direito tradicional dos Estados-nações por determinadas características, que podem ser explicadas por processos de diferenciação no bojo da própria sociedade mundial. Porque, por um lado, se o direito global possui pouco respaldo político e institucional no plano mundial, por outro, ele está estreitamente acoplado a processos sociais e econômicos dos quais recebe os seus impulsos mais essenciais.<sup>34</sup>

No estudo do direito transnacional, os adeptos de uma teoria monista, por vezes, formulam questionamentos tais como: de que forma poderia um direito autêntico emergir espontaneamente em escala transnacional sem a autoridade do Estado, com o seu poder sancionatório ou controle político e sem a legitimação dos processos democráticos? Qual seria a norma fundamentadora do ordenamento jurídico transnacional?<sup>35</sup>

Ora, consoante Teubner, responder a esses questionamentos seria aplicar a um direito *sui generis* a lógica de um direito (interno) que apenas pode ser concebido interna e dependentemente de um Estado-nação, sendo este o pressuposto absoluto para sua criação e implementação.

34 Tradução do original: “The emerging global (not inter-national) law is a legal order in its own right which should not be measured against the standards of national legal systems. It is not - as is usually understood - an underdeveloped body of law which has certain structural deficiencies in comparison to national law. Rather, its peculiar characteristics as fully fledged law distinguishes it from the traditional law of the nation states. These characteristics can be explained by differentiation within world society itself. While global law lacks political and institutional support on the global level, it is closely coupled with globalized socio-economic processes.” TEUBNER, Gunther. *Global Bukovina*, p. 2.

35 “How can authentic law ‘spontaneously’ emerge on a transnational scale without the authority of the state, without its sanctioning power, without its political control and without the legitimacy of democratic processes? Where is the global Grundnorm (Kelsen, 1960)? Where is the global ‘rule of recognition’ (Hart, 1961: 92ff.)?” TEUBNER, Gunther. *Global Bukovina*, p. 7.

A ideia formal de norma como prescrição jurídica formulada a partir de uma autoridade formalmente instituída de poderes, mediante processo legislativo previamente estipulado e munida de força coercitiva, perde a posição estratégica que ocupa, nas teorias positivistas, como sendo elemento-chave do direito. Os elementos do ordenamento jurídico passam a ser, durante a transformação da “estrutura” em “processo”, os eventos comunicativos e atos jurídicos.

Também, a noção de sanção passa a ter relevância secundária, não sendo pressuposto necessário da norma jurídica, mas como apoio simbólico da normatização, sendo irrelevante de onde vem tal apoio simbólico, seja de instituições locais ou nacionais.

Por fim, a terceira tese consiste no fato de que, em que pese se tratar hoje de um direito desvinculado de qualquer política (diferente do direito internacional, por exemplo), o direito transnacional é passível de ser politizado. No entanto, possivelmente, o será por vias pelas quais o direito mundial se acople estruturalmente a discursos especializados, isolados.

A relativa distância à política internacional e ao direito internacional não preservará o “direito mundial sem Estado” de uma repolitização. Muito pelo contrário: justamente a reconstrução de (trans)ações sociais e econômicas como atos jurídicos globais solapa o caráter apolítico do direito global e fornece dessarte o fundamento da sua repolitização. Ela, porém, ocorrerá previsivelmente sob novas formas, pouco conhecidas até agora. Suspeito que o direito mundial não será repolitizado por instituições políticas tradicionais, e.g. de natureza por assim dizer parlamentar, mas justamente pela via daqueles processos nos quais o direito mundial se “acopla estruturalmente” a discursos altamente especializados, isolados.<sup>36</sup>

Assim, o direito transnacional identifica uma terceira categoria de ordem jurídica autônoma, além das tradicionais categorias de direito nacional e direito internacional<sup>37</sup>, para a qual não se aplica a lógica jurídica

36 Tradução do original: “Its relative distance from international politics will not protect global law from its re-politicization. On the contrary, the very reconstruction of social and economic (transactions as a global legal process undermines its non-political character and is the basis of its re-politicization. Yet this will occur in new and unexpected ways. We can expect global law to become politicized not via traditional political institutions but within the various processes under which law engages in ‘structural coupling’ with highly specialized discourses.” TEUBNER, Gunther. *Global Bukovina*, p. 2.

37 “Transnational law identifies a third category of autonomous legal orders beyond the traditional categories of national and international law. [...]”. CALLIES, Peter *apud* TEUBNER, Gunther. *Two*

tradicional, sendo necessária a construção de uma teoria própria, ainda em fase de formação.

Nesse ato de criação, importante notar qual seria o critério de aferição de legitimidade e validade das normas jurídicas transnacionais, uma vez que, como já mencionado, a elas não se aplicam os mesmos critérios impostos às normas jurídicas estatais.

Em seus estudos acerca do regime transnacional de regulação da internet e o registro de domínios, o professor Lars Viellechner produziu a obra “*Transnationalisierung des Rechts*”, a qual, de forma minuciosa, procura desenvolver critérios específicos de aferição da validade e legitimidade das normas jurídicas transnacionais.

Consoante Viellechner, o direito transnacional deve ser entendido como direitos (1) transfronteiriços, ainda que não se refram necessariamente a questões globais, (2) tanto às relações de indivíduos como também de objetos regidos pelo interesse comum, pelo qual geralmente se restringem a áreas individuais (*Sachbereiche*), e (3), predominantemente, mas não exclusivamente, é definido por atores não-estatais em forma de contrato.

Transnationales Recht ist dann als Recht zu verstehen, das (1) grenzüberschreitende, wenn auch nicht notwendigerweise weltumspannende, Sachverhalte betrifft, (2) sowohl die Beziehungen der Einzelnen als auch Gegenstände von allgemeinem Interesse regelt, wobei es sich regelmäßig auf einzelne Sachbereiche beschränkt, und (3) überwiegend, wenn auch nicht ausschließlich, durch nicht-staatliche Akteure in Vertragsform gesetzt wird. Ergänzt wird es durch allgemeine Rechtsgrundsätze, welche die meisten Rechtsordnungen enthalten. Eine relative Unabhängigkeit von anderen Rechtsordnungen erlangt es durch die Einsetzung eigener Streitentscheidungsmechanismen (180 f.).<sup>38</sup>

No conceito de fontes do direito transnacional, para Viellechner, estão abarcadas instituições ou associações não estatais que, por meio de contratos transnacionais, se efetuam como atores e para as quais são empregados mecanismos de resolução de conflitos próprios.

Segundo Viellechner, trata-se, principalmente, de um regime transnacional de ordem privada, embora não exclusivamente, posto que, também, acordos híbridos, com elementos de direito público, são por ele alcança-

*kinds of legal pluralism: collision of laws in the double fragmentation of world society*. 2010. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1416041](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1416041)>. Acesso em: 4 jan. 2016. p. 9.

38 Tradução livre no parágrafo anterior. TEUBNER, Gunther. *Transnationales Recht*, p. 3.



dos — à exceção dos acordos pacíficos de regime de união de Estados, uma vez que estes já se encontram suficientemente abrangidos pelo direito internacional (público)<sup>39</sup>.

Viellechner defende que a combinação da globalização com a privatização da legislação finalmente quebrou a cadeia de legitimidade do direito baseada no modelo de Constituição de Estado<sup>40</sup>. Assim, as teorias de legitimação do ordenamento normativo transnacional que se baseiem nos exemplos de vontade do mundo estatal estão fadadas ao fracasso.

Também as teorias de legitimação baseadas no consenso contratual, no sentido de que os diversos atores do campo jurídico transnacional, agrupados em redes especializadas, consentem com as normas originadas nos diversos sistemas jurídicos transnacionais, encontram obstáculos.

A fundamentação supramencionada tem grave problema de consolidação em razão da assimetria de poderes entre os envolvidos no campo jurídico transnacional, bem como nos efeitos negativos externalizados a terceiros — indivíduos e instituições. De certo, atores social ou economicamente mais poderosos poderiam impor sua vontade por meio do uso de sua força, em detrimento do consenso e de direitos de atores com pouca representação.

Para tanto, Viellechner encontra a resposta em uma nova compreensão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais como fundamento e limite da legislação transnacional (“Horizontalwirkung von Grundrechten als Grund und Grenze transnationaler Rechtssetzung”)<sup>41</sup>.

De acordo com a Teoria da “Horizontalwirkung von Grundrechten”, a eficácia dos direitos fundamentais não estaria restrita às relações entre Estado e particulares, implicando apenas uma imposição de atitude negativa por parte de terceiros, no sentido de não cometer atos que desrespeitem os direitos particulares dos cidadãos. Mas, sim, em um plano horizontal, de determinar que também as relações inter-privadas, entre particulares, também devem ser regidas com base em uma postura ativa de proteção aos direitos fundamentais.

A proteção dos direitos fundamentais deve ser utilizada quando as tendências expansionistas de regimes jurídicos transnacionais causem perigos

a terceiros — pessoas ou instituições. Mas o componente positivo é o de ser reformulada de modo a que os direitos fundamentais também tenham, em seu efeito horizontal, um direito positivo de participação ou, pelo menos, de proteção de interesses. Sob condições de transnacionalidade, isto significa a obrigação de “responsabilidade”, portanto, a obrigação de tomar os interesses dos terceiros no cálculo da decisão.<sup>42</sup>

Nesse sentido, por meio da teoria de que, também, as relações particulares devem ser regidas pela eficácia (horizontal) dos direitos fundamentais, a legitimidade e os limites da legislação transnacional encontram-se definidos por tais direitos, a fim de evitar que a assimetria de poderes cause danos a envolvidos, bem como a terceiros, sejam eles indivíduos ou instituições.

Eis, portanto, que o direito transnacional não possui fundamento de legitimidade com base em qualquer ordem estatal ou dependente de seu reconhecimento. Por este esse motivo, a jurisdição transnacional encontra-se, em princípio, em uma relação heterárquica para com os ordenamentos jurídicos estatais e o direito internacional. No âmbito de determinado ordenamento jurídico estatal, porém, eles se estruturam de forma hierárquica, pois geram normas secundárias e até mesmo normas constitucionais.

Assim, juntamente às normas dos Estados Mundiais, o direito transnacional forma um sistema jurídico global, cuja unidade não é causada pela coerência das normas, mas, sim, pela mera associação de operações jurídicas<sup>43</sup>.

As teorias de legitimação e os critérios de aferição do sistema jurídico transnacional encontram-se em constante evolução e superação de preconceitos consolidados no campo jurídico. Porém, como todo e qualquer recente objeto, a fase de construção demanda uma árdua empreitada por parte de juristas, filósofos e sociólogos do direito, cujos trabalhos devem transpor as dúvidas científicas, por meio de uma nova lente de visão.

42 Tradução livre do original: „Grundrechtsschutz muss dann einsetzen, wenn expansive Tendenzen transnationaler Rechtsregimes Gefährdungen Dritter — Individuen wie Institutionen — auslösen (218 ff.). Aber auch die positive Komponente ist neu zu fassen, so dass Grundrechte auch in ihrer Horizontalwirkung einen positiven Anspruch auf Teilhabe oder jedenfalls Interessenberücksichtigung geben. Unter Bedingungen der Transnationalität bedeutet dies eine Pflicht zur „Responsivität“, also die Pflicht, die Interessen Drittbetroffener in das Entscheidungskalkül aufzunehmen (221 ff).” TEUBNER, Gunther. *Transnationales Recht*, p. 5.

43 TEUBNER, Gunther. *Transnationales Recht*, pp. 6-7.

39 TEUBNER, Gunther. *Transnationales Recht*, p. 3.

40 TEUBNER, Gunther. *Transnationales Recht*, pp. 4-5.

41 TEUBNER, Gunther. *Transnationales Recht*, p. 5.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto transnacional, diferentes atores do mundo globalizado, estruturados em associações e redes especializadas de discursos, dão vida a uma incontável quantidade de objetos normativos (ainda) não identificados, denominados de “UNO’s” (“*unidentified normative objects*”).

Para o reconhecimento desses UNO’s como direito, torna-se imprescindível quebrar o paradigma monista do nacionalismo metodológico, por meio do qual apenas o Estado detém a prerrogativa de criar, dizer e aplicar o direito. E, conforme demonstrado a partir da análise da Tradição Jurídica Ocidental, esta essa sinonímia entre Direito e Estado — construída, mormente, por teorias contratualistas — não possui qualquer respaldo em uma perspectiva histórico-sociológica do Direito.

O pluralismo jurídico é, então, a lente pela qual se deve enxergar o direito global: não mais como uma ordem única de atores soberanos, mas como uma constelação de sistemas jurídicos inter-relacionados.

Somente, através por meio das lentes da Teoria do Pluralismo Jurídico Transnacional, torna-se possível conceber a existência do direito global ou direito transnacional, que emerge partir de discursos e redes de comunicação especializadas, formalmente organizadas e funcionais, de modo estritamente setorial, em autorreprodução contínua, em esferas de abrangência transnacional.

Nesse contexto, de acordo com o jurista Lars Vellechner, o direito transnacional deve ser entendido como direitos (1) transfronteiriços, ainda que não se refiram necessariamente a questões globais, (2) tanto às relações de indivíduos como também de objetos regidos pelo interesse comum, pelo qual geralmente se restringem a áreas individuais (*Sachbereiche*), e (3), predominantemente, mas não exclusivamente, é definido por atores não-estatais em forma de contrato.

Essas normas jurídicas transnacionais produzem um ordenamento jurídico *sui generis*, que não pode ser avaliado de acordo com os critérios de aferição dos sistemas jurídicos nacionais, como os lastreados nos conceitos da sociologia clássica do direito: de norma, sanção e controle social.

Assim, as teorias de legitimação do ordenamento normativo transnacional que se baseiem nos exemplos

de vontade do mundo estatal estão fadadas ao fracasso, devendo o direito transnacional buscar seus critérios de aferição de validade e legitimidade próprios.

Adota-se, então, a tese de Lars Vellechner, para o qual a legitimidade e os limites da legislação transnacional encontram-se definidos pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segundo a qual, também, os particulares, em suas inter-relações, devem manter uma postura ativa de proteção aos direitos fundamentais.

Eis, portanto, que o direito transnacional não possui fundamento de legitimidade com base em qualquer ordem estatal ou dependente de seu reconhecimento. Por esse motivo, a jurisdição transnacional encontra-se, em princípio, em uma relação heterárquica para com os ordenamentos jurídicos estatais e o direito internacional.

O direito transnacional, junto às normas dos Estados Mundiais, forma um sistema jurídico global, cuja unidade não é causada pela coerência das normas, mas, sim, pela mera associação de operações jurídicas.

Conforme se demonstrou, as teorias de legitimação do direito transnacional não podem se usurpar da racionalidade lógica aplicada ao direito estatal, regido pelo paradigma do nacionalismo metodológico. Assim, torna-se necessário que o pluralismo jurídico transnacional supere a visão do Estado como ponto central, a fim de evitar estar à margem e à sombra do centralismo jurídico.

Tais teorias encontram-se em constante evolução e superação de preconceitos consolidados no campo jurídico. Como todo e qualquer objeto relativamente novo, a presente fase de construção e autonomia do direito transnacional demanda uma árdua empreitada por parte de juristas, filósofos e sociólogos do direito, cujos trabalhos devem transpor as dúvidas científicas, por meio de uma nova lente de visão.

Espera-se daqueles que venham a ser introduzidos a esse novo sistema jurídico uma postura de abertura de conhecimento, sem a qual não é possível superar antigos e ultrapassados paradigmas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich. **The cosmopolitan state: redefining power in the global age.** Disponível em: <<https://equilibrium0.files.wordpress.com/2011/05/beck2006>>.

pdf>. Acesso em: 26 jan. 2016.

BERMAN, Harold. **Direito e Revolução**: A formação da tradição jurídica ocidental. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Editora Uninsinos, 2006.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Trad. René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. **A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais**. In: Revista de Direito Internacional UNICEUB. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/3303/pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

FRYDMAN, Benoit. **A pragmatic approach to global law**. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2312504>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

HOMEM, António Pedro Barbas. **Judex perfectus**: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal, 1640-1820. Coimbra: Almedina, 2003.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. In: Carta acerca tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MICHAELS, Ralf. **Global Legal Pluralism**. Annual Review of Law & Social Science, Vol. 5, 2009; Duke Law School Public Law & Legal Theory Research, No. 259, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1430395>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **The re-state-ment of non-state law**: The state, choice of law, and the challenge from global legal pluralism. 2005. Disponível em: <[http://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/1226](http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1226)>. Acesso em: 28 mar 2016.

\_\_\_\_\_. **Global Bukowina**: Legal Pluralism in the World-Society. In: \_\_\_\_\_. Global Law Without A State, ed., Dartmouth, pp. 3-28, 1996. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=896478>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

NASSER, Salem Hikmat. **Direito Global em Pedacos**: Fragmentação, Regimes e Pluralismo. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 98-126.

TEUBNER, Gunther. **Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional**. Direito e Globalização 14, 2003. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp33art01.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2015

\_\_\_\_\_. **Global Bukowina**: Legal Pluralism in the World-Society. In: \_\_\_\_\_. Global Law Without A State, ed., Dartmouth, pp. 3-28, 1996. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=896478>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Transnationales Recht**: Legitimation durch horizontale Grundrechtswirkung. 2015. Disponível em: <<https://www.jura.uni-frankfurt.de/53908273/Viel-lechnerRezension1.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Two kinds of legal pluralism**: collision of laws in the double fragmentation of world society. 2010. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1416041](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1416041)>. Acesso em: 4 jan. 2016.

VIELLECHNER, Lars. **Transnationalisierung des Rechts**. Resumo do autor. Disponível em: <[http://www.velbrueck-wissenschaft.de/pdf\\_ausfuehrlich/978-3-942393-67-6.pdf](http://www.velbrueck-wissenschaft.de/pdf_ausfuehrlich/978-3-942393-67-6.pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2016.

ZUMBANSEN, Peer C. **Defining the Space of Transnational Law**: Legal Theory, Global Governance & Legal Pluralism. Disponível em: [https://www.wzb.eu/sites/default/files/u273/zumbansen\\_2012\\_defining\\_the\\_space\\_of\\_transnational\\_law\\_wzb\\_hu.pdf](https://www.wzb.eu/sites/default/files/u273/zumbansen_2012_defining_the_space_of_transnational_law_wzb_hu.pdf)>. Acesso em 23 jun 2016.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Transporte aéreo e direito transnacional: da convergência à uniformidade**

**Air Transportation and Transnational Law: from Convergence to Uniformity**

Mickael R. Viglino

# Transporte aéreo e direito transnacional: da convergência à uniformidade\*

## Air Transportation and Transnational Law: from Convergence to Uniformity

Mickael R. Viglino\*\*

*Unlike the boundaries of the sea by the shorelines, the "ocean of air" laps at the border of every state, city, town and home throughout the world. – L. Welch Pogue<sup>1</sup>*

### RESUMO

O transporte aéreo internacional é um campo de observação privilegiado do conceito de direito transnacional. Este trabalho tenta demonstrar, mediante três exemplos, que o direito aéreo tem se emancipado do direito nacional, com o avanço de normas e padrões de aplicação uniforme sem consideração aos territórios. A primeira parte versa sobre a produção de padrões e diretrizes pela Organização da Aviação Civil Internacional – OACI, os quais formam um conjunto técnico autônomo da intervenção direta dos Estados. A segunda parte explora o sistema internacional de proteção dos credores criado pela Convenção da Cidade do Cabo de 2001 sobre garantias internacionais sobre equipamentos móveis, livre da interferência dos Estados. A terceira parte discute o papel da *International Air Transport Association* – IATA, organização privada completamente independente dos Estados, na regulação e organização do tráfego aéreo internacional. Além de ilustrar uma forma de pluralismo jurídico no qual Estados e territórios perdem de sua importância, esses exemplos permitem observar uma relação entre a distância da norma ao Estado e seu grau de tecnicidade.

**Palavras-chave:** Direito Aéreo, Transporte Aéreo, OACI, IATA, Convenção da Cidade do Cabo

### ABSTRACT

International air transportation is a privileged field of observation of the concept of transnational law. This paper aims to demonstrate, by means of three examples, that aviation law has emancipated itself from national law, with the advance of norms and standards of uniform application without regard to territories. The first part deals with the production of standards and recommended practices by the International Civil Aviation Organization (ICAO), which form a set of technical rules autonomous from State intervention. The second part explores the international system of protection of creditors created by the 2001 Cape Town Convention on International Guarantees on Mobile Equipment, free from State interference. The third

\* Recebido em 03/11/2016  
Aprovado em 17/12/2016

\*\* Mestre em direito empresarial pela Universidade Paris II – Panthéon-Assas, advogado na França, inscrito no Barreau de Paris desde 2010, e integra o escritório J.G. Assis de Almeida & Associados na qualidade de consultor estrangeiro. E-mail: mickael.viglino@gmail.com

1 Advogado norte-americano (21.10.1899 – 10.05.2003) pioneiro do direito aéreo.



part discusses the role of the International Air Transport Association (IATA), a private organization completely independent of the States, in the regulation and organization of international air traffic. Besides illustrating a form of legal pluralism in which States and territories lose their importance, these examples allow us to observe a relation between the distance from the norm to the State and its degree of technicity.

**Keywords:** Aviation Law, Air Transportation, ICAO, IATA, Cape Town Convention

## 1. INTRODUÇÃO

Da primeira conexão direta Nova Iorque-Paris por Charles Lindberg em 1927 até os relatórios de viagem de Saint Exupéry, expandindo a *Aéropostale* para sempre mais longe, o transporte aéreo nasceu transnacional. Mais ainda que o transporte marítimo, o transporte aéreo não conhece fronteiras físicas. Jurídicas, sim, apesar da inspiração inicial por uma liberdade total do ar<sup>2</sup>. Assim, com a aparição da aviação, a soberania dos Estados ganhou uma nova dimensão e passou a aplicar-se não apenas à superfície, mas também ao espaço aéreo situado acima do seu território.

Homens, mercadorias e capitais não se restringem aos territórios nacionais e os fluxos internacionais são cada vez mais rápidos e numerosos. Em face a essa realidade, ao lado dos direitos nacionais, desenvolveram-se os direitos internacional e transnacional. Esse último, inclusive, apesar de mais recente na Teoria do Direito, faz referência a uma realidade antiga e difusa. Pode ser definido, de forma genérica, como o direito que regula ações ou eventos que transcendem fronteiras nacionais<sup>3</sup>. Inclui não apenas o direito internacional público e privado como também outras regras, de origem mais imprecisa, que não se encaixam perfeitamente nessas categorias tradicionais. Há aceções mais restritivas do direito transnacional, que tendem a limitá-lo, apenas, a essas regras que não têm por origem o Estado, mas atores privados, tipicamente organizações internacionais

2 Ver PACHECO, José da Silva, *COMENTÁRIOS AO CÓDIGO BRASILEIRO DA AERONÁUTICA*, 2ª Ed., Forense, Rio de Janeiro, 1998: “no princípio do século [19], forte corrente era favorável à completa liberdade do ar, vindo a prevalecer, na reunião de 1906 do Instituto de Direito Internacional”.

3 JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965. p. 12.

privadas<sup>4</sup>. Neste último sentido, o direito transnacional é frequente assimilado à *new law merchant*, ou nova *lex mercatória*<sup>5</sup>. Em todo caso, observam-se certa independência em relação ao Estado e uma efetividade prática dessas regras.

O foco desse trabalho será o direito aéreo, sob o prisma do direito transnacional<sup>6</sup>. Nessa perspectiva, não nos restringiremos à *lex mercatoria*; adotaremos uma aceção mais ampla, com base na observação seguinte de Andreas Maurer: “Lex mercatoria, lex electronica, lex constructionis, or lex sportive are only synonyms for a de-nationalization and “socialization” of law in which the differences of national law and non-state law are increasingly blurred”<sup>7</sup>. *Quid da lex aeris?* Existe esse fenômeno de desaparecimento progressivo das fronteiras entre normas nacionais, produzidas pelos Estados, e normas transnacionais, produzidas por organizações internacionais?

Pelo fato de ser transnacional por natureza, a aviação constitui uma ameaça à soberania nacional. Assim, o transporte aéreo foi – e continua sendo – objeto de uma intensa produção normativa internacional, por meio de convenções multilaterais e de tratados bilaterais<sup>8</sup>. O artigo primeiro da Convenção de Chicago de 1944 sobre a Aviação Civil Internacional dificilmente podia ser mais claro: “ARTIGO 1º - Soberania. Os Estados contratantes reconhecem ter cada Estado a soberania exclusiva e absoluta sobre o espaço aéreo

4 Para um breve mas bem documentado resumo histórico: BERGER, Klaus Peter, *THE NEW LAW MERCHANT AND THE GLOBAL MARKET PLACE - A 21ST CENTURY VIEW OF TRANSNATIONAL COMMERCIAL LAW*, <http://www.trans-lex.org/2> (último acesso: 17.11.2015).

5 Por exemplo: SCHMITTHOFF, Clive M., *INTERNATIONAL BUSINESS LAW, A NEW LAW MERCHANT*, in *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, edited by Chia-Jiu Cheng, Martinus Nihoff Publishers / Graham & Trotman Ltd., 1988.

6 Há debates sobre o que é realmente o direito aéreo: direito do transporte aéreo; da infraestrutura aérea; relações contratuais entre as operadoras aéreas e os aeroportos e outras empresa de serviço auxiliar de transporte aéreo etc. No âmbito deste trabalho, direito aéreo será entendido como sinônimo de direito do transporte aéreo, ou seja, “a operação de conduzir algo ou alguém de um lugar para o outro através de aeronave, pelo espaço aéreo”: PACHECO, José da Silva, *ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS DO TRANSPORTE AÉREO*, *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, junho 2011, vol. 6, p. 713.

7 MAURER, Andreas, *THE CREATION OF TRANSNATIONAL LAW – PARTICIPATORY LEGITIMACY OF PRIVATELY CREATED NORMS*, 22.11.2012, *ZenTra Working Paper in Transnational Studies* n.º 03/2012, <http://ssrn.com/abstract=2179584> (último acesso: 17.11.2015).

8 Ver, por exemplo, PACHECO, José da Silva, *ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS DO TRANSPORTE AÉREO*, *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, junho 2011, vol. 6, p. 713.



sobre seu território.<sup>9</sup> Essa ideia de poder exclusivo dos Estados sobre seu território não era nova, mas “[vinha] sendo reconhecida, de modo explícito, desde a Convenção de Navegação Aérea de Paris, de 13.10.1919 (CINA), no que foi seguida pela Convenção Ibero-americana Navegação Aérea de Madrid, de 1926 (CLANA), pela Convenção de Havana, de 1928”<sup>10</sup>.

Juntamente à Convenção de Chicago, os Estados Contratantes assinaram dois acordos que criaram as cinco liberdades do ar que, ainda hoje, constituem a pedra basilar do sistema de regulação do transporte aéreo internacional. O *International Air Services Transit Agreement* prevê que cada Estado Contratante concede aos demais Estados Contratantes, em relação a operações programadas, o privilégio de sobrevoar seu território sem pousar (primeira liberdade do ar) e o de pousar sem propósito comercial (parada técnica, segunda liberdade do ar). O *International Air Transport Agreement* prevê, ainda, a possibilidade de um Estado Contratante conceder a outro Estado Contratante direitos de transporte de passageiros e/ou carga entre seus respectivos territórios (terceira e quarta liberdades do ar) ou entre seu território e o território de um terceiro Estado (quinta liberdade do ar).

Com base nessas liberdades e de mais quatro, criadas, posteriormente, pela prática, mas ainda não oficialmente reconhecidas<sup>11</sup>, os Estados negociam, na forma de acordos bilaterais – Acordos de Serviços Aéreos (ASA) –, a extensão dos direitos que consentem às suas respectivas companhias aéreas. Assim apresentados, os serviços aéreos constituem, claramente, um exercício da soberania dos Estados<sup>12</sup>. Ilustração da importância da soberania nacional, esses acordos bilaterais constituíram, até hoje, a principal fonte de regulação no que tange a direitos

9 O Código brasileiro da aeronáutica (CBA), de 1986, em nada difere ao afirmar, em seu artigo 11, que “O Brasil exerce completa e exclusiva soberania sobre o espaço aéreo acima de seu território e mar territorial”. No entanto, interessante notar que a afirmação da soberania do Brasil sobre seu espaço aéreo era matéria do 1º artigo no código de 1938 e do 2º artigo do código de 1966, para cair no 11º no atual.

10 PACHECO, José da Silva, *COMENTÁRIOS AO CÓDIGO BRASILEIRO DA AERONÁUTICA*, 2ª Ed., Forense, Rio de Janeiro, 1998.

11 Para uma apresentação sintética de cada liberdade do ar: ICAO, *MANUAL ON THE REGULATION OF INTERNATIONAL AIR TRANSPORT* (Doc 9626), 2ª ed., 2004. Em particular, item 4.1.

12 Lista dos acordos bilaterais em vigor no Brasil: <http://www2.anac.gov.br/anac/sri/acordosBilaterais.asp>. Ilustração do uso dessa soberania no Acordo Brasil/Luxemburgo, esse prevê, notadamente, (i) a interdição das companhias luxemburguesas de operar em Guarulhos, e (ii) a sua obrigação de realizar pousos semanais em Petrolina (PE), com reserva de 45 toneladas para embarque de carga local, afim de garantir possibilidades de exportação das frutas locais para Europa.

de serviços aéreos<sup>13</sup>. No entanto, há assuntos envolvidos no transporte aéreo internacional que não podem ser concebidos sem um grau elevado de uniformidade, por exemplo, a eficiência operacional e a segurança.

Esse trabalho tentará demonstrar que desde a Segunda Guerra Mundial, sob vários aspectos, o direito do transporte aéreo tem se emancipado do direito nacional, desenvolvendo-se normas e padrões transnacionais, de aplicação uniforme sem consideração aos territórios. Analisaremos três exemplos, sucessivamente, em um crescendo no que concerne o grau de independência da norma em relação ao Estado.

A primeira parte será dedicada à Organização da Aviação Civil Internacional e ao seu papel central e ativo na regulação do transporte aéreo internacional. Veremos que os padrões e diretrizes produzidos desde então pela Organização têm se distanciado dos Estados para formar um conjunto técnico autônomo. Em seguida, analisaremos a Convenção da Cidade do Cabo de 2001 sobre garantias internacionais sobre equipamentos móveis, que criou um arsenal internacional para proteção dos credores titulares de garantias, no intuito de afastar o assunto da interferência dos Estados na constituição e execução de garantias internacionais. A terceira e última parte versará sobre o papel da *International Air Transport Association* – IATA na regulação e organização do tráfego aéreo internacional. Associação privada que representa as companhias aéreas internacionais, a IATA elabora e emite normas e padrões seguidos pelo setor inteiro.

## 2. A ORGANIZAÇÃO DA AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL E A ESTRUTURAÇÃO DO TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL

Criada pela Convenção de Chicago de 1944<sup>14</sup> com o intuito de desenvolver os princípios e a técnica da na-

13 Neste sentido, OACI, *MANUAL ON THE REGULATION OF INTERNATIONAL AIR TRANSPORT*, Doc 9626, 2a Ed. (2004), 2.0-1. Também, como ilustração da importância prática dos acordos bilaterais: “Before the European Community (EC) embarked on its single-market program, some 200 bilateral agreements among twenty-two countries governed international air service in Europe.” (BAILY, Martin Neil, *COMPETITION, REGULATION AND EFFICIENCY IN SERVICE INDUSTRIES*, Brookings Papers on Economic Activity, Microeconomics 2, 1993, Brookings Institution, p. 75).

14 O texto integral na língua portuguesa pode ser encontrado no Decreto nº 21.713 de 27 de agosto de 1946, que promulga a Convenção firmada pelo Brasil, em Washington, a 29 de maio de 1945.

vegação aérea internacional e de favorecer o estabelecimento e estimular o desenvolvimento de transportes aéreos internacionais<sup>15</sup>, a Organização da Aviação Civil Internacional – OACI, sediada em Montreal, no Canadá, assume um papel importantíssimo na regulação do transporte aéreo internacional. Reúne atualmente 191 Estados, entre os quais os principais países em termos de transporte aéreo.

A Convenção de Chicago apresenta uma arquitetura binária com, de um lado, a afirmação, no seu corpo, dos princípios fundamentais do transporte aéreo e, do outro, 19 anexos que estabelecem regras técnicas precisas de aplicação imediata.

A Convenção, em seu capítulo VI, prevê a existência de padrões internacionais e práticas recomendadas<sup>16</sup>, como ferramentas para atingir o objetivo de uniformização das normas internacionais nas matérias mais diversas do transporte aéreo:

ARTIGO 37

Adoção de normas e processos internacionais

Os Estados Contratantes se comprometem a colaborar a fim de lograr a maior uniformidade possível em regulamentos, padrões, normas e organização relacionadas com as aeronaves, pessoal, aerovias e serviços auxiliares, em todos os casos em que a uniformidade facilite e melhore a navegação aérea.

Para este fim, a Organização Internacional de Aviação Civil adotará e emenderá, oportunamente, segundo a necessidade, as normas internacionais e as práticas e processos relativos aos pontos seguintes: [...].

Assim, no conturbado ano de 1944 em que a soberania nacional começava a andar lado a lado com a ideia de que uma gestão internacional de determinados assuntos era necessária para a paz, a estrutura da Convenção de Chicago tem toda a sua relevância. Entraremos mais em detalhes na produção normativa da AOCI, antes de apontar uma característica interessante e contestável das normas da OACI, sua publicidade.

## 2.1. A produção normativa extensa da Comissão de Navegação Aérea

A *Air Navigation Commission* da OACI é o órgão responsável pela formulação de normas e padrões, desti-

nados ao Conselho da Organização para aprovação. Sua existência está prevista pela Convenção, no capítulo X da segunda parte e conta entre suas responsabilidades recomendar ao Conselho a adoção ou modificação dos Anexos à Convenção<sup>17</sup>.

Dois tipos de normas produzidas pela Comissão de Navegação Aérea têm suma importância na regulação do tráfego aéreo internacional: os padrões e práticas recomendadas — os chamados SARPs<sup>18</sup> — de um lado, e os procedimentos para serviços de navegação aérea — também referidos como PANS<sup>19</sup> — de outro lado<sup>20</sup>.

Na primeira categoria, a diferença entre os padrões e a práticas recomendadas reside no seu respectivo grau de obrigatoriedade. Os primeiros — formalmente, *ICAO Standard for Air Navigation* — são definidos como qualquer especificação de características físicas, configuração, material, desempenho, pessoal ou procedimento, cuja aplicação uniforme é reconhecida como necessária para a segurança ou regularidade da navegação aérea internacional e ao qual os Estados Contratantes devem se conformar, de acordo com a Convenção<sup>21</sup>. As segundas — formalmente, *ICAO Recommended Practices for Air Navigation* — são qualquer especificação de características físicas, configuração, material, desempenho, pessoal ou procedimento, cuja aplicação uniforme é reconhecida como desejável, no interesse da segurança, regularidade ou eficiência da navegação aérea internacional e à qual os Estados Contratantes devem se esforçar a se conformar, de acordo com a Convenção<sup>22</sup>.

Considerando o grau de tecnicidade dos assuntos tratados, os SARPs têm um papel fundamental na aplicação dos padrões desenvolvidos pela OACI. Eles são, de fato, os Anexos à Convenção. Os Estados Contratantes determinaram, em 1944, mediante o artigo 37 da Convenção, quais seriam os assuntos do transporte aéreo a serem regulamentados pela OACI de forma a atingir uma uniformização maior ao nível internacional e deixaram à própria Organização a função de elaborar tais Anexos, na forma de especificações técnicas. Assim,

17 Convenção, art. 57.

18 Sigla inglês para *Standards and Recommended Practices*.

19 Sigla inglês para *Procedures for Air Navigation Services*.

20 As normas produzidas pela OACI são referidas como “Doc” (por “documento”). Assim, a própria Convenção, atualizada, é o Doc 7.300; o manual de gerenciamento de segurança (*Safety Management Manual*), que complementa o Anexo 19, é o Doc 9.859.

21 ICAO, DOC 4411 (Resoluções Adotadas pela Primeira Assembleia da OACI), Al. 31, p. 28.

22 *Ibid.*, p. 29.

15 Convenção de Chicago, art. 44.

16 Título infelizmente mal traduzido em “Normas Internacionais e Programas Recomendados” na versão do Decreto de promulgação nº 21.713 de 27 de agosto de 1946.

do ponto de vista formal, os Anexos não se confundem com a Convenção. Enquanto a última tem valor de tratado internacional e vincula os Estados Partes, os primeiros são normas de direito derivado, aprovados pela OACI em aplicação do art. 37 da Convenção, que os Estados Contratantes se comprometeram a implementar em seus respectivos direitos nacionais.

Sem entrar em detalhes em cada um dos anexos à Convenção de Chicago, enumerá-los é necessário e suficiente para perceber a posição central da OACI, responsável por adaptá-los às evoluções do mercado e da técnica: Anexo 1 - Licenças de Pessoal; Anexo 2 - Regras do Ar; Anexo 3 - Serviço Meteorológico para a Navegação Aérea Internacional; Anexo 4 - Cartas Aeronáuticas; Anexo 5 - Unidades de Medida a Serem Usadas nas Operações Aéreas e Terrestres; Anexo 6 - Operação de Aeronaves; Anexo 7 - Marcas de Nacionalidade e de Matrícula de Aeronaves; Anexo 8 - Aeronavegabilidade; Anexo 9 - Facilitação; Anexo 10 - Telecomunicações Aeronáuticas; Anexo 11 - Serviços de Tráfego Aéreo; Anexo 12 - Busca e Salvamento; Anexo 13 - Investigação de Acidentes de Aviação; Anexo 14 - Aeródromos; Anexo 15 - Serviços de Informação Aeronáutica; Anexo 16 - Proteção ao Meio Ambiente; Anexo 17 - Segurança: Proteção da Aviação Civil Internacional Contra Atos de Interferência Ilícita; Anexo 18 - Transporte de Mercadorias Perigosas; e Anexo 19 - Gerenciamento da Segurança<sup>23</sup>.

Portanto, os 19 anexos da Convenção cobrem os aspectos práticos fundamentais do transporte aéreo. Dificilmente se pode imaginar realizar um voo entre países que usam sistemas de telecomunicações diferentes ou incompatíveis; para isso, *habemos* o Anexo 10 sobre telecomunicações aeronáuticas. Mal se consegue imaginar ter práticas efetivas de segurança sem regras padrão entre todos os países, especialmente no contexto pós-atacos de 11 de setembro de 2001; para isso, *habemos* os Anexos 17 e 19 sobre normas e gerenciamento de segurança e proteção contra atos de interferência ilícita. São, sobretudo, questões técnicas. No entanto, são questões fundamentais.

Além do mais, uma visita ao direito interno brasileiro deixa ainda mais clara a importância da regulamentação da ICAO. O Código Brasileiro da Aeronáutica (CBA) prescreve:

Art. 20. Salvo permissão especial, nenhuma aeronave poderá voar no espaço aéreo brasileiro, aterrissar no território subjacente ou dele decolar, a não ser que tenha:

I - marcas de nacionalidade e matrícula, e esteja munida dos respectivos certificados de matrícula e aeronavegabilidade (artigos 109 a 114);

II - equipamentos de navegação, de comunicações e de salvamento, instrumentos, cartas e manuais necessários à segurança do voo, pouso e decolagem;

III - tripulação habilitada, licenciada e portadora dos respectivos certificados, do Diário de Bordo (artigo 84, parágrafo único) da lista de passageiros, manifesto de carga ou relação de mala postal que, eventualmente, transportar.

Observamos que o item I do artigo 20 supracitado é regulado pelos Anexos 7 e 8 da Convenção; que o item II é regulado pelos Anexos 3, 4, 10 e 19; e o item III pelo Anexo 1. Assim, *de fato e de jure*, para operar no espaço aéreo brasileiro, uma aeronave precisa seguir as normas da OACI.

Mais adiante, ao observar a regulamentação da ANAC sobre aspectos objeto de normas da OACI, observamos que essa faz referências diretas às normas da OACI, sem transposição.

Por exemplo, a norma interna sobre o transporte de artigos perigosos em aeronaves civis é o Regulamento Brasileiro da Aviação Civil – RBAC n.º 175<sup>24</sup>. Observe-se que esse Regulamento, em vez de reproduzir no âmbito interno normas que já existem no âmbito internacional, fez referências expressas à norma internacional existente:

#### 175.19 Responsabilidades do operador de transporte aéreo

(a) O operador de transporte aéreo está proibido de transportar artigos perigosos, a menos que sejam aceitos, manuseados e transportados de acordo com este Regulamento e com a Parte 7 do DOC. 9284-AN/905 [da OACI];

(b) São obrigações do operador de transporte aéreo ou de qualquer pessoa que execute atividades relacionadas à aceitação, manuseio, carga e descarga de artigo perigoso:

(1) informar à ANAC qualquer diferença mais restritiva relacionada ao DOC. 9284-AN/905 [da OACI];

(2) possuir e utilizar exemplar físico ou eletrônico atualizado do DOC. 9284-AN/905 [da OACI] ou regulamentação equivalente;

23 O Anexo 19 foi incluído aos 18 anexos iniciais em 2013, após Recomendação do nº 2/5 da Conferência de 2010 da OACI para a Segurança de Alto Nível no sentido de desenvolver um anexo dedicado exclusivamente à gestão da segurança.

24 <http://www2.anac.gov.br/transparencia/pdf/RBAC%20175.pdf> (último acesso: 13.11.2015).



Sabemos, também, de experiência que a ANAC refere-se, nos autos de infração relativos às regras aplicáveis a artigos perigosos, tanto à norma interna (o RBAC n.º 175), quanto à norma internacional (a Parte 7 do DOC. 9284-AN/905).

Pelo fato de tratar-se de normas técnicas, seu cumprimento pelos Estados é necessário ao desenvolvimento e funcionamento eficiente do tráfego aéreo. Eis uma das principais razões do sucesso das normas emitidas pela OACI: se um Estado não cumprir os padrões estabelecidos internacionalmente, as empresas aéreas, simplesmente não podem, ou mais dificilmente, operar nesse Estado. Destarte, é óbvio o motivo da força e do sucesso prático dessas regras internacionais: o interesse que a padronização e a uniformização internacional das normas aéreas representa para os próprios Estados e seu setor aéreo<sup>25</sup>.

A Convenção prevê um mecanismo compulsório de aviso imediato caso um Estado Contratante “*se vê impossibilitado de cumprir em todos os seus detalhes certas normas ou processos internacionais, ou de fazer que seus próprios regulamentos e práticas concordem por completo com as normas e processos internacionais que tenham sido objeto de emendas, ou se o Estado considerar necessário adotar regulamentos e práticas diferentes em algum ponto dos estabelecidos por normas internacionais*”. Numa tal situação, o Estado deve informar imediatamente a OACI das diferenças existentes entre suas próprias práticas e as internacionais<sup>26</sup>.

Assim, os Anexos – ou SARPs, no ordenamento da OACI – não têm a mesma natureza e a força jurídica que a própria Convenção. Os Estados Contratantes comprometeram-se a respeitar e aplicar a Convenção, enquanto se “comprometem a colaborar a fim de lograr a maior uniformidade possível”, na aplicação dos

padrões e recomendações produzidos pela Organização com base no artigo 37 da Convenção. Daí o mecanismo de obrigação de comunicação cada vez que a regulamentação de um Estado não cumpre os SARPs, e não de sanção. No entanto, na prática, são uma fonte regulamentária essencial.

## 2.2. Publicidade das normas e acesso ao direito

As normas produzidas pela OACI não são de acesso livre, diferentemente das normas produzidas pelos Estados, caracterizadas pela publicidade. Os documentos são acessíveis, para as agências nacionais de aviação civil dos Estados Contratantes bem como outros órgãos públicos desses Estados envolvidos em atividades não comerciais ligadas à aviação, de graça mediante cadastramento no sistema ICAO-NET da Organização. Para o homem comum, essas normas são... à venda, no formato impresso ou digital, na loja virtual da OACI.

De forma geral, um sumário executivo é disponível ao público, para ter noção do conteúdo do “produto” que se pode comprar no próprio site internet da OACI. Assim, os anexos à Convenção, que não integram, formalmente, a Convenção, mas são normas derivadas (SARPs), não são documentos públicos. São produtos comercializados pela Organização<sup>27</sup>. Aquele que não representa um órgão cadastrado de um Estado Contratante e não pretende pagar apenas terá acesso a um resumo dos Anexos. Enquanto isso, a ANAC, como qualquer agência reguladora nacional, deve publicar sua regulamentação para que esta seja aplicável.

Vale ressaltar que, apesar de denominados de “Documents”, os padrões produzidos pela OACI são verdadeiras normas, eis que nenhuma companhia aérea pode, na prática, pretender operar num Estado Contratante da OACI sem respeitar os padrões aplicáveis.

Isso constitui, a primeira vista, uma afronta direta ao princípio de publicidade e livre acesso ao direito.

No entanto, essa apreciação deve ser colocada no contexto mais amplo da arquitetura global do direito aéreo. Os destinatários dos padrões e recomendações da OACI são, em primeiro lugar, os Estados Contratantes,

25 Outro elemento interessante que, sem dúvida acrescenta à legitimidade das normas emitidas pela OACI é a representatividade do Conselho, o seu órgão permanente. São 33 membros, eleitos pela Assembleia por um mandato de três anos, sendo que “Ao eleger os membros do Conselho, a Assembleia dará a devida representação (1) aos Estados de maior importância em matéria de transporte aéreo; (2) aos Estados, não representados de outro modo, que mais contribuam a prover facilidade para a navegação aérea civil internacional; e (3) aos Estados, não representados de outro modo, cuja nomeação assegura a representação no Conselho de todas as principais regiões geográficas do mundo” (Convenção, art. 50).

26 Convenção, art. 38, mais uma vez, erroneamente, traduzido em Diferenças entre as normas e processos internacionais pelo Decreto brasileiro de promulgação, a partir do inglês *Departures from international standards and procedures*, que se refere a diferenças das normas internas com os padrões e processos internacionais.

27 Para folhear o catálogo 2015, visite: [http://www.icao.int/publications/catalogue/cat\\_2015\\_en.pdf](http://www.icao.int/publications/catalogue/cat_2015_en.pdf) (acessado em 10/10/2015). Por exemplo, quem tiver interesse em ter acesso durante um ano à versão digital dos Anexos à Convenção deverá desembolsar o valor módico de US\$1.805,00.

em particular seus órgãos responsáveis pela regulamentação aérea, de forma a implementar na regulamentação interna o que foi determinado ao nível internacional. Sob esse ângulo, os SARPs são mais orientações, à vezes obrigatórias, às vezes facultativas, a destinação dos Estados Contratantes, do que normas diretamente aplicáveis aos atores do setor, em primeiro lugar dos quais os operadores aéreos. Nessa perspectiva, aos destinatários das normas da OACI é assegurado um direito de acesso. Por outro lado, uma vez transpostas em direito interno, os padrões e recomendações da OACI se tornam, indiretamente, acessíveis a todos, mediante a regulação nacional.

Aliás, com a finalidade de transparência e maior eficiência regulamentar, certos países dão uma grande publicidade aos seus relatórios sobre divergências entre os padrões da OACI e a sua regulamentação interna, o que constitui uma fonte muito interessante. Assim, a *Civil Aviation Authority* – CAA da Nova Zelândia disponibiliza no seu site internet informação detalhada, anexo por anexo, do cumprimento e das divergências entre os padrões e práticas recomendadas da OACI e sua regulamentação interna<sup>28</sup>. No entanto, outros Estados, entre os quais o Brasil, não demonstram o mesmo comprometimento com a transparência.

Ainda assim, os SARPs, mesmo não sendo uma fonte primária do direito da OACI, são uma fonte primordial de regulação do transporte aéreo internacional, e a fonte mais conveniente pelos destinatários do direito aéreo. É muito mais fácil observar as normas da OACI do que ter, em cada país de operação, um profissional que conheça a regulamentação nacional. Sob esse ponto de vista, a falta de transparência da OACI é um obstáculo ao seu principal objetivo: a universalidade das normas do transporte aéreo internacional.

Acreditamos que, pelo fato dessas regras terem uma influência direta substancial na atividade dos profissionais do setor, entre os quais as operadoras aéreas, e considerando o próprio objetivo da Organização, um acesso maior deveria ser assegurado ao público interessado. Além do mais, uma divulgação maior consolidaria essas regras como conjunto regulamentar de referência, em face à regulamentação nacional.

28 Ver: [https://www.caa.govt.nz/ICAO/ICAO\\_Compliance.htm](https://www.caa.govt.nz/ICAO/ICAO_Compliance.htm) (acessado em 12/10/2014).

### 3. A CONVENÇÃO DA CIDADE DO CABO E A GARANTIA INTERNACIONAL DOS INTERESSES FINANCEIROS

A Convenção sobre garantias internacionais sobre equipamentos móveis, assinada na Cidade de Cabo, na África do Sul, em 16 de novembro de 2001 diz respeito a outro aspecto importante do transporte aéreo: o financiamento das aeronaves. Em vigor desde 1º de março de 2006, juntamente com o seu Protocolo relativo a questões específicas ao equipamento aeronáutico, do mesmo dia, a Convenção foi promulgada no Brasil em 2013 pelo Decreto n. 8.008 de 15 de maio. Sua aplicação no País é regulamentada pela Resolução n.º 309 de 18 de março de 2014 da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC<sup>29</sup>.

A Convenção de Genebra de 1948 sobre o Reconhecimento Internacional de Direitos sobre Aeronaves foi precursora nesse tema ao garantir o reconhecimento de direitos internacionais pelo país de registro da aeronave e ao harmonizar as regras de conflitos de leis, prevendo a aplicação do direito material do Estado de matrícula da aeronave. No entanto, por ser diretamente dependente dos direitos nacionais, questões centrais para titulares de garantias continuavam não atendidas, como a ordem de preferência entre credores ou a execução extrajudicial das garantias. É com o intuito de driblar essas incertezas que veio a Convenção da Cidade do Cabo.

À iniciativa do UNIDROIT, um grupo especializado foi constituído para elaborar um projeto de convenção<sup>30</sup>. Em paralelo, o UNIDROIT procurou as duas maiores construtoras de aeronaves – a europeia Airbus Industry e a norte-americana Boeing Group – para constituir um grupo que contribuiria à parte referente a equipamentos aeronáuticos. O *Aviation Working Group* – AWG, composto pelos principais atores do setor – fabricantes e locadoras de aeronaves e motores, instituições financeiras e seguradoras – fez contribuições essenciais que modelaram o projeto, a favor de mais segurança jurídica.

29 A Resolução aplica-se às garantias constituídas a partir de 15 de maio de 2013 (Resolução n.º 309/2014, art. 4). Dois protocolos à mesma Convenção foram assinados posteriormente sobre equipamentos rodoviários (Luxemburgo, 23 de fevereiro de 2007) e espaciais (Berlim, 9 de março de 2012), nenhum dos dois em vigor ainda.

30 Para uma apresentação detalhada da história da Convenção da Cidade do Cabo: Legal Advisory Panel to the Aviation Working Group, SELF-INSTRUCTIONAL MATERIALS, Cape Town Convention Academic Project, 1ª Ed., julho de 2014.

ca, para uma maior confiança dos financiadores e, por sua vez, um maior dinamismo do mercado aeronáutico e do transporte aéreo<sup>31</sup>.

Desenvolveremos as ferramentas novas que a Convenção coloca à disposição dos credores titulares de garantias internacionais antes de apontar as fricções com o direito interno brasileiro e as soluções que foram imaginadas para ir além.

### 3.1. Uma tentativa de desnacionalizar o tratamento das garantias internacionais.

Ilustração emblemática da mudança de perspectiva da Convenção da Cidade do Cabo em relação à Convenção de Genebra, a constituição de um registro internacional para inscrição de garantias internacionais sobre equipamentos móveis. Para beneficiar-se da proteção da Convenção, o credor titular de garantia internacional – titular de garantia real, vendedor com reserva de propriedade ou arrendador – deve registrar seu direito junto ao Registro Internacional, o que só pode ser realizado com a concordância do devedor e se este estiver localizado no território de um Estado Contratante<sup>32</sup>.

Administrado pela sociedade empresarial irlandesa Aviareto sob a supervisão da OACI, o Registro relativo a garantias sobre equipamentos aeronáuticos é localizado em Dublin, na Irlanda. Não é necessária a comprovação documental da existência e validade da garantia; o registro não é uma garantia da validade jurídica do direito, mas apenas a publicidade regulamentada dos direitos existentes, dando-os data certa. O debate sobre a validade do direito é deixado às partes, aos terceiros interessados e, em última análise, aos tribunais.

Os Estados Contratantes conservam um papel limitado na medida em que os interessados não podem registrar uma garantia junto ao Registro internacional sem passar pela entidade designada pelo Estado de localização do devedor como “ponto de entrada”. Essa autoridade poderá ou realizar diretamente a inscrição no Registro internacional, ou (solução escolhida por todos os países) emitir um número de autenticação – código

31 Foi, inclusive, esse ativismo que fez com que UNIDROIT optou por um modelo binário convenção genérica / protocolos específicos, certo que as negociações sobre os equipamentos aeronáuticos se concluiriam de forma mais célere.

32 Convenção, art. 3.1. A localização do credor é irrelevante à aplicação da Convenção (art. 3.2).

AEP – para que o interessado possa realizar a inscrição. O Registro internacional encontrou interesse do mercado, com cerca de 150 códigos AEP emitidos pelo Registro Aeronáutico Brasileiro – RAB nos seis primeiros meses de vigência no Brasil<sup>33</sup>.

O registro de uma garantia no Registro Internacional tem dois efeitos cumulativos.

Em primeiro lugar, a garantia passa a ter prioridade sobre uma garantia não registrada ou registrada posteriormente. Mais interessante ainda, a prioridade beneficia, também, o titular que registrar sua garantia ciente de que existe outra garantia anterior não registrada. Isso constitui um avanço do ponto de vista da segurança jurídica dos financiadores, eis que muitos são os direitos nacionais a permitir que o titular da garantia anterior não registrada conteste tal prioridade, seja com base na preexistência do seu direito, seja com base na má-fé. Há exceções à prioridade das garantias internacionais registradas. Entre elas, os direitos não convencionais, ou seja, privilégios e outros interesses reconhecidos pelo direito interno e que conservam prioridade sobre as garantias registradas junto com o Registro Internacional, mesmo sem registro nacional ou internacional.

O Segundo efeito do registro internacional é o benefício de medidas em caso de inadimplemento do devedor<sup>34</sup>. Essas medidas são convencionais, ou seja, independentes do direito nacional do Estado onde essas medidas serão implementadas. São em complemento às medidas existentes nos direitos nacionais. Existem medidas específicas às garantias reais<sup>35</sup> e outras reservadas ao vendedor condicional ou arrendador<sup>36</sup>.

A Convenção cria, também, medidas cautelares<sup>37</sup>, assegurando ao credor que fornece a prova do inadimplemento pelo devedor, antes da decisão sobre o mérito, ob-

33 BASCH, Kenneth D, CAPE TOWN CONVENTION – FIRST SIX MONTHS, International Law Office – ILO, 8 de outubro de 2014, [www.internationallawoffice.com/Newsletters/Aviation/Brazil/Basch-Rameh/Cape-Town-Convention-first-six-months](http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Aviation/Brazil/Basch-Rameh/Cape-Town-Convention-first-six-months) (último acesso: 02.11.2015).

34 Convenção, art. 11, 2: quando não expressamente definido pelas partes, inadimplemento é entendido como o “*inadimplemento que priva o credor, de maneira substancial, daquilo que este tem direito de esperar nos termos do contrato*”.

35 Convenção, art. 8, em particular: tomar posse ou controle de qualquer bem gravado como garantia real; vender ou arrendar esse bem; e recolher ou receber qualquer renda ou lucro derivado da gestão ou da utilização desse bem.

36 Convenção, art. 10, em particular: resolver o contrato e tomar posse ou controle de qualquer bem que objeto do contrato.

37 Convenção, art. 13.



ter de um tribunal a conservação do bem e de seu valor; a posse, o controle ou a custódia do bem; a imobilização do bem; ou o arrendamento ou a administração do bem e da renda que dele derive. A disponibilidade dessas medidas cautelares é condicionada à concordância do devedor a qualquer tempo<sup>38</sup> (mediante disposição contratual, em particular) e à ausência de declaração em contrário do Estado onde se pretende obter tais medidas<sup>39</sup>.

Com base nessa base comum a todos os equipamentos móveis, o Protocolo sobre equipamentos aeronáuticos proporciona nuances e complementos.

A principal inovação prática do Protocolo é certamente o procedimento de cancelamento de matrícula de aeronave e solicitação de importação, referida como IDERA (*Irrevocable deregistration and export request authorization*)<sup>40</sup>. Esse mecanismo é a resposta mais eficaz aos receios dos financiadores de equipamentos aeronáuticos. Com efeito, uma peculiaridade em termos de garantias reais sobre equipamentos aeronáuticos é que a simples reintegração na posse, pelo credor estrangeiro insatisfeito, não é suficiente para assegurar a satisfação concreta do seu direito. Com efeito, apenas com o cancelamento do registro da aeronave em nome do operador-devedor e a sua exportação para um país determinado que o credor recebe a utilidade econômica da aeronave (ou a potencialidade dela). Com uma garantia realmente eficaz, o custo do financiamento de aeronaves e outros motores pode baixar e os operadores de transporte aéreo adquirir equipamentos mais facilmente, o que beneficia ao mercado inteiro.

Assim, de acordo com a Resolução, “O devedor poderá emitir uma autorização irrevogável de cancelamento de matrícula e solicitação de exportação em favor do credor detentor de garantia real ou de pessoa por ele habilitada para esse fim”.<sup>41</sup> A referida autorização é comunicada ao Registro Aeronáutico Brasileiro mediante apresentação de formulário anexo ao Protocolo. Uma vez inscrita, a autorização não pode mais ser revogada pelo devedor sem o assentimento do credor<sup>42</sup>.

Uma vez registrada a autorização no RAB, basta ao credor que pretende obter o cancelamento da matrícula da aeronave e a sua exportação notificar o RAB,

por escrito, de que está autorizado a obter tais medidas, bem como certificar que todas as garantias inscritas com prioridade foram canceladas, ou que os titulares consentiram com o cancelamento da matrícula e com a exportação, para que o RAB disponibilize, dentro do prazo de cinco dias úteis, o cancelamento da matrícula<sup>43</sup>.

Conforme requerido pelo Protocolo,<sup>44</sup> a ANAC compromete-se, ainda, a cooperar com a implementação prática da IDERA, dispensando o credor de apresentar (i) os Certificados de Matrícula e de Aeronavegabilidade originais do bem aeronáutico; (ii) o Certificado de Aeronavegabilidade para Exportação, emitido pela própria ANAC; e (iii) prova de inexistência de débitos referentes a tarifas aeroportuárias e multas por infração ao Código Brasileiro de Aeronáutica<sup>45</sup>. Esta dispensa faz-se necessária, na prática, pois tais certificados e documentos estão na posse do operador da aeronave, ou seja, o próprio devedor, contra quem são realizadas as medidas e que bem provavelmente não será muito cooperativo no procedimento.

Assim, observa-se uma nítida tentativa de desnacionalizar e “desjudiciarizar”, o quanto possível, o tratamento das garantias internacionais sobre equipamentos móveis, em particular aeronáuticos, seja na sua constituição, ou na sua execução, no sentido de se chegar a um sistema mais eficiente e uniforme, proporcionando maior previsibilidade e segurança aos credores titulares de garantias.

### 3.2. Uma revolução de veludo

A adoção da Convenção e do Protocolo representa um grande salto em frente pelo sistema jurídico de vários Estados Contratantes, em particular de tradição de direito civil continental como o Brasil.

Um elemento conceitual fundamental que, certamente, não teria conseguido tanta força sem a participação do AWG é a autonomia da vontade. As partes envolvidas em transações transnacionais sobre esse tipo de equipamentos são experientes, consciente dos riscos envolvidos e representadas por expertos. Dessa forma, a sua vontade deve ser respeitada no momento em que a intervenção do Estado é necessária para executar uma garantia. Isso constitui um elemento-chave no reconhe-

38 Convenção, art. 13, 1.

39 Convenção, art. 55.

40 Protocolo, Capítulos II e XIII, e Resolução n. 309/2014, Capítulo VIII.

41 Resolução n.º 309/2014, art. 15.

42 Resolução n.º 309/2014, art. 15, parágrafo 2.

43 Resolução n.º 309/2014, art. 17.

44 Protocolo, Artigo X, 6, (b) e Artigo XIII, 4.

45 Resolução n.º 309/2014, art. 18.

cimento da primazia da segurança jurídica<sup>46</sup>. As partes são iguais e devem ser tratadas assim, sem interferência do judiciário na relação contratual com base na suposta hipossuficiência do devedor, prática corriqueira no Brasil.

Mais inovador ainda, a possibilidade de se obter o cancelamento do registro da aeronave e sua exportação sem tutela judicial – o chamado procedimento “*self help*”. É interessante notar que, apesar da manifesta contradição com as garantias decorrentes da Constituição federal, o Brasil, na sua declaração ao artigo 39, parágrafo 1º, “a”, optou por aderir ao sistema *self help*. A posterior ratificação dessa opção é ainda mais interessante quando comparada com outros tipos de acordos internacionais que não tiveram uma recepção tão calorosa, apesar de menos conflitantes com o ordenamento jurídico pátrio. Fazemos referência, em particular, aos acordos de céus abertos – *open skies agreements*, do nome desses acordos bilaterais que visam liberalizar o transporte aéreo entre dois Estados. Seriam 23 esses acordos à espera de ratificação, o mais antigo já há 10 anos<sup>47</sup>. É uma ilustração prática do interesse dessa Convenção para um setor de bastante relevância para a economia brasileira<sup>48</sup>.

Marco do interesse do mecanismo pelo setor, não menos do que duas semanas após a publicação da Resolução n.º 309/2014, o primeiro pedido de IDERA foi realizado e o cancelamento da matrícula foi obtida em 10 dias, sem mais complicações. Isso foi visto pelos atores do setor como “*an excellent first precedent, one which demonstrated that the Brazilian aeronautical authorities are aware of the terms of the convention and are prepared to enforce those terms*”<sup>49</sup>.

Em face a essas novidades no sentido de conceder mais direitos e segurança aos credores titulares de ga-

rantias internacionais, vale notar que as resistências das instituições brasileiras – em particular a ANAC e o judiciário – foram limitadas por enquanto.

Alguns comentadores ressaltaram a posição restritiva da regulamentação brasileira na emissão do código AEP para transmissão de informações ao Registro Internacional. Qualificada como talvez a mais restritiva sob essa perspectiva<sup>50</sup>, a Resolução n.º 309/2014 exige que o requerente tenha realizado cadastro prévio, mediante comunicação de informações pessoais – cédula de identidade, comprovante de inscrição no cadastro de pessoas físicas e comprovante de residência – bem como compromisso de atuar de acordo com a legislação aplicável e termo de responsabilidade civil e penal<sup>51</sup>. No entanto, não acreditamos que essas restrições constituam verdadeiros obstáculos ao funcionamento eficiente do registro de garantia internacional desde que, na prática, o requerimento de código de autorização é realizado por escritório especializado.

Cientes do obstáculo que podiam representar certas medidas em relação a alguns países, os redatores da Convenção desenvolveram, adequadamente, um sistema de declarações obrigatórias e “*opt-in*” e “*opt-out*”.

Por exemplo, os direitos não convencionais (que têm prioridade sobre as garantias internacionais previamente inscritas no Registro Internacional) são objeto de uma declaração obrigatória dos Estados contratantes de acordo com o item “a” do §1º do art. 39 da Convenção. No Brasil, esses interesses não convencionais são determinados, em termos amplos, como “*todas as categorias de direitos ou garantias não convencionais que, sob as Leis da República Federativa do Brasil tenham ou venham a ter no futuro prioridade sobre uma garantia sobre um bem equivalente àquela do titular de uma garantia internacional registrada deverão ter prioridade sobre uma garantia internacional registrada, seja no âmbito dos procedimentos de insolvência ou não*”<sup>52</sup>. Observamos que o Reino Unido e os Estados Unidos da América, por exemplo, fizeram declarações similares em relação a esse ponto. Tais declarações não permi-

46 Ibid., p. 12.

47 Segundo levantamento realizado pelo jornal O GLOBO a partir dos dados da ANAC: FARIELLO, Danilo e NOGUEIRA Danielle, CÉUS FECHADOS PARA VIAGENS INTERNACIONAIS, O GLOBO, 3ª edição de 11.10.2015.

48 O transporte aéreo contribui em USD 17 bi. ao PIB brasileiro (2,3%), representa 837 mil empregos diretos e indiretos e paga USD 1,76 bi. em impostos. Fonte: IATA, SPECIAL REPORT: BRAZIL, Airlines International, 03.06.2015, <http://airlines.iata.org/reports/special-report-brazil> (último acesso: 02.11.2015).

49 BASCH, Kenneth D., CAPE TOWN CONVENTION – FIRST SIX MONTHS, International Law Office – ILO, 8 de outubro de 2014, [www.internationallawoffice.com/Newsletters/Aviation/Brazil/Basch-Rameh/Cape-Town-Convention-first-six-months](http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Aviation/Brazil/Basch-Rameh/Cape-Town-Convention-first-six-months) (último acesso: 02.11.2015).

50 HILL, Gavin e GANTLY, Lev, THE CAPE TOWN CONVENTION AND ENTRY POINTS, International Law Office – ILO, 06.05.2015, [www.internationallawoffice.com/Newsletters/Aviation/International/Vedder-Price-LLP/The-Cape-Town-Convention-and-entry-points](http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Aviation/International/Vedder-Price-LLP/The-Cape-Town-Convention-and-entry-points) (último acesso: 02.11.2015).

51 Resolução n.º 309/2014, Capítulo IV.

52 Anexo ao Instrumento de Adesão à Convenção da Cidade do Cabo sobre Garantias Internacionais Incidentes sobre Equipamentos Móveis contendo declarações feitas pela República Federativa do Brasil no que respeita à Convenção, de 16.09.2011.

tem determinar quais são exatamente direitos em causa sem um estudo mais aprofundado do direito interno. A China adotou a mesma definição, mas a completou com uma lista não taxativa desses direitos não convencionais prioritários. Ao contrário, a declaração da Rússia nesse ponto prevê uma lista de direitos não convencionais em caso de insolvência apenas.

Se essa tática de declarações obrigatórias foi necessária ao sucesso da Convenção em termos de ratificação, constitui, também, um limite ao seu objetivo de uniformização e previsibilidade. Mais ainda, constitui uma ilustração da dificuldade de se emancipar completamente do direito nacional. No entanto, a Convenção e seu Protocolo relativo aos equipamentos aeronáuticos conseguiram criar um sistema realmente independente dos direitos nacionais em muitos aspectos.

#### 4. A IATA E A (NÃO TÃO) SOFT REGULAMENTAÇÃO DO TRANSPORTE AÉREO

Terceiro e último nível de análise, o mais emancipado dos Estados é a atuação da *International Air Transport Association* – IATA. Ao contrário da OACI, a IATA não é uma organização internacional criada por tratado internacional e composta de representantes de Estados. A IATA é uma associação profissional de companhias aéreas, uma organização de classe cujo objeto é defender os interesses dos seus membros<sup>53</sup>. A IATA representa mais de 80% do tráfego aéreo internacional e tem o status consultivo junto à OACI.

Além das suas ações de *lobbying* juntamente às organizações e às agências reguladoras nacionais, regionais e internacionais, bem como de apoio aos seus membros, a IATA tem desenvolvido uma importante atividade de regulação e padronização do setor aéreo. Após uma apresentação geral da atividade normativa da IATA, desenvolveremos um exemplo típico e, particularmente, relevante pelo Brasil nesse período entre a Copa do Mundo de futebol de 2014 e as Olimpíadas de 2016: os *slots*, ou seja, o sistema de gestão da capacidade aeroportuária em aeroportos particularmente congestionados.

53 A IATA está, estrategicamente, sediada em Montreal, como a OACI, fazendo dessa cidade a capital mundial do transporte aéreo internacional.

#### 4.1. A constatação da realidade da atividade normativa da IATA

Apesar de farta regulação nacional e internacional, aspectos importantes da atividade econômica do transporte aéreo continuam não organizados. Adotar uma perspectiva econômica da questão, revela-se, particularmente, esclarecedor:

“In the absence of an open multilateral agreement, the International Air Transport Association (IATA) developed as a form of self-regulation of international airline competition. (ICAO has been largely restricted to technical and safety issues.) IATA set prices, procedures for connecting flights and for sharing ticket revenues, and accreditation of travel agents. As well as a surrogate for government agreements, IATA has served as a trade association for the airlines and a way for them to negotiate bilaterally in setting fares and conditions on international routes. The United States routinely approved IATA fares until the deregulation movement started in the 1970s. International passenger transportation has been subject to managed trade.”<sup>54</sup>

Num dos setores econômicos com a menor taxa de retorno sobre investimento e margem de lucro, a racionalização das práticas e uma estrutura eficiente do mercado são uma necessidade para ter rentabilidade e assegurar a sobrevivência das operadoras<sup>55</sup>. Sobre esses temas, a IATA ocupa uma posição central, pela criação de um quadro regulamentar da atividade econômica a destinação dos operadores, dos aeroportos e dos próprios Estados, mediante a produção de diretrizes, padrões, procedimentos e boas práticas. Assim, sua intervenção não é concorrente à regulação interna, mas complementar.

Por exemplo, o *air waybill* (AWB), ou conhecimento aéreo. Como no direito marítimo, é o documento cen-

54 BAILY, Martin Neil, COMPETITION, REGULATION AND EFFICIENCY IN SERVICE INDUSTRIES, Brookings Papers on Economic Activity, Microeconomics 2, 1993, Brookings Institution, p. 74.

55 PEARCE, Brian, PROFITABILITY AND THE AIR TRANSPORT VALUE CHAIN, IATA Economics Briefing n.º10, IATA, junho de 2013. Acessível: <http://www.iata.org/whatwedo/Documents/economics/profitability-and-the-air-transport-value%20chain.pdf> (última consulta: 14.11.2015). “Despite the clear value being created for customers, the airline industry has found it difficult to make an adequate level of profits. Last year [...] Airlines generated revenues averaging a little over \$228 per passenger. [...] However, after paying tax and debt interest, net profits per passenger were just \$2.56. It does not take much of a rise in costs, government tax or demand shock to eliminate such a thin level of profit.” (p. 10), e “Over the past 30-40 years the airline industry has generated one of the lowest returns on invested capital among all industries” (p. 12).



tral em transporte de carga, que configura o contrato de transporte. A IATA elaborou um documento padrão bem como um conjunto completo de regras constituído de instruções, diretrizes e especificações técnicas. Essas regras são reunidas em duas resoluções do grupo especial constituído sobre o tema (*Cargo Services Conference*), as Resoluções CSC 600a e 600b. À imagem das normas da OACI, esse codex sobre o conhecimento aéreo bem como as outras diretrizes emitidas pela IATA não são disponíveis livremente, mas à venda.

Outro tipo de intervenção é sua ação de compilação e organização da regulamentação existente. Com efeito, não se trata apenas de coletânea de normas. A IATA realiza um trabalho de sistematização e de interpretação das normas, emitindo orientações que passam a incorporar as próprias normas, na prática. É o caso da regulação sobre artigos perigosos, ou *IATA Dangerous Goods regulations*, que reúne as regras e orientações relativas ao processamento, acondicionamento, manutenção e aceitação de carga de mercadorias perigosas.

Assim, ao criar padrões e procedimentos que são implementados pelo setor, a IATA exerce uma atividade normativa. Essa observação será desenvolvida mais adiante por meio de um exemplo prático.

#### 4.2. O sistema uniformizado de gestão da capacidade aeroportuária

Dois assuntos são fundamentais no que tange ao crescimento do setor: o financiamento das aeronaves e a capacidade aeroportuária, por ser obviamente inconcebível aumentar o tráfego aéreo sem aeronaves para voar ou aeroportos para pousar. Em relação ao primeiro, vimos que foi tratado pela Convenção da Cidade do Cabo e seu Protocolo relativo aos bens móveis aeronáuticos. Sobre o segundo, existem duas opções: o crescimento externo, pela construção de novos aeroportos ou a expansão dos existentes; ou o crescimento interno, pela reorganização e racionalização das operações de modo a poder aumentar ao tráfego. Essas duas opções são complementares, sendo que a primeira é mais demorada e a segunda tem seus limites.

A IATA desenvolveu um conjunto de procedimentos e diretrizes para a alocação e gestão da capacidade aeroportuária, de maneira a assegurar o uso mais eficiente possível da infraestrutura em aeroportos conges-

tionados<sup>56</sup>, denominado *Worldwide Slot Guidelines – WSG*. O vocábulo “*slot*” é definido como a autorização concedida pelo coordenador de um determinado aeroporto a uma operação planejada para usar toda a infraestrutura aeroportuária necessária para pousar e decolar em um aeroporto de nível 3 (aeroporto coordenado), em datas e horários específicos<sup>57</sup>.

Os procedimentos no WSG são aplicados de forma uniforme em todos os aeroportos coordenados, entendidos como os aeroportos em que for constatado, após análise minuciosa da procura e da capacidade e consulta com todas as partes interessadas, que a procura da infraestrutura aeroportuária excede significativamente a capacidade declarada e que não existe forma prática de atenuar o problema em curto prazo<sup>58</sup>. A declaração de que um aeroporto é de nível 3 (coordenado), é da autoridade responsável, ou seja, o órgão do governo ou autoridade que detém a responsabilidade de supervisão e regulamentação no referido aeroporto<sup>59</sup>. Assim, com base em critérios determinados pela IATA, um conjunto de normas e procedimentos também determinados pela IATA vão poder ser aplicados.

O sistema é baseado em quatro pilares: (i) certeza de acesso à infraestrutura para todas as companhias aéreas, históricas ou recém-chegadas; (ii) flexibilidade operacional, em coordenação com os aeroportos; (iii) sustentabilidade dos custos; e (iv) transparência na alocação dos *slots*<sup>60</sup>.

A primeira edição das WSG data de 1976 e as diretrizes são regularmente atualizadas desde então<sup>61</sup> pelo *Joint Slot Advisory Group – JSAG* da IATA, composto de forma paritária de representantes de companhias aéreas e de coordenadores aeroportuários, membros da IATA, sendo assegurada uma representatividade geográfica

56 IATA, RESPONDING TO DEMAND WITH AIRLINE, AIRPORT SLOTS AGREEMENTS, Airlines International, Analysis, 05.10.2015, <http://airlines.iata.org/analysis/responding-to-demand-with-airline-airport-slots-agreements> (último acesso: 15.11.2015).

57 WSG, item 10.

58 WSG, item 1.5.1.

59 WSG, item 10.

60 IATA, MANAGING SCARCE AIRPORT CAPACITY: AIRPORT SLOTS & WORLDWIDE SLOT GUIDELINES (WSG), 2013, <https://www.dropbox.com/home/direito%20a%C3%A9reo/IATA/Slots?preview=Managing+Scarce+Airport+Capacity+%28WSG-IATA%29.pdf> (último acesso: 14.11.2015).

61 Atualmente, na sua 7ª edição, aplicável desde agosto de 2015. Acessível (em inglês e em português): <http://www.iata.org/policy/slots/Pages/slot-guidelines.aspx>. Último acesso: 14.11.2015.

equitativa. As WSG são aplicadas – pelos aeroportos, companhias aéreas e governos e respectivas agências reguladoras – ou diretamente, por referência direta às WSG, ou mediante transposição no direito interno mediante norma da autoridade nacional responsável pelo transporte aéreo.

Assim, as mesmas regras e os mesmos processos são aplicáveis em todos os aeroportos coordenados<sup>62</sup>, independentemente de território ou fronteiras. Como bem colocado nas próprias WSG, mesmo que com uma formulação que soa como tentativa de autojustificativa: “O transporte aéreo é global por natureza e necessita de normas de alocação de slots harmonizadas, tanto nos aeroportos de origem como de destino de cada rota, no sentido de maximizar uma utilização de recursos eficiente por parte de uma companhia aérea.”<sup>63</sup>. É um exemplo de norma de aplicação uniforme sem outra consideração senão a qualificação do aeroporto como aeroporto coordenado.

No entanto, a IATA não consegue se libertar completamente das garras dos Estados, ao informar no Preâmbulo das WSG: “Embora as políticas, os princípios e processos definidos neste documento visem constituir a melhor prática para aplicação em nível mundial, é possível que alguns estados ou regiões também possam ter regulamentos regendo algumas destas questões. Nesses casos, esses regulamentos prevalecerão sobre as políticas, os princípios e processos destas diretrizes.”. No entanto, “No caso em que um estado ou um governo tencione desenvolver e implementar as suas próprias regras ou procedimentos, devem ser adotados os princípios destas diretrizes. A IATA encoraja o uso destas diretrizes como base para esses regulamentos.”<sup>64</sup> O uso do imperativo “deve”, na primeira frase, e, em seguida, do mais ponderado “encoraja” é sintomático da posição ambígua das normas da IATA em relação aos Estados.

As WSG instituem princípios e critérios para alocação dos slots entre companhias aéreas<sup>65</sup>, de aplicação imperativa para garantir igualdade de tratamento e transparência. Os critérios são divididos entre critérios

principais e critérios adicionais<sup>66</sup> para alocação inicial de slots.

Um desses critérios é a existência de diretrizes locais, situação em que o coordenador deve considerá-las, desde que aprovadas pelo Comitê de Coordenação ou o seu equivalente<sup>67</sup>. Interessante notar que esse critério é o último dos critérios adicionais, ou seja, o último elemento a ser considerado na alocação inicial de slots. Assim, existe, sim, uma conversa entre normas locais e normas gerais, sem referência territorial; no entanto, em termos muito depreciativos às primeiras.

As WSG visam eliminar qualquer interferência com uma determinação uniforme das regras em todos os aeroportos coordenados, reduzindo ao mínimo o impacto da sua localização geográfica. Assim, existem dois conjuntos de normas distintos: um conjunto de normas nacionais, com peculiaridades de um país ao outro mas fortemente inspiradas nos padrões internacionais, aplicáveis aos aeroportos domésticos e internacionais; e um conjunto de normas da IATA, aplicável aos aeroportos coordenados de forma completamente uniforme, independentemente do país.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse trabalho ilustrou a existência, na regulação do transporte aéreo internacional, de normas não diretamente produzidas pelos Estados e de aplicação uniforme independente da localização geográfica. Nessa perspectiva, o direito aéreo passou do exercício exclusivo da soberania dos Estados a uma forma de pluralismo jurídico<sup>68</sup>. Os Estados continuam fonte importante do direito, porém, outras fontes têm um papel igualmente importante sem referência a Estados ou a territórios.

Esse trabalho permite, também, uma observação: quanto maior a distância entre a norma e o Estado, maior o grau de tecnicidade da regra. Assim, enquanto Estados discutem os princípios do transporte aéreo internacional, a IATA emite regras sobre o uso da capacidade aeroportuária ou acordos de código compartilhado. No que tange à produção normativa da OACI, enquanto os princípios fundamentais e assuntos mais

62 “A autoridade responsável deve assegurar que um aeroporto só é designado como Nível 3 [coordenado] após análise minuciosa da procura e da capacidade e uma ampla discussão entre todos os intervenientes e partes interessadas. O aeroporto só deverá ser designado como Nível 3 se a análise e a discussão concluírem que a procura da infraestrutura aeroportuária excede significativamente a capacidade declarada e não existe forma prática de atenuar o problema em curto prazo.”, WSG, 1.5.1.

63 WSG, item 2.1.4.

64 WSG, item 2.1.3.

65 WSG, item 8.

66 WSG, tens 8.3 e 8.4, respectivamente.

67 WSG, 8.4.1.g.

68 BERGER, Klaus Peter, *op. cit.*, em particular: II.2.

polêmicos do transporte aéreo internacional são da responsabilidade dos Estados — mediante assinatura de tratados internacionais elaborados à iniciativa da OACI, por exemplo — os assuntos técnicos são deixados a especialistas da OACI, à imagem dos anexos à Convenção de Chicago. No entanto, isso não desqualifica as normas privadas, desde que sob um ponto de vista funcional, ambas são respeitadas pelos seus destinatários da mesma forma. Assim, o processo de desnacionalização já observado no direito marítimo<sup>69</sup> é igualmente em curso no direito aéreo.

O sucesso dessas regras privadas — medido pelo adimplemento dos seus destinatários — pode ser explicado pelo processo participativo característico da sua elaboração<sup>70</sup>. Tanto na produção dos padrões da OACI e da IATA, quanto na elaboração da Convenção da Cidade do Cabo e seu Protocolo relativo a equipamentos móveis aeronáuticos, os destinatários das normas têm papel preponderante. Não são apenas sujeitos passivos, como frequentemente no direito nacional. Outro motivo para esse sucesso, ligado à dinâmica do transporte internacional (aéreo ou marítimo), a necessidade de uniformização das práticas como condição prévia ao desenvolvimento do setor. Os destinatários das normas têm um interesse prático a segui-las, que não tange apenas a preocupação de ser sancionado pelo Estado<sup>71</sup>.

Brazil's idiosyncratic approach to aviation could jeopardize its contribution to the development of the industry

[...]

But rather than promoting air transport, Brazil is increasingly taking a heavy-handed legal and regulatory approach to the industry.

[...]

According to Carlos Ebner, IATA's Country Director for Brazil, global standards are being ignored in favor of well-intentioned but short-sighted national legislation. Consumer protection agencies, the government, and the judiciary are combining to influence, pass, and interpret laws that threaten to curtail aviation's potential.

69 Ver Jürgen Basedow, in MAURER, Andreas, op. cit., p. 2.

70 MAURER, Andreas, op. cit., p. 2.

71 Ideia desenvolvida em outros casos, como por exemplo o *Uniform Customs and Practice for documentary credits* (UCP) da Câmara de Comércio Internacional – CCI: “Insofar as Snyder claims, the UCP is even “harder” than national law because a deviation from the UCP would not only cause a contract to be not enforced (which would be the consequence of a deviation from national law) but could even result in an exclusion from the entire trade sector.”, in MAURER, Andreas, op. cit., p. 8.

[...]

Aviation simply cannot deliver maximum value to the economy in countries that do not observe global best practices.<sup>72</sup>

Em um setor onde, como tentamos mostrar, a uniformização das práticas é quase uma obsessão, qualquer comportamento tão pouco atípico é visto como um crime de lesa-majestade. Nesses trechos do relatório 2015 da IATA pelo Brasil, vê-se que a mera tentativa de legislação interna sobre assuntos já tratados pela IATA é vista como um obstáculo ao transporte aéreo. O certo, segundo a organização, é uma aplicação direta dos padrões internacionais, sem contorno pelas instâncias legislativas ou reguladoras nacionais.

Isto se justifica do ponto de vista da eficiência do mercado. Assim, nos três exemplos sucessivamente desenvolvidos, vê-se nitidamente o efeito positivo da abordagem transnacional da regulamentação do transporte aéreo.

No entanto, ao focar apenas e somente na eficiência operacional e financeira, outros interesses são deixados de lado. É nesses casos que se identificam interferências dos Estados. No Brasil, essas zonas de fricção são várias. A mais comentada, sem dúvida, é respectiva à resistência dos tribunais pátrios aos limites de indenização decorrentes da Convenção de Montreal de 1999, assinada e ratificada pelo Brasil, com fundamento no direito à reparação integral e o Código de defesa do consumidor<sup>73</sup>. Por não existir uma representação de todas as partes interessadas, em particular, dos consumidores, uma regulação somente transnacional ou supranacional do transporte aéreo internacional não é possível, nem desejável, apesar dos ganhos de eficiência que permitiria.

72 IATA, SPECIAL REPORT: BRAZIL, Airlines International, 03.06.2015, <http://airlines.iata.org/reports/special-report-brazil> (último acesso: 02.11.2015).

73 Ver ASSIS DE ALMEIDA, José Gabriel, A CONVENÇÃO DE MONTREAL DE 1999 E O TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL NO BRASIL, Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial, dezembro 2008, p. 34; ROLAND, Beatriz da Silva, O DIÁLOGO DAS FONTES NO TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS: PONDERAÇÕES SOBRE A APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE MONTREAL E/OU DO CDC, Revista de Direito do Consumidor, maio/junho 2015, vol. 99/2015, p. 39.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- PACHECO, José da Silva, *COMENTÁRIOS AO CÓDIGO BRASILEIRO DA AERONÁUTICA*, 2ª Ed., Forense, Rio de Janeiro, 1998.
- JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.
- BERGER, Klaus Peter, *THE NEW LAW MERCHANT AND THE GLOBAL MARKET PLACE - A 21ST CENTURY VIEW OF TRANSNATIONAL COMMERCIAL LAW*, <http://www.trans-lex.org/2> (último acesso: 17.11.2015).
- SCHMITTHOFF, Clive M., *INTERNATIONAL BUSINESS LAW, A NEW LAW MERCHANT*, in *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, edited by *Chia-Jiu Cheng*, Martinus Nihoff Publishers / Graham & Trotman Ltd., 1988.
- PACHECO, José da Silva, *ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS DO TRANSPORTE AÉREO*, *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, vol. 6, p. 713, Junho de 2011.
- MAURER, Andreas, *THE CREATION OF TRANSNATIONAL LAW – PARTICIPATORY LEGITIMACY OF PRIVATELY CREATED NORMS*, 22.11.2012, ZenTra Working Paper in Transnational Studies n.º 03/2012, <http://ssrn.com/abstract=2179584> (último acesso: 17.11.2015).
- ICAO, *MANUAL ON THE REGULATION OF INTERNATIONAL AIR TRANSPORT (Doc 9626)*, 2ª ed., 2004.
- BAILY, Martin Neil, *COMPETITION, REGULATION AND EFFICIENCY IN SERVICE INDUSTRIES*, *Brookings Papers on Economic Activity, Microeconomics* 2, 1993, Brookings Institution.
- Legal Advisory Panel to the Aviation Working Group, *SELF-INSTRUCTIONAL MATERIALS*, Cape Town Convention Academic Project, 1ª Ed., julho de 2014.
- BASCH, Kenneth D., *CAPE TOWN CONVENTION – FIRST SIX MONTHS*, *International Law Office – ILO*, 8 de outubro de 2014, [www.internationallawoffice.com/Newsletters/Aviation/Brazil/Basch-Rameh/Cape-Town-Convention-first-six-months](http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Aviation/Brazil/Basch-Rameh/Cape-Town-Convention-first-six-months) (último acesso: 02.11.2015).
- FARIELLO, Danilo e NOGUEIRA Danielle, *CÉUS FECHADOS PARA VIAGENS INTERNACIONAIS*, *O GLOBO*, 3ª edição de 11.10.2015.
- IATA, *SPECIAL REPORT: BRAZIL*, *Airlines International*, 03.06.2015, <http://airlines.iata.org/reports/special-report-brazil> (último acesso: 02.11.2015).
- HILL, Gavin e GANTLY, Lev, *THE CAPE TOWN CONVENTION AND ENTRY POINTS*, *International Law Office – ILO*, 06.05.2015, [www.international-lawoffice.com/Newsletters/Aviation/International/Vedder-Price-LLP/The-Cape-Town-Convention-and-entry-points](http://www.international-lawoffice.com/Newsletters/Aviation/International/Vedder-Price-LLP/The-Cape-Town-Convention-and-entry-points) (último acesso: 02.11.2015).
- PEARCE, Brian, *PROFITABILITY AND THE AIR TRANSPORT VALUE CHAIN*, *IATA Economics Briefing n.º10*, IATA, junho de 2013. Acessível: <http://www.iata.org/whatwedo/Documents/economics/profitability-and-the-air-transport-value%20chain.pdf> (última consulta: 14.11.2015).
- IATA, *RESPONDING TO DEMAND WITH AIRLINE AIRPORT SLOTS AGREEMENTS*, *Airlines International, Analysis*, 05.10.2015, <http://airlines.iata.org/analysis/responding-to-demand-with-airline-airport-slots-agreements> (último acesso: 15.11.2015).
- IATA, *MANAGING SCARCE AIRPORT CAPACITY: AIRPORT SLOTS & WORLDWIDE SLOT GUIDELINES (WSG)*, 2013, <https://www.dropbox.com/home/direito%20a%C3%A9reo/IATA/Slots?preview=Managing+Scarce+Airport+Capacity+%28WSG-IATA%29.pdf> (último acesso: 14.11.2015).
- ASSIS DE ALMEIDA, José Gabriel, *A CONVENÇÃO DE MONTREAL DE 1999 E O TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL NO BRASIL*, *Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial*, dezembro 2008, p. 34.
- ROLAND, Beatriz da Silva, *O DIÁLOGO DAS FONTES NO TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS: PONDERAÇÕES SOBRE A APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE MONTREAL E/OU DO CDC*, *Revista de Direito do Consumidor*, maio/junho 2015, vol. 99/2015, p. 39.

## II. OUTROS ARTIGOS



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**O Fundo Monetário Internacional e a proteção dos direitos humanos:** uma análise do programa de crescimento e redução da pobreza no Haiti  
**The International Monetary Fund and the protection of human rights:** an analysis of the poverty reduction and growth facility in Haiti

Pablo Henrique Hubner de Lanna Costa

Carlos Alberto Simões de Tomaz



# O Fundo Monetário Internacional e a proteção dos direitos humanos: uma análise do programa de crescimento e redução da pobreza no Haiti\*

## The International Monetary Fund and the protection of human rights: an analysis of the poverty reduction and growth facility in Haiti

Pablo Henrique Hubner de Lanna Costa\*\*

Carlos Alberto Simões de Tomaz\*\*\*

### RESUMO

A proteção dos direitos humanos é o destaque da agenda mundial contemporânea e peça fundamental para o saudável desenvolvimento da humanidade. Esses direitos, por vezes, estão ligados a questões econômicas. O Fundo Monetário Internacional, historicamente, presta auxílio intelectual e financeiro a países com *déficits* na balança de pagamento. A relação do Fundo com os direitos humanos é altamente controversa e discutida no âmbito acadêmico. Com o passar do tempo, as formas e mecanismos de auxílio promovidos pelo FMI mudaram sobremaneira, tal fato carrou a criação do Programa de Crescimento e Redução da Pobreza, cujo escopo era auxiliar países altamente endividados e com elevados índices de pobreza. Assim, a partir de uma abordagem hipotético-dedutiva, o artigo analisará, primeiramente, os pressupostos do Programa de Redução da Pobreza e da relação do FMI com os direitos humanos, seguindo-se da análise do referido programa no âmbito do Haiti, sem descurar da abordagem histórica, bem como do exame dos dados estatísticos e do planejamento haitiano para redução da pobreza. O objetivo não é outro, senão, desvelar a mudança de paradigma na atuação do Fundo que, sem perder seu caráter financista, parte para uma atuação pautada também em questões sociais e com preocupação com os direitos humanos. Em conclusão, aposta-se que essa atuação pode ser de auxílio aos países do mundo subdesenvolvido para enfrentar crises financeiras, sobretudo agravadas por catástrofes naturais como é o caso do Haiti.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Política econômica. Políticas Públicas. Fundo Monetário Internacional.

### ABSTRACT

The protection of human rights is one of the highlights of the contemporary world agenda and a fundamental part of the healthy development of humanity. These rights are sometimes linked to economic issues. The International Monetary Fund historically provides intellectual and financial

\* Recebido em 14/03/2016  
Aprovado em 16/11/2016

\*\* Mestrando em Proteção dos Direitos Fundamentais (Universidade de Itaúna). Advogado. E-mail: ca.tomaz@uol.com.br

\*\*\* Mestre em Direito das Relações Internacionais (UNICEUB). Doutor em Direito Público (UNISINOS). Pós-Doutor em Filosofia do Direito (Universidade de Coimbra). Professor do PPGD da Universidade de Itaúna (Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais). Magistrado. E-mail: pablolanna@terra.com.br

assistance to countries with deficits in the balance of payments. The Fund's relationship with human rights is highly controversial and discussed in the academic field. Over time, the forms and mechanisms of assistance promoted by the IMF have changed dramatically. This has led to the creation of the Poverty Reduction and Growth Program, whose scope was to assist heavily indebted countries with high poverty rates. Thus, based on a hypothetical-deductive approach, the article will first analyze the assumptions of the Poverty Reduction Program and the IMF's relationship with human rights, followed by an analysis of the program in Haiti, without neglecting the historical approach, as well as the review of Haitian statistical data and planning for poverty reduction. The objective is to unveil the paradigm shift in the Fund's performance, which, without losing its financial character, is part of an action based on social issues and with concern for human rights. In conclusion, it is expected that this action may be of assistance to countries in the underdeveloped world to face financial crises, greatly aggravated by natural disasters such as Haiti.

**Keywords:** Human rights. Economical policies. Public policies. International Monetary Fund.

## 1. INTRODUÇÃO

Era 1944 e a Segunda Guerra Mundial já sinalizava seu fim; nesse panorama as grandes potências mundiais, preocupadas com a situação econômica pós-guerra, se reuniram nos Estados Unidos com intuito de estabelecer uma política cooperativa internacional. Assim surgiu o Fundo Monetário Internacional (FMI), o qual teria por objetivo a manutenção da estabilidade do câmbio, além de tentar evitar grandes disparidades econômicas entre os países. Sendo assim, a principal função do Fundo seria a de auxiliar os países com *deficit* na balança de pagamentos, estabelecendo um panorama econômico global favorável ao crescimento. Além do auxílio financeiro, o FMI, também, presta assessoria intelectual, alvo de críticas ao longo de sua história, por supostamente tentar implementar o neoliberalismo nos países que auxiliava. Porém, discutir esse tema não é o intuito do presente trabalho. O diploma gerador do Fundo chamou-se Acordo de *Bretton Woods*, o qual, também, deu origem ao Banco Mundial, responsável, sobretudo, por empréstimos para financiamento de projetos de infraes-

trutura. Tanto o Fundo quanto o banco, atualmente, são organismos especializados da Organização das Nações Unidas (ONU).

O presente artigo relacionará a atuação do FMI com a proteção dos Direitos Humanos. Tais direitos são inerentes à condição humana, sendo considerados como um mínimo a ser garantido pelos Estados. Tal fato o remete, fortemente, ao direito internacional, sendo os direitos humanos alvos de proteção por tratados e declarações ao redor do mundo. O mais importante é estabelecer que os referidos direitos são superiores à força ou à vontade das nações e das organizações internacionais. A busca por sua proteção e evolução cabe à humanidade, independentemente do sistema jurídico ou governamental a ser adotado por determinado país.

A relação do FMI com os direitos humanos não é cristalina; por se tratar de um órgão econômico. Assim, muito se critica a vocação humanitária da instituição. Ocorre que, entretanto, políticas econômicas influenciam fundamentalmente a proteção dos direitos humanos.

As modalidades de empréstimos e auxílios disponibilizados pelo Fundo mudaram muito com o passar do tempo e no que tange à sua relação com os direitos humanos, a alteração mais flagrante pode ser encontrada nos Programas de Redução da Pobreza, estes realizados em conjunto com o Banco Mundial, cujas características e formatos serão analisados adiante.

A presente pesquisa aposta numa relação entre o FMI e a proteção dos direitos humanos, de modo ainda incipiente, é bem verdade, mas já a ponto de estabelecer vínculo entre o desenvolvimento e efetividade dos direitos humanos, portanto, imprime uma análise científica à questão. Sendo assim, será utilizado para a abordagem proposta o método hipotético-dedutivo. Primeiramente pela análise teórica dos pressupostos do Programa de Redução da Pobreza e da relação do FMI com os direitos humanos, seguido pela análise do referido programa no âmbito do Haiti, com o intuito de fornecer concretude à pesquisa, fechando o ciclo proposto pelo método escolhido.

Ante a gama de países que pediram o auxílio do Fundo pela via de Programas de Redução da Pobreza, especialmente na América Latina, salta aos olhos a República do Haiti, nação que, ao longo de sua história, sofreu inúmeras intempéries e atualmente passa por mais uma, desta vez no âmbito político. São esses aspectos

que justificaram a escolha do Haiti para validar a hipótese deste artigo que é exatamente evidenciar a mudança de paradigma na atuação do Fundo que sem deixar o caráter nitidamente financista parte para uma preocupação social e questões afetas aos direitos humanos. Com base no quadro histórico e na realidade do Haiti, bem como nos dados, estatísticas e no planejamento haitiano para redução da pobreza, poderá a presente pesquisa desenvolver-se a partir do cerne da questão proposta em direção a uma conclusão que validará essa hipótese.

## 2. A RELAÇÃO ENTRE O FMI E OS DIREITOS HUMANOS

A importância dos direitos humanos e a necessidade de sua proteção são inquestionáveis. Principalmente, após o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, convencionou-se que este seria um padrão a ser seguido, uma vez que os referidos direitos derivam da própria condição humana. A aceitação e desenvolvimento dos direitos humanos se aprimoram a cada dia. Por isso, também, é importante realizar a análise aqui proposta.

O Banco Mundial e o FMI são agências especializadas da ONU, nos moldes estabelecidos pelo artigo 63 de sua carta<sup>1</sup>. Tal fato gera personalidade jurídica internacional aos organismos, além de ensejar a assunção de direitos e obrigações no âmbito do Direito Internacional. Sem dúvida, o principal objetivo do Fundo é, realmente, a mudança da realidade econômica dos países solicitantes por meio da concessão de empréstimos e pelo auxílio técnico a estes fornecido. Acreditava-se que a aqueles órgãos, ao lado da OMC, tornariam possível a paz mundial e aumentariam a qualidade de vida de todos os habitantes do planeta.<sup>2</sup>

Ocorre que a economia toca toda a sociedade, não influenciando, apenas, aspectos financeiros, mas toda a estrutura fundante de um país, inclusive social, que, por consequência, envolve os direitos humanos. Assim, os mercados garantem a efetividade dos processos produ-

tivos e a distribuição, consumo de bens e serviços. Macroeconomicamente falando, tudo isto contribui com a melhora das condições de vida. Nesse panorama há que se compatibilizar a realidade vivida pelos mais pobres e a proteção de seus direitos, sendo que estes aspectos devem orientar a tomada de decisões econômicas, uma vez que estas os afetam diretamente<sup>3</sup>.

No tocante às atividades desenvolvidas pelo Fundo, é imprescindível que este esteja atento às consequências dos projetos econômicos que patrocinam e auxiliam, respeitando e aplicando o constante na Carta das Nações. O Professor Paul Hunt vai além e estabelece que a seguinte cláusula deveria ser incorporada nas políticas do FMI: “O FMI não deverá participar de acordos financeiros que contrariem a aplicação internacional dos direitos humanos” (tradução livre)<sup>4</sup>.

É necessário considerar o desenvolvimento como um processo multifacetado, no qual o crescimento econômico e os direitos humanos estão tão interligados que um não ocorre sem o outro<sup>5</sup>. É certo afirmar que a atuação do Fundo se diferencia de acordo com a situação de cada país e em razão disso sua influência se torna maior ou menor de acordo com as necessidades e a premência por auxílio de cada um, ou seja, quanto maior a necessidade, maior a influência<sup>6</sup>.

O Professor Daniel D. Bradlow aborda a relação aqui discutida sob dois aspectos, quais sejam o operacional e o institucional. Operacionalmente, o FMI deveria compatibilizar suas políticas e as respectivas implantações com os padrões internacionalmente reconhecidos de direitos humanos. Institucionalmente, o Fundo deveria não somente buscar o desenvolvimento dos direitos humanos de seus membros, mas também adotar normas internas condizentes com a proteção dos direitos humanos<sup>7</sup>.

A previsão institucional existe parcialmente, quando se considera o art. IV sessão 3 do Convênio Constitu-

1 BRASIL. Decreto 19.841 de 26 de junho de 1945. Carta das Nações Unidas promulgada pelo Brasil em 22 de outubro de 1945. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2016.

2 VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional econômico e ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 134.

3 VAN GENUGTEN, W. J. M. et al. *Tillburg guiding principles on World Bank, IMF and human rights*. World Bank, IMF and Human Rights, 2003. p. 251.

4 VAN GENUGTEN, W. J. M. et al. *Tillburg guiding principles on World Bank, IMF and human rights*. World Bank, IMF and Human Rights, 2003. p. 255.

5 BRADLOW, Daniel D. The World Bank, the IMF, and Human Rights. *Transnational Law and contemporary problems*, v.6, n.47, p.48.

6 BRADLOW, Daniel D. The World Bank, the IMF, and Human Rights. *Transnational Law and contemporary problems*, v.6, n.47, p.50

7 BRADLOW, Daniel D. The World Bank, the IMF, and Human Rights. *Transnational Law and contemporary problems*, v.6, n.47, p. 51.



tivo do FMI, o qual prevê que o fundo deverá tomar especial cuidado com as situações sociais e políticas de seus membros<sup>8</sup>. Embora muito se possa interpretar do dispositivo citado, é seguro afirmar que diante da imensa importância dos direitos humanos o assunto poderia ter sido abordado de maneira mais abrangente.

## 2.1. Modalidades de empréstimo do fundo

As modalidades de empréstimos disponibilizadas pelo FMI mudaram muito com o passar do tempo, sofisticando-se e se adequando à realidade mundial, sobretudo pela consciência de que o crescimento é um processo complexo, que envolve diversos setores da economia, demandando assim programas mais adequados a cada situação específica.

Atualmente, o FMI divide seus empréstimos em concessionais e não concessionais. Os concessionais abrangem os Acordos Stand by, a linha de crédito flexível, a linha de crédito preventivo, o programa de financiamento ampliado e a assistência emergencial. De modo geral, esses empréstimos são destinados a países que alcançaram um maior nível de desenvolvimento, com renda média ou superior e com fundamentos econômicos e políticos mais sólidos<sup>9</sup>.

Entre os empréstimos não concessionais, os que mais se destacam são os Stand by Arrangements, cujo objetivo é a solução de problemas temporários na balança de pagamento. Segundo o FMI os desembolsos financeiros neste tipo de acordo são condicionados ao cumprimento de metas chamadas de “condicionalidades”, tendo o acordo duração de 12 a 24 meses<sup>10</sup>.

Em um lado oposto, se situam os empréstimos concessionais, estes destinados a países de baixa renda, com intuito de promover o desenvolvimento global e a redução de desigualdades, com base em instrumentos econômicos apropriados e alinhados com as necessidades de cada país.

8 FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Articles of agreement*. Washington, D.C. 2011. Disponível em: <[http://www.imf.org/wps/wcm/connect/dc2adc80484cbd079f7cbf5f4fc3f18b/Articles\\_of\\_Agreement\\_Portuguese.pdf?MOD=AJPERES](http://www.imf.org/wps/wcm/connect/dc2adc80484cbd079f7cbf5f4fc3f18b/Articles_of_Agreement_Portuguese.pdf?MOD=AJPERES)>. Acesso em: 25 jan. 2016.

9 FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Factsheet: empréstimos do FMI*. 2015. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/lang/portuguese/np/exr/facts/howlendp.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

10 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Natureza jurídica dos acordos stand-by com o FMI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.106.

Os empréstimos concessionais são divididos entre a linha de crédito ampliado, a linha de crédito stand-by e a linha de crédito rápido. De forma geral, os empréstimos concessionais surgem em um contexto que vigora desde 2010, com a criação do Programa de Crescimento e Redução da Pobreza<sup>11</sup>.

O referido programa foi desenhado especificamente para nações de baixa renda, apresentando soluções especiais para cada situação apresentada, com o intuito de aproximação da realidade dos países solicitantes, o que por consequência permitiria resultados mais satisfatórios na atuação do organismo internacional. Os países que recorrem a esse auxílio submetem seus programas, que são formulados com o auxílio do Fundo, especificando o montante necessário para a implementação do mesmo.

Atualmente, o Programa de Crescimento e Redução da Pobreza foi substituído pela Linha de Crédito Ampliado, que reserva grandes semelhanças com o antigo programa, tendo se modificado em razão do desenvolvimento do mesmo e pelas necessidades advindas de sua aplicação prática. A referida linha de crédito, também, visa auxiliar países com problemas crônicos na balança de pagamento e tem duração máxima de 10 anos.

A substituição supracitada é recente. Programas como estes demandam tempo para serem aplicados. Assim, permanece a necessidade de análise do Programa de Crescimento e Redução da Pobreza, posto que pelo período em que era oferecido foi utilizado por muitos países.

## 3. O PROGRAMA DE CRESCIMENTO E REDUÇÃO DA POBREZA

Em dezembro de 1999, o FMI e o Banco Mundial aprovaram uma nova forma de enfrentar a pobreza em escala global e neste panorama surgiu o Programa de Crescimento e Redução da Pobreza. Os princípios regentes do referido programa são: diretrizes direcionadas aos países solicitantes, foco no resultado, perspectiva abrangente e de longo prazo<sup>12</sup>.

11 Tradução livre do Inglês: Poverty Reduction and Growth Facility (PRGF).

12 FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Review of the poverty reduction strategy Paper (PRSP) approach: early experience with interim PRSP's and full PRSP's*. Washington, D.C. 2002. p. 5.

Entre outros motivos, a razão da criação do programa e a elaboração de suas diretrizes e princípios se deram pela compreensão de que o crescimento e o desenvolvimento de um país dependem da participação de toda a sociedade. O referido programa envolve uma complexa dinâmica em que o país solicitante elabora um Documento de Estratégia para a Redução da Pobreza (DERP), por meio do qual será construído o programa inicialmente citado.

O DERP conterà alguns elementos básicos, quais sejam: as limitações ao crescimento e redução da pobreza, ações públicas para ultrapassar estas limitações, indicadores em que os resultados serão monitorados e descrição do processo consultivo mediante o qual a estratégia foi formulada<sup>13</sup>.

O DERP deve ser elaborado, primeiramente, com base na compreensão das especificidades da pobreza, passando pela escolha dos objetivos, a definição de estratégias, a formulação de políticas e por fim o monitoramento dos resultados<sup>14</sup>.

Os referidos elementos foram elaborados em razão de sua própria fundamentação. Em geral, o objetivo é aumentar o diálogo do governo com todos os setores da sociedade e criar um sentimento de comunhão entre os cidadãos. Tudo isto em razão do fato de que um programa de crescimento somente alcançará seu potencial quando todos colaborarem para seu sucesso, elevando também a participação da sociedade na formulação das políticas.

### 3.1. As dimensões da pobreza

Em relatório formulado pelo Banco Mundial foi constatado que a pobreza é um fenômeno multidimensional, ultrapassando, apenas, os baixos níveis de renda. Diante disso a pesquisa realizada detectou quatro elementos constantes nos diferentes níveis e realidades da pobreza.

Primeiramente, a falta de oportunidade; os baixos níveis de renda, geralmente, estão associados ao nível e à distribuição de ativos, sejam eles emprego, terra ou capital humano, bem como as oportunidades que permitem o retorno dos referidos ativos.

Em segundo lugar as baixas capacidades; em grupos socioeconômicos mais baixos pouca ou nenhuma mudança foi detectada nos níveis de saúde e educação.

Em terceiro lugar, o baixo nível de segurança; esta percebido em um sentido econômico, no qual os riscos aos choques de renda e a brusca queda nos rendimentos financeiros ocorrem com facilidade.

Em quarto lugar, a participação; de modo geral, as pessoas de baixa renda possuem pouco ou nenhum acesso a mecanismos que os permitam influenciar os órgãos públicos na alocação de recursos ou escolha de políticas públicas<sup>15</sup>.

A consideração da pobreza como um fenômeno multidimensional não aumenta o número de pessoas consideradas pobres, mas, apenas, constata que os pobres sofrem múltiplas privações<sup>16</sup>, as quais colaboram com a manutenção da situação socioeconômica daquelas pessoas.

### 3.2. A implementação do programa de crescimento e redução da pobreza

Como mencionado, o Programa de Crescimento e Redução da Pobreza, para sua total implantação, demanda um longo e complexo processo. Primeiramente, o país solicitante deverá confeccionar um Programa interino, o qual demanda poucos requisitos, porém em razão de sua complexidade pode demorar até um ano para ser feito<sup>17</sup>. O plano interino foi criado para ser um documento menor, a ser construído com o auxílio de uma equipe especialmente designada pelo Fundo, contando, também, com o auxílio de outros consultores externos.

Em geral o plano interino deve descrever a situação atual da pobreza no país, bem como a existência de outros programas de combate à pobreza. Deve conter, também, os planos para implementação do plano completo, inclusive os processos participativos da sociedade, e por fim a identificação das políticas a serem implementadas, seus indicadores e sistema de monitoramento<sup>18</sup>.

13 BANCO MUNDIAL. *Visão preliminar do PRSP*. Washington, D.C. 2002. p. 2.

14 BANCO MUNDIAL. *Visão preliminar do PRSP*. Washington, D.C. 2002. p. 7.

15 BANCO MUNDIAL. *Visão preliminar do PRSP*. Washington, D.C. 2002. p. 3.

16 BANCO MUNDIAL. *Visão preliminar do PRSP*. Washington, D.C. 2002. p. 3.

17 FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Review of the poverty reduction strategy Paper (PRSP) approach: early experience with interim PRSP's and full PRSP's*. Washington, D.C. 2002. p. 9.

18 FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Review of the poverty reduction strategy Paper (PRSP) approach: early experience with in-*

Com o término da elaboração do plano interino, o país passará à confecção do plano pleno de crescimento e redução da pobreza. Este, por sua vez, é muito mais complexo e abrangente, devendo conter a atual situação do país, os objetivos do programa, as formas para alcançá-los e os indicativos que permitam verificar a real aproximação desses objetivos. A partir disso deverão ser promovidas políticas públicas que visem à redução das dimensões da pobreza supracitadas.

Como a implantação do programa surge mais responsabilidades para os solicitantes, com base nos indicativos escolhidos e a cada ano deverá ser realizado um relatório. O mesmo será apresentado para o Fundo, com o andamento dos projetos, as dificuldades e a evolução do crescimento e redução da pobreza; a partir disso será possível avaliar o quão bem-sucedido foi o plano e o que poderia ser melhorado.

### 3.3. Críticas ao modelo de redução da pobreza

A primeira crítica feita ao modelo de redução da pobreza patrocinado pelo FMI é a de que todo processo é baseado apenas em resultados e não em maneiras e formas de se enfrentar o problema. Segundo Jim Levinsohn, existe um risco de que as pessoas envolvidas no plano tentem escapar da pergunta fundamental: “como estas políticas afetam os mais pobres?”, partindo para uma resposta simplista, na qual se estabelece que crescimento econômico é bom para os pobres, uma vez que qualquer crescimento os atingirá positivamente<sup>19</sup>. Ocorre que o combate à pobreza envolve uma busca muito mais complexa que o mero crescimento econômico, uma vez que se considera a pobreza como um fenômeno multifacetado. Sendo assim, o viés econômico é insuficiente para cobrir todas as bases do problema.

Outra crítica é destinada ao processo de formação dos planos. Tendo em vista os países aos quais se destina o Plano de Crescimento e Redução da Pobreza (PCRP), muitas vezes os governos não possuem mão de obra qualificada ou o conhecimento necessário para a construção de um complexo plano como o aqui referido. Ante a premência da situação e a impossibilidade de lidar sozinho com a confecção do plano, os governantes

optam por se utilizar dos recursos intelectuais do Fundo para tal<sup>20</sup>.

O grande problema é que o PCRP foi idealizado com o intuito de sua formação estar intimamente ligada aos desejos do governo, da população e da sociedade de forma geral. Utilizar uma visão externa e alheia às realidades do país desvirtuaria os objetivos do plano e comprometeria seu resultado final. Ante esse problema, surge outra questão, os benefícios alcançados com a implementação do plano superam os custos administrativos?<sup>21</sup> A busca pela redução da pobreza não deve se pautar apenas em dados financeiros ou econômicos, todavia é necessário avaliar certos pontos do plano para evitar distorções como a explicitada.

Outra crítica é ressaltada no estudo de Jim Levinsohn, a qual estabelece que a suposta luta pela pobreza na verdade teria por objetivo abrir as fronteiras do país solicitante, tanto para o livre mercado quanto para agentes externos<sup>22</sup>. Muito embora o pesquisador fundamente sua crítica é necessário ser cauteloso ao realizar este tipo de afirmação, uma vez que se corre o risco de abraçar velhos argumentos relacionados ao Fundo, os quais podem não coincidir com a realidade. A aplicabilidade do argumento aqui elencado poderá ser melhor visualizada na análise do PCRP do Haiti, que será realizada no tópico seguinte.

O próximo tópico abordará um pouco da história do Haiti, bem como sua situação geográfica e demográfica, passando então para seu processo de implantação do PCRP, a fim de concretizar os argumentos até então estabelecidos e fornecer maior substrato ao presente artigo.

## 4. A REPÚBLICA DO HAITI E A IMPLEMENTAÇÃO DO PLANO DE CRESCIMENTO E REDUÇÃO DA POBREZA

Antes da análise do processo de implementação do plano, é necessário conhecer um pouco mais do país

terim PRSP's and full PRSP's. Washington, D.C. 2002. p. 10.

19 LEVINSOHN, Jim. *The World Bank's poverty reduction strategy paper approach: good marketing or good policy*. Ann Arbor: University of Michigan. 2002. p. 4.

20 LEVINSOHN, Jim. *The World Bank's poverty reduction strategy paper approach: good marketing or good policy*. Ann Arbor: University of Michigan. 2002. p. 6.

21 LEVINSOHN, Jim. *The World Bank's poverty reduction strategy paper approach: good marketing or good policy*. Ann Arbor: University of Michigan. 2002. p. 1.

22 LEVINSOHN, Jim. *The World Bank's poverty reduction strategy paper approach: good marketing or good policy*. Ann Arbor: University of Michigan. 2002. p. 14.



que será estudado. O Haiti é a segunda maior ilha do Caribe e está a 77 km a sudeste de Cuba. Sua população é composta majoritariamente por afrodescendentes, a religião predominante é a católica. A população, em 2012, alcançava quase dez milhões de habitantes, tratando-se de uma sociedade eminentemente jovem, em que mais de 64% das pessoas possuem entre 15 e 64 anos de idade. A média de vida é, extremamente, baixa, nos homens de 21.6 anos e nas mulheres de 21.4 anos e tal fato se dá por uma série de motivos, sobretudo pela alta mortalidade infantil<sup>23</sup>.

Ante tão poucos dados, já é possível verificar o quão grave é a situação do país, razão pela qual buscou auxílio do FMI e outros organismos internacionais. Passa-se, agora, à análise do Plano propriamente dito e suas fases de implantação.

#### 4.1. O plano interino de crescimento e redução da pobreza

Em Setembro de 2006 o Haiti apresentou seu programa interino de crescimento e redução da pobreza, intitulado *“A window of opportunity for Haiti”*. O projeto enuncia que, embora a luta contra a pobreza tenha sido diversas vezes considerada como prioridade, pela primeira vez, o fenômeno foi considerado e abordado de forma sistemática<sup>24</sup>.

O país em questão é considerado o mais pobre do ocidente, onde mais de 50% da população vive com menos de um dólar por dia por pessoa<sup>25</sup>. A fim de combater os baixos índices de desenvolvimento, estes intimamente ligados aos direitos humanos, foi adotada uma política macroeconômica de médio prazo. Tal política se baseia em três pilares: estabilidade macroeconômica, alvos para redução da pobreza e criação de condições que permitam a continuidade do crescimento dirigido pela iniciativa privada.

23 EMBASSY OF THE REPUBLIC OF HAITI. *Haiti at a glance*. Washington, D.C. 2012. Available in: <<http://www.haiti.org/index.php/economic-xm-affairs-xm/26-the-embassy/content/121-haiti-at-a-glance>>. Access in: 02 fev. 2016.

24 REPUBLIC OF HAITI. *A window of opportunity for Haiti: interim poverty reduction strategy paper*. 2006. p. 5. Available in: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2006/cr06411.pdf>>. Access in: 02 fev. 2016.

25 REPUBLIC OF HAITI. *A window of opportunity for Haiti: interim poverty reduction strategy paper*. 2006. p. 11. Available in: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2006/cr06411.pdf>>. Access in: 02 fev. 2016.

Os referidos pilares deveriam alcançar, em um curto prazo, corajosos índices como: crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) em 4% ao ano até 2014, inflação inferior a 10% e melhora do acesso a serviços sociais básicos<sup>26</sup>. O caminho para se alcançar tais objetivos dependeria da implantação de uma sólida política aliada ao esforço conjunto de todos os setores da economia.

#### 4.2 Setores prioritários para a redução da pobreza

Tendo em vista tratar-se de um programa crescimento e redução da pobreza, foi dada prioridade a algumas áreas estratégicas, as quais possuem grande potencial de desenvolvimento e redução da marginalização dos cidadãos e desigualdades sociais. Assim, foram destacados cinco setores, quais sejam: agricultura, indústria, estradas e meio ambiente.

##### 4.2.1. Agricultura

A agricultura é um dos principais tópicos na luta pela redução da pobreza. Em primeiro lugar é necessário ressaltar que se trata de um país com *deficit* na balança de pagamentos, grandes volumes de importação em todos os setores, inclusive o alimentício<sup>27</sup>. Sendo assim é de fundamental importância garantir a segurança alimentar da população haitiana, que será alcançada com grandes investimentos na agricultura. A situação econômica e social de camponeses e fazendeiros também gerou a necessidade de maior atenção, pois historicamente carregam elevados índices de pobreza e subdesenvolvimento em relação à população urbana.

A fim de atacar as referidas frentes buscou-se modernizar toda a estrutura agrária, com vistas ao crescimento da produção. Para tanto foi aumentado e facilitado o crédito rural, além da reabilitação de antigas estruturas de agricultura, bem como o aumento da segurança e proteção da propriedade privada. Produtos com maior índice de lucro e maior demanda de exportação foram

26 REPUBLIC OF HAITI. *A window of opportunity for Haiti: interim poverty reduction strategy paper*. 2006. p. 12. Available in: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2006/cr06411.pdf>>. Access in: 02 fev. 2016.

27 REPUBLIC OF HAITI. *A window of opportunity for Haiti: interim poverty reduction strategy paper*. 2006. p. 23. Available in: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2006/cr06411.pdf>>. Access in: 02 fev. 2016.

priorizados, tudo a fim de melhorar a capacidade competitiva do país e reduzir o crônico *deficit* na balança de pagamentos. Durante o período de implantação do plano interino esperou-se a criação de 80.000 novos hectares de plantações pelo país<sup>28</sup>.

#### 4.2.2. Indústria

O setor industrial também carrega grande importância no desenvolvimento de um país. Primeiramente pela alta capacidade na geração de empregos e também pelas possibilidades de exportação dos produtos produzidos. Em 2006 a indústria têxtil haitiana empregava mais de quinze mil pessoas.

Problemas sociais e estruturais impedem o crescimento da indústria no país. A mão de obra qualificada é pequena, não existia fomento governamental e, além disso, não havia infraestrutura para escoamento da produção.

A fim de combater os referidos problemas, o governo investiria na infraestrutura do país e criaria zonas industriais na região metropolitana da capital Porto Príncipe, tudo isso em parceria com a iniciativa privada.

#### 4.2.3. Estradas

Como referido anteriormente, a criação de indústrias e o aumento da produção, sozinhos, não são capazes de ensejar o crescimento econômico. Faz-se necessária a existência de uma infraestrutura que permita a vazão dos produtos e a transferência entre os agentes econômicos.

No Haiti, em 2006, apenas 5% de todas as estradas estavam em boas condições e 15% eram consideradas medianas. Sendo assim um das principais atuações do governo no setor seria a criação de novas estradas e a reabilitação de antigas. Tal investimento não só melhoraria a infraestrutura, mas também criaria milhares de empregos. O objetivo seria a construção/reabilitação de 1.600 km de estradas rurais e 1.200 km de estradas intermunicipais<sup>29</sup>

#### 4.2.4. Meio ambiente

Seja por falta de conhecimento ou estrutura, a pobreza influencia, negativamente, a proteção do meio ambiente. Sendo assim o aumento na proteção de um dos fatores por consequência aumentará o outro. O crescimento desordenado e a grande densidade populacional de algumas cidades do Haiti fez com que o meio ambiente sofresse muito no país. Os problemas são os mais variados, sobretudo em relação ao tratamento de resíduos sólidos e esgoto, bem como na provisão de água potável aos cidadãos.

O governo haitiano na confecção do plano salientou como prioridades a limpeza das cidades, bem como o recolhimento de lixo e sua reciclagem. Além disso, a estrutura ambiental legal se tornaria mais severa, incluindo planos de ação e punição relacionada à preservação do ambiente para gerações futuras<sup>30</sup>.

Assim, se finda a análise dos principais tópicos do plano interino de crescimento e redução da pobreza no Haiti. É importante ressaltar que se trata de uma etapa preparatória, a qual poderá ser remodelada na confecção da etapa seguinte. Passa-se, agora, à análise do Plano Pleno de Crescimento e Redução da Pobreza

### 4.3. Análise do plano pleno de crescimento e redução da pobreza (PPCRP)

Em Novembro de 2007, a República do Haiti apresentou seu Plano Pleno de Crescimento e Redução da Pobreza (PPCRP), o qual previa a implementação de duas grandes fases, tudo a fim de reduzir a pobreza e elevar o crescimento econômico do país.

A primeira fase englobaria o período de 2007 a 2010, contendo em seu corpo os seguintes tópicos: Manutenção do panorama macroeconômico, construído através de um sólido gerenciamento econômico e acompanhado de uma política fiscal e monetária, tudo a fim de reduzir os descompassos internos e externos. Em segundo lugar, a modernização da agricultura, acompanhada de sólidos investimentos em infraestrutura, melhora no

28 REPUBLIC OF HAITI. *A window of opportunity for Haiti: interim poverty reduction strategy paper*. 2006. p. 25. Available in: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2006/cr06411.pdf>>. Access in: 02 fev. 2016.

29 REPUBLIC OF HAITI. *A window of opportunity for Haiti: interim poverty reduction strategy paper*. 2006. p. 26. Available in:

<<https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2006/cr06411.pdf>>. Access in: 02 fev. 2016.

30 REPUBLIC OF HAITI. *A window of opportunity for Haiti: interim poverty reduction strategy paper*. 2006. p. 28. Available in: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2006/cr06411.pdf>>. Access in: 02 fev. 2016.

suprimento de energia elétrica e desenvolvimento dos serviços de telecomunicações<sup>31</sup>.

A segunda fase compreende o período de 2010 a 2015, na qual os esforços seriam direcionados à aceleração do crescimento e controle sobre o desenvolvimento social, os quais seriam alcançados pela redução da pobreza humana e monetária. Os setores econômicos mais promissores e tendentes à exportação seriam incentivados, tendo o panorama macroeconômico desenhado em sua direção. O Banco Central focaria a partir dessa fase no crescimento e econômico e na criação de empregos, não somente na manutenção de baixos índices inflacionários<sup>32</sup>.

O referido panorama macroeconômico representa a estabilidade como ferramenta primordial para o crescimento, uma vez que altas taxas de inflação reduzem o poder de compra dos salários, aumentando, por consequência, os níveis de pobreza. Foi necessário também estabelecer uma sólida formação dos fundamentos econômicos, além da melhora na alocação de recursos públicos. A fim de implementar os programas propostos, o Haiti solicitou ao FMI um empréstimo de aproximadamente quatro bilhões de dólares<sup>33</sup>.

Nesse cenário foram elaborados três pilares a serem desenvolvidos e abordados ao longo do PPCRP, quais sejam: vetores de crescimento, desenvolvimento humano e governança democrática. Os referidos pilares se subdividem e se refinam, o tópico seguinte analisará detalhadamente cada um deles. É importante ressaltar que o presente artigo não esgotará o conteúdo dos programas em tela, destacando apenas os pontos principais e correlatos ao objeto da pesquisa.

#### 4.3.1. Primeiro pilar: vetores de crescimento

Os vetores de crescimento se subdividem, principalmente, em: agricultura e desenvolvimento rural, infraes-

trutura, integração regional e desenvolvimento econômico nacional.

O interesse e o investimento no setor agrário permeiam todo o plano, pois são considerados como uma das mais promissoras saídas para o problema enfrentado. Os investimentos e programas permitiriam uma aproximação da celeuma pelo viés econômico e social. O sistema a ser adotado contém diversos componentes, os quais permitem a existência simultânea de pequenos, médios e grandes fazendeiros.

Faticamente, seriam objetivados: a promoção da agricultura sustentável e gerenciamento da terra, o que melhoraria a produção agrícola e evitaria o abandono de propriedades. A revitalização da produção agrícola, por meio da capitalização das fazendas e pela melhora no oferecimento de alimentos básicos. A modernização das estruturas rurais, através da intervenção estatal, que garantiria melhor infraestrutura, tanto nas estradas quando no armazenamento de água, O financiamento agrícola, a ser introduzido e fomentado pelo governo, com fins de aumentar os investimentos no setor e cobrir as necessidades básicas dos camponeses. O crédito seria destinado principalmente a pequenos fazendeiros e suas famílias<sup>34</sup>.

A infraestrutura, também, representa um ponto fundamental na perseguição dos objetivos aqui traçados. No setor de transportes o objetivo seria de retomar o controle dos transportes urbanos e interurbanos, aumentando assim a acessibilidade dos transportes. Integrar a infraestrutura de transportes às rotas econômicas. Além disso, promover-se-ia o crescimento equilibrado de todo o país, elevando as qualidades das metrópoles regionais. Importante também integrar o Haiti com o Caribe e o comércio internacional, investindo na criação e melhora de portos, aeroportos e estradas<sup>35</sup>.

O setor de energia elétrica, também, mereceu atenção, primeiramente pela precária estrutura das redes elétricas e pela incapacidade de prover energia continuamente a toda população. Seriam revistos e remodelados todos os contratos de fornecimento de energia e o esta-

31 REPUBLIC OF HAITI. *Growth and poverty reduction strategy paper*. 2007. p. 9. Available in: <<http://siteresources.worldbank.org/INTHAITIINFRENCH/Resources/HaitiDSNCRPEnglish.pdf>>. Access in: 03 fev. 2016.

32 REPUBLIC OF HAITI. *Growth and poverty reduction strategy paper*. 2007. p. 10. Available in: <<http://siteresources.worldbank.org/INTHAITIINFRENCH/Resources/HaitiDSNCRPEnglish.pdf>>. Access in: 03 fev. 2016.

33 REPUBLIC OF HAITI. *Growth and poverty reduction strategy paper*. 2007. p. 13. Available in: <<http://siteresources.worldbank.org/INTHAITIINFRENCH/Resources/HaitiDSNCRPEnglish.pdf>>. Access in: 03 fev. 2016.

34 REPUBLIC OF HAITI. *Growth and poverty reduction strategy paper*. 2007. p. 31. Available in: <<http://siteresources.worldbank.org/INTHAITIINFRENCH/Resources/HaitiDSNCRPEnglish.pdf>>. Access in: 03 fev. 2016.

35 REPUBLIC OF HAITI. *Growth and poverty reduction strategy paper*. 2007. p. 35. Available in: <<http://siteresources.worldbank.org/INTHAITIINFRENCH/Resources/HaitiDSNCRPEnglish.pdf>>. Access in: 03 fev. 2016.



belecimento de uma balança de preços que levasse em conta os investimentos realizados, permitindo o retorno das quantias despendidas. Outras medidas: subsídio estatal das faturas de famílias de baixa renda, aumento da rede de fornecimento, melhora na produtividade e erradicação do desperdício de recursos<sup>36</sup>.

#### 4.3.2. Segundo pilar: desenvolvimento humano

O presente pilar tem por prioridade os serviços sociais básicos, de fundamental importância para o desenvolvimento social e econômico do país e se subdividem principalmente em: educação, saúde, água potável e serviços sanitários.

A educação deve ser peça basilar no desenvolvimento de qualquer sociedade, o conhecimento é uma ferramenta que aumenta os horizontes das pessoas e de inúmeras maneiras permite o desenvolvimento de uma nação. Atentos ao panorama educacional foram delimitadas algumas frentes de atuação.

É importante a redução das disparidades existentes entre o ensino urbano e rural, principalmente pelo aumento do número de estudantes nas áreas rurais e pelo investimento na infraestrutura dessas escolas. Introduzir uma educação básica de qualidade, especialmente capacitada para atender também adultos e idosos. Melhorar a qualidade técnica e pedagógica dos professores e gestores, além de aumentar os números de vagas disponíveis na rede pública em todas as grades<sup>37</sup>.

A saúde, também, obteve especial atenção na confecção do plano, sobretudo pela situação do país e seus altos índices de mortalidade infantil, pela péssima qualidade da saúde gestacional e pela pandemia de doenças como: HIV/AIDS, Malária e Tuberculose.

Assim seria revitalizada e expandida toda a estrutura hospitalar e clínica do país, além de melhorando e aumentando os atendimentos nas Unidades de Saúde. Seria dada prioridade a doenças crônicas e recorrentes no Haiti, tanto pela prevenção e informação quanto pelo

tratamento, sempre apoiado no trabalho multidisciplinar de equipe de saúde. As políticas de acesso a medicamentos seriam reformuladas, melhorando o suprimento e distribuição, acompanhado de um rígido controle de qualidade e subsídio dos preços. A equipe de saúde seria reformulada, primeiramente pela contratação e ampliação dos quadros, segundo pela melhora no gerenciamento e treinamento dos profissionais<sup>38</sup>.

O acesso e a qualidade da água potável, bem como o tratamento e recolhimento de resíduos representam dois dos mais básicos requisitos e necessidades inerentes à qualidade e dignidade humana. O precário sistema haitiano necessariamente teria de ser melhorado, sobretudo pela premente necessidade dos destinatários e por se tratar de um assunto tão básico. Muitas das doenças e causas de morte derivam da baixa qualidade da água e da precariedade de seu fornecimento, sendo assim o enfrentamento do problema deveria englobar várias áreas.

Em nível institucional, seriam trocados os órgãos e empresas responsáveis pela regulação e fornecimento de água. Economicamente, assim como no setor de energia, seria estabelecida uma balança a fim de recuperar os investimentos realizados, permitindo, também, o apoio financeiro a famílias de baixa renda. Socialmente se investiria no fornecimento de água a camponeses e fazendeiros, além de uma prática tarifária condizente com a realidade destes<sup>39</sup>.

#### 4.3.3. Terceiro pilar: governança democrática

Esse pilar privilegiaria a justiça e a segurança, sendo que o projeto de redução da pobreza apoiado pelo FMI tem como um de seus principais fundamentos a participação popular, por pressupor que somente com atenção à realidade se poderia fomentar o crescimento do país e reduzir a pobreza. Assim, se incluiu a justiça e a segurança como tópicos fundamentais para alcançar os anseios da população e permitir uma atuação condizente com a realidade vivida no país.

O Poder Judiciário no Haiti sofre de problemas estruturais e logísticos, a corrupção permeia todos os

36 REPUBLIC OF HAITI. *Growth and poverty reduction strategy paper*. 2007. p. 36. Available in: <<http://siteresources.worldbank.org/INTHAITIINFRENCH/Resources/HaitiDSNCRPEnglish.pdf>>. Access in: 03 fev. 2016.

37 REPUBLIC OF HAITI. *Growth and poverty reduction strategy paper*. 2007. p. 38. Available in: <<http://siteresources.worldbank.org/INTHAITIINFRENCH/Resources/HaitiDSNCRPEnglish.pdf>>. Access in: 03 fev. 2016.

38 REPUBLIC OF HAITI. *Growth and poverty reduction strategy paper*. 2007. p. 46. Available in: <<http://siteresources.worldbank.org/INTHAITIINFRENCH/Resources/HaitiDSNCRPEnglish.pdf>>. Access in: 03 fev. 2016.

39 REPUBLIC OF HAITI. *Growth and poverty reduction strategy paper*. 2007. p. 47. Available in: <<http://siteresources.worldbank.org/INTHAITIINFRENCH/Resources/HaitiDSNCRPEnglish.pdf>>. Access in: 03 fev. 2016.

setores, desde o carcerário até a magistratura, a impunidade e represálias afugentam os cidadãos, o desconhecimento de direitos e deveres é enorme, os mais pobres e necessitados têm reduzido acesso à jurisdição e as investigações são extremamente lentas. Todo esse panorama gerou um clima de descrença no Poder Judiciário, influenciando negativamente sua atuação e efetividade.

Nesse sentido seria melhorado o acesso aos tribunais, o sistema carcerário seria reabilitado, a legislação seria modernizada, toda mão de obra seria treinada e toda a infraestrutura judiciária seria reformada e modernizada.

Em relação à segurança, seria aumentada a presença policial em áreas especialmente necessitadas, seria estabelecido um cordão de segurança em áreas de risco, adoção de novas táticas de combate ao tráfico e crime organizado, treinamento e ampliação de unidades especiais e o estreitamento do relacionamento entre polícias e cidadãos<sup>40</sup>.

Estes foram os principais pontos abordados no Plano Pleno de Crescimento e Redução da Pobreza. O tópico seguinte analisará a segunda atualização da implantação do programa apresentada pelo Haiti pelo e a referida análise permitirá a verificação de eficácia das medidas e projetos desenhados Haiti em conjunto com o FMI.

#### **4.4. Atualização da implantação do plano pleno de crescimento e redução da pobreza**

Ocorre que, infelizmente, em 2010 o país sofreu uma enorme tragédia causada por um terremoto. Os danos foram catastróficos e mais de um milhão e meio de habitantes foram diretamente atingidos, sendo que cerca de trezentos mil morreram na ocasião. Cento e cinco mil casas foram destruídas, mais de mil e trezentas escolas foram devastadas e cinquenta hospitais e unidades de saúde foram inutilizados. Economicamente, os danos foram igualmente alarmantes, o prejuízo financeiro gerado pelo terremoto correspondeu a 120% de todo o PIB de 2009, quase oito bilhões de dólares<sup>41</sup>.

40 REPUBLIC OF HAITI. *Growth and poverty reduction strategy paper*. 2007. p. 9. Available in: <<http://siteresources.worldbank.org/INTHAITIINFRENCH/Resources/HaitiDSNCRPEnglish.pdf>>. Access in: 03 fev. 2016.

41 REPUBLIC OF HAITI. *Haiti action plan for recovery and development*. 2010. Available in: <[https://www.kirkensnodhjelp.no/contentassets/ee77fa84ec654fb2a01ac3ea8f72bd98/haiti\\_action\\_plan\\_eng.pdf](https://www.kirkensnodhjelp.no/contentassets/ee77fa84ec654fb2a01ac3ea8f72bd98/haiti_action_plan_eng.pdf)>.

A referida situação afetou brutalmente os planos de desenvolvimento do país, obrigando o governo haitiano a buscar alternativas para sua reconstrução. Nesse panorama seria necessário adotar um planejamento de longo termo, a fim de recuperar todo o retrocesso trazido pelo desastre natural. Assim foi desenhado o “Haiti Action Plan for Recovery and Development”, plano este que se traduz em uma estratégia de longo prazo, a fim de transformar o Haiti em um país emergente até o ano de 2032. O plano foi lançado em 2010, cobrindo um período de vinte anos, cujo desenvolvimento seria alinhado com o PPCRP anteriormente elaborado<sup>42</sup>.

Os próximos tópicos analisarão os resultados alcançados dentro dos pilares anteriormente salientados, a fim de verificar os dados e conquistas do Plano.

#### **4.4.1. Pilar um: vetores de crescimento**

Muitos investimentos foram realizados na agricultura, entre outros, a instalação de novas estruturas de irrigação, capitalização de associações de agricultores e concessão de ferramentas para manejo da terra. Além disso, cento e vinte mil toneladas de fertilizantes, seis mil toneladas de grãos de feijão, mil e quinhentas toneladas de grãos de milho e oitocentas toneladas de sorgo foram fornecidas com preço subsidiado a fazendeiros do país. Os grãos e insumos permitiram o plantio de vinte mil hectares de terra, gerando uma produção dobrada de milho e feijão em relação a safras passadas. A produção recorde permitiu um melhor fornecimento de alimentos à população no período pós terremoto.

Com relação à infraestrutura, foram reabilitados duzentos e quarenta quilômetros de estradas nacionais, além de vinte e cinco por cento das estradas suplementares. Cento e três quilômetros de novas estradas foram construídos e cinco novas pontes foram criadas.

No setor de energia elétrica os investimentos permitiram a reabilitação de seis usinas elétricas e três usinas movidas a óleo foram instaladas. Tudo isso gerou um aumento de quarenta e três por cento na capacidade de produção de energia no país<sup>43</sup>.

eng.pdf>. Access in: 03 fev. 2016.

42 REPUBLIC OF HAITI. *Haiti action plan for recovery and development*. 2010. Available in: <[https://www.kirkensnodhjelp.no/contentassets/ee77fa84ec654fb2a01ac3ea8f72bd98/haiti\\_action\\_plan\\_eng.pdf](https://www.kirkensnodhjelp.no/contentassets/ee77fa84ec654fb2a01ac3ea8f72bd98/haiti_action_plan_eng.pdf)>. Access in: 03 fev. 2016.

43 REPUBLIC OF HAITI. *Final report on the implementation of the first national growth and poverty reduction strategy paper*. 2008-2010. p. 52.

#### 4.4.2. Pilar dois: desenvolvimento humano

O setor educacional recebeu investimentos e projetos tanto na melhora do acesso à educação quanto na qualidade do ensino. Cento e quarenta mil novas crianças foram recebidas nos primeiros anos de escola, setenta e cinco escolas foram reconstruídas e foi iniciada a construção de cinquenta novas escolas secundárias. Dois mil e trezentos professores receberam cursos de atualização e dez escritórios de inspeção escolar foram construídos, além de dez mil *laptops* que foram distribuídos a alunos e professores.

Na saúde foi incentivada e disseminada a importância das consultas pré-natais, principalmente pelo treinamento de toda a equipe de saúde relacionada ao tema. Trinta e três centros de saúde foram reabilitados e doze construídos. A redução da transmissão do HIV/AIDS da gestante para o filho foi reduzida em cinco por cento. Sessenta e um postos de distribuição de contraceptivos foram implantados no período.

O tratamento de resíduos e a distribuição de água potável receberam diversos investimentos. Primeiramente pela criação de um diretório responsável pela fiscalização do setor, além da recuperação e da construção de melhor infraestrutura dos mesmos<sup>44</sup>.

#### 4.4.3. Terceiro pilar: governança democrática

O acesso à justiça foi ampliado, inicialmente pela criação de complexos judiciários, munidos de magistrados treinados e consolidados. A infraestrutura dos presídios foi reformada e duas novas prisões foram construídas. A presença policial foi asseverada, além de ter sido equipada com modernos itens e treinamentos. Os casos de corrupção interna e fraude foram reduzidos em setenta por cento<sup>45</sup>.

---

(cópia impressa).

44 REPUBLIC OF HAITI. *Final report on the implementation of the first national growth and poverty reduction strategy paper: 2008-2010*. p. 57-60. (cópia impressa).

45 REPUBLIC OF HAITI. *Final report on the implementation of the first national growth and poverty reduction strategy paper: 2008-2010*. p. 62. (cópia impressa).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A primeira conclusão que se chega ao analisar toda a trajetória do Haiti, em seu relacionamento com o FMI, é a de quão distante está a consolidação dos direitos humanos no País. Enquanto se discutem os direitos comunicativos e o acesso à internet como direitos humanos, o Haiti luta para fornecer água potável a seus moradores.

Sendo assim, somente um plano abrangente e bem formulado poderia trazer à tona o País, permitindo seu crescimento econômico e a consolidação dos direitos humanos.

Ainda que indiretamente, o FMI auxiliou no desenho das políticas públicas a serem implantadas no decorrer do plano. Em se tratando de crescimento e redução da pobreza, inevitavelmente deveriam ser investidos esforços na consolidação dos direitos humanos. E isso aconteceu, ainda que não de forma integralmente satisfatória, pois a grande maioria das políticas e instrumentos explanados no presente artigo guardam íntima relação com a efetividade dos direitos humanos. E isso, inequivocamente, revela uma atuação, ainda que não projetada no nível desejável, de preocupação dos direitos humanos da parte do Fundo.

O louvável esforço do País em adotar um complicado plano deve ser exaltado, porém alguns detalhes merecem ser iluminados. Primeiramente, na confecção do plano, o qual ainda que contenha um amplo panorama da pobreza e dos projetos a serem implantados, por vezes se mostra confuso, impedindo uma clara concepção do que se pretende fazer. Tal fato nos remete à crítica anteriormente feita, na qual se faz necessário o auxílio de profissionais altamente capacitados para sua formulação, auxílio este que pode deturpar as necessidades do País já que sua construção demanda um conhecimento concreto das realidades. Essa situação poderia ser resolvida com uma mudança na burocracia exigida pelo Fundo.

Grande parte dos países se utiliza do apoio técnico do Fundo na elaboração do plano e das políticas. Tendo em vista as características intrínsecas do Fundo é possível perceber sua intervenção em alguns pontos da análise direcionando matérias para o âmbito de uma eficiência econômica.

Com efeito, observe-se, à guisa de exemplo, que, na agricultura, não obstante se objetivasse o alcance da se-



gurança alimentar, foi dada prioridade a alimentos com maior capacidade de exportação. Em diversos pontos, é ressaltada a necessidade da participação da iniciativa privada na implantação dos projetos. Em vários momentos, se exalta a necessidade de tornar o Haiti em um país competitivo internacionalmente, principalmente pela abertura das fronteiras econômicas ao capital estrangeiro.

Longe de avaliar positiva ou negativamente as referidas intervenções, é importante observar que algumas delas podem não traduzir as reais necessidades dos habitantes do País. A afirmação de que todo crescimento é bom para os pobres deve ser revista. Somente uma política feita por e destinada aos habitantes do país poderá ter sucesso.

Não obstante os problemas referidos, o plano trouxe algumas melhoras ao País. Foi obtido aumento no crescimento nacional e os direitos humanos foram ampliados e, em alguns casos, consolidados. Em face do porte da intervenção, porém, os resultados poderiam ser mais auspiciosos.

Enfim, a experiência da atuação do FMI no Haiti permite constatar, na linha da abordagem acima expandida, que uma atuação mais apegada aos aspectos históricos, culturais e sociais do País na elaboração do Plano, o que implicaria participação de técnicos haitianos em maior proporção, porque inteiramente afetos aos pormenores da realidade sócio-econômico-cultural — poderia realmente impregnar a atuação do Fundo em benefício da vivência dos direitos humanos que se viria, com isso, mais revigorada para fazer face ao caráter hipertrófico da atuação financeira.

A circunstância de que realidades periféricas, como haitiana, não possuem elemento humano suficientemente qualificado para a atuação na elaboração do Plano não deve se constituir um empecilho para justificar a elaboração com ínfima participação local. Contrariamente, deve servir de reflexão por parte do Fundo para investir numa atuação cultural a fim de qualificar indivíduos, o que possuirá o condão de elevar a participação popular estimulando o exercício da cidadania e fortalecendo a atuação do Fundo pelo viés aqui sustentado. Ora, ninguém melhor que quem conhece a realidade para saber as necessidades do País a fim de servir de contraponto ao tecnicismo financeiro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANCO MUNDIAL. *Visão preliminar do PRSP*. Washington, D.C. 2002. Disponível em: <<http://sitereources.worldbank.org/INTPRS1/Resources/3836061205334112622/4768783-1205334135157/over0321.pdf>> Acesso em: 25 jan. 2016.

BRADLOW, Daniel D. The World Bank, the IMF, and Human Rights. *Transnational Law and contemporary problems*, v.6, n.47.

BRASIL. *Decreto 19.841 de 26 de junho de 1945*. Carta das Nações Unidas promulgada pelo Brasil em 22 de outubro de 1945. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)> Acesso em: 24 jan. 2016.

EMBASSY OF THE REPUBLIC OF HAITI. *Haiti at a glance*. Washington, D.C. 2012. Available in: <<http://www.haiti.org/index.php/economic-xm-affairs-xm/26-the-embassy/content/121-haiti-at-a-glance>>. Access in: 02 fev. 2016.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Articles of agreement*. Washington, D.C. 2011. Available in: <[http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/dc2adc80484cbd079f7cbf5f4fc3f18b/Articles\\_of\\_Agreement\\_Portuguese.pdf?MOD=AJPERES](http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/dc2adc80484cbd079f7cbf5f4fc3f18b/Articles_of_Agreement_Portuguese.pdf?MOD=AJPERES)>. Access in: 25 jan. 2016.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Factsheet: empréstimos do FMI*. 2015. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/lang/portuguese/np/exr/facts/howlendp.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Review of the poverty reduction strategy paper (PRSP) approach: early experience with interim PRSP's and full PRSP's*. Washington, D.C. 2002.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Key features of IMF poverty reduction and growth facility (PRGF) supported programs*. Washington, D.C. 2000. Available in: <<https://www.imf.org/external/np/prgf/2000/eng/key.htm>>. Access in: 25 jan. 2016.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Programa de financiamento para redução da pobreza e crescimento (PRGF): aspectos operacionais*. Washington, D.C. 1999. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/np/pdr/prsp/por/poverty2.htm>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

- FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Avaliação dos planos estratégicos de redução da pobreza e do programa de financiamento para redução da pobreza e crescimento*. Washington, D.C. 2003. Disponível em: <<http://www.imo-imf.org/ieo/files/issuespapers/013103P.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2016.
- FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Poverty reduction strategies and environment: a review of 40 interim and full poverty reduction strategy papers*. Washington, D.C. 2002. Available in: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/18307>>. Access in: 02 fev. 2016.
- GREENSPAN, Allan. *A era da turbulência: aventuras em um novo mundo*. Rio de Janeiro: Campus, 2008.
- LEVINSOHN, Jim. *The World Bank's poverty reduction strategy paper approach: good marketing or good policy*. Ann Arbor: University of Michigan. 2002.
- MALALUAN, Jenina Joy Chavez; GUTTAL, Shalmali. *Poverty reduction strategy papers: a poor package for poverty reduction*. 2003.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Natureza jurídica dos acordos stand-by com o FMI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- REPUBLIC OF HAITI. *A window of opportunity for Haiti: interim poverty reduction strategy paper*. 2006.
- REPUBLIC OF HAITI. *Growth and poverty reduction strategy paper*. 2007.
- REPUBLIC OF HAITI. *Update on the reconstruction, growth and poverty reduction strategy*. 2012.
- REPUBLIC OF HAITI. *2014-2016: three year investment program and its framework: to achieve accelerated, balanced, economic growth and reduce poverty*. 2013.
- REPUBLIC OF HAITI. *First annual report on gprsp implementation (2007-2008): making a qualitative leap forward*. 2009.
- RÜCKERT, Arne. Producing neoliberal hegemony? a neo-gramscian analysis of the poverty reduction strategy paper (prsp) in Nicaragua. *Studies in Political Economy*, n. 79. p. 91-118, 2007.
- SORMAN, Guy. *A economia não mente*. São Paulo: Realizações, 2008.
- VAN GENUGTEN, W. J. M. et al. *Tillburg guiding principles on World Bank, IMF and human rights*. World Bank, IMF and Human Rights, 2003.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional econômico e ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Um estranho no ninho? Padrões privados no Acordo de Barreiras Técnicas ao Comércio da OMC**

**A stranger in the nest? Private Standards in the Technical Barriers to Trade Agreements of the WTO**

Michelle Ratton Sanchez Badin

Marina Yoshimi Takitani



# Um estranho no ninho? Padrões privados no Acordo de Barreiras Técnicas ao Comércio da OMC\*

## A stranger in the nest? Private Standards in the Technical Barriers to Trade Agreements of the WTO

Michelle Ratton Sanchez Badin\*\*

Marina Yoshimi Takitani\*\*\*

### RESUMO

Este artigo analisa o reconhecimento de regras da *International Organization for Standardization* (ISO) e da *International Electrotechnical Commission* (IEC) pela Organização Mundial do Comércio (OMC), como um exemplo de relações transnacionais. A relação ISO-IEC/OMC é descrita com base na análise dos casos *EC-Sardines* e *US-Tuna II*, que apresentam interpretações contraditórias sobre a relação entre as regras daquelas instituições. A forma com que se estabelecem tais relação pode desafiar, diretamente, as noções de representatividade e legitimidade do processo decisório da OMC, como argumentado no artigo.

**Palavras-chave:** OMC. TBT. Padrão privado. Representatividade. Processo decisório.

### ABSTRACT

This article analyzes the recognition rules of the International Organization for Standardization (ISO) and International Electrotechnical Commission (IEC) by the World Trade Organization (WTO) as an example of transnational relations. The ISO-IEC / WTO relationship is described from the analysis of the *EC-Sardines* and *US-Tuna II* cases, which have conflicting interpretations of the relationship between the rules of those institutions. The way to establish such relationship can directly challenge the notions of representation and legitimacy of the decision-making process within the WTO, as argued in the article.

**Keywords:** WTO. TBT. Private standard. Representativity. Decision-making process.

\* Recebido em 01/08/2016  
Aprovado em 21/11/2016

Este artigo foi elaborado como parte do programa da matéria de “Governança Econômica Global”, na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV - Direito SP). Durante a elaboração deste artigo contamos com o apoio do Projeto de Auxílio à Pesquisa FAPESP 2014/25776-4 e o apoio institucional para a pesquisa da FGV Direito SP, além do diálogo no âmbito da Cátedra OMC no Brasil (FGV/SP). Agradecemos a colaboração de Bruno Renzetti e Danielle Denny, que contribuíram com comentários acerca do artigo.

\*\* Professora Associada na FGV Direito SP, com dedicação exclusiva e com tempo integral. Beneficiária de Projeto de Auxílio à Pesquisa FAPESP e co-chair da Cátedra OMC no Brasil. E-mail: Michelle.Sanchez@fgv.br

\*\*\* Aluna de Graduação na FGV Direito SP. E-mail: marinatakitani@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

Em sua publicação introdutória: “Entendendo a OMC”, ao buscar apresentar o funcionamento da organização, o capítulo VII traz, em sua primeira linha, a seguinte frase: “a OMC é uma organização dirigida por seus membros, baseada no consenso”<sup>1</sup>. Essa afirmação pode ser comparada a um mantra do sistema multilateral de comércio, o qual tem sido repetido, reiteradamente, por negociadores e diplomatas desde a era do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (conhecido pela sigla em inglês, GATT). Essa noção, no entanto, tem sido cada vez mais desafiada pelas novas formas de interação e de regulação do sistema econômico global.

Neste artigo, pretendemos analisar uma das situações em que o mantra da OMC é colocado em xeque. Os contenciosos *European Communities — Trade Description of Sardines* (conhecido como *EC-Sardines*) e *United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products* (conhecido como *US-Tuna II*) trouxeram à tona as consequências da associação direta ou não das regras da *International Organization for Standardization* (ISO) e da *International Electrotechnical Commission* (IEC) pela OMC. Considerando que a ISO e a IEC são associações privadas, em que pese suas regras de filiação e seus processos decisórios seguirem lógicas distintas daquela de um sistema interestatal, os casos *EC-Sardines* e *US-Tuna II* nos ajudam a identificar importantes desafios que relações transnacionais, compreendendo relações públicas e privadas em nível global<sup>2</sup>, aportam para a OMC. Neste artigo, daremos

1 No original, “The WTO is a member-driven, consensus based organization”, cf. WTO, *Understanding the WTO*. Genebra, WTO, 2015, p. 101. Disponível em: [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/understanding\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/understanding_e.pdf). Acesso em: julho de 2016.

2 Adotaremos neste artigo a noção de “transnacional” apresentada por Gregory Shaffer que integra uma visão pluralista das relações internacionais/ globais e assume a perspectiva transnacional nas relações que ultrapassam as noções tradicionais de fronteiras e de representação exclusivamente diplomática no âmbito internacional. Sua percepção é bem descrita no trecho a seguir: “*They decenter territorially-differentiated national legal orders, and place them in complex relations with other forms of normative ordering (Black 2001). They are pluralist in incorporating the study of non-state actors in lawmaking and practice and thus counter methodological nationalism and blur the public-private distinction (Darian Smith 2013; Zumbansen 2012). What they have in common is their claim that if the traditional center of legal and socio-legal theory has been the nation-state and nation-state law, then, to take from W.B. Yeats, “the centre cannot hold” (Menkel-Meadow 2011)*”, cf. SHAFFER, G. *Theorizing Transnational Legal Ordering. Annual Review of Law and Social Science*, 2016, Forthcoming; UC Irvine School of Law Research Paper

enfoque no desafio que representa o reconhecimento, pela Organização Mundial do Comércio, de regras e critérios estabelecidos por associações privadas e como estes podem influir nas noções de representatividade e participação do processo decisório de uma organização internacional como a OMC.

Para desenvolver a análise, o artigo foi dividido em três partes, além desta introdução e das considerações finais. Primeiramente, é apresentada uma descrição do reconhecimento das regras ISO/IEC pela OMC, com ênfase nas distintas interpretações apresentadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (OSC) nos contenciosos *EC-Sardines* e *US-Tuna II*. Em segundo lugar, delineamos as principais distinções entre as noções de filiação e dos processos decisórios da OMC, da ISO e da IEC. Na sequência, pontuamos alguns aspectos críticos sobre o relacionamento entre estas instituições, para o sistema multilateral de comércio.

## 2. COMO O ESTRANHO ENTRA NO NINHO: DO ACORDO TBT AOS CASOS EC-SARDINES E US-TUNA II

### 2.1. O reconhecimento pelas regras da OMC

O Acordo TBT é um dentre os 17 acordos multilaterais gerenciados pela OMC. Esse acordo procura estabelecer compromissos comuns entre os membros da organização para que a aplicação de regulamentos técnicos, padrões e procedimentos para avaliação de conformidade não sejam discriminatórias e não criem barreiras desnecessárias ao comércio. Nos termos do artigo 1.2 do Acordo TBT, o Anexo 1 estabelece as definições aplicáveis ao acordo a partir da seguinte relação direta com o *International Organization for Standardization / International Electrotechnical Commission Guide 2, General Terms and Their Definitions Concerning Standardization and Related Activities, sixth edition (1991)* (daqui em diante “Guia ISO/IEC 2: 1991”):

“Quando utilizados neste Acordo, os termos apresentados na sexta edição do **Guia ISO/IEC 2 1991** - Termos Gerais e suas Definições Referentes à Normalização e Atividades Correlatas terão o mesmo significado que aquele constante nas

No. 2016-06. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2734318>. Acesso em: julho de 2016.

definições do mencionado Guia, levando em conta que serviços estão excluídos da cobertura deste Acordo.

Para os propósitos deste Acordo, **entretanto**, as seguintes definições se aplicarão:

(...)»<sup>3</sup>

O Acordo TBT estabelece, portanto, uma conexão formal entre as regras do sistema multilateral de comércio e as regras apresentadas pelas associações privadas ISO e IEC, especificamente no que se refere à aplicação do Guia ISO/IEC 2: 1991. Contudo, para além disso, a dinâmica de trabalhos na OMC também reforça e redefina as conexões entre tais instituições. Tanto a ISO quanto a IEC têm ligações formais com a OMC por meio do Comitê TBT e representantes de ambas as organizações têm direito a voz em reuniões deste Comitê sobre aspectos relevantes do trabalho de padronização internacional<sup>4</sup>. Curiosamente, essa relação com guias da ISO/IEC esteve presente desde o GATT<sup>5</sup>, com o final da Rodada Tóquio (1979), constando como uma fonte alternativa para definição de termos.

No âmbito da Rodada Uruguai, os países nórdicos sugeriram, então, a atualização daquela fonte de acordo com a versão revisada do Guia ISO/IEC 2:1991. A sugestão foi parcialmente adotada, na medida em que se aplicou a definição do Guia ISO/IEC 2:1991 para o termo “padrão internacional” (em inglês, *international standard*), mas não para a definição de *international standardizing body* contida no guia (sendo que o TBT

sequer menciona *international standardizing body*). O Secretariado ressaltou, no entanto, que o Anexo 1 do TBT faz uma consideração inicial de que os termos serão interpretados em conformidade com o Guia ISO/IEC 2:1991<sup>6</sup>.

## 2.2. Os contenciosos na OMC e suas divergências de interpretação

As definições presentes no Guia ISO/IEC 2: 1991 também já foram aplicadas pelo OSC, como fontes para decisões em contenciosos apresentados à OMC. Na esfera do OSC/OMC, a utilização das definições da ISO/IEC tem sido, no entanto, variável. São relevantes as distintas interpretações sobre a sua aplicação nos casos *EC-Sardines* e *US-Tuna II*. Focaremos na problemática da diferença de interpretação e suas consequências para se pensar a interação entre a OMC e as associações privadas ISO e IEC.

Iniciando com uma breve descrição dos contenciosos, o caso *EC-Sardines* resultou do questionamento do Peru, em 2001, sobre o requisito de que, somente, produtos preparados da *Sardina pilchardus Walbaum* poderiam ser comercializados como “sardinhas preservadas” no âmbito do mercado europeu<sup>7</sup>. Essa regulação acabou sendo prejudicial ao Peru, que exportava uma espécie diferente de Sardinha, cuja preparação do produto para exportação estava de acordo com as regras estabelecidas no “Codex Stan 94”.

O painel entendeu que o “Codex Stan 94” satisfazia os requisitos do Anexo 1 do TBT e que, portanto, seria um padrão internacional relevante neste caso<sup>8</sup>. Em seu pedido de apelação, as Comunidades Europeias re-

3 Conforme tradução oficial para o português do Decreto 1.355/1994. Grifos pelas autoras.

4 O Comitê TBT atua de maneira muito próxima à ISO e à IEC, conforme é possível depreender do mais recente relatório anual publicado pelo Comitê, em que se observa a preocupação da OMC em se manter atualizada junto à ISO e à IEC. Cf. WTO. *Twenty-First Annual Review Of The Implementation And Operation of the TBT Agreement*. G/TBT/38/Rev.1, 2016, para. 2.5. Para um estudo mais detalhado a respeito, v. STEPHENSON, Sherry M. *Standards and Conformity Assessment as Nontariff Barriers to Trade*, 1997. World Bank Policy Research Working Paper No. 1826, p. 47. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=597242>. Acesso em: julho de 2016.

5 Conforme informativo do Secretariado da OMC, percebe-se como se iniciou a relação do Guia 2 da ISO/IEC com o TBT. Durante a Rodada Tóquio, para a definição dos termos *international standard* e *international standardizing body*, os Membros utilizavam os parâmetros estabelecidos pela ECE/ISO (sendo “ECE” a Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas). Cf. WT/CTE/W/10 G/TBT/W/11, *Negotiating History Of The Coverage Of The Agreement On Technical Barriers To Trade With Regard To Labelling Requirements, Voluntary Standards, And Processes And Production Methods Unrelated To Product Characteristics*, 29 de agosto de 1995. Disponível em: <http://www.wto.org>. Acesso em: julho de 2016.

6 WT/CTE/W/10 G/TBT/W/11, *Negotiating History Of The Coverage Of The Agreement On Technical Barriers To Trade With Regard To Labelling Requirements, Voluntary Standards, And Processes And Production Methods Unrelated To Product Characteristics*, 29 de agosto de 1995, para. 48. Disponível em: <http://www.wto.org>. Acesso em: julho de 2016. Essas definições geraram uma discussão posterior sobre a interação entre o Anexo 1 do TBT e o Guia ISO/IEC 2: 1991, conforme será mais detalhado adiante.

7 WT/DS231/1, G/L/449 ; G/TBT/D/22. *European Communities – Trade Description of Sardines, Request for consultation by Peru*, 23 de abril de 2001. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds231\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds231_e.htm). Acesso em: junho de 2016.

8 WT/DS231/AB/R, *European Communities – Trade Description of Sardines*, 23 de Outubro de 2002, para. 218. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds231\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds231_e.htm). Acesso em: junho de 2016.



forçaram que somente padrões adotados por consenso podem ser classificados como relevantes para o TBT<sup>9</sup>, o que era evidente tendo em vista a penúltima sentença da Nota Explicativa do termo “*standard*” contido no Anexo 1.2 do TBT, que estabelece que “padrões preparados por uma comunidade internacional de padronização são adotados por consenso”. De acordo com as Comunidades Europeias, o segundo parágrafo diz respeito a documentos produzidos por outras entidades que não sejam corpos internacionais. Assim, alega que o painel errou ao considerar que o “Codex Stan 94” se encaixava nessa definição. Por outro lado, o Peru alegou que o painel entendeu corretamente que o TBT também cobre padrões internacionais que não são baseados no consenso. O Peru reforçou que isto seria perceptível a partir da leitura das últimas duas frases da Nota Explicativa contida no Anexo 1.2, cuja melhor interpretação seria de que o consenso não configura um requisito absoluto<sup>10</sup>.

Países que discordaram com a definição do painel — e que, portanto, consideraram que o consenso era um requisito necessário — foram o Chile<sup>11</sup> e os Estados Unidos<sup>12</sup>, defendendo que o “Codex Stan 94” era um

padrão internacional relevante porque as Comunidades Europeias falharam em demonstrar que ele não foi aprovado por consenso. O caso contou com a participação de outros sete países interessados<sup>13</sup>.

Em seguida, teve início o caso *US-Tuna II*, em 2008, com o pedido de consultas do México questionando medidas impostas pelos Estados Unidos em relação à importação, comercialização e venda de atum e seus produtos derivados<sup>14</sup>. A questão central desse caso era a discriminação pelos Estados Unidos no reconhecimento de selos (*label*) sobre a segurança dos golfinhos durante a pesca do atum: os Estados Unidos haviam proibido o reconhecimento do selo concedido a partir dos padrões do Acordo sobre o Programa Internacional de Conservação de Golfinhos (em inglês, *Agreement on the International Dolphin Conservation Programme - AIDCP*), mas reconheciam outros selos atribuídos a produtos oriundos dos Estados Unidos e de outros países. Em linhas gerais, a principal alegação do México concentrava-se no fato de que as regulações estadunidenses eram mais restritivas do que o necessário, além de serem discriminatórias em relação aos produtos advindos do México. Foi solicitada a instauração de um painel para o caso em 9 de março de 2009 e, em janeiro de 2012, o recurso ao Órgão de Apelação<sup>15</sup>. O caso contou com a participação de doze outros membros como terceiros interessados, entre eles o Brasil, que alegaram interesses sistêmicos no caso<sup>16</sup>.

O Órgão de Apelação da OMC, em ambos os casos —*EC – Sardines* e *US – Tuna II*— ao interpretar o Anexo I ao Acordo TBT entendeu que (i) as definições do TBT devem prevalecer caso não coincidam com aquelas es-

9 WT/DS231/AB/R, *European Communities – Trade Description of Sardines*, 23 de Outubro de 2002, para. 36.

10 WT/DS231/AB/R, *European Communities – Trade Description of Sardines*, 23 de Outubro de 2002, para. 73.

11 WT/DS231/AB/R, *European Communities – Trade Description of Sardines*, 23 de Outubro de 2002, para. 108. *Chile agrees with the Panel's conclusion that Codex Stan 94 is a "relevant international standard". Chile, nevertheless, disagrees with the Panel's interpretation of the Explanatory note to the definition of "standard" in Annex 1.2 to the TBT Agreement. According to Chile, the Explanatory note provides that international standards must be based on consensus, and this was confirmed in the Decision of the Committee on Principles for the Development of International Standards, Guides and Recommendations with Relation to Articles 2, 5 and Annex 3 of the Agreement, adopted by the WTO Committee on Technical Barriers to Trade. Chile notes, however, that the European Communities has not provided any evidence to demonstrate that Codex Stan 94 was not approved by consensus.*

12 WT/DS231/AB/R, *European Communities – Trade Description of Sardines*, 23 de Outubro de 2002, paras. 121-122. *The United States disagrees, however, with the Panel's conclusion that international standards do not have to be based on consensus. According to the United States, this conclusion is contrary to the Explanatory note to the definition of "standard" in Annex 1.2 to the TBT Agreement, which states that international standards are based on consensus. It argues that the TBT Agreement does not impose any obligations on an international body or system with respect to the development of international standards. In the United States' view, the obligations set out in the TBT Agreement apply only to WTO Members and thus do not cover the international standards referred to in Article 2.4. The last phrase of the Explanatory note, referring to the application of the TBT Agreement to documents not adopted by consensus, would cover instead those standards adopted by Members even if not adopted by consensus. [...] The United States, therefore, urges the Appellate Body to modify this aspect of the Panel Report, but clarifies that this would not invalidate the Panel's conclusion that Codex Stan 94 is a "relevant international standard", given the Panel's finding that there was no evidence that Codex Stan*

*94 was not based on consensus.*

13 Os demais membros interessados foram: Canadá, Chile, Colômbia, Equador, Venezuela e Estados Unidos. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds231\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds231_e.htm). Acesso em: junho de 2016.

14 WT/DS381/1, G/1/858, G/TBT/D/32, United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products - Request for consultations by Mexico, 28 de outubro de 2008. Disponível em [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds381\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds381_e.htm). Acesso em: junho de 2016.

15 WT/DS381/AB/R, United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products, 13 de junho de 2012.

16 Os demais membros interessados foram: Austrália, Canadá, China, Coreia do Sul, Equador, Guatemala, Índia, Japão, Nova Zelândia, Noruega e União Europeia. Disponível em [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds381\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds381_e.htm). Acesso em: junho de 2016.

tabelecidas no Guia 2: 1991 da ISO/IEC e que (ii) cabe ao painel escrutinar, cuidadosamente, em que medida as definições do TBT se diferenciam daquelas presentes no Guia 2 da ISO/IEC: 1991<sup>17</sup>. No entanto, ao aplicar esse teste, o Órgão de Solução de Controvérsias apresentou diferentes conclusões.

No caso *EC-Sardines*, o Órgão de Apelação entendeu que a definição de “standard”<sup>18</sup> no Guia ISO/IEC 2: 1991 inclui, expressamente, o requisito de consenso; subentendendo que a omissão do requisito de consenso no Anexo 1.2. do Acordo TBT foi uma escolha deliberada dos membros da OMC<sup>19</sup>. Em contraponto, no caso *US – Tuna II*, o Painel entendeu, tomando por base o conceito estabelecido pelo Guia ISO/IEC 2: 1991, que o consenso era um requisito necessário para poder qualificar um padrão internacional como sendo relevante<sup>20</sup>. Vale ressaltar que o Painel reconheceu a existência de decisão anterior que desconsiderava o requisito de consenso, mas, mesmo assim, procedeu à avaliação desse requisito para verificar se o padrão internacional em questão era relevante para o caso<sup>21</sup>. Sobre a questão es-

pecífica do consenso, o Órgão de Apelação no caso *US – Tuna II* não se pronunciou, deixando a questão em aberto, conforme é possível depreender da afirmação no parágrafo 353 do Relatório do Órgão de Apelação: “como a apelação dos Estados Unidos se limitou às características da entidade aprovando um padrão ‘internacional’, não pretendemos abordar nesta apelação a questão se, para constituir um ‘padrão internacional’, um padrão também precise ser baseado no consenso” (tradução livre pelas autoras)<sup>22</sup>. Não obstante, o Órgão de Apelação entendeu que a definição do termo “standardizing body” no Guia ISO/IEC 2: 1991 não conflita com as definições do Acordo TBT. Pelo contrário, a definição no Guia ISO/IEC 2: 1991 adiciona e complementa a definição do Acordo TBT<sup>23</sup>. Com efeito, o Órgão de Apelação aplicou integralmente as definições do Guia ISO/IEC 2: 1991 para fundamentar seu posicionamento sobre o Artigo 2.4 do TBT<sup>24</sup>.

A evolução do entendimento do OSC a respeito da interação entre o Guia ISO/IEC 2: 1991 e o Anexo 1 do TBT aponta para uma aplicação, gradativamente, mais ampla do Guia ISO/IEC 2: 1991. Isto porque, enquanto o Órgão de Apelação em *EC-Sardines* foi cauteloso na aplicação das definições contidas no Guia ISO/IEC 2: 1991 — de forma que, na hipótese de confronto entre as definições do Guia ISO/IEC 2: 1991 e do Anexo 1 do TBT, este sempre deveria prevalecer —; percebe-se que o Painel no caso *US-Tuna II* não seguiu este entendimento, baseando-se nas definições do Guia ao invés da definição contida no Anexo 1<sup>25</sup>.

17 WT/DS381/AB/R, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, 13 de junho de 2012, para. 354. Tradução livre: *The use of the word ‘however’ indicates that the definitions contained in Annex 1 to the TBT Agreement prevail to the extent that they depart from the definitions set out in the ISO/IEC Guide 2: 1991.* Relatório do Órgão de Apelação, *US – Tuna II*, para. 354 e 357.

18 A tradução no Decreto 1.355/94 traduz o vocábulo “standard” como “norma”. Entendemos, contudo, que a manutenção do vocábulo no idioma oficial da OMC inglês pode facilitar a compreensão do seu conteúdo neste artigo.

19 WT/DS231/AB/R, *European Communities – Trade Description of Sardines*, 23 de Outubro de 2002, para. 225. Tradução livre. *Thus, the definition of a “standard” in the ISO/IEC Guide expressly includes a consensus requirement. Therefore, the logical conclusion, in our view, is that the omission of a consensus requirement in the definition of a “standard” in Annex 1.2 of the TBT Agreement was a deliberate choice on the part of the drafters of the TBT Agreement, and that the last two phrases of the Explanatory note were included to give effect to this choice. Had the negotiators considered consensus to be necessary to satisfy the definition of “standard”, we believe they would have said so explicitly in the definition itself, as is the case in the ISO/IEC Guide. Indeed, there would, in our view, have been no point in the negotiators adding the last sentence of the Explanatory note.*

20 WT/DS381/R, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, para. 6.762. Accordingly, pursuant to the definition of the ISO/IEC Guide 2, we must consider whether the AIDCP “dolphin-safe” provisions of the AIDCP constitute a “document, established by consensus and approved by a recognized body, that provides, for common and repeated use, rules, guidelines or characteristics for activities or their results, aimed at the achievement of the optimum degree of order in a given context”.

21 WT/DS381/R, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, para. 6.767. We acknowledge *the Appellate Body’s statement that consensus is*

*not an element of the definition of an international standard. Nonetheless, we observe that the two AIDCP resolutions cited by Mexico are documents that, as the United States pointed out, are approved by the Parties of the AIDCP. [...] We believe that these documents therefore meet the ISO/IEC Guide 2 definition of “consensus”, which is described as a “[g]eneral agreement, characterized by the absence of sustained opposition to substantial issues by any important part of the concerned interests and by a process that involves seeking to take into account the views of all parties concerned and to reconcile any conflicting arguments”.*

22 WT/DS381/AB/R, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, 13 de junho de 2012, para. 353. Tradução livre. *Since the United States’ appeal is limited to the characteristics of the entity approving an “international” standard, we do not need to address in this appeal the question of whether, in order to constitute an “international standard”, a standard must also be “based on consensus”.*

23 WT/DS381/AB/R, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, 13 de junho de 2012, para. 357. Tradução livre.

24 WT/DS381/AB/R, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, 13 de junho de 2012, paras. 258 e seguintes.

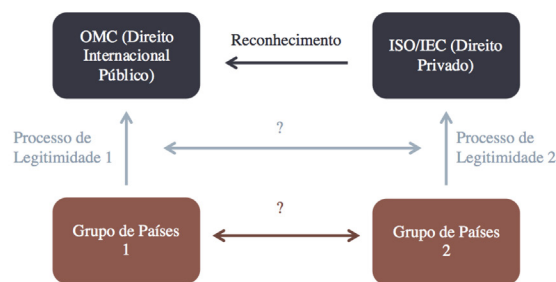
25 Nesse sentido, EPPS e TREBILCOCK afirmam que: *Thus,*

Além disso, apesar de o Órgão de Apelação no caso *US - Tuna II* não ter se manifestado a respeito do consenso, é possível observar que fundamentou sua decisão a respeito do termo “*international standardizing body*” nas definições do Guia ISO IEC 2: 1991, sob o argumento de que o Guia servia como “complementação” ao Anexo 1 do Acordo TBT. Assim, sabendo que a decisão mais recente é do caso *US - Tuna II*, e tendo em vista que tanto o painel quanto o Órgão de Apelação fizeram uma utilização ampla das definições do Guia, há de se considerar a aplicação cada vez mais direta do Guia ISO/IEC 2: 1991 como forma de dirimir questões referentes ao Art. 2.4 do TBT. Portanto, vale ressaltar a relevância deste posicionamento, uma vez que são as definições do guia que levarão a uma eventual condenação perante o sistema de solução de controvérsias da OMC. Considerando que o sistema de solução de controvérsias da OMC é dotado de mecanismos de implementação deveras efetivos — popularmente conhecidos como “dentes”<sup>26</sup> —, no limite, membros da OMC podem ser “sancionados” pelo OSC em virtude da não conformidade com os padrões estabelecidos pelo Guia ISO/IEC 2: 1991.

Portanto, diante de um reconhecimento e até de uma aplicação do Guia ISO/IEC 2: 1991 no âmbito da OMC (incorporação comprovada pela redação do TBT, pelos relatórios do Comitê do TBT e pela decisão do Órgão de Apelação no caso *US - Tuna II*) e tendo em mente as consequências decorrentes dessa incorporação, a principal questão que identificamos é em como se compatibilizam as noções de representatividade e de devido processo (decisório) entre as instituições em interação neste espaço transnacional.

Dois prismas serão considerados para analisar tais relações: (i) quem são os membros de cada instituição, na medida que são estes quem estão ali representados e com autoridade para determinarem as regras e padrões de cada instituição<sup>27</sup> e (ii) quais são procedimentos de-

decisórios que originaram e atualizam o Guia ISO/IEC 2: 1991 em contraponto com os processos decisórios em nível regulatório da OMC. O questionamento em relação a esses dois prismas se traduz, simplificada, na Figura 1<sup>28</sup>:



Fonte: Elaborado pelas autoras.

### 3. POR QUE O CONSENSO SE TORNA CENTRAL? REPRESENTAÇÃO E PROCESSO DECISÓRIO

#### 3.1. OMC: filiação e processo decisório

A OMC é uma organização intergovernamental, sediada em Genebra, Suíça. Foi estabelecida em 1 de janeiro de 1995, após as negociações que ocorreram durante a Rodada Uruguai. A doutrina majoritária entende que a OMC é um “braço do direito internacional

bre os desafios descritivos do direito administrativo global, in SANCHEZ BADIN, Michelle Rattón. *Teorias sobre governança global: ensaios para contextualizar o Direito Administrativo Global no Brasil*, São Paulo, FGV, 2016 (no prelo), p. 15.. A noção trazida pela autora da relevância de ser Membro ou não de uma determinada organização faz-se de extrema utilidade para o presente trabalho, tendo em vista não só a importância dos Membros para a descrição da organização internacional, como também para legitimar os procedimentos decisórios. Enfim, a partir de diferentes perspectivas, este texto procurou demonstrar a importância da variável da posição de membro (membership) para a descrição de fenômenos jurídicos globais. Ao menos da perspectiva dos países que não integram o núcleo duro da produção normativa mundial, o status de membro e a margem de atuação do país uma vez dentro do clube parecem fazer diferença para a descrição tanto do organismo internacional quanto dos processos decisórios que ele integra ou protagoniza. Assim, para o presente trabalho, a dúvida é como a interação entre organizações com membros distintos podem afetar a descrição que a própria OMC faz de si mesma.

<sup>28</sup> Figura inspirada na associação entre a OMC e a OCDE tal como esquematizada em SANCHEZ BADIN, Michelle Rattón. *The WTO and the OECD Rules on Export Credit: A Virtuous Circle?*, *Artigo Direito GV (Working Paper)* 29, 2008, p. 29.

*instead of referring to the definition of standard as contained in Annex 1 of the TBT Agreement, the Panel chose to remain within the framework of the ISO/IEC Guide, arguably in order to achieve some form of coherence and in order to avoid cross-referencing both the ISO/IEC Guide and the TBT's Annex. It is unclear why the Panel felt compelled to do so despite the Appellate Body's earlier finding in the Sardines case. Cf. EPPS, Tracey; TREBILCOCK, Michael. Research Handbook on the WTO and Technical Barriers to Trade. Nova Iorque: Editora Edward Elgar, 2013, p. 257.*

<sup>26</sup> THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio – As regras do comércio internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais*. 2a ed. São Paulo: Aduaneiras, 2003, p. 371.

<sup>27</sup> MACHADO, Máira. Faz diferença ser membro? Notas so-



público”<sup>29</sup>, mais especificamente classificada no campo de Direito Internacional Econômico<sup>30</sup>.

Em julho de 2016, a OMC contava com 164 países-membros (listados no Anexo 1), alguns membros originários, advindos do momento de criação da OMC na Rodada Uruguai, outros pertencentes ao sistema desde o GATT<sup>31</sup>. Novos membros devem ser aprovados pelo processo de acesso, conforme estipulado no Artigo XII do Acordo Constitutivo da OMC (daqui em diante “Acordo Constitutivo”). O Artigo XII.1 indica que são elegíveis como membros “qualquer Estado ou território aduaneiro separado que tenta completa autonomia na condução de suas relações comerciais externas e de outros assuntos contemplados neste Acordo e nos Acordos Comerciais Multilaterais”. A decisão a respeito da entrada ou não de um determinado Membro será tomada pela Conferência Ministerial (Artigo XII:2 do Acordo Constitutivo), que, normalmente, reúne todos os membros da OMC a cada dois anos para a tomada de decisões.

Assim, apesar de não haver qualquer discriminação preliminar em relação a quem é elegível a ser Membro da OMC, é possível perceber a existência de uma certa discricionariedade por parte dos Membros em relação a que entra ou não (apesar de haver um procedimento decisório específico no que se refere à acesso, que será explicado mais adiante). No entanto, ainda em face da existência de tal discricionariedade, a organização é cautelosa no sentido de garantir um procedimento extremamente transparente em relação ao monitoramento dos Membros atuais e da entrada de novos Membros,

29 PAUWELYN, Joost. *The Role of Public International Law in the WTO: How far can we go?* **The American Journal of International Law**, Vol. 95, N° 3, 2001, p. 538. Tradução livre. “*With one possible exception, no academic author (or any WTO decision or document) disputes that WTO rules are part of a wider corpus of public international law. Like international environmental law and human rights law, WTO Law is “just” a branch of public international law.*”

30 VON GLAHN, Gerhard; TAULBEE, James Larry. *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*. 10ª Edição. Nova Iorque: Editora Routledge, 2016, p. 562.

31 Nos termos do Artigo XI:1 do Acordo Constitutivo os países signatários do GATT 1947 poderiam se tornarem Membros da OMC mediante duas condições: “(i) a aceitação dos termos do Acordo de Marrakesh e dos Acordos Multilaterais de Comércio e (ii) concessões e compromissos em favor do comércio de bens e de serviços. Vale ressaltar que este mecanismo tem um escopo temporal limitado, tendo em vista que só poderia ser acionado no momento em que a OMC foi criada (de forma que 123 Membros da OMC utilizaram-se deste procedimento). Mais informações a respeito disponíveis em: <http://www.wto.org>. Acesso em: julho de 2016.

contando com a publicação de relatórios periódicos de um grupo de trabalho específico designado para o acompanhamento das acessões à OMC<sup>32</sup>.

No que diz respeito ao procedimento decisório, ainda que o advento da OMC só tenha se dado em 1995, com a assinatura do Acordo Constitutivo durante a Rodada Uruguai, sabe-se que o sistema multilateral do comércio é, fortemente, influenciado por um “propósito negocial”<sup>33</sup> desde 1947, com a vigência do GATT. Desta forma, não é de se surpreender que o procedimento decisório da OMC seja, em regra, estabelecido por consenso, conforme determina o Artigo IX.1 do Acordo Constitutivo.

A nota de rodapé 1 do Artigo IX.1 determinada o significado da palavra “consenso” para a OMC, qual seja: “entende-se que o órgão pertinente decidiu por consenso matéria submetida a sua consideração quando nenhum dos membros presentes à reunião na qual uma decisão for adotada objetar formalmente à proposta de decisão.”<sup>34</sup> Dessa forma, a regra do procedimento decisório da OMC consiste na presunção de que todos os Membros estão de acordo, de forma que esta presunção só é retirada na medida em que algum dos países-membros se manifestar de forma contrária.

Sabendo que nem sempre é possível tomar decisões por consenso, o próprio Artigo IX estabelece algumas exceções à regra do procedimento decisório. Apesar de o consenso ter sempre de ser almejado, na impossibilidade de atingi-lo, é possível tomar decisões a partir da votação (em que um voto corresponde a um Membro e cada país da União Europeia também tem direito a um voto – não podendo a quantidade de votos da União Europeia exceder a quantidade de países que possui, nos termos da nota de rodapé 2 ao artigo IX). Nos procedimentos normais de votação, as decisões serão tomadas pela maioria dos votos, apesar de este procedimento ser, na prática, extremamente excepcio-

32 WTO. *WTO Accessions*. Disponível em: [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/acc\\_e/acc\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/acc_e.htm). Acesso em: julho de 2016.

33 WTO, *Understanding the WTO*. Genebra, WTO, 2015, p. 9. Tradução livre. Disponível em: [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/understanding\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/understanding_e.pdf). Acesso em: julho de 2016.

34 WTO. *Agreement Establishing the World Trade Organization*. Disponível em: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/04-wto.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf). Acesso em: julho de 2016. Tradução conforme Acordo Constitutivo da OMC, p. 6, disponível em: [www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl\\_1196451535.doc](http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1196451535.doc).

nal<sup>35</sup>. Além disso, existem os chamados “procedimentos especiais” que especificamente requerem a votação ao invés do consenso.

### 3.2. ISO/IEC: membros e processo decisório

Antes de iniciar a análises específicas referente à ISO e à IEC separadamente, é necessário ressaltar que o objeto de estudo do presente trabalho diz respeito ao Guia ISO/IEC 2: 1991. Tendo em vista que ambas organizações produzem esse guia conjuntamente, faz-se necessário analisar o funcionamento deste trabalho conjunto para, então, saber se há necessidade de recorrer às peculiaridades individuais de cada organização.

Tomando como pressuposto a descrição que ISO e IEC fazem de si mesmas<sup>36</sup> - como organizações não governamentais -, ambas se qualificam como sujeitos de direito privado do local em que se constituem<sup>37</sup>. Ainda que a legitimidade que os atores privados têm para atuar no ambiente internacional seja uma questão controversa<sup>38</sup>, em vista do fenômeno da globalização e, não apenas isso, em vista do reconhecimento por parte da OMC da suposta legitimidade dos padrões emitidos por esses atores, percebe-se que, ao menos na prática, essas organizações exercem um papel fundamental de influência no espaço além-fronteiras do território no qual se constituem.

35 NGUYEN, Thanh; NGUYEN, Quynh; PHAM, Phong. *Decision-Making by Consensus in the WTO*. **International Law Faculty, Diplomatic Academy of Vietnam**, 2003, p. 6. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2122948>.

36 Cf. apresentações destas associações, disponíveis em: <http://www.iso.org/iso/home/about.htm>. e <http://www.iec.ch/about/profile/>). Acessos em: junho de 2016.

37 WERKER, Eric; AHMED, Faisal. What do Non-Governmental Organizations do?, p. 3. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1071750](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1071750). *Borrowing liberally from the World Bank's necessarily-vague Operational Directive 14.70, we define NGOs as private organizations “characterized primarily by humanitarian or cooperative, rather than commercial, objectives... that pursue activities to relieve suffering, promote the interests of the poor, protect the environment, provide basic social services, or undertake community development” in developing countries. NGOs, then, are the subset of the broader nonprofit sector that engage specifically in international development; our definition excludes many of the nonprofit actors in developed countries such as hospitals and universities. For example, a related category some data collectors lump together “community-based organization” with non-governmental organizations. However, we keep these categories separate, because unlike non-governmental organizations, community-based organizations exist to benefit their members directly.*

38 HALL, Rodney; BIERSTEKER, Thomas. *The Emergence of Private Authority in the International System*. In: HALL, Rodney; BIERSTEKER, Thomas. *The Emergence of Private Authority in Global Governance*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2002, p. 6.

Conforme é possível extrair da leitura do prefácio da versão mais recente do Guia 2 da ISO/IEC (2004)<sup>39</sup>, depreende-se que aqueles que participam da elaboração do Guia são os “órgãos nacionais”<sup>40</sup> de diferentes países que integram a ISO e a IEC. Ainda que o prefácio mencione o auxílio de “outras organizações internacionais em conexão com a ISO e a IEC” na elaboração do guia, a partir da leitura das diretivas que determinam os procedimentos para a elaboração conjunta de padrões ISO/IEC<sup>41</sup>, a decisão final a respeito da publicação do Guia pertence aos Membros das referidas organizações (conforme estabelece o próprio prefácio<sup>42</sup>). Assim, diante da significativa relevância de ser membro dessas organizações, uma análise separada sobre os membros de cada uma delas será feita individualmente.

A ISO é uma organização não governamental, cujo objetivo é desenvolver e publicar padrões internacionais. Composta pelos chamados organismos nacionais de normatização (*national standard bodies*), a participação na ISO fica limitada a essas instituições, de forma que nem Estados e nem indivíduos podem participar formalmente da ISO. Perante a ISO, só é possível haver um organismo nacional de normatização por país, de forma que esse membro é quem representa a ISO por parte de seu país<sup>43</sup>.

39 Guia ISO/IEC 2: 2004. Disponível em: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:guide:2:ed-8:v1:en>. Acesso em: junho de 2016.

40 A definição de “*National Body*” está estipulada na *ISO/IEC Directives Part 1*. Conforme alínea “i” do Prefácio do documento, classificam-se como *National Body* – e, portanto, têm direito à participar da elaboração dos padrões ISO/IEC –: (i) os Membros Plenos da ISO e (ii) os Comitês Nacionais da IEC. Disponível em: [http://www.iso.org/sites/directives/2016/consolidated/index.xhtml#\\_idTextAnchor044](http://www.iso.org/sites/directives/2016/consolidated/index.xhtml#_idTextAnchor044). Acesso em: junho de 2016. OBS: Os termos “*Member Body*” e “*National Committee*” serão explicados nas seções individuais para a ISO e para a IEC. Por ora, o que é importante ter em mente é que para ser “*Member Body*” ou ser parte do “*National Committee*”, é preciso ser formalmente parte dessas organizações.

41 *ISO/IEC Directives, Part 1*, que trata dos procedimentos específicos para o trabalho técnico das organizações e a *ISO/IEC Directives, Part 2*, que traz os princípios e regras para a estrutura e redação dos documentos da ISO e da IEC. Cf. ISO/IEC. *ISO/IEC Directives, Part 1*. Disponível em: [http://www.iso.org/sites/directives/2016/consolidated/index.xhtml#\\_idTextAnchor141](http://www.iso.org/sites/directives/2016/consolidated/index.xhtml#_idTextAnchor141). Acesso em: junho de 2016. ISO/IEC. *ISO/IEC Directives, Part 2*. Disponível em: <http://www.iso.org/sites/directives/2016/part2/index.xhtml>. Acesso em: junho de 2016.

42 Guia ISO/IEC 2: 2004. *Draft Guides adopted by the responsible Committee or Group are circulated to national bodies for voting*. Disponível em: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:guide:2:ed-8:v1:en>. Acesso em: junho de 2016.

43 ISO. *ISO Members*. Disponível em: [http://www.iso.org/iso/home/about/iso\\_members.htm](http://www.iso.org/iso/home/about/iso_members.htm). Acesso em: junho de 2016.

A ISO conta com um total de 162 Membros, somando todas as categorias de filiação junto à organização. Dessa forma, uma vez que um organismo nacional de normatização decide unir-se a ISO, esse pode assumir três *status* distintos: (i) o de “Full Member” ou “Member Body” (daqui em diante “membro pleno”), categoria esta que tem o poder de influenciar as decisões da ISO, ou seja, tem direito a voto e pode participar ativamente das reuniões políticas e técnicas, podendo vender e adotar os padrões da ISO internamente<sup>44</sup>; (ii) o de “Correspondent Member” (daqui em diante “Membro Correspondente”, que pode participar das reuniões da ISO como mero observador e tem direito a voto limitado, podendo vender e adotar os padrões da ISO internamente<sup>45</sup>; e (iii) o de “subscriber” (daqui pra frente “Subscritor”), que apenas se mantém atualizados a respeito do trabalho da ISO, mas não podem participar das reuniões e nem vender ou adotar os padrões internamente<sup>46</sup>. Assim, dos 162 Membros da ISO, tem-se que 119 são membros plenos, 39 são membros correspondentes e 4 são subscritores<sup>47</sup>. Para se manter na ISO como participante, é necessário pagar uma taxa que é calculada de acordo com o grau de desenvolvimento de cada país<sup>48</sup>.

Para tornar-se um Membro da ISO, é preciso seguir um procedimento estabelecido pela organização. Dois são os pré-requisitos: (i) “apresentação de documentos confirmando o *status* da organização como sendo a mais representativa de padronização em referido país”<sup>49</sup> e (ii) “ser parte de um país reconhecido pelas Nações Unidas”<sup>50</sup>. Após a satisfação desses elementos, a efetiva participação na ISO dependerá de aprovação do Conselho da ISO<sup>51</sup> (para entrada de novos membros com

*status* de Membro pleno) ou da aprovação do Secretário-Geral (para entrada de novos membros com *status* de Membro Correspondente ou Subscritor).<sup>52</sup>

Vale ressaltar que apenas membros plenos podem fazer parte do sistema organizacional de governança da ISO<sup>53</sup> e, portanto, cabe a eles a decisão se um novo Membro entrará ou não na organização. Dessa forma, como o Comitê é restrito a um número de vinte representantes, formado, apenas, com organizações classificadas como “membro pleno”, apesar de o estatuto da ISO não fazer menção ao quórum necessário para a aprovação, sabe-se que essa aprovação fica limitada a esse número de 20 representantes<sup>54</sup>.

Além disso, apesar de a ISO aparentar ser relativamente aberta e englobar uma série de países, no que se refere à elaboração conjunta de padrões com a IEC, especialmente em relação ao Guia 2, conforme a nota de rodapé 42, supra, apenas os corpos membros participam das deliberações referentes aos padrões desenvolvidos juntamente à ISO. Isso fica claramente demonstrado na utilização da terminologia do prefácio do Guia 2 da ISO/IEC, visto que são os membros plenos que se qualificam como os “*National Bodies*” que têm protagonismo na elaboração das normas. Portanto, no que diz respeito ao objeto desse trabalho, considerar-se-ão, apenas, os membros cheios (listados no Anexo 2) para fins da análise comparativa com a OMC, na medida em que são, apenas, estes que têm influência na elaboração e aprovação das atualizações do Guia ISO/IEC 2: 1991.

A IEC é uma organização internacional não governamental, sem fins lucrativos, cujo objetivo é desenvolver padrões internacionais e operar sistemas de avaliação de conformidade no que diz respeito ao setor de eletrotecnologia.<sup>55</sup> Participa-se da IEC por meio dos

44 ISO. *ISO Members*. Disponível em : [http://www.iso.org/iso/home/about/iso\\_members.htm](http://www.iso.org/iso/home/about/iso_members.htm). Acesso em: junho de 2016.

45 ISO. *ISO Members*. Disponível em : [http://www.iso.org/iso/home/about/iso\\_members.htm](http://www.iso.org/iso/home/about/iso_members.htm). Acesso em: junho de 2016.

46 ISO. *ISO Members*. Disponível em : [http://www.iso.org/iso/home/about/iso\\_members.htm](http://www.iso.org/iso/home/about/iso_members.htm). Acesso em: junho de 2016.

47 ISO. *ISO Members*. Disponível em : [http://www.iso.org/iso/home/about/iso\\_members.htm](http://www.iso.org/iso/home/about/iso_members.htm). Acesso em: junho de 2016.

48 ISO. *ISO Membership Manual*, 2015, p. 8. Tradução livre. Disponível em: [http://www.iso.org/iso/iso\\_membership\\_manual.pdf](http://www.iso.org/iso/iso_membership_manual.pdf). Acesso em: junho de 2016.

49 ISO. *ISO Membership Manual*, 2015, p. 8. Tradução livre. Disponível em: [http://www.iso.org/iso/iso\\_membership\\_manual.pdf](http://www.iso.org/iso/iso_membership_manual.pdf). Acesso em: junho de 2016.

50 ISO. *ISO Membership Manual*, 2015, p. 8. Tradução livre. Disponível em: [http://www.iso.org/iso/iso\\_membership\\_manual.pdf](http://www.iso.org/iso/iso_membership_manual.pdf). Acesso em: junho de 2016.

51 ISO. *ISO Statutes*. Art. 7.4, “f”. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/statutes.pdf>. Acesso em: julho de 2016.

52 ISO. *ISO Statutes*. Art. 7.4, “f”. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/statutes.pdf>. Acesso em: julho de 2016.

53 ISO. *ISO Statutes*. Arts. 6.4 e 7.1. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/statutes.pdf>. Acesso em: julho de 2016. ISO Membership Manual, 2015, p. 6. Tradução livre. Disponível em: [http://www.iso.org/iso/iso\\_membership\\_manual.pdf](http://www.iso.org/iso/iso_membership_manual.pdf). Acesso em: junho de 2016. Conforme interpretação da leitura conjunta dos Arts. 6.1 e 7.1 do Estatuto da ISO, bem como afirmado pela própria organização em seu “Membershib Manual”, que na página 6 expressamente afirma, por meio de tabela, que somente “Membros Cheios” podem participar do sistema de governança da ISO.

54 ISO. *ISO Statutes*. Art. 7. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/statutes.pdf>. Acesso em: julho de 2016.

55 ISO. *ISO Statutes*. Art. 2. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/statutes.pdf>. Acesso em: julho de 2016. Tradução livre. *The object of the Commission is to promote international co-operation on all questions of*



chamados “*National Committees*” (daqui em diante “Comitês Nacionais”), que são subdivididos em Comitês Técnicos, compostos por especialistas em determinado campo específico e por representantes de cada país<sup>56</sup>. Apenas países reconhecidos pela Organização das Nações Unidas (ONU) podem participar da IEC<sup>57</sup>.

A filiação à IEC é dividida em dois níveis, quais sejam: (i) “*Full Members*” (daqui em diante “Membros plenos”), que têm acesso a toda atividade gerencial, com direitos ilimitados de voto e (ii) “*Associate Members*” (daqui em diante “Membros Associados”), não podendo ser eleitos para as funções gerenciais e com direito limitado de voto<sup>58</sup>. A IEC conta com 60 membros plenos e 23 membros associados<sup>59</sup> (Listados no Anexo 3).

Para tornar-se um Membro da IEC, é necessário que o país tenha um Comitê Eletrotécnico próprio que, mediante aprovação, se tornará um “*National Committee*” no âmbito da IEC<sup>60</sup>, de forma que é este Comitê que representa os interesses nacionais nas atividades da IEC. Após isso, o interessado deverá encaminhar um formulário escrito preenchido para o Escritório Central da IEC, sediado em Genebra, de forma que a aprovação se dará mediante votação realizada apenas pelos Membros plenos<sup>61</sup>. O processo de votação se dará no prazo de dois meses após o envio da proposta escrita, de forma que os Membros plenos deverão responder se

são a favor ou contra a entrada de um novo membro, e a proposta será aceita a não ser que um quinto ou mais dos Membros assumam posição contrária<sup>62</sup>.

Como a definição trazida de “*National Body*” pela *ISO/IEC Directive 1* (nota de rodapé 42, supra) contempla apenas os Comitês Nacionais (de forma que não discrimina entre membros plenos e associados), assume-se que tanto os membros plenos quanto associados podem participar das deliberações tomadas no âmbito do Guia 2.

O processo decisório no âmbito da ISO e da IEC, devido à quantidade significativa de padrões que essas organizações desenvolvem, podem variar a depender do padrão elaborado<sup>63</sup>. Especificamente, no que se refere ao escopo do presente trabalho, o Guia ISO/IEC 2: 1991, o procedimento decisório para aprovação/modificação do guia permaneceu o mesmo desde a edição que foi incorporada junto à OMC em 1991. Dessa forma, conforme estabelece o prefácio à oitava edição do Guia (2004), é necessária a aprovação de 75% dos Membros com direito a voto para a alteração do Guia. Assim, complementando essa leitura com as supracitadas diretivas da ISO/IEC, entende-se que o procedimento decisório que prevalece nas decisões tomadas conjuntamente entre a ISO e a IEC é o princípio de um voto por membro (sendo um membro por país)<sup>64</sup>.

---

*standardization and related matters, such as the verification of conformity to standards in the fields of electricity, electronics and related technologies, and thus to promote international understanding. This object, inter alia, is achieved by issuing publications, including International Standards, and by offering conformity assessment (C.A) services.*

56 IEC. *Who we are*. Disponível em: <http://www.iec.ch/about/profile/experts.htm>. Acesso em: julho de 2016.

57 ISO. *ISO Statutes*. Art. 2. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/statutes.pdf>. Acesso em: julho de 2016. Tradução livre. *Only the National Committees of those countries officially recognized by the United Nations Organization (UNO) may become members of the Commission.*

58 IEC. *Who we are*. Disponível em: <http://www.iec.ch/about/profile/members.htm>. Acesso em: junho de 2016.

59 IEC. *Who we are*. Disponível em: <http://www.iec.ch/dyn/www/f?p=103:5:0>. Acesso em: junho de 2016.

60 IEC. *Statutes and Rules of Procedure*. Art. 4. Tradução livre. Disponível em: [http://www.iec.ch/members\\_experts/refdocs/iec/stat\\_2001-2015e.pdf](http://www.iec.ch/members_experts/refdocs/iec/stat_2001-2015e.pdf). Acesso em: julho de 2016. *Any country desiring to participate in the work of the Commission shall form an Electrotechnical Committee for its own country; upon admission, this Committee is called the National Committee.*

61 IEC. *Statutes and Rules of Procedure*. Art. 4. Tradução livre. Disponível em: [http://www.iec.ch/members\\_experts/refdocs/iec/stat\\_2001-2015e.pdf](http://www.iec.ch/members_experts/refdocs/iec/stat_2001-2015e.pdf). Acesso em: julho de 2016. *Any National Committee constituted in accordance with Article 4 of the Statutes, desiring to become a member of the Commission, shall send a written application to the Central Office for submission to the Full Member National Committees for voting [...]*

---

62 IEC. *Statutes and Rules of Procedure*. Art. 7. Tradução livre. Disponível em: [http://www.iec.ch/members\\_experts/refdocs/iec/stat\\_2001-2015e.pdf](http://www.iec.ch/members_experts/refdocs/iec/stat_2001-2015e.pdf). Acesso em: julho de 2016. *The proposal to be put to the vote shall be circulated by the Central Office to all National Committees. Full Member National Committees shall be requested to reply to the Central Office within two months of the date of dispatch of the communication by the Central Office asking for the vote upon the proposal. They shall state whether or not they are in favour of the proposal which has been submitted to them. The proposal is adopted unless one-fifth or more of the Council members have cast a negative vote.*

63 A elaboração do Guia 2 da ISO/IEC, conforme estabelecido no Prefácio da edição de 2004, será feita em conformidade com as regras estipuladas no documento denominado *ISO/IEC Directives Part 2* (disponível em: [http://www.iec.ch/members\\_experts/refdocs/iec/isoieccdir-2%7Bed7.0%7Den.pdf](http://www.iec.ch/members_experts/refdocs/iec/isoieccdir-2%7Bed7.0%7Den.pdf). Acesso em: junho de 2016). Este documento, em sua página 41, determina que, durante o processo de elaboração de padrões, estes deverão ter um prefácio, no qual é descrito o propósito e a *rationale* do padrão. Ao descrever o propósito e a *rationale* do padrão, o prefácio deverá informar, dentre outras coisas, o processo de votação (*the voting process*). Assim, é possível afirmar que o procedimento decisório em relação a um determinado padrão deverá ser definido caso a caso. Portanto, diferentemente da OMC, que tem um procedimento decisório pré-estabelecido para todas as situações, a atuação conjunta da ISO/IEC deixa este ponto flexível a depender do padrão a ser desenvolvido.

64 ISO/IEC. *ISO/IEC Directives, Part 1*. Item 1.3.2.2. Disponível em: <http://www.iso.org/sites/directives/2016/consolidated/index>.

Apesar da existência desse procedimento de maneira formal, faz-se necessário observar, também, como se desenvolvem os padrões na prática, para compreender em que medida cada país contribui para a elaboração e modificação de padrões. Diante do cenário factual, percebe-se que “a participação de países em desenvolvimento no processo de padronização da ISO/IEC é muito limitada”<sup>65</sup>, percebendo-se que a adoção desses padrões é muito maior na Europa do que nos demais membros em desenvolvimento<sup>66</sup>.

#### 4. PONTOS CRÍTICOS NA COMPARAÇÃO ENTRE OMC E A ISO/IEC SOB OS DOIS PRISMAS DE ANÁLISE

Diante da descrição da lógica das três organizações em questão, é possível perceber alguns espaços de convergência e alguns espaços de divergência entre elas. A análise comparativa será feita, separadamente, a partir: (i) do prisma dos países-membros e (ii) do prisma dos procedimentos participativos.

Antes de iniciar a análise, vale ressaltar que as preocupações levantadas encontram fundamento nas manifestações de diversos membros, no âmbito dos trabalhos do Comitê do TBT, a respeito da interação entre o Guia ISO/IEC 2: 1991 e o TBT. Especialmente por conta das atualizações dos guias e de sua relevância para o Acordo TBT, os membros se preocupam em não só se manterem atualizados sobre as modificações do Guia ISO/IEC: 1991 como também ressaltam a importância de participarem de sua elaboração.

Em reunião do Comitê do TBT realizada em 2 de

julho de 2003, a União Europeia ressaltou a importância de os Membros participarem na elaboração de padrões internacionais e utilizá-los, de forma que, para tanto, seria importante ter uma noção das atualizações do Guia da ISO/IEC. O Comitê informou que tomou nota deste pedido.<sup>67</sup> Posteriormente à solicitação do Comitê do TBT<sup>68</sup>, a ISO e a IEC informaram que a nova edição do Guia ISO/IEC 2: 2004 apenas incluía uma referência cruzada à normativa ISO 17000<sup>69</sup>, de forma que as demais definições do Guia permaneceram inalteradas<sup>70</sup>. Diversos membros, como Estados Unidos, México, Cuba, Austrália e o representante da União Europeia ressaltaram a importância que o Guia tinha na esfera da OMC e que, portanto, maiores esclarecimentos precisavam ser dados. O México alertou ao risco de o Comitê estar tentando modificar o Acordo TBT de maneira inapropriada, pois os relatórios do Comitê apenas têm caráter interpretativo e não podem alterar as obrigações estabelecidas nos Acordos da OMC<sup>71</sup>. A Austrália apoiou o México nesta questão. Desta forma, o Comitê solicitou à ISO/IEC que preparassem um documento comparando todas as atualizações do Guia 2 que ocorreram desde 1991 (ou seja, as alterações de 1996 e de 2004). A ISO/IEC respondeu que este seria um trabalho longo para pouco resultado, tendo em vista que não houve muita modificação nos termos, mas que, no entanto, caso o Comitê considerasse este documento importante, poderia produzir um relatório nestes moldes<sup>72</sup>. O Comitê tomou nota das informações dadas

67 G/TBT/M/30. Minutes Of The Meeting Held On 2 July 2003, 19 de agosto de 2003, para. 111. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/tbt\\_e/tbt\\_work\\_docs\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/tbt_work_docs_e.htm). Acesso em: julho de 2016.

68 G/TBT/13, Third Triennial Review Of The Operation and Implementation Of The Agreement On Technical Barriers To Trade, 11 de novembro de 2003, para. 61. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/tbt\\_e/tbt\\_work\\_docs\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/tbt_work_docs_e.htm). Acesso em: julho de 2016.

69 Nova normativa da ISO/IEC à época, que também tratava de “termos e definições”. Este esclarecimento foi solicitado pela União Europeia, por meio de pedido realizado ao Comitê do TBT em 13 de março de 2003. Cf. G/TBT/W/197. *Third Triennial Review Of The TBT Agreement: Submission From The European Communities*, 13 de março de 2003, para. 22.

70 G/TBT/M/35. Minutes Of The Meeting Of 22-23 March 2005, 24 de maio de 2005, paras. 62-71. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/tbt\\_e/tbt\\_work\\_docs\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/tbt_work_docs_e.htm). Acesso em: julho de 2016.

71 G/TBT/M/35. Minutes Of The Meeting Of 22-23 March 2005, 24 de maio de 2005, paras. 62-71. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/tbt\\_e/tbt\\_work\\_docs\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/tbt_work_docs_e.htm). Acesso em: julho de 2016.

72 G/TBT/M/35. Minutes Of The Meeting Of 22-23 March

xhtml#\_idTextAnchor141. Acesso em: junho de 2016.

65 STEPHENSON, Sherry M. *Standards and Conformity Assessment as Nontariff Barriers to Trade. World Bank Policy Research Working Paper* No. 1826, p. 48-51. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=597242>, acesso em julho de 2016. Tradução livre. “*This situation carries with it several implications for the development of international standards. The very limited participation of developing countries in the ISO/IEC standardizing process means that most international standards have been skewed towards developed-country requirements, and most of this European. European members have dominated the international standardization process. At present, two-thirds of the ISO secretariats are held by European members, which means that the adoption rate of ISO and IEC standards has been much higher in Europe.*”

66 STEPHENSON, Sherry M. *Standards and Conformity Assessment as Nontariff Barriers to Trade. World Bank Policy Research Working Paper* No. 1826, p. 48-51. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=597242>, acesso em julho de 2016. Tradução livre.

pela ISO/IEC.

Em 28 de julho de 2006, o Comitê circulou o referido documento<sup>73</sup>, a pedido da ISO e da IEC. Em seguida, em minuta de encontro<sup>74</sup>, Comitê informou que o relatório foi circulado e reconheceu que boa parte dos Membros aparentavam ter interesse em uma discussão a respeito do tema para que se chegasse a um texto satisfatório. O Comitê informou que postergaria essa discussão, com o intuito de obter mais informações antes de iniciar os trabalhos<sup>75</sup>. Em abril de 2007, o Comitê produziu um documento confidencial chamado “The Reference to the Sixth Edition of the ISO/IEC Guide 2: 1991 in Annex 1 of the Agreement on Terms and their Definitions (Background Note by the Secretariat)”<sup>76</sup>, no qual levava em consideração as preocupações levantadas pelos Membros ao longo dos anos sobre as atualizações do Guia ISO/IEC 2: 1991. A última atualização que se teve dos trabalhos do Comitê do TBT em relação ao Guia ISO/IEC 2: 1991 foi a minuta de uma reunião em 2007, em que o representante do Brasil afirmou que qualquer emenda ao Anexo 1 — conforme algumas provisões do “The Reference to the Sixth Edition of the ISO/IEC Guide 2: 1991 in Annex 1 of the Agreement on Terms and their Definitions (Background Note by the Secretariat)” — deveria ser submetido à prévia avaliação e aprovação do Comitê. O Chairman afirmou que o Comitê já havia se comprometido a realizar discussões sobre este tema e que levaria o pedido do Brasil em consideração.<sup>77</sup>

2005, 24 de maio de 2005, paras. 62-71. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/tbt\\_e/tbt\\_work\\_docs\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/tbt_work_docs_e.htm). Acesso em: julho de 2016.

73 G/TBT/GEN/38. Submission By The International Organization For Standardization (ISO) To The Meeting Of The WTO Committee On Technical Barriers To Trade, Geneva, 7-9 June 2006, 28 de julho de 2006. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/tbt\\_e/tbt\\_work\\_docs\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/tbt_work_docs_e.htm). Acesso em: julho de 2016.

74 G/TBT/M/39. Minutes Of The Meeting Of 7-9 June 2006, 31 de julho de 2006, para. 118. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/tbt\\_e/tbt\\_work\\_docs\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/tbt_work_docs_e.htm). Acesso em: julho de 2016.

75 G/TBT/M/39. Minutes Of The Meeting Of 7-9 June 2006, 31 de julho de 2006, para. 118. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/tbt\\_e/tbt\\_work\\_docs\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/tbt_work_docs_e.htm). Acesso em: julho de 2016.

76 JOB (06)/252. The Reference to the Sixth Edition of the ISO/IEC Guide 2: 1991 in Annex 1 of the Agreement on Terms and their Definitions (Background Note by the Secretariat), 04 de março de 2007. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/tbt\\_e/tbt\\_work\\_docs\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/tbt_work_docs_e.htm). Acesso em: julho de 2016.

77 G/TBT/M/41. Minutes Of The Meeting Of 21 March 2007, 12 de junho de 2007, paras. 117-118. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/tbt\\_e/tbt\\_work\\_docs\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/tbt_work_docs_e.htm). Acesso em: julho de 2016.

Diante desses fatos, percebe-se que há diversos riscos que emanam da interação entre o Guia ISO/IEC 2: 1991 e do TBT, que serão sistematizados sob os dois prismas de análise do presente trabalho.

#### 4.1. Membros

No que se refere aos membros de cada organização, é possível observar que a representação de cada país na OMC enfrenta dois problemas principais: (i) referente a qual órgão/instituição/representante nacional tem voz em cada uma das organizações e (ii) referente aos países que pertencem a cada uma das organizações.

Em se tratando do primeiro problema, há de se considerar de antemão em que medida os membros podem ser considerados os mesmos em cada organização, tendo em vista que, enquanto na OMC os respectivos países são representados por representantes do governo, na ISO os países são representados pelas organizações nacionais de normatização e na IEC por um comitê voltado especificamente para o campo eletro tecnológico. Portanto, considerando-se que em âmbito nacional, também, existem posições divergentes de diferentes órgãos/instituições/representantes, decorrentes de diversos fatores, sejam de cunho social, político ou econômico, vale questionar em que medida cada país está com o seu posicionamento alinhado em todas as organizações internacionais das quais faz parte. Ou seja, vale questionar em que medida ser representado por um agente do governo, por uma agência de padronização ou a um Comitê específico são situações semelhantes.

No entanto, ainda que se desconsidere esse empecilho inicial, há o problema referente à representatividade dos próprios países. Os anexos 1, 2 e 3 apresentam uma relação de como os países se relacionam com cada uma as organizações em questão. Apesar de existirem países que pertencem concomitante às três organizações, é possível observar que, também, há um número considerável de países sem correspondência em todas as organizações. Há países que fazem parte da OMC e não fazem parte nem da ISO e/ou da IEC e há países que fazem parte da ISO e/ou da IEC e não fazem parte da OMC.

Esse fato tem uma implicação relevante, tendo em vista que, quando a OMC incorpora padrões elaborados no âmbito da ISO/IEC para o seu próprio sistema, ela

em: julho de 2016.



incorre em um problema de representatividade em dois níveis. Em um primeiro nível, esse procedimento desconsidera o direito a voz dos países-membros da OMC que não fazem parte da ISO e/ou da IEC, visto que essas regras lhe dizem respeito e, conforme esclarecido na introdução, terão implicações relevantes na maneira como os membros da OMC se relacionam. Ao realizar a incorporação direta do Guia, que está sujeito a futuras e contínuas alterações, faz-se necessário manter um trabalho constante de acompanhamento e abertura de espaços para manifestação dos membros da OMC a respeito das alterações no Guia<sup>78</sup>, visando garantir transparência e participação.

Em um segundo nível, esse procedimento dá voz a quem não tem direito de participação na OMC, na medida em que incorpora definições que foram elaboradas por membros que sequer fazem parte do sistema multilateral de comércio e que, portanto, não estão sujeitos ao binômio direito/dever estabelecido negocialmente no âmbito da OMC.

Diante dos fatores expostos, percebe-se que há uma desconformidade no que diz respeito aos grupos de países integrantes de cada organização, de forma que Grupo 1 e Grupo 2<sup>79</sup> são distintos e não correspondentes<sup>80</sup>, não havendo, portanto, representatividade.

78 Neste sentido, o dever de transparência também é ressaltado pelo documento *Decisions And Recommendations Adopted By The WTO Committee On Technical Barriers To Trade since 1 January 1995*, que estabelece seis princípios para a adoção adequada de padrões internacionais: (i) *the publication of a notice at an early appropriate stage, in such a manner as to enable interested parties to become acquainted with it, that the international standardizing body proposes to develop a particular standard; (ii) the notification or other communication through established mechanisms to members of the international standardizing body, providing a brief description of the scope of the draft standard, including its objective and rationale. Such communications shall take place at an early appropriate stage, when amendments can still be introduced and comments taken into account; (iii) upon request, the prompt provision to members of the international standardizing body of the text of the draft standard; (iv) the provision of an adequate period of time for interested parties in the territory of at least all members of the international standardizing body to make comments in writing and take these written comments into account in the further consideration of the standard; (v) the prompt publication of a standard upon adoption; and (vi) to publish periodically a work programme containing information on the standards currently being prepared and adopted.* Cf. G/TBT/1/Rev.9 *Decisions And Recommendations Adopted By The WTO Committee On Technical Barriers To Trade since 1 January 1995*, 8 de setembro de 2008. Conforme será observado no próximo subitem, pode-se afirmar que o Comitê do TBT satisfaz estes princípios – de maneira ampla.

79 Em referência à figura 1, supra.

80 Conforme é possível observar no Anexo 1, 51 Membros da OMC não fazem parte nem da ISO e nem da IEC. Isso significa dizer, em termos percentuais, que aproximadamente 31% dos Mem-

## 4.2. Procedimento decisório

A adoção do Guia 2 da ISO/IEC pode ser vista como um entendimento interpretativo no que se refere ao Acordo TBT, uma vez que o Anexo 1 menciona o Guia como sendo um auxílio na definição dos termos do acordo. Dessa forma, apesar de o texto do Acordo não fazer menção expressa à “interpretação”, assumindo que é plausível entender a expressão “termos e definições” como uma questão de interpretação do Acordo, seria possível encaixar a questão referente à adoção do Guia ISO/IEC 2: 1991 como sendo um procedimento especial.

Dessa forma, em vez da utilização da regra (consenso – que já seria uma barreira para a adoção dos padrões da ISO/IEC por conta da ausência de participação de determinados países-membros na elaboração do Guia 2), utilizar-se-á a regra do Artigo IX:2 do Acordo Constitutivo para avaliar a legitimidade dessa adoção. A regra estipula que, em se tratando de questões interpretativas, o procedimento decisório se dará a partir de votação e a deliberação será confirmada na medida em que  $\frac{3}{4}$  (75%) dos Membros não votem contrariamente a determinada interpretação.

A partir da análise do Anexo 1, ao contar o número de membros da OMC que não fazem parte da ISO e nem da IEC, chega-se ao resultado de 56 membros. Ainda que nem todos os membros da OMC contabilizados sejam países (alguns deles classificados como territórios aduaneiros), cada um deles tem direito a um voto, nos termos do Acordo Constitutivo.

Assim, uma simples conta de subtração é capaz de resolver a dúvida acerca da legitimidade da incorporação do Guia 2 da ISO/IEC. Isto porque, sabendo que são necessários 123 membros a favor (75% dos 164 países membros), considerando que os 56 países membros da OMC que não são membros da ISO ou da IEC votem contrariamente à interpretação (o que é um cenário minimamente plausível, tendo em vista que eles sequer tomam parte na deliberação) e considerando que todos

bros da OMC não fazem parte e não têm direito a voto nos procedimentos decisórios que ocorrem no âmbito destas organizações. Não apenas isso, como 14 países são membros da ISO e da IEC porém não são Membros da OMC. Esse número representa, aproximadamente, 9% dos Membros da OMC, ou seja, a adoção dos padrões da ISO e da IEC implicam não apenas uma ausência de participação de 31% dos Membros, como também inclui um percentual de 9% que não teria direito a voto na esfera da OMC.

os demais membros da OMC votem favoravelmente, chegaremos ao resultado de 108 membros que aprovariam a adoção dos padrões interpretativos da ISO/IEC. Logo, o quórum necessário para a aprovação não seria atingido.

Não obstante, ainda que se argumente que os países adotaram o Guia ISO/IEC 2: 1991 por consenso, a partir da sua inclusão no texto do Anexo ao acordo TBT como resultante das negociações na Rodada Uruguai, vale ressaltar a preocupação supramencionada dos membros com relação às atualizações do Guia. Como o Guia ISO/IEC 2: 1991 pode ser alterado a qualquer momento, questiona-se em que medidas tais mudanças não tornam a versão incorporada pelo Anexo 1 do TBT obsoleta. Tal questão fica reduzida tendo em vista que as mudanças nas definições dos termos do Guia ISO/IEC 2: 1991 foram mínimas, de forma que não afetaram substancialmente o texto da versão incorporada pelo TBT. No entanto, é possível cogitar a superveniência de uma mudança significativa dos termos contidos no Guia – haja vista que não há nenhuma limitação expressa para que isto ocorra, desde que satisfeito o quórum de aprovação –, situação em que a sua aplicação, ainda que subsidiária e cautelosa, ao TBT será posta em xeque.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

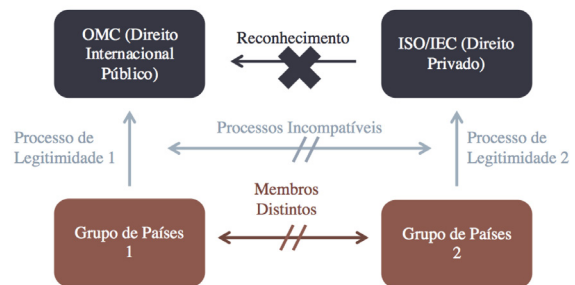
Diante dos fatores apresentados e questões levantadas, percebe-se que surge uma preocupação diante da tamanha obviedade e facilidade com que os mecanismos do Guia ISO/IEC 2: 1991 são incorporados ao sistema da OMC. Conforme analisado, existem uma série de questões sensíveis a esse reconhecimento/incorporação, que precisam ser observadas de maneira mais cuidadosa para que não afete negativamente a legitimidade do Sistema da OMC.

A utilização cautelosa e a atenta dos termos do Guia ISO/IEC 2: 1991 por parte do OSC revelam-se de extrema importância para garantir a confiabilidade no sistema. Em linha com a noção de que o motivo pelo qual Estados se reúnem sob a forma de organizações internacionais é justamente para garantir a centralização e a independência<sup>81</sup>, estas noções ficam comprometidas

a partir do risco à *accountability* de seus membros – colocando em risco principalmente a questão da independência. Isto porque é sabido que a discussão a respeito da utilização ou não do Guia ISO/IEC 2: 1991 sempre estará presente na esfera negocial da organização, inclusive com ampla participação do Comitê do TBT para garantir transparência e participação ao longo desta discussão.

O maior problema reside na utilização ampla destes termos pelo OSC. Isto porque, como órgão responsável para dirimir controvérsias decorrentes das obrigações estipuladas nos Acordos da OMC, quando o OSC aplica as definições do Guia ISO/IEC 2: 1991 como fonte de legitimidade – quase equiparada às próprias obrigações da OMC, como é possível observar no posicionamento mais recente no caso *US – Tuna II* – sem questionar sua compatibilidade com o TBT, isto implica uma vinculação de determinados membros a uma organização da qual eles não necessariamente fazem parte. Esta preocupação sobre ser membro já foi levantada pela Argentina, que afirmou que ser membro é importante “porque países [...] que não sejam partes contratantes deste Acordo, não estão obrigados a cumprir com padrões emitidos por organizações das quais eles não fazem parte”<sup>82</sup>.

Assim, o problema não apenas afeta a reputação e confiabilidade no sistema, como também tem implicações severas, visto que pode desembocar em sanções a um determinado país com base em padrões que foram desenvolvidos em uma outra esfera, sob uma lógica distinta. Portanto, diante dos pontos expostos, aparentemente a figura 1 trazida no começo do trabalho, provavelmente resultaria da seguinte forma (Figura 2):



Fonte: Elaborado pelas autoras.

tion, Vol. 42, N° 1 (Fev. 1998), p. 4. Tradução livre.

82 WT/DSB/M/317. *Minutes Of Meeting Held in the Centre William Rappard on 13 June 2012*, 31 de julho de 2012, para. 32, manifestação da Argentina: *This was important because countries such as Argentina that were not contracting parties to this agreement were under no obligation to comply with standards issued by organizations to which they were not party.*

81 ABBOT, Kenneth; SNIDAL, Duncan. *Why States Act through Formal International Organizations*. *The Journal of Conflict Resolu-*

Conclui-se, portanto, que, apesar dos reconhecidos ganhos que a padronização internacional tem no sentido de garantir a harmonização de práticas, resultando na redução de custos de transação<sup>83</sup>, deve-se ter cuidado no momento da aplicação desses padrões no âmbito da OMC. Isto porque, como organização internacional, a OMC deve não apenas zelar pela confiabilidade no sistema, assegurando mecanismos adequados de participação e envolvimento de todos os seus membros, como também deve ter uma preocupação adicional referente ao Órgão de Solução de Controvérsias, diante do seu considerável poder “sancionatório”. Deve-se ter em mente que esse mecanismo apenas se aplica às obrigações contraídas na esfera da OMC e que qualquer possibilidade de tentar impor o cumprimento de outras regras que não as assumidas pelos membros da organização certamente teriam um impacto negativo no sistema. Portanto, a admissão de “estranhos no ninho” deve ser, sempre, feita com as devidas ressalvas e cautelas, de forma a garantir um sistema previsível, confiável e justo.

**ANEXO 1: PAÍSES MEMBROS<sup>84</sup> DA OMC<sup>85</sup>**

Os países em amarelo são Membros da ISO e da IEC  
 Os países em verde são apenas Membros da ISO  
 Os países em laranja são Membros Associados da IEC  
 Os países em branco não pertencem a nenhuma das duas organizações

Afganistão	Albânia	Angola	Antígua e Barbuda	Argentina	Armênia
Austrália	Áustria	Bahrein, Reino do	Bangladesh	Barbados	Bélgica
Belize	Benin	Bolívia	Botswana	Brasil	Brunei Darussalam
Bulgária	Burkina Faso	Burundi	Cabo Verde	Camboja	Camarões
Canadá	República Centro-Africano	Chad	Chile	China	Colômbia
Congo	Costa Rica	Costa do Marfim	Croácia	Cuba	Chipre

83 SHIL, Nikhil Chandra. Harmonization of Accounting Standards through Internationalization. **International Business Research**, Vol. 2, Nº 2, abril de 2009, pp. 195-201. [...] *accounting standards will help the world economy in the following ways: by facilitating international transactions and minimizing exchange costs by providing increasingly “perfect” information; by standardizing information to world-wide economic policy-makers; by improving financial markets information; and by improving government accountability.*

84 Na ordem em que aparecem no site: [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/org6\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm)

85 Só constam na lista os países Membros e não os observadores.

República Tcheca	República Democrática do Congo	Dinamarca	Djibouti	Dominica	República Dominicana
Equador	Egito	El Salvador	Estônia	União Europeia	Fiji
Finlândia	França	Gabão	Gambia	Geórgia	Alemanha
Gana	Grécia	Grenada	Guatemala	Guiné	Guiné-Bissau
Guiana	Haiti	Honduras	Hong Kong, China	Hungria	Islândia
Índia	Indonésia	Irlanda	Israel	Itália	Jamaica
Japão	Jordânia	Cazaquistão	Quênia	Coreia, República	Kuwait, Estado do
Quirguistão	República Democrática Popular do Laos	Letônia	Lesoto	Libéria	Liechtenstein
Lituânia	Luxemburgo	Macau, China	Madagascar	Malawi	Malásia
Maldivas	Mali	Malta	Mauritânia	Mauritius	México
Moldávia, República da	Mongólia	Montenegro	Marrocos	Moçambique	Myanmar
Namíbia	Nepal	Holanda	Nova Zelândia	Nicarágua	Niger
Nigéria	Noruega	Oman	Paquistão	Panamá	Papua Nova Guiné
Paraguai	Peru	Filipinas	Polónia	Portugal	Qatar
Romênia	Rússia	Ruanda	São Cristóvão e Nevis	Santa Lúcia	São Vicente e Granadinas
Samoa	Arábia Saudita, Reino	Senegal	Seychelles	Serra Leoa	Cingapura
República Eslovaca	Eslovênia	Ilhas Salomão	África do Sul	Espanha	Sri Lanka
Suriname	Suazilândia	Suécia	Suíça	Taipei, China	Tadjiquistão
Tanzânia	Tailândia	A Antiga República Jugoslava da Macedónia	Togo	Tonga	Trinidad e Tobago
Tunísia	Turquia	Uganda	Ucrânia	Emirados Árabes Unidos	Reino Unido
Estados Unidos da América	Uruguai	Vanuatu	Venezuela, República Bolivariana	Vietnam	Iêmen
Zâmbia	Zimbabwe				

**ANEXO 2: PAÍSES MEMBROS<sup>86</sup> DA ISO<sup>87</sup>**

Os países em azul são Membros da OMC  
 Os países em branco não são Membros da OMC

Afganistão	Costa Rica	Iraque	Marrocos	Eslovênia
Algeria	Croácia	Irlanda	Namibia	África do Sul
Argentina	Cuba	Israel	Nepal	Espanha
Armênia	Chipre	Itália	Holanda	Sri Lanka
Austrália	República Tcheca	Jamaica	Nova Zelândia	Sudão
Áustria	Costa do Marfim	Japão	Nigéria	Suécia
Azerbaijão	Dinamarca	Jordânia	Noruega	Suíça
Barein	Equador	Cazaquistão	Oman	Tanzânia

86 Na ordem em que aparecem no site: [http://www.iso.org/iso/home/about/iso\\_members.htm?membertype=membertype\\_MB](http://www.iso.org/iso/home/about/iso_members.htm?membertype=membertype_MB)

87 Só constam na lista os países considerados “full Members” ou “Member Bodies”, que têm influência nos padrões da ISO e direito à voto.



Bangladesh	Egito	Quênia	Paquistão	Tailândia
Barbados	El Salvador	República Democrática da Coreia	Panamá	Antiga República Iugoslava da Macedônia
Belarus	Estônia	República da Coreia	Peru	Trinidad e Tobago
Bélgica	Etiópia	Kuwait	Filipinas	Tunísia
Benin	Fiji	Letônia	Polônia	Turquia
Bósnia Herzegovina	Finlândia	Libano	Portugal	Uganda
Botswana	França	Líbia	Qatar	Ucrânia
Brasil	Gabão	Lituânia	Romênia	Emirados Árabes Unidos
Bulgária	Alemanha	Luxemburgo	Federação Russa	Reino Unido
Burkina Faso	Gana	Malauí	Ruanda	Estados Unidos
Cameron	Grécia	Malásia	Santa Lúcia	Uruguai
Canadá	Hungria	Mali	Arábia Saudita	Uzbequistão
Chile	Islândia	Malta	Senegal	Vietnam
China	Índia	Mauritius	Sérvia	Iêmen
Colômbia	Indonésia	México	Cingapura	Zimbábue
República Democrática do Congo	Irã	Mongólia	Eslováquia	

### ANEXO 3: PAÍSES MEMBROS<sup>88</sup> DA IEC<sup>89</sup>

Os países em azul são Membros da OMC  
Os países em branco não são Membros da OMC  
Todos os Membros da IEC são Membros da ISO

#### “Full Members”

Algeria	Croácia	Irlanda	Nova Zelândia	Cingapura
Argentina	República Tcheca	Iraque	Noruega	Eslováquia
Austrália	Dinamarca	Islândia	Oman	Eslovênia
Áustria	Egito	Israel	Paquistão	África do Sul
Belarus	Finlândia	Itália	Filipinas	Espanha
Bélgica	França	Japão	Polônia	Suécia
Brasil	Alemanha	República da Coreia	Portugal	Suíça
Bulgária	Grécia	Líbia	Qatar	Tailândia
Canadá	Hungria	Luxemburgo	Romênia	Turquia
Chile	Índia	Malásia	Federação Russa	Emirados Árabes Unidos
China	Indonésia	México	Arábia Saudita	Reino Unido
Colômbia	Irã	Holanda	Sérvia	Estados Unidos

88 Na ordem em que aparecem no site: <http://www.iec.ch/dyn/www/f?p=103:5:0>

89 Só constam na lista os países considerados como “full Members”, que têm acesso a todo o material produzido pela IEC, podem exercer funções gerenciais e têm direito de voto.

### Membros Associados

Os países em azul são Membros da OMC  
Os países em branco não são Membros da OMC  
Os seguintes Membros Associados não são parte da ISO: Albânia, Geórgia e Montenegro.

Albânia	Estônia	Letônia	Nigéria
Barcein	Geórgia	Lituânia	Sri Lanka
Bósnia Herzegovina	Islândia	Malta	Antiga República Iugoslava da Macedônia
Cuba	Jordânia	Moldova	Tunísia
Chipre	Cazaquistão	Montenegro	Vietnam
República Democrática da Coreia	Quênia	Marrocos	

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

WTO, *Understanding the WTO*. Genebra, WTO, 2015. Disponível em: [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/understanding\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/understanding_e.pdf). Acesso em: julho de 2016.

SHAFFER, Gregory. *Theorizing Transnational Legal Ordering*. **Annual Review of Law and Social Science**, 2016, Forthcoming; UC Irvine School of Law Research Paper No. 2016-06. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2734318>. Acesso em: julho de 2016.

Decreto 1.355/1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d1355.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm). Acesso em: julho de 2016.

WTO. *Twenty-First Annual Review Of The Implementation And Operation of the TBT Agreement*. G/TBT/38/Rev.1, 2016.

STEPHENSON, Sherry M. *Standards and Conformity Assessment as Nontariff Barriers to Trade*, 1997. World Bank Policy Research Working Paper No. 1826. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=597242>. Acesso em: julho de 2016.

WT/CTE/W/10 G/TBT/W/11, *Negotiating History Of The Coverage Of The Agreement On Technical Barriers To Trade With Regard To Labelling Requirements, Voluntary Standards, And Processes And Production Methods Unrelated To Product Characteristics*, 29 de agosto de 1995. Disponível em: <http://www.wto.org>. Acesso em: julho de 2016.

WT/DS231/1, G/L/449 ; G/TBT/D/22. *European Communities – Trade Description of Sardines, Request for consultation by Peru*, 23 de abril de 2001. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds231\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds231_e.htm). Acesso em: junho de 2016.

- WT/DS231/AB/R, *European Communities – Trade Description of Sardines*, 23 de Outubro de 2002. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds231\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds231_e.htm). Acesso em: junho de 2016.
- WT/DS381/1, G/1/858, G/TBT/D/32, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products - Request for consultations by Mexico*, 28 de outubro de 2008. Disponível em [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds381\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds381_e.htm). Acesso em: junho de 2016.
- EPPS, Tracey; TREBILCOCK, Michael. *Research Handbook on the WTO and Technical Barriers to Trade*. Nova York: Editora Edward Elgar, 2013.
- THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio – As regras do comércio internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais*. 2a ed. São Paulo: Aduaneiras, 2003.
- MACHADO, Máira. Faz diferença ser membro? Notas sobre os desafios descritivos do direito administrativo global, in SANCHEZ BADIN, Michelle Ratton. *Teorias sobre governança global: ensaios para contextualizar o Direito Administrativo Global no Brasil*, São Paulo, FGV, 2016 (no prelo).
- SANCHEZ BADIN, Michelle Ratton. *The WTO and the OECD Rules on Export Credit: A Virtuous Circle?*, **Artigo Direito GV (Working Paper)** 29, 2008.
- PAUWELYN, Joost. *The Role of Public International Law in the WTO: How far can we go?* **The American Journal of International Law**, Vol. 95, N° 3, 2001, p. 538. Tradução livre.
- VON GLAHN, Gehrard; TAULBEE, James Larry. *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*. 10ª Edição. Nova York: Editora Routledge, 2016, p. 562.
- ABBOT, Kenneth; SNIDAL, Duncan. *Why States Act through Formal International Organizations*. **The Journal of Conflict Resolution**, Vol. 42, N° 1 (Fev. 1998). Tradução livre.
- BOSSCHE, Peter; ZDOUC, Werner. *The Law and Policy of the World Trade Organization*. Terceira Edição, Reino Unido: Cambridge University Press, 2012.
- WTO. *WTO Accessions*. Disponível em: [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/acc\\_e/acc\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/acc_e.htm). Acesso em: julho de 2016.
- Acordo Constitutivo da OMC, disponível em: [www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl\\_1196451535.doc](http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1196451535.doc).
- NGUYEN, Thanh; NGUYEN, Quynh; PHAM, Phong. *Decision-Making by Consensus in the WTO*. **International Law Faculty, Diplomatic Academy of Vietnam**, 2003, p. 6. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2122948>.
- ISO. *About ISO*. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/home/about.htm>. Acesso em: junho de 2016.
- IEC. *Who we are*. Disponível em: <http://www.iec.ch/about/profile/>. Acesso em: junho de 2016.
- WERKER, Eric; AHMED, Faisal. *What do Non-Governmental Organizations do?* **Journal of Economic Perspectives** (Dezembro de 2007). Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1071750](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1071750).
- HALL, Rodney; BIERSTEKER, Thomas. *The Emergence of Private Authority in the International System*. In: HALL, Rodney; BIERSTEKER, Thomas. *The Emergence of Private Authority in Global Governance*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2002.
- ISO/IEC. *ISO/IEC Guide 2: 2004*. Disponível em: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:guide:2:ed-8:v1:en>. Acesso em: junho de 2016.
- ISO/IEC. *ISO/IEC Directives, Part 1*. Disponível em: [http://www.iso.org/sites/directives/2016/consolidated/index.xhtml#\\_idTextAnchor141](http://www.iso.org/sites/directives/2016/consolidated/index.xhtml#_idTextAnchor141). Acesso em: junho de 2016.
- ISO/IEC. *ISO/IEC Directives, Part 2*, Disponível em: <http://www.iso.org/sites/directives/2016/part2/index.xhtml>. Acesso em: junho de 2016.
- ISO. *ISO Members*. Disponível em: [http://www.iso.org/iso/home/about/iso\\_members.htm](http://www.iso.org/iso/home/about/iso_members.htm). Acesso em: junho de 2016.
- ISO. *ISO Membership Manual*, 2015. Disponível em: [http://www.iso.org/iso/iso\\_membership\\_manual.pdf](http://www.iso.org/iso/iso_membership_manual.pdf). Acesso em: junho de 2016.
- ISO. *ISO Statutes*. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/statutes.pdf>. Acesso em: julho de 2016.
- IEC. *Statutes and Rules of Procedure*. Disponível em: [http://www.iec.ch/members\\_experts/refdocs/iec/stat\\_2001-2015e.pdf](http://www.iec.ch/members_experts/refdocs/iec/stat_2001-2015e.pdf). Acesso em: julho de 2016.

- G/TBT/W/197. *Third Triennial Review Of The TBT Agreement: Submission From The European Communities*, 14 de março de 2003, para. 22.
- G/TBT/M/30. *Minutes Of The Meeting Held On 2 July 2003*, 19 de agosto de 2003, para. 111.
- G/TBT/M/35. *Minutes Of The Meeting Of 22-23 March 2005*, 24 de maio de 2005, paras. 62-71.
- G/TBT/GEN/38. *Submission By The International Organization For Standardization (ISO) To The Meeting Of The WTO Committee On Technical Barriers To Trade, Geneva, 7-9 June 2006*, 28 de julho de 2006.
- G/TBT/M/39. *Minutes Of The Meeting Of 7-9 June 2006*, 31 de julho de 2006, para. 118.
- JOB (06)/252. *The Reference to the Sixth Edition of the ISO/IEC Guide 2: 1991 in Annex 1 of the Agreement on Terms and their Definitions (Background Note by the Secretariat)*, 04 de março de 2007.
- G/TBT/M/41. *Minutes Of The Meeting Of 21 March 2007*, 12 de junho de 2007, paras. 117-118.
- ISO/IEC. *Guia ISO/IEC 2: 1991*. Disponível em: [http://www.iso.org/iso/home/store/catalogue\\_ics/catalogue\\_detail\\_ics.htm?csnumber=19713](http://www.iso.org/iso/home/store/catalogue_ics/catalogue_detail_ics.htm?csnumber=19713). Acesso em: junho de 2016.
- Comitê do TBT. G/TBT/GEN/38. Julho de 2008.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Os benefícios tributários do programa Inovar-Auto e os princípios da Nação Mais Favorecida e do Tratamento Nacional:** uma análise dos argumentos dos Painéis atualmente em curso contra o Brasil no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC

**Tax benefits of the Inovar-Auto program and the Most Favoured Nation and National Treatment Principles:** an analysis of the arguments invoked in the Panels currently pending against Brazil in the Dispute Settlement Body of the WTO

Eric Moraes Castro e Silva

# **Os benefícios tributários do programa Inovar-Auto e os princípios da Nação Mais Favorecida e do Tratamento Nacional: uma análise dos argumentos dos Painéis atualmente em curso contra o Brasil no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC\***

## **Tax benefits of the Inovar-Auto program and the Most Favoured Nation and National Treatment Principles: an analysis of the arguments invoked in the Panels currently pending against Brazil in the Dispute Settlement Body of the WTO**

Eric Moraes Castro e Silva\*\*

### **RESUMO**

O objetivo deste artigo é analisar a compatibilidade dos incentivos tributários previstos para o setor automobilístico brasileiro no programa Inovar-Auto com a interpretação jurisprudencial da Organização Mundial do Comércio (OMC) referente aos princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida. Tal matéria é, atualmente, objeto de painéis, propostos pela União Europeia (UE) e pelo Japão, contra o Brasil perante o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) daquela organização. O artigo adota a metodologia desenvolvida em vários julgados do GATT/OSC sobre questões tributárias, a qual consiste, inicialmente, em delimitar os incentivos e os requisitos para concessão dos benefícios previstos nas normas domésticas contestadas, o que, no caso, é feito pela análise para a concessão do crédito presumido e redução na importação do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) previstos no Inovar-Auto. Em sucessivo, após registrar a importância que os julgados do OSC conferem àqueles dois princípios para fins de neutralidade concorrencial, o artigo demonstra que a evolução jurisprudencial da matéria estabeleceu verdadeiros “testes de consistência” para aferir a compatibilidade de normas tributárias domésticas com as obrigações estabelecidas nos artigos I e III do GATT, que disciplinam, respectivamente, os princípios da nação mais favorecida e do tratamento nacional. Os testes desenvolvidos pela jurisprudência do sistema multilateral do comércio são finalmente aplicados aos já delimitados benefícios tributários do Inovar-Auto, concluindo o artigo pela incompatibilidade do programa brasileiro com as obrigações assumidas perante a OMC.

**Palavras-chave:** Organização Mundial do Comércio. Inovar-Auto. Tratamento Nacional. Nação mais favorecida.

\* Recebido em 18/07/2016  
Aprovado em 10/09/2016

\*\* Professor de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da UFPE; Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pelo USP; Mestre em Direito pela Universidade de Cambridge. E-mail: eric@castroesilva.adv.br



## ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the compatibility of the tax incentives granted by Brazil to its automotive industry under the Inovar-Auto program with the judicial interpretation of the World Trade Organization (WTO) regarding the national treatment and most favoured nation principles. This subject is currently under Panels, proposed by the European Union (EU) and Japan, against Brazil before the Dispute Settlement Body (DSB) of that organization. The article adopts the methodology developed in several cases of the GATT/DSB on tax matters, such methodology initially delimitates the scope and requirements for granting the tax benefits provided for in the contested domestic measures, which in this case is made by the analysis and explanation for granting the presumed credit and reduction on imports of the Brazilian tax on industrialized products (IPI). In succession, after emphasizing the importance of those two principles for competitive neutrality purposes, the article demonstrates that case law established a true “consistency test” to assess the compatibility of domestic tax rules with the obligations laid down in Articles I and III of GATT, governing, respectively, the most favoured nation and national treatment principles. Those tests are finally applied to the tax benefits of the Inovar-Auto, concluding the article that the Brazilian program is not WTO compliant.

**Keywords:** World Trade Organization. Inovar-Auto. National treatment. Most Favoured National.

## 1. INTRODUÇÃO

Após a crise financeira mundial de 2008, o Brasil introduziu uma série de incentivos tributários para proteger a indústria local, sob o argumento da manutenção da competitividade dos produtores nacionais, com destaque para as medidas previstas no denominado “Plano Brasil Maior”, anunciado em setembro de 2012 pelo Governo Federal.

Dentre tais incentivos tributários, destacam-se os previstos para o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores (Inovar-Auto), que estabelece reduções do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para montadoras de veículos já instaladas ou que

pretendam se instalar no Brasil.

Em 19.12.2013 a União Europeia (UE) formalizou Pedido de Consulta perante a Organização Mundial do Comércio (OMC) para que o Brasil explicasse, dentre outras medidas, os incentivos tributários previstos no Inovar-Auto por suposta incompatibilidade daquelas medidas com os tratados que compõem a OMC.

Naquela Consulta, a UE ressaltava que os incentivos do Inovar-Auto, analisados, individualmente ou em conjunto com as outras medidas contestadas, dificultam a importação e fixam preferências e suporte a produtores domésticos e exportadores. Aduzia, ainda, que tais medidas, também, se caracterizam por revelar uma tributação mais onerosa para o bem importado comparativamente ao nacional, bem como por condicionar benefícios tributários ao uso de bens domésticos e conferir subsídios tributários contingentes à exportação.<sup>1</sup>

Insatisfeita com as informações brasileiras prestadas na fase de consulta, a UE, em 31.10.2014, requereu o estabelecimento de painel, o que foi deferido pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC na reunião de 18.11.2014, tendo sido o Painel instalado em 17.12.2014 e seus membros indicados em 16.03.2014 pelo Diretor-Geral da OMC.<sup>2</sup>

Mesmo tendo o Japão aderido como terceiro interessado ao Pedido de Consulta formulado pela UE, assim como fizeram, também, outros doze países, o Japão entendeu por formalizar, em 02.07.2015, um pedido próprio de Consulta,<sup>3</sup> ao qual aderiu a UE em 16.07.2015, que, também, resultou no estabelecimento de painel em 29.09.2015 perante o Órgão de Solução de Controvérsia da OMC<sup>4</sup>.

Apesar de compostos, os referidos painéis, até julho de 2016, ainda encontravam-se pendentes de decisões, que, necessariamente, deverão analisar os argumentos

1 Cf. *Pedido de Consulta da União Europeia em Brasil: Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, WT/DS472/1, G/L/1061, G/SCM/D100/1, G/TRIMS/D/39, p. 1.

2 WTO. *Dispute settlement: dispute DS472 Brazil: Certain Measures Concerning Taxation and Charges*. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds472\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds472_e.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2015.

3 *Pedido de Consulta do Japão em Brasil: Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, WT/DS497/1, G/L/1119 G/TRIMS/D/41, G/SCM/D108/1.

4 WTO. *Dispute settlement: dispute DS472 Brazil: Certain Measures Concerning Taxation and Charges*. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds472\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds472_e.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2015.



de que, entre outras regras do sistema multilateral, os incentivos tributários do Inovar-Auto ofendem os princípios da nação mais favorecida e do tratamento nacional, previstos, respectivamente, nos artigos I e III do *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT).

Longe de querer se arvorar na competência dos painéis, o presente artigo pretende, apenas, analisar os incentivos brasileiros pela ótica da jurisprudência do sistema multilateral construída ao longo de vários julgados sobre matéria tributária para, sobre esses precedentes, opinar pela compatibilidade ou não do Inovar-Auto com as obrigações assumidas pelo Brasil perante o sistema multilateral do comércio.

Para tanto, adota-se aqui a mesma metodologia aplicada pelo GATT/OSC naqueles precedentes e que consiste em, inicialmente, identificar e delimitar os benefícios tributários nacionais para, posteriormente, submetê-los aos testes de consistência desenvolvidos pela jurisprudência da OMC em casos relativos aos princípios da nação mais favorecida e do tratamento nacional.

## 2. BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS DO INOVAR-AUTO: PREVISÃO E REQUISITOS

Diante do expressivo déficit na balança comercial do setor automotivo registrado no ano de 2011 comparado ao saldo positivo obtido em 2006, o Governo Federal, alegando “[...] o preocupante quadro de perda de competitividade atualmente vivenciado pela indústria automobilística nacional, decorrente, em grande medida, do agravamento da situação econômica internacional”<sup>5</sup>, instituiu o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores, conhecido como Inovar-Auto.

O Programa foi introduzido pela MP nº 563/12, convertida na Lei nº 12.715/2012, cujos artigos 40 a 44 tratam especificamente do Inovar-Auto, sendo regulamentado pelo Decreto nº 7.819/2012 e várias Portarias do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC).

As medidas entraram em vigor em janeiro de 2013 com vigência até dezembro de 2017 e “[...] têm como objetivo apoiar o desenvolvimento tecnológico, a ino-

vação, a segurança, a proteção ao meio ambiente, a eficiência energética e a qualidade dos veículos e das autopeças”<sup>6</sup>.

O Inovar-Auto tem como beneficiários três contribuintes do IPI, quais sejam: os que produzem veículos no Brasil; os que não produzem, mas importam e comercializam veículos no mercado interno; e os contribuintes que tenham projeto de investimentos aprovado para instalação ou ampliação, no Brasil, de fábrica daqueles veículos.

Os benefícios tributários do Inovar-Auto consistem em crédito presumido do IPI na fabricação e na importação de automóveis, bem como na redução da alíquota ou suspensão do IPI na importação de veículos, desde que os beneficiários previamente se habilitem no MDIC, sendo a habilitação concedida pelo prazo de doze meses, renovável até 31.12.2017, prazo final de vigência do Programa.

O Decreto nº 7.819/2012 estabelece condições gerais e específicas para a habilitação pelos três possíveis beneficiários do Inovar-Auto. As condições gerais exigem a regularidade fiscal do contribuinte e o compromisso de atingir níveis mínimos de eficiência energética em relação aos produtos comercializados no Brasil.

As condições específicas para os contribuintes que produzem veículos no Brasil exigem que a empresa realize uma quantidade mínima de atividades fabris e de infraestrutura de engenharia em pelo menos 80% dos veículos aqui fabricados. Tais atividades são descritas no anexo III do Regulamento e compreendem, por exemplo, estampagem, solda, tratamento anticorrosivo e pintura, injeção de plástico, fabricação de motor, fabricação de caixa de câmbio e transmissão, entre outras atividades.

O inciso I do art. 7º do Decreto regulamentar estabelece um cronograma fixando a quantidade mínima daquelas atividades fabris e de infraestrutura que os contribuintes já instalados no país devem realizar ao longo dos anos. Fabricantes de veículos comerciais leves, por exemplo, deveriam realizar de oito a doze daquelas atividades em 2013, nove a doze em 2014/15 e de dez a doze em 2017.

Além daquelas atividades fabris e de infraestrutura, os contribuintes que já produzem no Brasil, também,

<sup>5</sup> Parágrafo 46 da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 563/12, de 3/04/2012.

<sup>6</sup> Art. 1º do Decreto nº 7.819/12.

são obrigados a realizar no mínimo dois dos seguintes requisitos estabelecidos no art. 7º do Decreto nº 7.819/12:

[...] art. 7º [...].

I – omissis.

II – realizar, no País, dispêndios em pesquisa e desenvolvimento correspondentes, no mínimo, aos percentuais, a seguir indicados [0, 15% em 2013; 0, 30% em 2014; 0, 50% de 2015 a 2017], incidentes sobre a receita bruta total de venda de bens e serviços, excluídos os impostos e contribuições incidentes sobre a venda.<sup>7</sup>

III – realizar, no País, dispêndios em engenharia, tecnologia industrial básica e capacitação, de fornecedores correspondentes, no mínimo, aos percentuais, a seguir indicados [0, 5% em 2013; 0, 75% em 2014 e 1% em 2015/2017], incidentes sobre a receita bruta total de venda de bens e serviços, excluídos os impostos e contribuições incidentes sobre a venda.

IV – aderir a Programa de Etiquetagem Veicular definido pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e estabelecido pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia-INMETRO, com eventual participação de outras entidades públicas, com os seguintes percentuais mínimos dos modelos [36% em 2013; 49% em 2014; 64% em 2015; 81% em 2016 e 100% em 2017], conforme definido no Programa de Etiquetagem Veicular do INMETRO, de produtos classificados nos códigos TIPI relacionados no Anexo I, comercializados pela empresa, a serem etiquetados no âmbito do referido Programa.<sup>8</sup>

Para os contribuintes que não produzem no Brasil, mas aqui comercializam veículos, é exigida a satisfação dos três requisitos acima transcritos para que possam habilitar-se ao Programa.

Por fim, os contribuintes que pretendem a instalação de fábrica ou de nova planta ou projeto industrial no país deverão apresentar projeto que satisfaça aos termos estabelecidos pelo MDIC e aos critérios para a determinação da capacidade anual de produção.<sup>9</sup>

Uma vez habilitados,<sup>10</sup> os contribuintes passam a fazer jus aos benefícios tributários instituídos pelo Programa. O primeiro deles é o crédito presumido do IPI,

que pode ser concedido em duas operações distintas: na fabricação local e/ou na importação de veículos.

Na fabricação local dos veículos, o crédito presumido do IPI será apurado com base nos dispêndios realizados em cada mês relativos a: insumos estratégicos, ferramentaria, pesquisa, desenvolvimento tecnológico, inovação tecnológica, recolhimento ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT), capacitação de fornecedores e engenharia e tecnologia industrial básica.

O crédito presumido sobre os dispêndios incorridos com insumos estratégicos e ferramentaria<sup>11</sup> é apurado com base na multiplicação dos valores dos dispêndios realizados com os fatores estabelecidos no Decreto, que variam de acordo com a espécie do veículo e o respectivo ano da produção. Para automóveis e comerciais leves, por exemplo, os fatores são 1, 30 em 2013; 1, 25 em 2014; 1, 15 em 2015; 1, 10 em 2016; e 1, 00 em 2017. Para caminhões e chassis com motor, o referido fator varia de acordo com a receita líquida de vendas da empresa nos segmentos de caminhões pesados, semipesados, chassis com motor, caminhões semileves, leves e médios.

Em relação aos insumos estratégicos e ferramentaria, o art. 41-A da Lei nº 12.715/2012 obriga que fornecedores de tais produtos informem aos clientes (i. e os contribuintes habilitados no Inovar-Auto que produzem localmente) os valores e demais características dos produtos fornecidos nos termos, limites e condições definidos pelo MDIC, sob pena de multa.

O § 6º do art. 32-B do Decreto nº 7.819/12, a seu turno, impede que o contribuinte habilitado no Inovar-Auto apure crédito presumido do IPI nas aquisições de insumos estratégicos e ferramentaria se os fornecedores não prestarem aquelas informações exigidas pelo art. 41-A da Lei e que foram regulamentadas pela Portaria MDIC nº 257/14.

Conseqüentemente, o crédito presumido do IPI apurado com base nos dispêndios com insumos estratégicos e ferramentaria induz a que toda a cadeia produtiva do setor automotivo seja realizada localmente com insumos nacionais, concretizando-se, assim, o proclamado objetivo do “adensamento” da cadeia produtiva de veículos automotores.

7 Regulamentação complementar pela Portaria Interministerial MDIC/MCT nº 772, de 12.08.2013.

8 Regulamentação complementar pela Portaria MDIC nº 113 de 15.04.2013.

9 Regulamentação complementar pela Portaria MDIC nº 297 de 30.09.2013.

10 Verificar relação de empresas habilitadas na Portaria MDIC nº 106, de 11.04.2013.

11 Para definição de insumos estratégicos e ferramentaria cf. artigos 1º e 2º da Portaria MDIC nº 257, de 23.09.2014.

Apurado o crédito presumido com base nos dispêndios com insumos estratégicos e ferramentaria, o benefício poderá ser utilizado para o pagamento do IPI devido na saída dos veículos fabricados ou comercializados no país. Contudo, a utilização nessas duas hipóteses fica limitada ao valor correspondente ao que resultaria da aplicação de 30% sobre a base de cálculo prevista na legislação do IPI.

Na hipótese de, em razão da limitação acima, restar saldo do crédito presumido, este poderá ser utilizado para o pagamento do IPI devido na importação de veículos feita pelo mesmo contribuinte. Ainda assim, duas limitações adicionais aplicam-se: o valor do crédito presumido a ser utilizado na importação fica limitado ao valor correspondente ao que resultaria da aplicação de 30% sobre a base de cálculo prevista na legislação do IPI e a utilização estará limitada a 4.800 veículos por ano.

O crédito presumido apurado sobre dispêndios incorridos com pesquisa, desenvolvimento tecnológico, inovação tecnológica e recolhimento ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT) corresponde a 50% desses dispêndios, limitados ao valor que corresponder à aplicação de 2% da receita bruta total de vendas de bens e serviços do segundo mês anterior ao da apuração do crédito, excluídos impostos e contribuições incidentes sobre a venda.

O crédito presumido sobre dispêndios incorridos com recolhimento ao FNDCT, capacitação de fornecedores e engenharia e tecnologia industrial básica corresponde a 50% do valor dos dispêndios que excederem a 75%, limitados a 2,75% da receita bruta total de venda de bens e serviços do segundo mês anterior ao do mês de apuração do crédito, excluídos os impostos e contribuições incidentes sobre a venda.

O crédito presumido relativo à pesquisa, desenvolvimento tecnológico, inovação tecnológica, recolhimento ao FNDCT, capacitação de fornecedores e engenharia e tecnologia industrial básica deve, primeiramente, ser utilizado para a dedução do valor do IPI devido nas operações no mercado interno da matriz do contribuinte. Havendo saldo, este poderá ser transferido para as filiais do contribuinte ou ser solicitado o ressarcimento ou compensação com outros tributos federais.

A segunda modalidade de crédito presumido do IPI, apurado na importação de veículos, é concedida, exclusivamente, para empresas que tenham projeto de insta-

lação de fábrica ou de nova planta ou projeto industrial no Brasil. Assim, tais empresas poderão apurar crédito presumido do imposto tanto em relação à produção nas já existentes unidades fabris quanto em relação à importação de veículos em razão da aprovação de um novo projeto.

Para os importadores que se comprometem a implantar ou ampliar uma fábrica, o Inovar-Auto garante crédito presumido do IPI correspondente ao resultado da aplicação da alíquota de 30% sobre a base de cálculo do mesmo imposto na saída dos produtos do estabelecimento importador.

O crédito presumido na importação, contudo, é vinculado ao cumprimento do cronograma físico-financeiro constante do projeto previamente aprovado no MDIC, de acordo com a Portaria nº 297/13, cujo Anexo VI também exige atividades fabris e de infraestrutura de engenharia desenvolvidas no Brasil, com produtos intermediários fabricados aqui.

Além disso, a quantidade de veículos produzidos pelo contribuinte, expressa no projeto de nova fábrica, também serve como limitadora do número de veículos que podem ser importados com o gozo do crédito presumido do IPI.

Isso porque a quantidade de veículos importados no ano-calendário, que dará direito à apuração de crédito presumido, fica limitada a 25% da capacidade de produção anual prevista no projeto de investimento aprovado. Assim, caso o projeto indique a produção anual de 100.000 veículos, o contribuinte poderá importar até 25.000 veículos com o benefício do crédito presumido do IPI.

Registre-se, ainda, que o crédito presumido na importação só vigora por 24 meses contados da primeira habilitação. Decorrido esse prazo, o contribuinte deixará de apurar o crédito presumido na importação, restando-lhe a possibilidade de apurar crédito presumido na fabricação local do veículo.

O crédito presumido apurado na importação de veículos poderá ser utilizado para pagamento do IPI devido na saída do contribuinte importador, previamente habilitado, observados os seguintes limitadores: o limite de 1/48 da capacidade de produção anual prevista no projeto multiplicado pelo número de meses restantes do ano, o prazo de 24 meses contados da habilitação e apenas de veículos constantes do projeto de investimentos aprovado.



Ainda havendo saldo do crédito presumido apurado na importação, este, somente, poderá ser aproveitado na saída de veículos fabricados pela empresa habilitada, a partir do início da comercialização dos veículos objeto do projeto, até o montante correspondente a 35% do saldo devedor apurado a cada período de apuração do IPI.

Outro benefício tributário previsto no Inovar-Auto é a redução da alíquota do IPI em 30% na importação dos veículos descritos no anexo I do Decreto e que sejam oriundos do México, Argentina, Paraguai e Uruguai. Tal redução. Contudo, só se concede para empresa habilitada que já produz no Brasil ou que tenha projeto de ampliação ou implantação de fábrica aprovado no MDIC. Em outras palavras, empresas que não produzam, mas apenas comercializam veículos importados não têm direito à redução.

Uma segunda hipótese de redução de 30% da alíquota do IPI na importação, nesse caso podendo ser usufruída, também, por empresa que, apenas, comercializa veículos no país, dá-se quando os veículos importados são oriundos do Uruguai; ou quando importados por encomenda ou por conta e ordem de empresa habilitada até o limite da medida aritmética da quantidade de veículos importados pela empresa nos anos de 2009 a 2011 ou até 4. 800 veículos (o que for menor); ou quando fabricados por empresas que apresentem volume de produção anual inferior a 1. 500 unidades e faturamento anual não superior a 90 milhões de reais; ou, por fim, quando caracterizados como quadriciclos ou triciclos.

As importações feitas com as alíquotas do IPI reduzidas em 30% não geram direito à apuração do crédito presumido do imposto, exceto as que excederem limites ou restrições quantitativas eventualmente existentes nos acordos neles referidos, desde que realizadas por empresas habilitadas. Por fim, o Inovar-Auto ainda concede a suspensão do IPI sobre os veículos importados que dão direito ao crédito presumido, mas apenas na hipótese em que os veículos sejam destinados à comercialização.

É em relação aos requisitos da habilitação no Programa e à forma de apuração e utilização dos benefícios tributários acima descritos que a UE demonstra receio de possível inadequação do Inovar-Auto com os princípios e regras da OMC.

Nesse sentido, a Europa expressou no Pedido de Consulta as seguintes observações sobre possíveis inconsistências do Inovar-Auto com as normas da OMC:

O montante do crédito tributário para as empresas participantes 'habilitadas' depende do montante e da natureza das despesas de cada beneficiário incorridas no Brasil. De longe, o item mais importante para efeitos de acúmulo de créditos tributários gastos no Brasil com "insumos e ferramentas estratégicas". Consequentemente, os distribuidores de veículos importados sem atividades de fabricação no Brasil não podem ganhar qualquer crédito fiscal considerável para compensar o IPI sobre bens importados. As condições relativas a P&D e despesas com tecnologias também são baseadas em um critério que penaliza os bens importados. Além disso, o sistema é orientado para favorecer a utilização de componentes fabricados no Brasil por fabricantes domésticos. Além disso, as condições para utilização dos créditos tributários acumulados pelos fabricantes habilitados limitam a possibilidade de compensar o IPI devido sobre as mercadorias importadas. Finalmente, o INOVAR-AUTO parece conceder certos benefícios fiscais a mercadorias originárias de um número limitado de outros países, incluindo o Mercosul e países não membros do Mercosul, sem estender esses benefícios a outros membros da OMC.<sup>12</sup>

Para Europa e Japão, as referidas práticas podem estar em desacordo com o art. I, § 1º, e art. III, § 2º, § 4º e § 5º, do GATT, que disciplinam, respectivamente, os princípios da nação mais favorecida e do tratamento nacional, que passam a ser analisados pela metodologia da jurisprudência do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC nos tópicos a seguir.

### 3. PRINCÍPIO DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA: INOVAR-AUTO E O ART. I DO GATT

Conforme estabelecido pelo Órgão de Apelação da

12 Trad. livre do autor. No original: "The amount of the tax credit for 'accredited' participating companies depends on the amount and the nature of each participant's expenditures in Brazil. By far the most important item for the purposes of accruing tax credits are expenditures in Brazil on 'strategic inputs and tools'. Therefore, distributors of imported vehicles without manufacturing activities in Brazil cannot earn any sizeable tax credit to offset the IPI tax on imported goods. The conditions pertaining to R&D and technological expenditure are also based on a criterion that penalises imported goods. In addition, the system is geared to favour the use of Brazilian-made components by domestic manufacturers. Moreover, the conditions for use of the tax credits earned by manufacturing participants limit the possibilities to offset the IPI tax due on imported goods. Finally, INOVAR-AUTO appears to grant certain tax benefits to goods originating in a limited number of other countries, including Mercosur and non-Mercosur countries, without those benefits being extended to other WTO Members". Cf. *Pedido de Consulta da União Europeia em Brasil: Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, WT/DS472/1, G/L/1061, G/SCM/D100/1, G/TRIMS/D/39, p. 2.

OMC no caso *Canada – Autos*,<sup>13</sup> a finalidade da cláusula da nação mais favorecida no GATT é proibir a discriminação entre produtos similares que se originam em diferentes países ou se destinam a eles, a qual, também, serve como incentivo para que as concessões negociadas, reciprocamente, sejam estendidas para terceiros.<sup>14</sup>

Assim, pelo princípio da nação mais favorecida (MFN, em inglês), qualquer benefício concedido por um país a outro deve ser estendido, automaticamente, para todos os demais países-membros do sistema comercial internacional, independentemente de esses terceiros países terem participado das negociações que resultaram no estabelecimento do benefício.

Consequentemente, a regra da nação mais favorecida protege a expectativa dos membros da OMC de neutralidade concorrencial, por assegurar igualdade de oportunidade de competição, como reiterou com base em prévios julgados o Órgão de Apelação no caso *EC – Seal Products*.<sup>15</sup>

Por ser “[...] um princípio que há muito é uma pedra angular do GATT e é um dos pilares do sistema OMC”,<sup>16</sup> é possível encontrar ao longo do texto do GATT várias obrigações que estabelecem o dever de extensão automática de benefícios negociados bilateralmente para terceiros, como, por exemplo, a regulamentação relativa a misturas (art. III, § 7º), trânsito de bens (art. V, § 2º, § 5º e § 6º), marcas de origem (art. IX, § 1º), restrições quantitativas (art. XIII, § 1º), entre outras.

Para fins tributários, a obrigação do tratamento da nação mais favorecida vem disposta no art. I, § 1º do GATT, que obriga que os benefícios tributários confe-

ridos para a importação de determinado país devem ser imediata e incondicionalmente<sup>17</sup> estendidos a todos os membros, nos seguintes termos:

1. Qualquer vantagem, favor, imunidade ou privilégio concedido por uma Parte Contratante em relação a um produto originário de ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao produtor similar, originário do território de cada uma das outras Partes Contratantes ou ao mesmo destinado. Este dispositivo se refere aos direitos aduaneiros e encargos de toda a natureza que gravem a importação ou a exportação, ou a elas se relacionem, aos que recaiam sobre as transferências internacionais de fundos para pagamento de importações e exportações, digam respeito ao método de arrecadação desses direitos e encargos ou ao conjunto de regulamentos ou formalidades estabelecidos em conexão com a importação e exportação bem como aos assuntos incluídos nos §§ 2 e 4 do art. 3.<sup>18</sup>

Ao citar medidas tarifárias e cobranças de qualquer tributo (*customs duties and charges of any kind*), o referido dispositivo alcança não apenas as medidas tarifárias negociadas e fixadas nas Listas de Concessões, mas também qualquer forma de tributação interna que possa distorcer a concorrência entre produtos de diversas origens, como demonstrado no julgamento *Indonésia – Autos*, no qual a Indonésia conferia isenção de tarifas adianeiras e de tributos internos sobre vendas, apenas, para veículos importados da Coreia do Sul.<sup>19</sup>

17 Para registro histórico, importa ressaltar que a modalidade condicionada do tratamento da nação mais favorecida, isto é, o estabelecimento de determinadas condições para que terceiros países gozem das concessões comerciais das quais não negociaram, era a regra até o início do século XX, por veemente exigência dos Estados Unidos. Apenas, em 1923, os Estados Unidos passaram a apoiar o tratamento da nação mais favorecida na sua modalidade incondicionada, o que foi essencial para a multilateralização do sistema comercial, já que amplia exponencialmente as regras do sistema pela inclusão de países que restaram ausentes das rodadas de negociação. Cf. JACKSON, J. H.; DAVEY, W. J.; SKYKES, A. J. *Legal problems of international economic relations, cases, materials and text*. 3. ed. Saint Paul: West Group, 1995.

18 Versão oficial em inglês: “1. With respect to customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation or exportation or imposed on the international transfer of payments for imports or exports, and with respect to the method of levying such duties and charges, and with respect to all rules and formalities in connection with importation and exportation, and with respect to all matters referred to in paragraphs 2 and 4 of Article III, any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties”.

19 Cf. WTO. *Relatório do Painel em Indonésia*: Certain Measures Af-

13 Cf. JOHNSON, Jon R. The WTO Decision – MFN, National Treatment, TRIMS and Export Subsidies. In: IRISH, Maureen (Org.). *The auto pact: investment, labour and the WTO*. Haia: Kluwer Law International, p. 78-109.

14 Cf. WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em Canada: Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R e *Relatório do Painel em Canada: Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R, WT/DS142/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. p. 27.

15 Cf. *Relatório do Órgão de Apelação em European Communities: Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products Industry*, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, parágrafo 5.87. p. 120.

16 Trad. livre do autor. No original: “[a] principle that has long been a cornerstone of the GATT and is one of the pillars of the WTO trading system”. *Relatório do Órgão de Apelação em Canada: Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, parágrafo 69. p. 23.

Baseado no caso *EC-Bananas III*, o Painel do caso *Indonésia – Autos* decidiu que há violação da regra MFN quando uma vantagem tributária concedida a um membro não é estendida incondicionalmente para produtos similares de todos os demais membros da OMC:

De acordo com esta análise, nós devemos primeiro examinar se o incentivo [concedido] pelo tributo e pela tarifa aduaneira são vantagens das espécies regulamentadas pelo art. 1. Segundo, nós deveremos decidir se as vantagens são oferecidas (i) para todos os produtos e (ii) incondicionalmente.<sup>20</sup>

Com base na evolução jurisprudencial acima descrita, os julgados do OSC estabeleceram um teste de consistência entre a tributação doméstica e a regra MFN, que pode, assim, ser resumido: a) define-se se os benefícios concedidos pela tributação doméstica são “vantagens” para fins do art. I do GATT; e b) se tais “vantagens” são oferecidas a todos os produtos similares, independentemente da origem, de forma incondicional.

Em relação a definir se os benefícios tributários constituem “vantagens”, o Painel do caso *Indonésia – Autos* fundamentou-se na referência que o art. I, § 1º faz ao art. III, § 2º e § 4º do GATT, para concluir que as medidas tributárias que ofendem o tratamento nacional podem, também, ofender a cláusula da nação mais favorecida.<sup>21</sup>

Assim, normas tributárias que reduzem a base de cálculo, a alíquota ou estabelecem formas de cobrança dos tributos de modo mais favorável a produtos oriundos de apenas um país,<sup>22</sup> mas não as estendem aos demais membros do sistema multilateral, devem ser tidas como ofensivas ao tratamento da nação mais favorecida.

A definição do que sejam produtos similares (*like*

*products*) para fins do MFN, também, se vale do entendimento jurisprudencial fixado no art. III, § 2º, primeira sentença, que tem nessa classe de produtos um dos requisitos para a ofensa ao tratamento nacional.<sup>23</sup> Nesse sentido, a jurisprudência do OSC decide, de forma reiterada, que a distinção de produtos feita apenas com base na origem de um deles não é suficiente para torná-los diferentes para fins de competição no mercado internacional.<sup>24</sup>

Por fim, a vantagem tributária não pode ser condicionada, de fato ou de direito, a apenas um ou poucos membros da OMC. Nesse sentido, interessante as medidas tributárias analisadas no caso *Canadá – Autos*, entre elas um tratado bilateral com os Estados Unidos.

Ao decidir o caso, o Painel asseverou que as medidas tributárias canadenses tinham como consequência prática o fato de que a expressiva maioria dos produtos importados pelo Canadá, com os benefícios tributários questionados, advinham, majoritariamente, dos Estados Unidos, o que era suficiente para comprovar a violação de fato à nação mais favorecida.<sup>25</sup>

Ainda em relação à impossibilidade de exigência de condicionantes para que terceiros países usufruam dos benefícios tributários conferidos a determinado membro, importante o caso levado formalmente ao GATT em 1952 referente ao regime tributário belga denominado *Allocations Familiales*. Pelo regime belga, havia tributação sobre bens cuja receita era destinada a financiar benefícios sociais para as famílias locais. O mesmo tributo era cobrado sobre produtos importados, condicionado ao fato de que, no país exportador, não houvesse tributação semelhante à belga. Consequentemente, produtos similares importados recebiam tratamento tributário diverso dependendo do sistema tributário do país exportador, o que foi rechaçado pelo GATT, que não aceita condicionantes para a extensão das concessões alcança-

fecting the Automotive Industry, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 14.139. p. 355.

20 Trad. livre do autor. No original: “Following this analysis, we shall first examine whether the tax and customs duty benefits are advantages of the types covered by Article 1. Second, we shall decide whether the advantages are offered (i) to all like products and (ii) unconditionally”. *Relatório do Painel em Indonésia: Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 14.138, p. 355.

21 Cf. *Relatório do Painel em Indonésia: Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 14.139. p. 355.

22 Cf. item 4.

23 Cf. WTO. *Relatório do Painel em Indonésia: Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 7.356, p. 163.

24 Cf. item 4.

25 Cf. WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em Canadá: Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R e *Relatório do Painel em Canadá: Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R, WT/DS142/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 78, p. 25.



das pelo sistema multilateral do comércio.<sup>26</sup>

No caso do Inovar-Auto, verificam-se potenciais ofensas à regra da nação mais favorecida nos artigos 21 e 22 do Decreto nº 7. 819/12, que estabelecem as condições para a redução da alíquota do IPI na importação de veículo.

O art. 21 do Decreto Regulamentar garante a redução da alíquota do IPI apenas para veículos originários de países do MERCOSUL e do México, nos seguintes termos:

Art. 21. A partir de 1º de janeiro de 2013, os veículos classificados nos códigos da TIPI relacionados no Anexo I, quando originários de países signatários dos acordos promulgados pelo Decreto Legislativo nº 350, de 21 de novembro de 1991, pelo Decreto nº 4. 458, de 5 de novembro de 2002, e pelo Decreto nº 6. 500, de 2 de julho de 2008, importados por empresa habilitada ao INOVAR-AUTO, nos termos do inciso I ou do inciso III do caput do art. 2º, poderão usufruir, até 31 de dezembro de 2017, de redução de alíquotas do IPI, nos termos do Anexo VIII<sup>26</sup>. (Redação dada pelo Decreto nº 8. 015, de 2013).

Já o art. 22 concede a mesma redução do IPI na importação, desde que os veículos sejam importados do Uruguai e não superem a cota estabelecida no inciso II do artigo; ou que sejam fabricados por empresas não definidas como de grande porte. Eis o dispositivo:

Art. 22. Aplica-se, ainda, a redução de alíquotas do IPI de que trata o art. 21 aos produtos classificados nos códigos da TIPI relacionados no Anexo I, nos termos do Anexo VIII:

I – quando importados ao amparo do acordo promulgado pelo Decreto nº 6. 518, de 30 de julho de 2008, e pelo Decreto nº 7. 658, de 23 de dezembro de 2011;

II – importados diretamente por empresa habilitada ao INOVAR-AUTO, por encomenda ou por sua conta e ordem, até o limite, por ano-calendário:

a) do que resultar da média aritmética da quantidade de veículos importados pela referida empresa nos anos-calendário de 2009 a 2011; ou

b) de quatro mil e oitocentos veículos, caso a operação de que trata a alínea “a” resulte em valor superior;

III – (Revogado pelo Decreto nº 8. 294, de 2014);

IV – fabricados por empresas que apresentem volume de produção anual inferior a mil e quinhentas unidades e faturamento anual não

superior a R\$ 90. 000. 000, 00 (noventa milhões de reais); ou (Redação dada pelo Decreto nº 8. 015, de 2013);

V – quando caracterizados como quadriciclos ou triciclos. (Incluído pelo Decreto nº 8. 015, de 2013).

Ao limitar a redução da alíquota do IPI apenas para veículos importados dos países do MERCOSUL e do México, resta evidenciado que tal vantagem tributária não foi estendida aos demais parceiros comerciais do Brasil, em ofensa à regra da nação mais favorecida prevista no art. I do GATT.

A questão que se coloca é estabelecer se o desvio da cláusula MFN estaria acobertado pelo permissivo contido no art. XXIV do GATT, que introduz exceções àquela regra quando da celebração de acordos comerciais para a formação de uma zona de livre comércio ou união aduaneira<sup>27</sup>.

Em relação à exceção prevista no art. XXIV, vale registrar o entendimento jurisprudencial de que tal permissivo não pode ser utilizado pelos países que pretendem formar a área de livre comércio ou união aduaneira para aumentar barreiras comerciais em relação a terceiros países, criando novas regulamentações comerciais mais onerosas se comparadas àquelas então existentes antes da formação do bloco, inclusive pela introdução de restrições quantitativas que são rechaçadas pelo sistema multilateral.<sup>28</sup>

Nesse sentido, as alíneas “a” e “b” do § 5º do art. XXIV do GATT permitem a formação de uma união aduaneira ou zona de livre comércio desde que:

[...] as tarifas alfandegárias e outras regulamentações comerciais existentes em cada um dos países constitutivos e aplicáveis no momento da formação da zona de livre comércio para países não membros em tal zona não sejam superiores ou mais restritivas do que as correspondentes tarifas e outras regulamentações comerciais existentes nos mesmos países antes da formação da área de livre comércio.<sup>29</sup>

27 Cf. BOSSCHE, Peter Van den. *The law and policy of the World Trade Organization*. Text, cases and materials. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 650. Cf. MATHIS, James H.; BHAGWATI, Jagdish. *Regional trade agreements in the GATT/WTO*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. Cf. MAVROIDIS, Petros. *Trade in goods*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 124.

28 Cf. WTO. *Relatório do Painel em Turkey: Restrictions on Imports of Textiles and Clothing Products*, WT/DS34/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. p. 127-50.

29 Trad. livre do autor. No original: “The duties and other regulations of commerce maintained in each of the constituent territories and applicable at the formation of such free – trade area or

26 Cf. SCHÖN, W. *World Trade Organization law and tax law*. *IBFD Bulletin*, Amsterdã, v. 58, n. 7, p. 283-296, 2004.

Assim, para fins deste trabalho, importa observar se, na definição de “outras regulamentações comerciais” prevista na exceção à cláusula MFN para a formação de blocos comerciais, estão incluídas normas tributárias que possam ser consideradas barreira comercial à circulação neutra de bens.

No caso *Turkey – Textile*, restou decidido que “[...] o sentido ordinário de ‘outras regulamentações comerciais’ pode ser entendido para incluir qualquer regulamentação que tenha impacto sobre o comércio”,<sup>30</sup> o que permite concluir que tributos internos se enquadram nessa categoria.

Em suma, a formação de uma zona de livre comércio ou de união aduaneira não concede aos membros da OMC a discricionariedade para a qualquer momento excepcionar a regra MFN, distanciando-se dela após a criação do bloco comercial para criar barreiras comerciais que não existiam quando da formação da área comercial.<sup>31</sup>

Isso porque a jurisprudência da OMC entende que

“[...] os objetivos dos acordos comerciais regionais e do GATT e da OMC sempre foram complementares, e portanto devem ser interpretados consistentemente uns com os outros, com a finalidade de aumentar o comércio e não de erigir barreiras comerciais”,<sup>32</sup>

the adoption of such interim agreement to the trade of contracting parties not included in such area or not parties to such agreement shall not be higher or more restrictive than the corresponding duties and other regulations of commerce existing in the same constituent territories prior to the formation of the free-trade area”. WTO. *Relatório do Painel em Turkey: Restrictions on Imports of Textiles and Clothing Products*, WT/DS34/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 9.125, p. 131.

30 Trad. livre do autor. No original: “[...] the ordinary meaning of the terms ‘other regulations of commerce’ could be understood to include any regulation having an impact on trade”. WTO. *Relatório do Painel em Turkey: Restrictions on Imports of Textiles and Clothing Products*, WT/DS34/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 9.120, p. 129.

31 Cf. BOSSCHE, Peter Van den. *The law and policy of the World Trade Organization*. Text, cases and materials. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 656.

32 Trad. livre do autor. No original: “[...] the objectives of regional trade agreements and those of the GATT and the WTO have always been complementary, and therefore should be interpreted consistently with one another, with a view to increasing trade and not to raising barriers to trade”. WTO. *Relatório do Painel em Turkey: Restrictions on Imports of Textiles and Clothing Products*, WT/DS34/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 9.163, p. 139.

principalmente porque deve, sempre, haver a primazia das regras das OMC sobre acordos regionais.<sup>33</sup>

Em outras palavras, um acordo comercial para a formação de uma zona de livre comércio, como os firmados pelo Brasil com os países do Cone Sul e com o México para a formação de uma área de livre comércio relativa à comercialização de automóveis, não pode introduzir, no momento da criação do bloco ou em momento posterior, regulamentações comerciais que sejam mais restritivas comparativamente às então existentes antes da formação da zona de livre comércio.

No caso do Inovar-Auto, a redução do IPI na importação enquadra-se dentro do conceito de “regulamentações comerciais” e, já que tornaram mais onerosas as importações de produtos semelhantes oriundas de outros países, tem impacto negativo no comércio internacional.

Ademais, note-se que o art. 22 da Lei do Inovar-Auto acima transcrito, além de se desviar da regra MFN no inciso I, também introduz restrições quantitativas no inciso II, prática abominada pelo sistema OMC, que no art. XXIV, § 6º do GATT nem sequer permite a renegociação para introduzir barreiras comerciais desse jaez.<sup>34</sup>

Por fim, o fato de a restrição quantitativa à importação de veículos oriundos do Uruguai ser limitada até 31. 12. 2017 não a torna compatível com a cláusula MFN ou possível de lhe inserir nas exceções previstas no art. XXIV do GATT. Isso porque, como já decidiu o OSC, “[...] uma medida que não está em conformidade com os tratados da OMC não se torna compatível com o sistema OMC simplesmente por causa da sua limitada duração”.<sup>35</sup>

33 WTO. *Relatório do Painel em Turkey: Restrictions on Imports of Textiles and Clothing Products*, WT/DS34/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 9.163, p. 139.

34 Cf. WTO. *Relatório do Painel em Turkey: Restrictions on Imports of Textiles and Clothing Products*, WT/DS34/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 9.127, p. 131.

35 Trad. livre do autor: “[...] a measure which is not in conformity with the WTO Agreement cannot become WTO compatible just because of its limited duration”. WTO. *Relatório do Painel em Turkey: Restrictions on Imports of Textiles and Clothing Products*, WT/DS34/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 9.171, p. 142.

#### 4. PRINCÍPIO DO TRATAMENTO NACIONAL: INOVAR-AUTO E O ART. III, § 2º, PRIMEIRA SENTENÇA, DO GATT

O princípio do tratamento nacional é um dos pilares do sistema multilateral do comércio e tem por finalidade garantir a neutralidade concorrencial interna entre produtos/produtores locais e similares estrangeiros, ao proibir que um produto importado seja mais onerado do que o seu similar produzido localmente.<sup>36</sup>

Em inúmeros julgados, a OMC já asseverou que a finalidade básica e geral do tratamento nacional é evitar o protecionismo pela aplicação da tributação doméstica, assegurando igualdade de competição concorrencial entre produtos importados em relação aos produtos domésticos.<sup>37</sup>

Pela ótica tributária, o princípio do tratamento nacional impede que um Estado dispense tratamento tributário privilegiado para produtos locais em detrimento dos similares importados ou aumente a carga tributária de empresas estrangeiras ou do capital estrangeiro em relação ao equivalente nacional.<sup>38</sup>

O princípio do tratamento nacional disciplinado ao longo do art. III do GATT é um dos poucos dispositivos do tratado que restringe expressamente a competência tributária dos países-membros da OMC ao vedar que impostos ou outros tributos internos possam ser utilizados para beneficiar a produção doméstica em desfavor da estrangeira.

O parágrafo 2º do art. III do GATT contém duas sentenças com obrigações distintas e que sempre são

analisadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias como dispositivos estanques,<sup>39</sup> metodologia que também será observada neste trabalho.<sup>40</sup>

A primeira sentença do § 2º do art. III estabelece que “[...] os produtos do território de qualquer Parte Contratante, importados por outra Parte Contratante, não estão sujeitos, direta ou indiretamente, a impostos ou outros tributos internos de qualquer espécie superiores aos que incidem, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais”.<sup>41</sup>

A partir do caso *Canada – Periodicals*, de 1997, o Órgão de Solução de Controvérsias estabeleceu um teste de consistência entre medidas domésticas supostamente discriminatórias e a regra do tratamento nacional prevista na primeira sentença do §2º do art. III do GATT.<sup>42</sup>

Tal teste é composto por duas fases sucessivas: primeiro se estabelece se os produtos importados e domésticos são similares (*like products*). Em seguida se verifica se os produtos importados estão sujeitos a tributação local em excesso àquela aplicada aos produtos domésticos. Havendo resposta positiva para ambas as fases, o OSC entende que há ofensa à primeira sentença do § 2º do art. III do GATT.<sup>43</sup>

Assim, para fins tributários, inicialmente importa estabelecer a similitude entre o produto nacional e o importado (*like product analysis*), para, então, verificar se o produto importado está sofrendo tributação *em excesso* comparativamente ao produto similar nacional (*excess taxation analysis*).

A finalidade da análise de similitude (*like product*

36 Cf. THIEL, Servas van; STEINBACH, Armin. The Effect of WTO Law in the legal order of the European Community: a Judicial protection deficit or a real-political solution, or both? In: LANG, Michael; HERDIN, Judith; HOFBAUER, Ines (Org.). *WTO and direct taxation*. Haia: Kluwer Law International, 2005. p. 18.

37 Cf. WTO. *Relatório do Painel em Japan: Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/RT, WT/DS10/R, WT/DS11/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. p. 109-10. Cf. WTO. *Relatório do Painel em United States: Section 337 of the Tariff Act of 1930*, BISD 36S/345. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. p. 38. Cf. WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em European Communities: Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. p. 37.

38 Cf. RUPEREZ, J. S. B. Non-fiscal discrimination in the WTO and EC Law: relations and solutions. *The EC Tax Journal*, v. 4, n. 2, p. 105-110, 2000.

39 Cf. SHADIKHODJAEV, Sherzod. *National Treatment on internal taxation: revisiting GATT Article III:2*. Seoul: Korean Institute for International Economic Policy, 2008. p. 12

40 Cf. WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em Philippines: Taxes on Distilled Spirits*, WT/DS396/AB/R, WT/DS403/AB/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 190, p. 69.

41 Na versão oficial em inglês: “[...] the products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products”.

42 WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em Philippines: Taxes on Distilled Spirits*, WT/DS396/AB/R, WT/DS403/AB/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 7.414, p. 231.

43 Cf. WTO. *Relatório do Painel em Canada: Certain Measures Concerning Periodical*, WT/DS31/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.



*analysis*) é determinar se a relação de neutralidade de competição entre a produção nacional e a estrangeira está sendo observada pela norma tributária do país importador, já tendo o Órgão de Apelação da OMC decidido que a determinação da similitude entre o produto nacional e importado é, fundamentalmente, uma determinação acerca da natureza e extensão da relação de competitividade entre aqueles produtos em determinado território.<sup>44</sup>

A jurisprudência da OMC consolidou-se no sentido de que, via de regra, a análise de similitude dos produtos (*like product analysis*) deve ser construída para cada caso concreto com base em uma interpretação restritiva que deve levar em consideração quatro critérios específicos: i) finalidade e uso do produto em determinado mercado; ii) gostos e hábitos dos consumidores; iii) propriedades, natureza e qualidade do produto; e iv) classificação tarifária do produto.<sup>45</sup>

Analisados os quatro critérios acima, para cada caso concreto, “[...] o Painel deve examinar as evidências relacionadas a cada um desses quatro critérios e, então, sopesar todas essas evidências, junto com qualquer outra evidência, ao fazer uma determinação geral se os produtos em questão podem ser caracterizados como similares”.<sup>46</sup>

Entretanto, a análise de similitude dos produtos (*like product analysis*) se simplifica quando o critério discriminatório, adotado pelas medidas tributárias domésticas, passa a ser a origem dos produtos importados e não as características físicas.

Isso porque, como restou decidido no *Painel US – FSC* e foi reiterado pelo Órgão de Apelação no caso *China – Auto Parts*, o mero fato de um produto ter origem estrangeira não o torna diferente (*unlike*) do produto nacional.<sup>47</sup>

Assim, quando a discriminação tributária ocorre pelo fato de o produto ser de origem importada, a jurisprudência da OMC é firme em dispensar a análise das características físicas entre o produto nacional e o importado com base naqueles quatro critérios comparativos, presumindo que os produtos são similares para fins da primeira sentença do § 2º do art. III do GATT.<sup>48</sup>

No caso *Indonésia – Autos*, restou decidida a existência de similitude presumida entre os produtos em razão do critério discriminatório ser a nacionalidade dos produtores ou a origem dos produtos, o que foi suficiente para caracterizar ofensa ao dispositivo nos seguintes termos:

De acordo com os programas automotivos indonésios a distinção entre produtos para fins tributários é baseada em fatores como a nacionalidade do produtor ou a origem das partes e componentes contidos no produto. [...] Um veículo automotor similar em todos os aspectos relevantes para uma determinação de similitude seria tributado com uma alíquota superior simplesmente em razão da sua origem ou pela falta de suficiente conteúdo local. Na nossa ótica, tal distinção baseada na origem para fins de tributação é suficiente para violar o art. III, § 2º, sem que haja a necessidade em demonstrar a real existência de similitude entre os produtos comercializados.<sup>49</sup>

44 Cf. Cf. WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em European Communities: Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 99, p. 37.

45 Cf. WTO. *Relatório do Painel em Canada: Certain Measures Concerning Periodical*, WT/DS31/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 5.22, p. 72.; Cf. *Relatório do Painel, Thailand: Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, WT/DS371/R, parágrafo 7.433, p. 236.

46 Trad. livre do autor. No original: “the Panel should have examined the evidence relating to **each** of those four criteria and, then, weighed all of that evidence, along with any other relevant evidence, in making an **overall** determination of whether the products at issue could be characterized as ‘like’” (original com destaque). WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em European Communities: Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 109, p. 41.

47 Cf. WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em China: Measures Affecting Imports of Automobile Parts*, WT/DS339/AB/R, WT/DS340/AB/R, WT/DS342/AB/R e *Relatório do Painel em China: Measures Affecting Imports of Automobile Parts*, WT/DS339/R, WT/DS340/R, WT/DS342/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 7.216, p. 207. Cf. WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em Argentina: Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafos 11. 168 e 11. 169, p. 144.

48 Cf. Cf. WTO. *Relatório do Painel em Colombia: Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry*, WT/DS366/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 7.182, p. 116.

49 Trad. livre do autor. No original: “Under the Indonesian car programmes the distinction between the products for tax purposes is based on such factors as the nationality of the producer or the origin of the parts and components contained in the product. [...]. An imported motor vehicle alike in all aspects relevant to a likeness determination would be taxed at higher rate simply because of its origin or lack of sufficient local content . . . In our view, such an

Posteriormente, no caso *Argentina – Hides and Leathers*, o Painel decidiu que, quando “a estrutura e o desenho” da medida tributária em questão demonstrar que a discriminação tributária ocorre não em razão das características físicas ou finalidade do produto, mas sim em razão da origem ou qualidade dos importadores ou compradores, a presunção de similitude aplica-se, dispensado o ônus da prova para o Estado que se sente prejudicado.<sup>50</sup>

Consequentemente, na situação em que o ordenamento tributário doméstico discrimina o produto importado com base na origem estrangeira, o Estado, que se sente prejudicado, fica desincumbido do ônus da prova na análise de similitude dos produtos, ou seja, não precisa na reclamação comparar produtos específicos nem demonstrar a aplicação daqueles quatro critérios comparativos para o caso concreto.<sup>51</sup>

Por outro lado, na análise do excesso de tributação incidente em desfavor do produto importado (*excess taxation analysis*),<sup>52</sup> que consiste na segunda fase do teste de consistência da tributação doméstica *vis-à-vis* à regra do tratamento nacional do GATT, a jurisprudência da OMC estabeleceu alguns parâmetros que precisam ser observados pelos países-membros da Organização quando do exercício da competência tributária.

No caso *Japan – Alcoholic Beverages II*, o Órgão de Apelação decidiu que “mesmo o menor excesso é demasiado”<sup>53</sup> para fins da discriminação tributária entre o produto importado e o nacional, nos termos da pri-

meira sentença do § 2º, art. III, do GATT.

Assim, qualquer diferença de tratamento tributário beneficiando o produto nacional em detrimento do similar importado, mesmo que seja ínfima, ofende a regra do tratamento nacional.

O entendimento acima baseou-se em prévia decisão proferida no caso *US – Malt Beverages*, no qual o Painel rejeitou a alegação feita pelos Estados Unidos de que sua tributação doméstica sobre cerveja só discriminava 1,5% de todas as cervejas importadas e que quantia tão ínfima não seria suficiente para prejudicar a neutralidade concorrencial preconizada pelo tratamento nacional.<sup>54</sup>

Na realidade, a jurisprudência mais recente da OMC é categórica no sentido de que não apenas uma diferenciação tributária mínima (*de minimis*) é suficiente para ofender a regra do tratamento nacional, mas que, também, o “mero risco” de discriminação tributária entre produtos nacionais e importados, independentemente de causar distorções no mercado, é suficiente para ofender a primeira sentença do § 2º do art. III do GATT.<sup>55</sup>

Vê-se, assim, o quão intolerante é a jurisprudência da OMC em relação a medidas tributárias domésticas discriminatórias que privilegiam a produção doméstica em desfavor da similar importada: não apenas uma tributação infimamente superior para o produto importado, mas também o *mero risco* de discriminação tributária em favor do produto local é suficiente para ofender a regra do tratamento nacional.

Com base em tais parâmetros rígidos em relação à competência tributária doméstica, o Órgão de Solução de Controvérsias já teve oportunidade de analisar os elementos essenciais da norma tributária de alguns dos membros que discriminavam a produção importada em favor da local.

No caso *Argentina – Hides and Leathers*, restou decidido que o importante para a análise do excesso de tributação é a carga tributária real e não a nominal incidente entre os produtos que concorrem em determinado mercado, isso porque:

origin-based distinction in respect of internal taxes suffices in itself to violate Article III: 2, without the need to demonstrate the existence of actually traded like products”. WTO. *Relatório do Painel em Indonésia: Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 14.113, p. 351.

50 Cf. WTO. *Relatório do Painel em Colômbia: Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry*, WT/DS366/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 7.183, p. 117.

51 Cf. WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em Argentina: Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 11. 68, p. 144.

52 Cf. BOSSCHE, Peter Van den. *The law and policy of the World Trade Organization*. Text, cases and materials. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 364.

53 Trad. livre do autor. No original: “Even the smallest amount of ‘excess’ is too much”. WTO. *Relatório do Painel em Japão: Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/RT, WT/DS10/R, WT/DS11/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. p. 23.

54 Cf. WTO. *Relatório do Painel em United States: Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, DS23/R – 39S/206. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 5.6, p. 57.

55 Cf. WTO. *Relatório do Painel em México: Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 8.52. p. 123.

[...] mesmo quando produtos importados e domésticos estão sujeitos a idênticas alíquotas, a carga tributária real pode ser maior sobre os produtos importados. Este pode ser o caso, por exemplo, quando diferentes métodos de apuração da base de cálculo resultam numa carga tributária real superior para o produto importado.<sup>56</sup>

Consequentemente, a identidade de alíquotas na norma tributária doméstica é irrelevante quando outro elemento essencial do tributo, particularmente a base de cálculo, confere tratamento tributário diferenciado para a produção doméstica, mesmo que de forma ínfima ou até meramente potencial.

A ofensa ao tratamento nacional pela manipulação da base de cálculo dos tributos, por ser uma forma menos evidente de protecionismo se comparada com a mera distinção nominal de alíquotas, tem sido, frequentemente, analisada pela OMC.

No caso *US – Malt Beverages*, foi reconhecida a ofensa ao art. III, § 2º, primeira sentença do GATT, em razão da concessão pelos Estados Unidos de crédito tributário para a redução da base de cálculo de sua tributação federal sobre vendas (*federal excise tax*).<sup>57</sup>

Tal crédito consistia na dedução, na base de cálculo daquele tributo, do valor de até US\$ 0,90 por galão, dependendo do volume de produção de cada contribuinte, sendo que dele só faziam jus empresas nacionais que produzissem no máximo até 25.000 galões de vinho por ano.<sup>58</sup>

Ainda na decisão *US – Malt Beverages*, foi declarada ofensa ao art. III, § 2º, primeira sentença, do GATT pelas normas tributárias dos Estados americanos do Alabama, Geórgia, Iowa, Nebraska e Novo México, que

conferiam menor alíquota ou isenção do imposto sobre consumo estadual (*state excise tax*) para vinhos fabricados localmente, mas não concediam iguais benefícios aos vinhos importados.<sup>59</sup>

Ressalte-se, também, que, na eventualidade de haver no ordenamento doméstico tributos que privilegiem algum produto importado, tal privilégio não é suficiente para “compensar” o tratamento discriminatório sofrido por outros produtos importados em desfavor dos similares nacionais.<sup>60</sup>

Por outro lado, a forma de recolhimento de um tributo, também, pode ofender o tratamento nacional se, mesmo com carga tributária idêntica, a forma de recolhimento do tributo incidente sobre o produto estrangeiro for mais onerosa do que a aplicada para o similar doméstico,<sup>61</sup> não sendo válido o argumento de que a discriminação ocorre para fins de eficiência da administração tributária.<sup>62</sup>

Isso porque o excesso discriminatório não envolve, apenas, tributos internos (*internal taxes*), mas também qualquer outra cobrança, de qualquer tipo (*other internal charges of any kind*), no que se incluem medidas administrativas tributárias adotadas para maximizar a arrecadação e a fiscalização de tributos.

Note-se, também, que o excesso de tributação entre produtos similares, nacionais e importados pode ocorrer direta ou indiretamente. No caso *México – Taxes on Soft Drinks*, havia excesso de tributação no produto final importado (refrigerantes) quando estes utilizavam determinado insumo (adoçante de beterraba ou de milho), o que aumentava, exponencialmente, a tributação sobre tais insumos.

56 Trad. livre do autor. No original: “[...] even where imported and domestic products are subject to identical tax rates, the actual tax burden can still be heavier on imported products. This could be the case, for instance, where different methods of computing tax bases lead to a greater actual tax burden for imported products”. WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em Argentina: Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 11.183, p. 147.

57 Cf. WTO. *Relatório do Painel em United States: Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, DS23/R – 39S/206. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 5.13 e 5.14, p. 59.

58 WTO. *Relatório do Painel em United States: Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, DS23/R – 39S/206. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 2.8, p. 2.

59 Cf. WTO. *Relatório do Painel em United States: Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, DS23/R – 39S/206. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 5.20, p. 61.

60 Cf. WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em Argentina: Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 11.196, p. 149.

61 Cf. WTO. *Relatório do Painel em Thailand: Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, WT/DS371/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 7.611, p. 277.

62 Cf. *Relatório do Órgão de Apelação em Argentina: Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 11.144, p. 139.



Conseqüentemente, o Órgão de Apelação decidiu que, no caso mexicano, “[...] tributos diretamente incidentes sobre produtos finais podem indiretamente afetar as condições de competição entre o insumo importado e o doméstico e, assim, subsumir-se à primeira sentença do § 2º do art. III”.<sup>63</sup>

Já no caso *Argentina – Hides and Leathers*, a Argentina sustentava que a diferença de tratamento tributário em excesso, consubstanciada na exigência de pagamento na importação do imposto de renda por pessoa física, o que não ocorria na compra de produto similar doméstico, seria justificada em razão da diferença da capacidade contributiva entre o importador e o concorrente nacional.

O argumento argentino foi, expressamente, rechaçado pelo Painel, nos seguintes termos:

Em relação ao argumento argentino de que a discriminação é justificada em razão da capacidade contributiva dos contribuintes em questão, nós apenas reiteramos que já expressamos anteriormente o entendimento de que não é permitido, sob a primeira sentença do § 2º do art. III, impor diferentes cargas tributárias sobre produtos similares importados e nacionais com base nas características ou circunstâncias do comprador ou do vendedor daqueles produtos.<sup>64</sup>

Por fim, registre-se que, para fins da primeira sentença do parágrafo 2º do art. III do GATT, não é necessário demonstrar que a tributação em excesso do produto similar importado se dá para fins de proteção da produção doméstica. Tal requisito é necessário, apenas, para situações que se enquadram na segunda sentença

63 Trad. livre do autor. No original: “[...] taxes directly imposed on finished products can indirectly affect the conditions of competition between imported and like domestic input and therefore come within the scope of Article III: 2, first sentence”. WTO. *Relatório do Painel em Mexico: Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 8.44, p. 122.

64 Trad. livre do autor. No original: “With respect to Argentina’s argument that that differential is justified in light of the tax-bearing ability of the taxable persons concerned, we simply recall that we have previously expressed the view that it is not permissible under Article III:2, first sentence, to impose different tax burdens on imported and like domestic products on the basis of the circumstances or characteristics of the purchasers or sellers of those products”. *Relatório do Órgão de Apelação em Argentina: Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 11.264, nota de Rodapé n° 539, p. 162.

do mesmo parágrafo<sup>65</sup>.

Ao subsumir o entendimento jurisprudencial acima com o Inovar-Auto, vê-se que o critério escolhido pelos programas brasileiros para diferenciar a tributação do IPI sobre automóveis e autopeças é, justamente, a origem estrangeira/nacional dos produtos, já que a concessão do crédito presumido e da redução da alíquota do IPI na importação está atrelada à origem dos produtos em questão, o que presume a similitude entre os produtos nacionais, objeto do Inovar-Auto e os produtos importados.

Em relação à análise sobre o excesso de tributação, que é a segunda fase do teste de consistência erigido para aferir a compatibilidade entre as medidas tributárias domésticas e a primeira sentença do § 2º do art. III do GATT, viu-se que a jurisprudência da OMC sedimentou o entendimento de que qualquer diferença de tributação, mesmo que ínfima ou meramente potencial em desfavor do produto importado, é suficiente para ofender o tratamento nacional.<sup>66</sup>

Aplicando-se tal entendimento aos benefícios concedidos pelo Inovar-Auto, é possível constatar que há uma tributação mais onerosa para os veículos que não sejam produzidos no Brasil.

Nesse sentido, vale ressaltar que o crédito presumido do IPI apurado na fabricação local de veículos, na forma como estabelecido no Inovar-Auto, representa, na prática, sobretaxa de 30% na importação de veículos oriundos do exterior.

Isso porque, de acordo com o §1º do art. 14 do Decreto n° 7. 819/12, o crédito presumido do IPI, apurado pelos dispêndios sobre insumos estratégicos e ferramentaria, a ser utilizado para pagamento do IPI devido, na saída interna dos produtos discriminados no Decreto, fica limitado ao valor correspondente ao que resultaria da aplicação de 30% sobre a base de cálculo prevista na legislação do IPI.

Tal limitação implica, na prática, reajuste geral da alíquota do IPI para todos os veículos (nacionais e importados), mas, apenas, os produtos nacionais podem ter alíquota reduzida em até 30% por ser produzidos

65 *Relatório do Órgão de Apelação em Argentina: Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 11. 137, p. 137.

66 Cf. item 4.

localmente, já que esta é a condição para a obtenção do crédito presumido e pelo fato de o crédito presumido dever ser utilizado nas operações do mercado interno.

Note-se, ainda, que, na hipótese de restar saldo do crédito presumido apurado sobre dispêndios com insumos estratégicos e ferramentaria e utilizado para o pagamento do IPI devido na saída dos produtos discriminados no Decreto, o valor remanescente poderá ser utilizado para abater o IPI devido na importação de veículos, de acordo com o § 2º do art. 14 do Decreto nº 7.819/12. Contudo, mais uma vez está limitado o uso do saldo ao valor correspondente ao que resultaria da aplicação de 30% sobre a base de cálculo prevista na legislação do IPI (art. 14, § 2º, I), além de só poder ser utilizado na importação de no máximo 4.800 veículos por ano-calendário (art. 14, § 2º, II), o que reitera o excesso de tributação sobre o veículo importado.

A seu turno, o crédito presumido apurado sobre os dispêndios incorridos em pesquisa, desenvolvimento tecnológico, inovação tecnológica, recolhimento ao FNDCT, capacitação de fornecedores e engenharia e tecnologia industrial básica deve primeiramente ser utilizado para dedução do valor do IPI devido pelas operações no mercado interno do contribuinte (art. 15, § 1º, I). Havendo saldo, o mesmo pode ser transferido para as filiais do contribuinte ou ser objeto de pedido de ressarcimento ou compensação (art. 15, § 1º, II e III).

O caráter mandatório da forma com o crédito presumido deve ser fruído, *i. e.* primeiro nas operações do mercado interno e posteriormente via transferência, restituição ou compensação, sem a indicação da possibilidade de uso na importação, também demonstra que os veículos importados restam mais onerados pelo IPI.

Some-se a isso o fato de que o crédito presumido do IPI apurado na importação tem uso restrito a 1/48 da capacidade de produção anual prevista no projeto de investimento (art. 16, I) e só pode ser utilizado para abater o IPI na importação de veículos constantes no referido projeto de investimento (art. 13, § 1º, III). Em outras palavras, há limitação quantitativa e qualitativa para os veículos importados se beneficiar do crédito presumido do IPI, o que, também, os coloca em desvantagem concorrencial com o similar nacional.

Em suma, analisando-se os dispositivos do Inovar-Auto na ótica do teste de consistência construído pela jurisprudência da OMC, é de concluir pela similitude dos produtos importados e nacionais objetos do programa e

pelo excesso de tributação de IPI que sofre os produtos importados relativamente aos nacionais, o que resulta em ofensa à primeira sentença do § 2º do art. III do GATT.

## 5. PRINCÍPIO DO TRATAMENTO NACIONAL: O INOVAR-AUTO E O ART. III, § 4º DO GATT

De início, assevere-se que uma medida tributária doméstica pode ser contestada simultaneamente por ofensa ao princípio do tratamento nacional com base no § 2º e no § 4º do art. III do GATT. O Órgão de Apelação da OMC rejeitou argumento de que a jurisprudência do órgão se teria pacificado no sentido de que medidas fiscais são sempre contestadas em face do § 2º e medidas não tributárias, por outro lado, seriam confrontadas pelo § 4º do art. 3 do GATT.<sup>67</sup>

O § 4º do art. III do GATT estabelece que:

4. Os produtos de território de uma Parte Contratante que entrem no território de outra Parte Contratante não usufruirão tratamento menos favorável que o concedido a produtos similares de origem nacional, no que diz respeito às leis, regulamento e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição e utilização no mercado interno. Os dispositivos deste parágrafo não impedirão a aplicação de tarifas de transporte internas diferenciais, desde que se baseiem exclusivamente na operação econômica dos meios de transporte e não na nacionalidade do produto.<sup>68</sup>

No julgado *Korean – Various Measures on Beef*, foram fixados os seguintes requisitos para a análise da violação do parágrafo acima transcrito: a) o produto importado e o nacional devem ser similares (*like products*); b) a medida doméstica contestada deve ser enquadrada como “leis, regulamentos, ou requerimento que afetem a venda interna, oferta à venda, compra, transporte, distribuição ou uso”; e c) o produto importado não deve receber tratamento menos favorável do que o dispensado ao produto doméstico.<sup>69</sup>

67 WTO. *Relatório do Painel em Mexico: Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 8.13, p. 116.

68 Na versão oficial em inglês: “4. The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use”.

69 Cf. WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em Korean: Measures*

Os três requisitos acima foram postos numa perspectiva temporal no caso *China – Auto Parts*, quando se decidiu que, primeiramente, verifica-se se os produtos domésticos e importados são similares e se a lei, regulamento ou requerimento afetam a venda interna, a oferta à venda, a compra, o transporte ou distribuição dos produtos similares. Sendo positiva essa primeira análise, define-se se tais medidas que afetam a competição interna conferem tratamento “menos favorável” ao produto importado.<sup>70</sup>

A perspectiva temporal elaborada no caso *China – Auto Parts* baseou-se no precedente *US – FSC*, quando o Órgão de Apelação decidiu não ser quaisquer normas domésticas abrangidas pelo dispositivo, mas apenas aquelas que *afetam* a competição interna. Restou decidido no precedente que analisava a tributação sobre a renda americana que “[...]a palavra ‘afetando’ possibilita a definição dos tipos de medidas que precisam adequar-se às obrigações para não conferir um ‘tratamento não menos favorável’ ao produto similar importado, como previsto no art. III, § 4º”.<sup>71</sup>

Assim, verifica-se que a jurisprudência da OMC estabeleceu mais um teste para aferir a compatibilidade entre normas tributárias domésticas e as regras do sistema multilateral. Por esse novo teste, primeiro é necessário estabelecer a similitude entre os produtos em questão e se a medida doméstica afeta a neutralidade de competição entre eles.

Em relação à determinação da similitude entre o produto nacional e o produto importado, aplicam-se os precedentes analisados no tópico anterior quando da verificação do mesmo requisito no § 2º do art. III, prin-

cipalmente a impossibilidade de haver discriminação tributária em razão da origem estrangeira do produto.

Na realidade, a jurisprudência da OMC é pacífica em asseverar que a definição de *like products* no § 2º do art. III do GATT é mais restrita do que a do § 4º.<sup>72</sup> Consequentemente, produtos que se enquadram naquele dispositivo, automaticamente, se incluem no que ora se analisa.

Em relação à previsão no ordenamento jurídico interno (“leis, regulamentos e exigências”), incluem-se não apenas normas de caráter mandatório, mas também medidas que conferem opção ao particular, mas desde que condicionando determinado benefício à adesão.<sup>73</sup>

Apenas normas do ordenamento jurídico que afetam a competitividade do produto importado em face do doméstico se enquadram no § 4º do art. III do GATT. O Órgão de Apelação já decidiu que o escopo da palavra *affecting*, na versão original em inglês, é amplo. No caso *China – Auto Parts*, foram analisados vários precedentes concluindo-se que:

[...] a palavra “affecting” no § 4º do art. III do GATT tem sido interpretada para abranger não apenas leis e regulamentos que diretamente disciplinam as condições de venda ou de compra, mas também qualquer lei ou regulamentos que possam adversamente modificar as condições de competição entre os produtos doméstico e importado.<sup>74</sup>

Medidas tributárias que incentivam produtores domésticos a comprar insumos locais em detrimento do

Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef, Various Measures on Beef, WT/DS161/AB/R/WT/DS169/AB/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 133, p. 39.

70 Cf. WTO. *Relatório do Painel em China: Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/R WT/DS395/R WT/DS398/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 7.230, p. 209-10.

71 Trad. livre do autor. No original: “Thus the word ‘affecting’ assist in defining the types of measures that must conform to the obligation not to accord ‘less favourable treatment’ to like imported products, which is set out in Article III:4”. WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em United States: Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”*, WT/DS108/AB/RW e *Relatório do Painel em United States: Tax Treatment for “Foreign Sales Corporation”*, WT/DS108/RW. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 208, p. 65.

72 Cf. WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em European Communities: Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 99, p. 37.

73 Cf. WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em Canada: Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R e *Relatório do Painel em Canada: Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R, WT/DS142/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 10.73, pp. 368-9.

74 Trad. livre do autor. No original: “[...] furthermore, the word ‘affecting’ in Article III:4 of the GATT has been interpreted to cover not only laws and regulations which directly govern the conditions of sale or purchase but also any laws or regulations which might adversely modify the conditions of competition between domestic and imported products”. WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em China: Measures Affecting Imports of Automobile Parts*, WT/DS339/AB/R, WT/DS340/AB/R, WT/DS342/AB/R e *Relatório do Painel em China: Measures Affecting Imports of Automobile Parts*, WT/DS339/R, WT/DS340/R, WT/DS342/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 7.251, p. 214.



similar importado “afetam” as condições de competição do mercado e, conseqüentemente, ofendem o § 4º do art. III. Foi a decisão do Painel no caso *China – Auto Parts*, que analisava medidas tributárias chinesas que concediam redução da tributação interna para as fábricas que, na montagem final de veículos, utilizassem determinado quantitativo de peças produzidas localmente.<sup>75</sup>

O caso acima reiterou o *leading case US – FSC*, que continha medida tributária condicionando o benefício de redução da tributação da renda obtida no exterior à utilização de insumos produzidos/montados nos Estados Unidos, o que foi entendido como medida que “afetava” a competição entre o produto doméstico e o importado, nos seguintes termos:

Nós consideramos que uma medida pela qual o uso de produtos domésticos – mas não de importados – contribui na obtenção de uma vantagem tem um impacto nas condições de competição entre os produtos doméstico e importado e, assim, ‘afeta’ o “uso” interno dos produtos importados, mesmo que a medida preveja outros meios para a obtenção da vantagem, como o uso de insumos domésticos.<sup>76</sup>

A mesma metodologia foi aplicada no caso *Índia – Autos*, quando se declarou a incompatibilidade da legislação indiana que estabelecia que o uso mínimo de peças produzidas localmente para a fabricação de carros na Índia afetava a competição no mercado local.<sup>77</sup>

Por fim, deve-se demonstrar que a medida tributária que afeta o produto importado lhe confere tratamento menos favorável do que o dispensado ao produto similar doméstico.

75 WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em China: Measures Affecting Imports of Automobile Parts*, WT/DS339/AB/R, WT/DS340/AB/R, WT/DS342/AB/R e *Relatório do Painel em China: Measures Affecting Imports of Automobile Parts*, WT/DS339/R, WT/DS340/R, WT/DS342/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 7.256, p. 216.

76 Trad. livre do autor. No original: “[...] we consider that a measure pursuant to which the use of domestic – but not imported – products contributes to obtaining an advantage has an impact on the conditions of competition between domestic and imported products and thus ‘effects’ the internal ‘se’ of imported products, even if the measures allows for other means to obtain the advantage, such as the use of domestic inputs other than products”. *Relatório do Painel em United States: Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”*. Recourse to Article 21. 5 of the DSU by the European Communities, WT/DS108/RW, parágrafo 8.148, p. 55.

77 Cf. WTO. *Relatório do Painel em Índia: Measures Affecting the Automobile Sector*, WT/DS146/R, WT/DS175/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 7.305, p. 164.

Tratamento menos favorável para o produto similar importado significa que as medidas tributárias modificam as condições de competição no mercado em favor dos produtos nacionais.<sup>78</sup> Assim como se dá em relação à primeira sentença do § 2º do art. III, mesmo uma distorção mínima da competição em favor do produto nacional já é suficiente para caracterizar o tratamento menos favorável em relação ao produto similar importado.<sup>79</sup>

Na decisão proferida no caso *EC – Seal Products*, o Órgão de Apelação resumiu o fundamento de vários precedentes que analisavam no que consiste o tratamento não menos favorável a ser dispensado ao produto similar importado, tendo concluído aquele Órgão Julgador que há quebra da isonomia de tratamento quando a neutralidade concorrencial no mercado interno deixa de existir, alterando-se as oportunidades de competição em favor do produto doméstico.<sup>80</sup>

Os requisitos postos pelos precedentes acima analisados se fazem presentes no caso do programa Inovar-Auto. Tal programa deriva da Lei nº 12.715/2012, cujos benefícios são esmiuçados por um decreto regulamentar (Decreto nº 7.819/12) e várias portarias ministeriais, normas que se enquadram no conceito de “lei, regulamentos e requerimentos” previsto no §4º do art. III do GATT.

O fato de os benefícios tributários do Inovar-Auto não serem mandatórios, já que só é possível deles usufruir após a habilitação provocada pelo contribuinte no MICD, não afasta o enquadramento das normas legais do programado conceito de “lei, regulamentos e requerimentos”, uma vez que a fruição dos benefícios tributários é condicionada à adesão ao programa.

As normas do Inovar-Auto afetam a competitividade do produto importado ante o similar nacional no mercado interno brasileiro, já que, como visto, a juris-

78 Cf. WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em Korean: Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, Various Measures on Beef, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 137, p. 41.

79 Cf. WTO. *Relatório do Painel em Canada: Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain*, WT/DS276/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 6.190, nota de rodapé 281, p. 177.

80 Cf. *Relatório do Órgão de Apelação em European Communities: Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Product*, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, parágrafo 5.101, p. 123.

prudência da OMC entende que o vocábulo *affecting*, relativo à versão em Língua Inglesa, § 4º do art. III do GATT, cobre não apenas normas que diretamente regulam as condições de compra e venda dos produtos, mas também aquelas que podem prejudicar as condições de competição entre o produto doméstico e o importado.

Nesse sentido, passam-se a analisar as duas modalidades previstas no Inovar-Auto para obtenção do crédito presumido do IPI, isto é, quando da realização do processo produtivo local (art. 12 do Decreto nº 7.819/21) e da importação de veículos (art. 13 do Decreto nº 7.819/21), para verificar se, em relação à obtenção de tais benefícios, há comprometimento da neutralidade concorrencial em desfavor do produto importado.

Em razão de a primeira espécie do crédito presumido do IPI estar atrelada à realização de dispêndios incorridos no processo produtivo local de veículos, apenas os contribuintes que produzem veículos no Brasil têm a possibilidade de auferir tal benefício. Consequentemente, aquele contribuinte que não produz, mas apenas importa veículos, não incorre em gastos e, assim, não consegue acumular crédito presumido do IPI suficiente para minorar a carga tributária.

Isso porque, como visto no tópico 2, a apuração de crédito presumido no processo produtivo relacionada a dispêndios com insumos estratégicos e ferramentaria só ocorre se os fornecedores dos produtos forem nacionais, o que implica a constatação de que não basta, apenas, montar o veículo no país, sendo necessário, também, que os insumos e o maquinário utilizado na montagem final do veículo sejam produzidos no Brasil. É justamente esse “adensamento” da cadeia produtiva nacional a finalidade do Inovar-Auto.

Consequentemente, o importador, por não realizar processo produtivo local, não consegue acumular saldo expressivo de crédito presumido do IPI, o que significa reconhecer que a carga tributária desse imposto sobre os produtos importados é superior àquele incidente aos similares fabricados nacionalmente, já que, apenas, os produtores locais têm condição de acumular saldo de crédito presumido para abater nas operações internas.

Já o crédito presumido apurado na importação de veículos só pode ser auferido por contribuintes que tenham projeto de investimentos aprovados para instalação ou ampliação da capacidade produtiva local. Esses contribuintes poderão apurar o crédito presumido correspondente ao resultado da aplicação da alíquota de

30% sobre a base de cálculo do imposto na saída dos produtos do estabelecimento do importador.

Mais uma vez, verifica-se que os veículos importados se submetem, na prática, à sobretaxa de 30%, a qual é eliminada, seletivamente, apenas, para aqueles que são importados por produtores locais e desde que tais produtores cumpram uma série de requisitos qualitativos (*i. e.* cumprimento do cronograma do projeto de investimento de produção local) e quantitativos (*i. e.* quantidade de veículos importados é limitada a 1/24 da capacidade de produção prevista no projeto de investimento), o que comprova que o crédito presumido na importação, também, afeta a concorrência entre veículos importados e nacionais.

Em suma, constata-se que a lei e os regulamentos que instituem os benefícios tributários do Inovar-Auto afetam a venda interna dos produtos similares importados, que se sujeitam a tributação menos favorável aquela destinada a produtos nacionais, restando assim demonstrada a ofensa ao § 4º do art. III, do GATT.

## 6. PRINCÍPIO DO TRATAMENTO NACIONAL: O INOVAR-AUTO E O ART. III, § 5º DO GATT

Há uma sobreposição entre os §§ 4º e 5º do art. III do GATT, já que o último também exige que a norma doméstica seja enquadrada como regulamentação interna, reclamando o uso de produtos domésticos em ofensa ao princípio do tratamento nacional. O § 5º do art. III do GATT estabelece:

5. Nenhuma Parte Contratante estabelecerá ou manterá qualquer regulamentação quantitativa interna que se relacione com a mistura, transformação ou utilização de produtos em quantidades ou proporções determinadas e que exija, direta ou indiretamente o fornecimento pelas fontes produtoras nacionais, de quantidade ou proporção determinada de um produto enquadrado na regulamentação. Além disso, nenhuma Parte Contratante aplicará de outro modo, regulamentações quantitativas internas, de forma a contrariar os princípios estabelecidos no parágrafo 1º.<sup>81</sup>

81 Na versão oficial em inglês: “5. No contracting party shall establish or maintain any internal quantitative regulation relating to the mixture, processing or use of products in specified amounts or proportions, which requires, directly or indirectly, that any specified amount or proportion of any product, which is the subject of the regulation, must be supplied from domestic sources. Moreover, no

A primeira sentença do dispositivo acima transcrito estabelece os seguintes requisitos para que reste configurada a violação: a) que a medida seja uma “regulamentação interna”; b) que tal medida seja quantitativa, relacionada à mistura, transformação ou utilização de produtos em quantidades ou proporções determinadas; e c) que as exigências requeiram, direta ou indiretamente, o uso de produtos domésticos.

No caso *China – Auto Parts*, a legislação tributária da China exigia que até 60% de autopeças utilizadas na composição final de veículo montado naquele país fosse nacional, sob pena de aplicar maior alíquota do tributo interno chinês incidente sobre a venda interna de automóveis.<sup>82</sup>

Por tal razão, a Europa alegava que as medidas tributárias chinesas infringiam a primeira sentença do § 5º do art. III do GATT, já que “[...] as medidas estabeleciam limites máximos e proporções de autopeças importadas que não deveriam ser superadas quando da utilização na montagem dos veículos”.<sup>83</sup>

Contudo, no caso *US – Tobacco*,<sup>84</sup> o Painel atestou que, tanto o § 4º quanto o § 5º do art. III do GATT disciplinam regulamentos internos, mas asseverou que o § 5º é mais específico.<sup>85</sup> É a já mencionada sobreposição entre ambos os dispositivos, razão pela qual muitas

disputas que, inicialmente, se fundamentaram nesses dois parágrafos foram logo encerradas quando do enquadramento da medida tributária no § 4º, com base no princípio de “economia judicial”.<sup>86</sup>

No caso do Inovar-Auto há ofensa ao § 5º do art. III do GATT ao se exigir das empresas que produzem veículos no Brasil que realizem, em pelo menos 80% dos veículos fabricados, uma quantidade mínima de atividades fabris e de infraestrutura, dependendo do tipo do veículo e do ano de produção, nos termos do art. 7º do Decreto nº 7. 819/12.

Tais atividades fabris e de infraestrutura correspondem, de acordo com o Anexo III do Decreto regulamentar, a atividades relacionadas a estampagem, soldagem, tratamento anticorrosivo para pintura, injeção de plástico, entre outras, as, quais, a seu turno, só podem ser realizadas quando o fabricante adquire insumos estratégicos e ferramentaria.

A Portaria MDIC nº 257/14 define insumos estratégicos como “[...] toda a matéria-prima, partes, peças e componentes utilizados na fabricação e incorporados fisicamente aos veículos de que trata o Anexo I do Decreto nº 7. 819, de 2012” (art. 1º). Já por ferramentaria entende “[...] o ferramental, específico por tipo de peça e acoplado a uma máquina, usado para estampar ou injetar autopeças destinadas ao processo de fabricação a que se refere o art. 1º” (art. 2º).

Em outras palavras, o quantitativo mínimo de atividades fabris e de infraestrutura de engenharia que o fabricante deve realizar em pelo menos 80% dos veículos que produz no Brasil, como condição de habilitar-se no Inovar-Auto, exige que o contribuinte adquira insumos estratégicos e ferramentaria.

A seu turno, o § 6º do art. 32-B do decreto estabelece que os dispêndios com insumos estratégicos e ferramentaria só geram crédito presumido do IPI se adquiridos de fornecedores que tenham previamente firmado Termo de Compromisso com o MDIC.

Visto que somente fornecedores instalados no Brasil têm condição de firmar o referido Termo de Compro-

contracting party shall otherwise apply internal quantitative regulations in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1”.

82 Cf. WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em China: Measures Affecting Imports of Automobile Parts*, WT/DS339/AB/R, WT/DS340/AB/R, WT/DS342/AB/R e *Relatório do Painel em China: Measures Affecting Imports of Automobile Parts*, WT/DS339/R, WT/DS340/R, WT/DS342/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

83 Trad. livre do autor. No original: “[...] the measures set out maximum amounts and proportions of imported auto parts which must not be surpassed when using them in the assembly of vehicles”. WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em China: Measures Affecting Imports of Automobile Parts*, WT/DS339/AB/R, WT/DS340/AB/R, WT/DS342/AB/R e *Relatório do Painel em China: Measures Affecting Imports of Automobile Parts*, WT/DS339/R, WT/DS340/R, WT/DS342/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 4. 26, p. 12.

84 Cf. WTO. *Relatório do Painel em United States: Measures Affecting the Importation, Internal Sale and Use of Tobacco*, BISD 41S/I/131. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 72, p. 26.

85 WTO. *Relatório do Painel em United States: Measures Affecting the Importation, Internal Sale and Use of Tobacco*, BISD 41S/I/131. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

86 Cf. WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em China: Measures Affecting Imports of Automobile Parts*, WT/DS339/AB/R, WT/DS340/AB/R, WT/DS342/AB/R e *Relatório do Painel em China: Measures Affecting Imports of Automobile Parts*, WT/DS339/R, WT/DS340/R, WT/DS342/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016. parágrafo 7.276, p. 221.



misso, inclusive sob pena de multa se não o fizerem, apenas insumos estratégicos e ferramentaria adquiridos localmente dão condições ao fabricante de satisfazer a quantidade mínima de atividades fabris exigidas como requisito de habilitação no Inovar-Auto e posterior obtenção do crédito presumido do IPI.

Em suma, o Inovar-Auto exige que 80% dos veículos fabricados no Brasil possuam uma quantidade mínima de ferramentas e insumos adquiridos no país, o que configura restrição quantitativa que favorece produtos locais em detrimento dos similares estrangeiros, em ofensa à regra do tratamento nacional, como posta no § 5º do art. III do GATT.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A finalidade do presente artigo era analisar, com base na metodologia construída pela jurisprudência do sistema multilateral do comércio, cada um dos dispositivos do GATT que regulamentam os princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida que são invocados pela União Europeia e pelo Japão nos Painéis atualmente em curso contra os incentivos tributários brasileiros previstos no programa Inovar-Auto.

Nesse sentido, inicialmente, delimitou-se em que consiste e quais são os requisitos legais para a concessão das duas espécies de créditos presumido do IPI para os fabricantes de veículos instalados no Brasil, ou que aqui pretendam se instalar, bem como a redução do IPI na importação para aqueles mesmos contribuintes, que constituem os incentivos tributários previstos no Inovar-Auto.

Delimitados e explicitados os benefícios tributários brasileiros, o artigo primeiramente analisou os precedentes da OMC relativos a normas tributárias domésticas contestadas em face do princípio da nação mais favorecida, concluindo que o programa brasileiro ofende o princípio pelo fato de apenas produtores instalados no Mercosul e no México serem exonerados dos requisitos para a redução do IPI prevista no Inovar-Auto.

O artigo também constatou a inadequação do Inovar-Auto ao princípio do tratamento nacional com base nos testes de consistência construídos pela jurisprudência da OMC. Em tais hipóteses, foram analisados os três dispositivos do GATT que disciplinam o princípio

e que foram apontados como violados pelo Japão e pela União Europeia. A aplicação dos testes desenvolvidos pela jurisprudência constatou que o programa brasileiro discrimina, indevidamente, o produto similar importado comparativamente ao localmente produzido.

A primeira regra que disciplina o princípio do tratamento nacional analisada foi o §2º, primeira sentença, do art. III do GATT, dispositivo que, de acordo com a jurisprudência pesquisada, é o mais invocado contra medidas tributárias domésticas que discriminam o produto importado em favor do produto localmente produzido. Nesse caso, o teste de consistência da jurisprudência da OMC demonstra que os produtos estrangeiros se sujeitam a um excesso de tributação indevido relativamente aos seus concorrentes domésticos privilegiados pelo Inovar-Auto.

A mesma ofensa ao princípio do tratamento nacional também foi verificada pela análise dos parágrafos 4º e 5º do art. III do GATT pela ótica jurisprudencial, já que reiteradamente o Inovar-Auto condiciona a concessão do crédito presumido do IPI à utilização de insumos produzidos no Brasil, além de exigir quantitativos mínimos de insumos nacionais no produto final aqui manufaturado, o que, reiteradamente, não admite os julgados da Organização.

A análise dos benefícios tributários do programa Inovar-Auto, procedida com a mesma metodologia aplicada pelo Órgão de Solução de Controvérsias, demonstra a provável procedência dos Painéis propostos contra o Brasil e, atualmente, em curso perante a OMC, o que imporá a imediata e urgente revisão, quiçá revogação, do Inovar-Auto. Tal provável desfecho terá impacto não apenas no programa Inovar-Auto, mas também na política de incentivos tributários adotada pelo Brasil que, muitas vezes, prima por, artificialmente, proteger a produção nacional em detrimento dos produtos importados, o que não admite o atual sistema multilateral do comércio.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOSSCHE, Peter Van den. *The law and policy of the World Trade Organization*. Text, cases and materials. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

JACKSON, J. H.; DAVEY, W. J.; SKYKES, A. J. *Legal*

- problems of international economic relations, cases, materials and text*. 3. ed. Saint Paul: West Group, 1995.
- JOHNSON, Jon R. The WTO Decision – MFN, National Treatment, TRIMS and Export Subsidies. In: IRISH, Maureen (Org.). *The auto pact: investment, labour and the WTO*. Haia: Kluwer Law International.
- MATHIS, James H.; BHAGWATI, Jagdish. *Regional trade agreements in the GATT/WTO*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- MAVROIDIS, Petros. *Trade in goods*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- RUPEREZ, J. S. B. Non-fiscal discrimination in the WTO and EC Law: relations and solutions. *The EC Tax Journal*, v. 4, n. 2, p. 105-110, 2000.
- SCHÖN, W. World Trade Organization law and tax law. *IBFD Bulletin*, Amsterdã, v. 58, n. 7, p. 283-296, 2004.
- SHADIKHODJAEV, Sherzod. *National Treatment on internal taxation: revisiting GATT Article III:2*. Seoul: Korean Institute for International Economic Policy, 2008.
- THIEL, Servas van; STEINBACH, Armin. The Effect of WTO Law in the legal order of the European Community: a Judicial protection deficit or a real-political solution, or both? In: LANG, Michael; HERDIN, Judith; HOFBAUER, Ines (Org.). *WTO and direct taxation*. Haia: Kluwer Law International, 2005.
- WTO. *Final Act of the United Nations Conference on Trade and Employment*. March 24, 1948. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/havana\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2014.
- WTO. *Dispute settlement: dispute DS472 Brazil: Certain Measures Concerning Taxation and Charges*. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds472\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds472_e.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2015.
- WTO. *Final Act of the United Nations Conference on Trade and Employment*. March 24, 1948. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/havana\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2014.
- WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em Argentina: Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.
- WTO. *Relatório do Painel em Argentina: Measures Affecting* the Importation of Goods, WT/DS438/R, WT/DS444/R, WT/DS445/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.
- WTO. *Relatório do Painel em Austrália: Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather*, WT/DS126/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.
- WTO. *Relatório do Painel em Income Tax Practices Maintained by Belgium*, L/4424-23S/127. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.
- WTO. *Pedido de Consulta da União Europeia em Brazil: Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, WT/DS472/1, G/L/1061, G/SCM/D100/1, G/TRIMS/D/39. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.
- WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em Canada: Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.
- WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em Canada: Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R e *Relatório do Painel em Canada: Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R, WT/DS142/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.
- WTO. *Relatório do Painel em Canada: Certain Measures Concerning Periodical*, WT/DS31/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.
- WTO. *Relatório do Painel em Canada: Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector; Canada: Measures Relating to the Feed-in Tariff Program*, WT/DS412/R, WT/DS426/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.
- WTO. *Relatório do Painel em Canada: Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain*, WT/DS276/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>.

Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em China: Measures Affecting Imports of Automobile Parts*, WT/DS339/AB/R, WT/DS340/AB/R, WT/DS342/AB/R e *Relatório do Painel em China: Measures Affecting Imports of Automobile Parts*, WT/DS339/R, WT/DS340/R, WT/DS342/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Painel em China: Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/R WT/DS395/R WT/DS398/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Painel em China: Measures Affecting Tradign Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Painel em Colombia: Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry*, WT/DS366/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em European Communities: Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Painel de Apelação em European Communities: Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, Complaint by Thailand, WT/DS286/R, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Painel em EEC: Regulation on Imports of Parts and Components*, L/6657, 37S/132. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Painel em Income Tax Practices Maintained by France*, L/4423-23S/114. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Painel em Índia: Measures Affecting the Automotive Sector*, WT/DS146/R, WT/DS175/R. Di-

ponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em Índia: Additional and Extra-Additional Duties on Imports from the United States*, WT/DS360/AB/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Painel em Indonésia: Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Painel em Japão: Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/RT, WT/DS10/R, WT/DS11/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em Japão: Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em Coreia: Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do GATT em Japão: Trade in Semi-Conductors*, L6309 -35S/116. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em Coreia: Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, Various Measures on Beef, WT/DS161/AB/R/WT/DS169/AB/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Painel em México: Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Painel em Income Tax Practices Maintained by the Netherlands*, L/4425-23S/137. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.



WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em Philippines: Taxes on Distilled Spirits*, WT/DS396/AB/R, WT/DS403/AB/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Painel em Thailand: Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, WT/DS371/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Painel em Turkey: Restrictions on Imports of Textiles and Clothing Products*, WT/DS34/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Painel em United States Tax Legislation (DISC), BISD 23S/98, 28S/114*. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em United States: Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”*, WT/DS108/AB/R e *Relatório do Painel em United States: Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”*, WT/DS108/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Painel em United States: Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft – Second Complaint*, WT/DS353/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Painel em United States: Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, DS23/R – 39S/206. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Painel em United States: Final Countervailing Duty Determination with respect to certain Softwood Lumber from Canada*, WT/DS257/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Painel em United States: Section 337 of the Tariff Act of 1930*, BISD 36S/345. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Painel em United States Measures Affecting the Importation, Internal Sale and Use of Tobacco*, BISD 41S/I/131. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Órgão de Apelação em United States: Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”*, WT/DS108/AB/RW e *Relatório do Painel em United States: Tax Treatment for “Foreign Sales Corporation”*, WT/DS108/RW. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WTO. *Relatório do Painel em United States: Subsidies on Upland Cotton*, WT/DS267/R. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**A era da humanidade:** reflexões  
para a história do direito  
internacional

**The age of humanity:** reflections  
for the history of international law

Henrique Weil Afonso



# A era da humanidade: reflexões para a história do direito internacional\*

## The age of humanity: reflections for the history of international law

Henrique Weil Afonso \*\*

### RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar controvérsias acerca da hipótese do colapso climático por causas antropogênicas mediante o auxílio de abordagens críticas da história do Direito Internacional. Para sua concretização, optou-se pelo estudo descritivo e analítico, por meio de pesquisa bibliográfica e documental. Nos últimos anos, o possível ingresso da humanidade em uma nova era geológica designada de Antropoceno recebe considerável atenção por parte de historiadores. A ideia segundo a qual, a partir da Revolução Industrial, a humanidade age em uma escala equivalente a uma força telúrica, vem repercutindo na seara historiográfica e torna-se uma temática de apelo global. Em primeiro lugar, porque o Antropoceno suscita problemas referentes à formação histórica da sociedade internacional. Empregando um viés anacrônico, o debate metodológico despertado pela literatura pós-colonial defende a pertinência de temas como colonialismo e imperialismo para a compreensão da agenda internacional do presente. Por essa razão, revela-se frutífera ferramenta analítica para a compreensão das formações discursivas do Antropoceno. Em segundo lugar, os efeitos estimados da atividade antropogênica têm o potencial de desestabilizar as condições de construção do saber histórico sobre os quais a teoria do Direito Internacional encontra sustentação, aspecto este que será problematizado à luz das limitações das interpretações contextualistas da história. Finalmente, o ideal de progresso que confere sentido a variadas formações históricas influentes no Direito Internacional poderá ser revisitado a partir da premissa segundo a qual, no Antropoceno, a teleologia histórica necessita coexistir com horizontes de expectativas menos favoráveis à realização das promessas da modernidade.

**Palavras-chave:** História do Direito Internacional. Anacronismo. Colapso climático. Antropoceno.

### ABSTRACT

The aim of this article is to analyse certain controversies that concerns climate collapse within a framework of critique influenced by recent methodological debates on the history of International Law. To accomplish the present research, the emphasis has been descriptive and analytical study mainly of literature and selected documents. In recent years, the probable beginning of a new geological era known as the Anthropocene has been re-

\* Recebido em 30/08/2016  
Aprovado em 22/10/2016

\*\* Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Bacharel em Direito pela UFJF. Mestre e Doutor em Direito pela PUC Minas. Atuou como Bolsista PNPd no Programa de Pós-graduação em Direito Agroambiental da UFMT no período 2014-2015. Contato: henriqueweil@hotmail.com



ceiving considerable attention from historians. The assumption that humanity's activities since the Industrial Revolution is equivalent to a telluric force ultimately resonates in historiographical theory and acquires a global appeal. First, it is argued that the Anthropocene holds troubling connections with the formation of international society. Through an anachronic lens, post-colonial literature's input on the history of International Law attracts attention as colonialism and imperialism rise as a problematic dimension of present concerns of international legal thought and institutions' agenda; in this sense, it is worth making use of these analytical tools to widen the understanding of discursive formations related with the Anthropocene. Second, the article draws upon the estimated that anthropogenic-related climate collapse may destabilize the conditions of the construction of historical knowledge over which international legal thought has been based. These aspects will be accessed by means of contextualist interpretations of history. Lastly, the article contemplates an estimation of the viability of progressive teleology of history and makes a case for the validity of expanding the horizons of expectations in order to account for less optimistic readings of the future of international modern society.

**Keywords:** History of International Law. Anachronism. Climate collapse. Anthropocene.

## 1. INTRODUÇÃO

“Realmente não existe impedimento físico algum para nos movermos dentro do cosmos. Portanto, eventualmente, isso irá acontecer, porque nós vamos continuar tentando. É uma urgência evolucionária, um imperativo biológico, algo como a própria reprodução”, segue a ponderação do moderador do debate dirigida ao convidado Badim, sobrevivente da nave espacial Aurora que retornara à Terra em 2.908 após uma missão de colonização interestelar. Badim, ao lado do amigo Aram e da filha Freya, expressara sua resoluta descrença na viabilidade do projeto de exploração espacial que tentava encontrar um planeta equivalente à Terra. “Existem muitos seres inteligentes aí fora, sem dúvidas, mas eles não podem deixar seus planetas mais do que nós podemos, porque a vida é uma expressão planetária, e *só pode sobreviver em seu planeta natal*”, contestara Badim.<sup>1</sup>

A ficção científica *Aurora*, de Kim Stanley Robinson, narra a saga épica de um grupo de pessoas em curso pelo espaço sideral a bordo da aeronave Aurora. Seu propósito: estabelecer uma colônia humana na estrela homônima, situada no sistema Tau Ceti, a uma distância de 11,9 anos-luz da Terra. Quando a viagem tem início (século XXVI), a humanidade já havia explorado os demais planetas do Sistema Solar, mas, conforme a fala do moderador, nada deveria impedir que a espécie humana alçasse voos mais distantes. Para ele, certa teleologia histórica estaria por motivar a expansão progressiva pelo Cosmos, enriquecendo a existência até então planetária da vida humana. Já para Badim, Aram e Freya, protagonistas da jornada que rumava à Aurora, a humanidade jamais encontrará outra casa que não a Terra: porque o ténue equilíbrio necessário para que a vida floresça é um evento precioso, de resolvida irrepetibilidade; a vida humana só é humana na Terra.

O enredo fornece pouquíssimas pistas acerca da vida na Terra neste futuro distante, mas imaginável. Em um dos únicos parágrafos dedicados à explicitação da situação terrestre, faz-se menção a um debate contemporâneo que muito recentemente começou a orbitar certos aspectos da teoria e da prática do Direito Internacional: a mudança climática. Na obra de Robinson, fala-se da mudança climática quando da ocasião da descrição de um novo trabalho característico do século XXX. A reconstrução das praias seria a atividade por meio da qual os sobreviventes de Aurora poderiam restabelecer a conexão com a Terra que apenas imaginavam conhecer. Sendo o conteúdo do trecho o seguinte:

Mas é claro que não existem praias. O nível do mar aumentou vinte e quatro metros entre os séculos vinte dois e vinte três da era comum por causa de processos que eles começaram no século vinte e um e que eles não puderam mais tarde reverter; e, neste aumento, todas as praias da Terra afogaram. Nada que eles fizeram para resfriar o clima terrestre foi suficiente para baixar o nível do mar; isso levará mais alguns milhares de anos. Sim, eles estão *terraformando* a Terra agora. Não há como evitar, haja vista o dano já foi causado. Nesta era comum de 2910, eles estão chamando isto um projeto de cinco mil anos. Alguns dizem que levará mais. Será uma corrida com os Marcianos, eles brincam. Mas por agora é um adeus às praias. Um mundo e um modo de vida inteiros desapareceram nestes lugares de que se conta em fábulas, um modo de vida que remonta ao início da espécie no sul e leste da África, onde os primeiros humanos frequentemente viviam envolvidos com o mar. Aquele modo de vida úmido,

1 ROBINSON, Kim Stanley. *Aurora*. Orbit: Londres, 2015. p. 428-

429. (Grifo nosso)

arenoso, ondular, salgado, tocado pelo mar: tudo se foi, junto com muito mais, é claro; animais, plantas, peixes. É parte do evento de extinção em massa que eles ainda lutam para que termine, para escapar. Tanto foi perdido que nunca mais retornará.<sup>2</sup>

O imaginado século XXX de Kim S. Robinson, nos termos das explicações, guardava problemáticas conexões com o presente século XXI. A despeito de a ciência ter tornado possível a viagem interestelar, esta foi incapaz de reverter os processos de mudança climática em definitivo curso no longínquo século XXI. Então, na futura Terra, a atividade de reconstrução das praias oportunizou a reinserção dos tripulantes humanos extraterrestres de Aurora. Em um trágico cenário para uma humanidade que viaja distâncias inconcebíveis para a tecnologia do século XXI e que coloniza corpos celestes – *terraformando-os*, ou dotando-os das condições necessárias para hospedar a vida humana, como os marcianos do trecho –, a sustentação da vida humana terrestre é constantemente inviabilizada pelos eventos do passado.

Tomando-se como inspiração essa fictícia conexão entre o passado e o futuro da humanidade, alguns dos elementos da passagem acima podem ser realçados a fim de justificar uma aproximação da história do direito com os debates correntes a respeito da mudança climática. Assim, as menções à elevação do nível do mar, à destruição da vida presente nos ecossistemas marinhos, à responsabilidade da humanidade no século XXI e as dificuldades – ou impossibilidade – de reversão do quadro climático integram o contexto temporal de um determinado futuro interestelar que guarda atrelamentos com o passado – ou, o nosso presente. Gaia faz-se, novamente, presente para a sociedade internacional.

Mais especificamente, e com apoio no historiador Reinhart Koselleck<sup>3</sup>, o *futuro passado* imaginado de Robinson tem início no tempo presente da sociedade internacional, seus modos de vida, sua atividade econômica e, para os fins deste estudo e pela dimensão da questão em foco, a disciplina e prática do Direito Internacional. O espaço de experiências da sociedade internacional do século XXI encena a confecção dos horizontes de expectativas sobre o percurso futuro, este apenas imaginado por Robinson, entretanto conectado às nossas percepções tanto do passado quanto do futuro.

Não é sem razão que o quadro de mudanças climáticas que vem se desenhando em pesquisas científicas de instituições como o IPCC<sup>4</sup> levanta problemas de variadas matrizes. Ultrapassando a rígida demarcação científica que tradicionalmente aloca às Ciências Naturais o estudo de temas como este, nas últimas duas décadas, as Ciências Sociais em geral e, de forma mais específica, a História, a Antropologia e a Filosofia, veem refletindo sobre questões de grande apelo para a sociedade internacional.

Para o Direito Internacional, é no fértil campo da História do Direito onde se depreendem alguns dos esforços de ampliação da compreensão da complexidade de relações do passado, da controvérsia crescente em torno da persistência de processos coloniais e imperiais e, não em desfecho, mas em apertada apresentação do amplo mosaico da ambiência histórica, as idealizações do futuro da sociedade internacional.

Em um ambiente de encantamento com a história da disciplina, no qual tanto os métodos quanto a práxis institucional estão contemplados, a complexidade da mudança climática pode proporcionar a desestabilização da solidez do passado, a problematização do contexto corrente de compreensão do problema e, não menos importante, a atenção para o tipo de horizonte futuro demarcado pela teoria e pelas instituições.

É nesta tríplice convergência que este estudo pretende inquirir sobre a dimensão histórica das mudanças climáticas no âmbito do Direito Internacional. Tome-se nota de que tanto a extensão quanto a complexidade da temática histórica desautorizam – e inviabilizam – estudos de pretensões genéricas. É necessária, neste mote, a composição de um recorte metodológico e a adoção de ferramentas teóricas apropriadas à complexidade em tela, uma vez que a profusão de interpretações referentes à mudança climática parece produzir certa resistência às tentativas de categorização que a própria designação *mudança climática* propriamente alude.

Este trabalho adotará a designação colapso climático no interesse de destacar as repercussões historiográficas de contextos históricos caracterizados pela incerteza e imprevisibilidade. Nestes termos, o problema enfrentado pode ser explicitado da seguinte maneira: *por quais vias a história do Direito Internacional pode ser problematizada*

2 ROBINSON, Kim Stanley. *Aurora*. Orbit: Londres. p. 436. (Tradução nossa).

3 KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*: contribuição à semântica dos tempos modernos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.

4 Painel Intergovernamental para Mudanças Climáticas, uma coletividade de cientista vinculada à ONU e que desde a década de 1990 realiza estudos periódicos sobre variados aspectos do tema.

*criticamente a partir da ascensão da complexa temática – provisoriamente – designada por colapso climático antropogênico?*

Espera-se investigar o referido problema a partir de três eixos analíticos interconectados. Primeiramente, dar-se-á ênfase à recepção do colapso climático nas disciplinas sociais, como a Antropologia, a História e o Direito. A polêmica de que a extensão do impacto da atividade antropogênica no ambiente global teria originado uma nova *era geológica* na história planetária – o Antropoceno que sucederia o Holoceno – faz sua chegada ao universo jurídico. Todavia, no que possivelmente encapsulam algumas das mais ricas contribuições para a interdisciplinar história do Direito, certas abordagens críticas que se pretendem atentas, por um lado, às hierarquias construídas historicamente e, por outro lado, à instabilidade da dicotomia história natural/ história humana, insistem na problemática do registro histórico e nas instáveis relações entre passado, presente e futuro despertadas pelo Antropoceno.

O segundo eixo compreende a delimitação da metodologia histórica jusinternacionalista. Ver-se-á, por meio do registro do Antropoceno, que a questão climática faculta o acesso ao passado da disciplina em um viés anacrônico e outro diacrônico. Aquele ladeia a crítica pós-colonial quando denuncia narrativas de exploração e de subalternização, e o faz por meio da rejeição do universalismo historicista em favor de uma pluralidade de histórias do Direito Internacional. Já este, em virtude da proximidade com o contextualismo da Escola de Cambridge<sup>5</sup>, investe no balizamento histórico como estratégia para descreditar interpretações históricas estranhas à linguagem, ideologias e valores peculiares a um dado momento e contexto específicos.

Finalmente, o Antropoceno, assim pode suceder, pode representar o tipo de acontecimento apto a desestabilizar ou romper contextos históricos. Adicionalmente, conecta-se com o passado da disciplina e projeta-se nos horizontes de seu futuro. A depender dos marcos temporais adotadas, leituras históricas diversas poderão suscitar profundas reformulações nos problemas juridicamente considerados. Contudo, se o fantasioso mundo de Robinson no Século XXX toma forma em pleno Antropoceno – em que seus protagonistas experimentam condições físicas radicalmente diversas das atuais –, e se o futuro então vivido, mesmo que numa distância

5 SKINNER, Quentin. Meaning and understanding in the history of ideas. *History and Theory*, Middletown, v. 8, n. 1, p. 3-53, 1969.

temporal de aproximadamente um milênio, desdobra-se tal qual os modelos de mudança climática projetados em nosso tempo, então caberia refletir sobre a ideia de futuro da sociedade internacional.

## 2. O ANTROPOCENO: A ERA DA HUMANIDADE E A DESESTABILIZAÇÃO DO CONHECIMENTO HISTÓRICO

Em uma recente coletânea de artigos que discutem variados aspectos do impacto do Antropoceno nas humanidades, os editores Clive Hamilton, Christophe Bonneuil e François Gemenne advertem para as dificuldades teóricas que começam a tocar áreas do conhecimento estranhas às Ciências Naturais. “O advento do Antropoceno”, escrevem os editores,

Desafia algumas barreiras estabelecidas entre natureza e cultura, entre clima e política, entre ciências naturais e ciências sociais e humanidades. O ponto aqui é mais profundo que uma chamada pela interdisciplinaridade em torno de objetos ‘sócio-ecológicos’ híbridos. A concepção de que o mundo natural onde sociologia, ciência política, história, direito, economia e filosofia descansaram por dois séculos – aquela [concepção] de que uma pronta reserva inerte de recursos, um impassível pano de fundo externo do drama das atividades humanas – é crescentemente difícil de defender. E em uma época em que ‘Gaia’ foi acordada novamente, as concepções exclusivamente sociais de autonomia, agência, liberdade e reflexividade, que foram os pilares da modernidade desde o século XIX, estão tremendo.<sup>6</sup>

A referência feita ao ‘advento do Antropoceno’ nas ciências humanas foi antecedida por um relativamente breve período de maturação nas Ciências Naturais. De fato, a repercussão da teoria do Antropoceno esteve, em um primeiro momento, restrita ao universo da Geologia e das ciências naturais. No ano 2000, ganha repercussão no meio científico a formulação de Paul Crutzen e Eugene Stoermer a respeito da provável entrada da humanidade em uma nova era geológica que viria a suceder a atual era do Holoceno. Empreendendo um detalhado exame da escala e alcance da atividade humana no planeta desde o marco da Revolução Industrial (meados do século XVIII), o referido autor concluiu que, diante

6 HAMILTON, Clive; BONNEUIL, Christophe; GEMENNE, François. Thinking the anthropocene. In: HAMILTON, Clive; BONNEUIL, Christophe; GEMENNE, François (Eds.). *The anthropocene and the global environmental crisis: rethinking modernity in a new epoch*. New York: Routledge, 2015. p. 5. (tradução nossa).



das evidências das ações antropogênicas – aqui simbolicamente representada pelo aumento sem precedentes na emissão de gases de efeito estufa nos últimos dois séculos e meio<sup>7</sup> –, seria mais apropriado “[...] enfatizar o papel central da humanidade na geologia e ecologia propondo o uso do termo ‘antropoceno’ para a corrente época geológica.”<sup>8</sup>

O Antropoceno consistiria, neste apanhado inicial, no reconhecimento de que a humanidade compõe uma força geológica – uma força telúrica, equivalente, por exemplo, ao deslocamento de placas tectônicas ou máfias erupções vulcânicas – cujos impactos serão sentidos não somente no curto prazo, mas sim por milênios por vir.

A demarcação da gênese desta era geológica – tema este cuja controvérsia repercute ao longo deste trabalho – aponta para a Revolução Industrial em meados do século XVIII, momento marcante na história da humanidade na medida em que representa o começo do uso em larga escala de combustíveis fósseis para a geração da energia requisitada pela expansão da atividade antropogênica.<sup>9</sup> Evento simbólico, a criação da máquina a vapor

em 1784 por James Watts inauguraria uma nova etapa da relação entre a humanidade e a natureza.<sup>10</sup>

Consoante o mais recente relatório do *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC), o final de nosso presente século XXI testemunhará um incremento entre 1,1 e 6,4 graus Celsius na temperatura média global.<sup>11</sup> O documento dispõe que a “influência humana no sistema climático é clara, e recentes emissões antropogênicas de gases efeito estufa são as mais altas na história”, e aponta como causa principal a “concentração atmosférica de dióxido de carbono, metano e óxido nitroso [que são] sem precedentes pelo menos nos últimos 800 mil anos.”<sup>12</sup> Finalmente, note-se que o referido relatório corrobora as projeções inauguradas do primeiro relatório do IPCC, datado de 1990.<sup>13</sup> A esse respeito, observa-se adicionalmente um aumento no teto para a maior temperatura esperada – em 1990 a projeção era de 4,5 graus Celsius<sup>14</sup>, enquanto, no documento de 2014, esse valor subiu para 6,4 graus Celsius.

É nesse cenário que, de forma paulatina, opera-se uma ampliação dos intérpretes do Antropoceno. Em relação aos temas-quadro, convencionalmente associados

7 Crutzen et al utilizaram os seguintes referenciais: “Nós utilizamos o dióxido de carbono atmosférico como um único, simples indicador para rastrear a progressão do antropoceno. De um valor pré-industrial de 270-285 ppm, o dióxido de carbono atmosférico cresceu para cerca de 310 ppm na década de 1950. Desde então a humanidade vem experimentando uma notável explosão, a Grande Aceleração, com consequências significativas para o funcionamento do Sistema Terra. A concentração de CO<sub>2</sub> atmosférico aumentou de 310 para 380 ppm desde 1950, com cerca de metade do aumento total desde a era pré-industrial ocorrendo em apenas nos últimos 30 anos.” (CRUTZEN, Paul; STEFFEN, Will; MCNEILL, John. The anthropocene: are humans now overwhelming the great forces of nature? *Ambio*, Estocolmo, v. 36, n. 8, p. 614-621, 2007. p. 614.) (tradução nossa).

8 CRUTZEN, Paul; STOERMER, Eugene. The “anthropocene”. *Global Change Newsletter*, n. 41, p. 17-18, 2000. p. 17. (Tradução nossa)

9 A associação entre o diagnóstico do Antropoceno e as discussões globais sobre a mudança climática veio a pautar estudos posteriores. Nestes, são evidentes tanto elaborações nas proposições seminais quanto delineamentos das propostas de mitigação dos efeitos climáticos deletérios característicos desta nova era geológica. Desse modo, Crutzen e colaboradores procederam à identificação de três possíveis estágios do Antropoceno. Segue, assim, que o primeiro estágio situa-se entre o final do século XIX e meados do século XX, e foi caracterizado por enorme expansão no uso de combustíveis fósseis como carvão, gás natural e petróleo como desdobramentos das modificações científicas introduzidas na Revolução Industrial. Nesse estágio, observa-se substancial incremento atmosférico de óxido nitroso e dióxido de carbono. Inscrito no período 1945-2015, o segundo estágio é marcado, de um lado, pelo aumento da população humana (que mais que dobrou) e, por outro lado, por uma constatação que não encontra precedentes na história registrada: as

atividades humanas das últimas seis décadas foram responsáveis por 75% do incremento histórico nas emissões de dióxido de carbono. Crutzen e colaboradores denominam esse período *grande aceleração* em vista da velocidade e projeção global da atividade transformativa e exploratória do sistema Terra além do poder destrutivo do labor econômico globalizado. Iniciado em 2015, o particular apelo que o terceiro estágio desperta deve-se ao elevado grau de incerteza da escala e das consequências futuras. O uso do termo *incerteza* aduz um frágil quadro de prognose mediante o auxílio da técnica. (CRUTZEN, Paul; STEFFEN, Will; MCNEILL, John. The anthropocene: are humans now overwhelming the great forces of nature? *Ambio*, Estocolmo, v. 36, n. 8, p. 614-621, 2007.)

10 CRUTZEN, Paul; STOERMER, Eugene. The “anthropocene”. *Global Change Newsletter*, n. 41, p. 17-18, 2000.

11 ALLEN, Myles et al. *Climate change 2014 synthesis report*. Approved summary for policymakers. International governmental synthesis report. Fifth assessment synthesis report. 2014. Disponível em: <<http://www.ipcc.ch/report/ar5/wg2/>>. Acesso em: 03 dez. 2015.

12 ALLEN, Myles et al. *Climate change 2014 synthesis report*. Approved summary for policymakers. International governmental synthesis report. Fifth assessment synthesis report. 2014. Disponível em: <<http://www.ipcc.ch/report/ar5/wg2/>>. Acesso em: 03 dez. 2015. p. 3-4. (Tradução nossa)

13 INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *IPCC Overview*. 1990. Disponível em: <[http://www.ipcc.ch/publications\\_and\\_data/publications\\_and\\_data\\_reports.shtml#1](http://www.ipcc.ch/publications_and_data/publications_and_data_reports.shtml#1)>. Acesso: 03 dez. 2015. p. 52.

14 INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *IPCC Overview*. 1990. Disponível em: <[http://www.ipcc.ch/publications\\_and\\_data/publications\\_and\\_data\\_reports.shtml#1](http://www.ipcc.ch/publications_and_data/publications_and_data_reports.shtml#1)>. Acesso em: 03 dez. 2015. p. 52.

com o Antropoceno, compete mencionar, dentre outros, a (cada vez mais realista) perspectiva de um futuro incerto e em escalas desconhecidas para as gerações porvir<sup>15</sup>, as transformações nas relações entre os seres humanos e o ambiente, os esforços teóricos e institucionais de remediação dos impactos climáticos, o descompasso entre as vias de cooperação internacional e a aceleração dos impactos climáticos para além-fronteiras, a identificação das origens da *era* geológica, e, finalmente, a desigualdade estrutural global que geraria variados níveis de participação e vulnerabilidade face aos efeitos climáticos.<sup>16</sup>

A assimetria geográfica e sociopolítica dos impactos climáticos, em seu turno, vem sendo investigada a partir da explicitação dos possíveis reveses do tecnicismo das práticas de gerenciamento ambiental. É possível identificar a insistência em modelos e políticas regulatórias sustentadas na expectativa de mudanças ambientais em resposta ao quadro climático. Todavia, diante da ascensão da vulnerabilidade resultante da escala de ingerência humana, questiona-se se tais posturas respondem de forma adequada às exigências desse novo momento geológico.<sup>17</sup>

Foi, sobretudo, o artigo *The Climate of History: Four Theses* do historiador indiano Dipesh Chakrabarty, aquele que pode ser considerado o marco da chegada do Antropoceno às humanidades. Importante pensador pós-colonial cuja obra influenciou recentes debates historiográficos no Direito Internacional<sup>18</sup>, neste trabalho Chakrabarty postula um conjunto de teses que desafiam o estado da arte nas humanidades em geral. Convém explorar ao menos duas destas teses em razão das possíveis conexões com certas problemáticas historiográficas que tocam o Direito Internacional.

15 MARQUES, Clarissa. When the future becomes the present of the environmental crisis: the jurisprudence of the brazilian supreme court and the future dimension of the right to the environment. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 704-728, 2016.

16 Veja-se a recente coletânea dos editores HAMILTON, Clive; BONNEUIL, Christophe; GEMENNE, François (Eds.). *The anthropocene and the global environmental crisis: rethinking modernity in a new epoch*. New York: Routledge, 2015.

17 KIRSCH, Heitor Marcos; FILIPPI, Eduardo Ernesto. A dimensão ambiental do desenvolvimento: implicações para além do seu gerenciamento técnico-administrativo em um contexto de mudança climática. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 3, 2012, p. 29-44.

18 Conferir o estudo de KOSKENNIEMI, Martti. Histories of international law: dealing with eurocentrism. *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, v. 19, 2011, p. 176.

Em primeiro lugar, tem-se que “as explicações antropogênicas sobre a mudança climática lançam o colapso da tradicional distinção humanista entre história natural e história humana.”<sup>19</sup> Em segundo lugar, avança a proposição de que “a ideia de que o Antropoceno, esta nova Era Geológica quando humanos existem como uma força geológica, qualificam severamente as histórias da modernidade/globalização.”<sup>20</sup> Compete examinar cada uma destas proposições.

## 2.1. Antropoceno e história: primeiras impressões

No entendimento de Chakrabarty, a separação entre história humana e história natural entraria em colapso com o advento do Antropoceno. Sendo uma das características do pensamento histórico moderno – a consagração de modelos teóricos pautados pela separação entre a história humana e a história natural –, pode-se concebê-la como o reflexo racionalista-Iluminista Oitocentista de exaltação do humano que é potencialmente o mesmo em todo lugar.<sup>21</sup>

Por exemplo, na filosofia da história de Joseph Herder, a orientação teleológica da história – informada pela crença no progresso da razão humana enquanto força motriz e sentido histórico – faz-se presente na distinção entre a natureza e o homem. Uma vez que a especificidade de cada ambiente acrescerá um teor determinista ao grau de realização da justiça e da razão entre os povos, a natureza revela-se, sobretudo a partir da separação da esfera humana, como um obstáculo a ser superado. À história caberia o propósito de realizar “[...] nosso pequeno lugar tranquilo no grande sistema em que a razão e o bem, lutando embora com forças selvagens, criam todavia ordem a partir de sua natureza e permanecem no caminho da vitória.”<sup>22</sup>

Contornos filosóficos mais rígidos estão presentes na obra de historiadores como Robin Collingwood. Ao enaltecer a primazia do saber humano racional enquan-

19 CHAKRABARTY, Dipesh. The climate of history: four theses. *Critical Inquiry*, Chicago, v. 35, n. 2, 2009. p. 201. (Tradução nossa)

20 CHAKRABARTY, Dipesh. The climate of history: four theses. *Critical Inquiry*, Chicago, v. 35, n. 2, 2009. p. 207. (Tradução nossa)

21 CHAKRABARTY, Dipesh. Postcolonial studies and the challenge of climate change. *New Literary History*, Baltimore, v. 43, n. 1, p. 1-18, 2012.

22 HERDER, Johann Gottfried. Ideias para a Filosofia da História da Humanidade. In: GARDINER, Patrick. *Teorias da história*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 59.

to componente da instrumentalização do ambiente e dos (não)saberes alijados dos processos modernos, para Collingwood a tarefa do historiador é sensivelmente diversa daquela do cientista natural. Enquanto o primeiro se vale do pensamento a fim de reconstruir a experiência passada, este último ocupa-se da identificação de leis naturais aptas a explicar determinado evento. Isto implica que os processos naturais são *intrinsecamente distintos* e não se inserem nas veredas do conhecimento histórico contemplado pelo historiador. Consoante expõe, “não pode existir história acerca daquilo que não é experiência [...] não há, portanto, nem pode haver, história da natureza, quer enquanto percebida quer enquanto pensada pelo cientista.”<sup>23</sup>

Na primeira e fundante proposição de Chakrabarty, o Antropoceno irradiaria variados graus de instabilidade na direção das interações da vida humana com o ambiente. Não é sem razão, portanto, que cientistas como Crutzen e Stoermer propõem abordar o tema-quadro mediante a adoção do entendimento de que a humanidade existe e atua tal qual uma força geológica, e não somente como agentes biológicos individuais.

A razão jaz no porque da denominação força geológica: em nossa capacidade de agir coletivamente e historicamente, quando nos tornarmos numerosos e inventamos tecnologia “em uma escala suficientemente grande para impactar o planeta em si.”<sup>24</sup>

Para Chakrabarty, o Antropoceno impacta o universo dos historiadores quando estes se deparam com o questionamento da possibilidade da existência de uma história humana diferenciada da história natural; por isso, o colapso dessa separação desestabiliza a possibilidade conceitual de uma história humana. É nesse preciso sentido que Isabelle Stengers interpreta a intrusão de Gaia como o “susceptível agenciamento de forças indiferentes aos nossos pensamentos e aos nossos projetos”, que se faz transcendência, portanto apartada da história humana.<sup>25</sup>

Ademais, a extensão das projeções sobre as consequências das mudanças climáticas antropogênicas está situada em um estrato temporal que é estranho às con-

cepções epistemológicas que conformam a existência humana na Modernidade. A esse respeito assinalaram Paul Crutzen e colaboradores que “impacto das atividades humanas correntes é projetado para incidir sobre longos períodos”, e que, “devido às emissões antropogênicas antigas e futuras de CO<sub>2</sub>, o clima poderá se distanciar significativamente de seu comportamento natural pelos próximos 50.000 anos.”<sup>26</sup>

A referência a escalas temporais de tamanha vastidão, nas quais as atividades humanas desde a Revolução Industrial potencialmente atingirão a realidade das futuras sociedades, levou Chakrabarty a intuir que “a corrente crise [climática] pode precipitar um senso do presente que desconecta o futuro do passado ao situar tal futuro além do alcance da sensibilidade histórica.”<sup>27</sup> Não é de se estranhar, portanto, que pensadores como Bruno Latour<sup>28</sup> e Isabelle Stengers<sup>29</sup> propõem refletir sobre o Antropoceno a partir da aceitação da fusão do humano e natureza que cria seres híbridos, pós-naturais, produtos de uma já realidade transhumanista que se prestam a libertar a existência dos condicionamentos da nova era. Ou, ainda, numa proposta narrativa catastrofista da Era do Antropoceno, encenar-se-ia a gradual conformidade à realidade inescapável do declínio das condições existenciais, cenário distópico da humanidade de “devorada pela Terra que ela traiu.”<sup>30</sup>

A segunda tese de Chakrabarty pode ser entendida tanto como um desdobramento quanto como um ponto de desestabilização do esforço de conceber a humanidade enquanto força telúrica ou geológica. Em análise, a narrativa histórico-progressista da associação entre

26 CRUTZEN, Paul; STEFFEN, Will; MCNEILL, John. The anthropocene: are humans now overwhelming the great forces of nature? *Ambio*, Estocolmo, v. 36, n. 8, p. 614-621, 2007. p. 615. (Tradução nossa)

27 CHAKRABARTY, Dipesh. The climate of history: four theses. *Critical Inquiry*, Chicago, v. 35, n. 2, 2009. p. 197. (Tradução nossa)

28 LATOUR, Bruno. Telling friends from foes in the time of the Anthropocene. In: HAMILTON, Clive; BONNEUIL, Christophe; GEMENNE, François (Eds.). *The anthropocene and the global environmental crisis: rethinking modernity in a new epoch*. New York: Routledge, 2015. p. 145-155.

29 STENGERS, Isabelle. Accepting the reality of Gaia: a fundamental shift? In: HAMILTON, Clive; BONNEUIL, Christophe; GEMENNE, François (Eds.). *The anthropocene and the global environmental crisis: rethinking modernity in a new epoch*. New York: Routledge, 2015. p. 134-144.

30 BONNEUIL, Christophe. The geological turn: narratives of the anthropocene. In: HAMILTON, Clive; BONNEUIL, Christophe; GEMENNE, François (Eds.). *The anthropocene and the global environmental crisis: rethinking modernity in a new epoch*. New York: Routledge, 2015. , p. 17-31.

23 COLLINGWOOD, Robin George. A história como re-presentation da experiência passada. In: GARDINER, Patrick. *Teorias da História*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 312.

24 CHAKRABARTY, Dipesh. The climate of history: four theses. *Critical Inquiry*, Chicago, v. 35, n. 2, 2009. p. 207. (Tradução nossa).

25 STENGERS, Isabelle. *No tempo das catástrofes: resistir à barbárie que se aproxima*. São Paulo: Cosac Naify, 2015. p. 41.



o ideal moderno de liberdade e a dependência da base energética fóssil para o desenvolvimento da mesma, no transcurso dos últimos duzentos anos, poderia esbarrar, no Antropoceno, numa contradição essencial: a realização dos potenciais emancipatórios da humanidade é dependente do tipo de relação que a mesma humanidade empreende no ambiente que habita e onde se realiza.

A questão central é que tal correlação, paradoxalmente, pode ser a causadora do atual quadro climático. Somente as consequências do quadro climático para os humanos são capazes de explicar, sugere Chakrabarty, “os humanos como uma forma de vida e olhar a história humana como parte da história da vida neste planeta”<sup>31</sup>, ou seja, o Antropoceno diz respeito ao deslocamento histórico que a espécie humana vem levando a cabo desde a Revolução Industrial.

A sugestão de tratar a humanidade como *espécie* ilustra a dificuldade da tarefa de situar historicamente o colapso climático. No cerne da dificuldade reside a necessidade de “aproximar formações intelectuais que estão um tanto quanto em tensão umas com as outras: o planetário e o global, a história profunda e a história registrada, o pensamento da espécie e as críticas do capital.”<sup>32</sup> Tais aproximações parecem situar-se em planos temporais estranhos daqueles concebidos por nossas instituições políticas e nossa ideia de Modernidade. A esse tipo de instabilidade teórica Chakrabarty irá se referir por “condições paramétricas que resistem independentemente de nossas escolhas políticas”<sup>33</sup>; dito por outros termos, as consequências das ações humanas orbitam escalas geográficas e estratos temporais imprevisíveis.

No âmbito da equivalência da humanidade com a *espécie*, não há de se perder de vista um desdobramento relevante para a historiografia: a perspectiva de uma história universal subsumida pela ascensão da categoria *espécie* humana como força geológica e diante da qual “não existem botes salva-vidas para os ricos e privilegiados.”<sup>34</sup> Consoante análise infra, no tocante à história do Direito Internacional, certos empreendimentos historiográficos

estabelecem pautas críticas às linhas evolutivas e progressistas de instituições e normas, advogando por agendas de reforma e resistência.<sup>35</sup> Diferentemente, tal qual Chakrabarty sugere, o Antropoceno acena para uma inerente dimensão universal comum às historiografias pós-coloniais ou subalternas.

Em todo caso, o emprego do termo *espécie* por Chakrabarty não permanece isento de ponderações. Enquanto este, ao longo da argumentação pretendida, abrange toda a humanidade em um novo projeto comum, teóricos como Andreas Malm e Alf Hornborg sublinham o que classificam como excessiva e forçosa inclusão de todo um espectro de relações sociais e culturais que caracterizam as inúmeras formas de existência humana. Assim, os termos *espécie* ou *humanidade*, tratados de maneira irrefletida e abrangente, ultimamente conotam um projeto:

Transhistórico [...] para explicar uma ordem qualitativamente nova na história” que, em seu turno, pressupõe “a visão mundo das economias modernas [...] que sistematicamente obscurece as trocas assimétricas de recursos biofísicos do qual a industrialização é dependente.”<sup>36</sup>

A nota dissonante de Malm e Hornborg fundamenta a acusação de que os referidos termos importam uma carga de abstração e generalidade que afastaria a análise da politização do Antropoceno. Essa operação discursiva estaria cega às desigualdades globais desde estágios anteriores do capitalismo financeiro: desde 1850, os países capitalistas do Norte foram responsáveis pela emissão de 72,7% do dióxido de carbono atmosférico, apesar de representarem 18,8% da população mundial; por outro lado, 45% da população mundial emitiram 7% do total desse gás-estufa; em termos de variações per capita das emissões, o cidadão médio dos EUA atende por 500 vezes mais emissões que o cidadão médio da Etiópia, Chade, Afeganistão, Mali, Camboja ou Burundi.<sup>37</sup>

31 CHAKRABARTY, Dipesh. The climate of history: four theses. *Critical Inquiry*, Chicago, v. 35, n. 2, 2009. p. 213. (Tradução nossa)

32 CHAKRABARTY, Dipesh. The climate of history: four theses. *Critical Inquiry*, Chicago, v. 35, n. 2, 2009. p. 213. (Tradução nossa)

33 CHAKRABARTY, Dipesh. The climate of history: four theses. *Critical Inquiry*, Chicago, v. 35, n. 2, 2009. p. 219.

34 CHAKRABARTY, Dipesh. The climate of history: four theses. *Critical Inquiry*, Chicago, v. 35, n. 2, 2009. p. 221.

35 OKAFOR, Obiora Chinedu. Newness, imperialism and international legal reform in Our time: a TWAIL perspective. *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 43, n. 1, p. 171-191, 2005; AL ATTAR, Mohsen; MILLER, Rosalie. Towards an emancipatory international law: the bolivarian reconstruction. *Third World Quarterly*, Abingdon, v. 31, n. 3, p. 347-363, 2010.

36 MALM, Andreas; HORNBERG, Alf. The geology of mankind? A critique of the Anthropocene narrative. *The Anthropocene Review*, v. 1, n. 1, 2014, p. 64.

37 ROBERTS, J. Timmons; PARKS, Bradley C. *A Climate of injustice: global inequality, north-south politics, and climate policy*. Cambridge: The MIT Press, 2007. p. 144-149. A título exemplificativo, o cidadão médio do EUA emite o total de dióxido de carbono equivalente a 90 cidadãos de Guiné Bissau, 34 cidadãos congolezes, 14 cidadãos

A realidade e as desigualdades da sociedade internacional, insistem Malm e Hornborg, foram deixadas de lado quando Chakrabarty defendeu a preponderância da categoria *espécie* como força geológica. Se, consoante argumentam, “as vulnerabilidades diferenciadas em todas as escalas da sociedade humana” são obscurecidas por esta narrativa do Antropoceno, é tarefa das humanidades desconstruir o teor abrangente do discurso:

à medida que oclui as origens históricas do aquecimento global e afunda a economia fóssil em condições inalteráveis, ‘o Antropoceno’ é uma ideologia mais por descuido do que por intento, mais o produto da dominação da ciência natural no campo da mudança climática e, talvez, o enfraquecimento generalizado das abordagens críticas e estreitamento dos horizontes políticos no mundo pós-1989 do que algum apologismo malicioso. Ele não é necessariamente menos prejudicial por isso. Ele é um dentre vários alicerces teóricos que são não apenas analiticamente defectivos, mas também hostil à ação.<sup>38</sup>

Portanto, em relação às apreensões iniciais sobre a recepção do Antropoceno nas humanidades, destacam-se como relevantes para a investigação em curso – qual seja, sua aproximação com a historiografia do Direito Internacional – dois aspectos. O primeiro consiste na proposição de um novo momento, *era*, ou evento, apto a desencadear níveis de ruptura com o passado com o condão de inovar o entendimento histórico. Viu-se que a narrativa do Antropoceno é ancorada nas transformações impulsionadas pela Revolução Industrial; contudo, assim espera-se refletir, outras narrativas são não apenas possíveis, como, também, necessárias, à compreensão das variadas dimensões desse problema.

O segundo ponto diz respeito à vocação englobante do termo *espécie*. Esta repercute no saber histórico porquanto designa uma determinada condição universal que produziria a convergência de distintos tempos e narrativas. Nesse particular, a dimensão política do labor histórico responderia pela crítica à neutralidade ideológica já denunciada por Malm e Hornborg.

O cenário dessa oposição de perspectivas sobre o Antropoceno recebe influências do passado anacroni-

camente pensado, e, também, no que poderia ser considerado em esforço de percepção das limitações do pensamento histórico, procura estabelecer as balizas do conhecimento em determinado contexto. É neste universo que os desígnios teleológicos da história do Direito Internacional almejam compor o horizonte histórico do mesmo.

### 3. HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL: ANACRONISMO E CONTEXTUALISMO SOB AS CONDICIONALIDADES DO ANTROPOCENO

Nas últimas duas décadas, tornou-se frequente a referência ao ressurgimento do interesse pela história do Direito Internacional.<sup>39</sup> As razões dessa guinada para a história, sugere Martti Koskenniemi, em parte se explicam pela descrença nas narrativas de progresso que nutriram as instituições e normas internacionais, que se proliferam e têm seu escopo de atuação ampliado, a partir da década de 1990. Conflitos religiosos e sociais, em geral acompanhados por violência doméstica e internacional, impuseram freios ao esperado triunfo do espírito liberal desse mesmo período, irresolução a partir da qual deriva um “desapontamento que reflete na plausibilidade das narrativas herdadas.”<sup>40</sup> Por outro lado, por meio do exame da história da disciplina, novas perspectivas para os problemas do presente poderiam iluminar os rumos da sociedade internacional. Nesse caso, o recurso ao passado busca ampliar o espaço de interpretações possíveis que, segundo George Galindo, incorporam uma atitude crítica conduzente a “uma multiplicidade de significados que muitas vezes convivem em um mesmo tempo histórico.”<sup>41</sup>

A riqueza de abordagens históricas não apenas reforça a viabilidade desta tocada, como também cria as

39 Ver, por todos, KOSKENNIEMI, Martti. Histories of international law: dealing with eurocentrism. *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, v. 19, p. 152-176, 2011; GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 339-354, 2015.

40 KOSKENNIEMI, Martti. Histories of international law: significance and problems for a critical view. *Temple International and Comparative Law Journal*, Philadelphia, v. 27, n. 2, 2013, p. 216. (Tradução nossa)

41 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, 2015, p. 343.

colombianos e 10 cidadãos brasileiros. Note-se que, em relação aos países de maior renda per capita e mais elevado produto interno bruto, o cidadão médio dos EUA se equivalem a no máximo 3 cidadãos da França, Alemanha, Japão, Itália, Espanha e Rússia.

38 MALM, Andreas; HORNBORG, Alf. The geology of mankind? a critique of the anthropocene narrative. *The Anthropocene Review*, Liverpool, v. 1, n. 1, 2014. p. 67. (Tradução nossa)

condições para a proposição de novos eixos analíticos. Tal é o caso da recente ênfase no método histórico jusinternacionalista. Aqui interessam as análises a respeito do vasto legado historicista enraizado na disciplina desde o século XIX. Em sua extensa influência na composição da narrativa convencional da disciplina, o historicismo enfatiza o papel do Direito Internacional nas trilhas da evolução dos institutos jurídicos lado a lado com a sociedade internacional.<sup>42</sup> Por esse mesmo diapasão, envereda-se o jurista na busca por verdades no passado da disciplina com a finalidade de identificar ou acrescer autoridade essencial para o argumento jurídico.<sup>43</sup>

Ilustrativo desse ponto, Leo Gross escreve em 1948 sobre o “memorável lugar atribuído a ele [Westphalia] na evolução das relações internacionais.”<sup>44</sup> No curso das referências ao registro de três séculos desde que os Tratados de Westphalia sedimentaram as bases jurídicas cuja maturação atravessaria o século XIX e culminaria na codificação da Carta da ONU, o trabalho de Gross desenha linhas progressistas de institutos – no caso, a igualdade soberana e a ideia de vinculação de condutas a normas gerais – resguardados indispensáveis para que o Direito Internacional viesse a ser “interpretado como um direito de uma comunidade internacional constituindo uma ordem legal para os Estados existentes.”<sup>45</sup>

Segundo David Kennedy, ao reduzir a atividade do historiador do direito à investigação da procedência de regras ou institutos, o saber histórico – do tipo proposto pelo historicismo – tende a reforçar a imagem de uma disciplina imaculada, desprovida de contradições, que se renova para fazer-se apta a regular juridicamente a sociedade internacional.<sup>46</sup> Tal qual enfatizara Leo Gross, Westphalia sedimenta um permanente marco na narrativa que realça o distanciamento da religião e

da *raison d'état* para a realização da razão universal em meio a garantias formais de igualdade soberana e estabilidade sistêmica. Já no século XX, escreve Kennedy, o progresso é viabilizado pela renovação desta narrativa, desta vez sob a égide de instituições flexíveis de governança que introduzem técnicas de manejo consideradas indispensáveis para a nova realidade globalizada.

Em tempo, o que Kennedy observa é que a complexidade do registro histórico tende a ser reduzida quando se adota, acrítica e irrefletidamente, leituras canônicas do passado da disciplina. A leitura histórica de Leo Gross é exemplar do tipo de métrica linear, progressista e evolucionista característica do historicismo, e que será revisitada por nichos de pensamento histórico de variadas estirpes.

Compete ater-se à discussão metodológica pertinente a uma vertente historiográfica de importante repercussão no Direito Internacional: a historiografia pós-colonial. A atitude crítica empregada por pós-colonialistas como Antony Anghie<sup>47</sup> ou Balakrishnan Rajagopal<sup>48</sup> virá a incidir em, pelo menos, duas posturas metodológicas relativas à percepção da história através do tempo e que impactam na maneira como o Direito Internacional é entendido. Por essa razão, procurar-se-á contrapor entendimentos anacrônicos da história do Direito Internacional às reflexões metodológicas inspiradas na metodologia contextualista, consoante registra a denominada Escola de Cambridge e um de seus maiores expoentes, Quentin Skinner.<sup>49</sup>

No entanto, é preciso perceber que o referido diálogo almeja identificar os alicerces para a reflexão do tema central ora perseguido, qual seja, a ascensão do Antropoceno como referencial à crítica historiográfica aplicada no Direito Internacional.

### 3.1. O passado e seus sentidos para o direito internacional

Antony Anghie e Balakrishnan Rajagopal figuram na historiografia do Direito Internacional na condição de representantes de uma coletividade denominada

42 OPPENHEIM, Lassa. The science of international law: its task and method. *American Journal of International Law*, Washington, v. 2, n. 2, p. 313-356, 1908.

43 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 339-354, 2015.

44 GROSS, Leo. The Peace of Westphalia, 1648-1948. *American Journal of International Law*, Washington, v. 42, n. 1, 1948. p. 26. (Tradução nossa)

45 GROSS, Leo. The Peace of Westphalia, 1648-1948. *American Journal of International Law*, Washington, v. 42, n. 1, 1948. p. 40. (Tradução nossa)

46 KENNEDY, David. The disciplines of international law and policy. *Leiden Journal of International Law*, Leiden, v. 12, n. 1, p. 9-133, 1999.

47 ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

48 RAJAGOPAL, Balakrishnan. *International law from below: development, social movements and third world resistance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

49 SKINNER, Quentin. Meaning and understanding in the history of ideas. *History and Theory*, Middletown, v. 8, n. 1, p. 3-53, 1969.



TWAIL (*Third World Approaches to International Law*). O projeto de TWAIL sustenta-se na premissa segundo a qual as experiências de opressão, subdesenvolvimento e violência sentidas pelos povos subalternizados do *Terceiro Mundo* não podem ser dissociadas do aparato normativo e institucional do Direito Internacional. Uma elaborada enunciação desta premissa fundacional foi lavrada por Makau Mutua:

O Terceiro Mundo é mais verdadeiramente uma corrente de experiências históricas similares que corta virtualmente todas as sociedades não-Europeias e que deram origem a uma voz particular, uma forma de conscientização intelectual e política. O termo *Terceiro Mundo* é diferente de *menos desenvolvido*, *suscetível a crises*, *em processo de industrialização*, *em desenvolvimento*, *subdesenvolvido* ou *do Sul* porque ele corretamente captura a dialética oposicional entre o Europeu e o não-Europeu, e identifica a pilhagem do segundo pelo primeiro. Ele [o termo] situa o estado de crise do mundo na ordem global que o Ocidente criou e dominou. [...] o termo é historicizado como parte de um paradigma estratégico de resistência e libertação.<sup>50</sup>

Para TWAIL, o Direito Internacional é percebido como o produto de uma longa história de trocas assimétricas envolvendo os povos subalternizados – o Terceiro Mundo tal qual conceituado por Mutua – e os povos do centro do sistema-mundo. Além de um projeto político de transformação da realidade internacional abrangendo uma multiplicidade de sujeitos e perspectivas<sup>51</sup>, sua justificativa passa pelo esforço de entendimento de que TWAIL pode também ser compreendido em termos de crítica histórica. A esse respeito, atente-se para os elementos historiográficos de duas importantes obras, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, de Antony Anghie, e *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Strategy*, de Balakrishnan Rajagopal.

50 MUTUA, Makau. *What is TWAIL?* proceedings of the 94th annual meeting of the american society of international law. 2000. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=1533471>>. Acesso em: 05 abr. 2012. (Tradução nossa. Destaques no original).

51 Conferir a proposta de reconstrução do Direito da Integração inspirada em TWAIL, com foco no contexto das Américas: AL ATTAR, Mohsen; MILLER, Rosalie. Towards an emancipatory international law: the bolivarian reconstruction. *Third World Quarterly*, Abingdon, v. 31, n. 3, p. 347-363, 2010. Já para uma análise do potencial emancipatório de TWAIL no âmbito do reconhecimento da diversidade dos povos originários latino-americanos, conferir o estudo de FRANCO, Fernanda Cristina de Oliveira. Oportunidades e desafios das TWAIL no contexto latino-americano a partir das perspectivas dos povos indígenas ao direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 226-244, 2015.

No caso de Anghie, o Direito Internacional encontra suas origens modernas nas proposições jurídicas do Dominicano Francisco de Vitoria.<sup>52</sup> As assimetrias do encontro colonial foram legitimadas pela amplitude e generalidade do *jus gentium* de Vitoria. Anghie sugere que o teor universalizante do *jus gentium* inclui os povos originários Americanos apenas na condição de receptáculos das tradições Europeias. A operação eurocêntrica de criação do Direito das Gentes deu-se às expensas das alteridades dos povos originários: os institutos jurídicos aplicáveis ao comércio, à guerra e à propriedade sustentam-se em premissas particularistas, porquanto consistiam em representações jurídicas de práticas culturais específicas, e não universais. Nesse elaborado sistema jurídico “a identidade espanhola tanto é externalizada, no que ela age como a base das normas do *jus gentium*, quanto é internalizada no que ela representa a autêntica identidade do Índio.”<sup>53</sup>

O ponto central do argumento de Anghie retornará em seu exame do instituto da soberania, o qual permeia a totalidade do estudo. A título de ilustração, Anghie conecta as práticas colonialistas e imperialistas do século XIX – e aqui despontam a doutrina da *terra nullius* e os regimes diferenciados de soberania aplicáveis às nações não civilizadas – com determinadas instituições internacionais – a Organização Mundial Comércio, o Banco Mundial ou a própria estrutura Onusiana – atuantes no Século XXI, trajetória da institucionalização de mecanismos de exploração e violência. A história da soberania, desde o *jus gentium* de Vitoria até o Sistema de Mandatos da ONU, é descrita por Anghie como o “processo pelo qual Estados não-Europeus são classificados como carentes de soberania e então excluídos da família das nações e do direito.”<sup>54</sup>

52 No entendimento de Paulo Emílio V. Borges de Macedo, a uma justa apreciação do legado de Vitoria procuraria reconhecer aspectos desse jurista – seu engajamento tomista e sua nacionalidade espanhola – que dotariam seu *jus gentium* de características únicas. O mito de que Vitoria seria o primeiro fundador do Direito Internacional foi construído a partir de seu prestígio intelectual resgatado no começo do século XX por expoentes como James Brown Scott, mas que, ao selecionar elementos específicos de tão complexo pensador, termina por deslocá-lo de seu tempo. MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitoria: defensor dos direitos dos índios ou patriota espanhol? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 1-13, jan./jul. 2012.

53 ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 23. (Tradução nossa)

54 ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p.

Neste trabalho, uma janela liga o passado ao presente: o *jus gentium* de Vitoria inaugura uma longa história de exploração e injustiça. Uma constante histórica em permanente adaptação e aperfeiçoamento, para Anghie a violência colonial do Direito Internacional ganha relevo com o escrutínio da formação histórica da disciplina. Se uma visão anacrônica da história é adotada pelo autor com o propósito de denunciar as continuidades normativas e institucionais ligadas às violências do presente, o mesmo poder-se-ia afirmar acerca do projeto de Rajagopal. Em tempo, este último não apenas partilha marcos historiográficos próximos dos de Anghie, como também contempla outras frentes de reflexão.

A ênfase no Terceiro Mundo como protagonista no Direito Internacional proporciona a Rajagopal a inserção da categoria política *resistência* na história da disciplina. Para o autor, a história desta se caracteriza pela ausência de narrativas de resistência tais quais, e este é seu objeto de estudo, aquelas protagonizadas pelos movimentos sociais.

Não é o caso de afirmar que a história do Direito Internacional não se revelaria sensível à resistência política. A questão de maior apelo é o modo de operação e de reprodução de artefatos institucionais e também de normas criadas de acordo com os mesmos processos antevistos por Anghie, mas que, na perspectiva de Rajagopal, excluem, transformam ou reprimem a resistência do campo histórico de formação da disciplina. Tendo isto em mente, assinala que “é plausível argumentar que no direito e nas relações internacionais as condições sob as quais ‘consensos espontâneos’ podem ser manufaturados são tão, se não mais importantes, que o exercício de mecanismos de coação forçada.”<sup>55</sup>

Com base em Rajagopal, nota-se que a história do Direito Internacional habita um universo de práticas discursivas pouco problematizadas. Não tanto uma coincidência, veio a ser exemplar para o presente a recente notícia de que o Banco Mundial deixará de utilizar as designações “desenvolvidos” ou “em desenvolvimento” para classificar os Estados em seus relatórios e demais documentos.<sup>56</sup> É exemplar porque, ainda que

o emprego de classificações para os Estados não seja uma novidade, deve-se ponderar se a continuidade, a descontinuidade e a transformação das classificações diriam respeito ao saber histórico jusinternacionalista construído em bases eurocêntricas.

É importante perceber que o campo historiográfico comporta usos e construções relacionadas à legitimação de formas de dominação. E este aspecto sinaliza uma integração da dimensão do labor historiográfico propagado por TWAIL. Trata-se da persistente continuidade, institucionalizada e normalizada, de um passado a acometer o presente com graus de colonialismo muito próximos do sentido que o geógrafo Derek Gregory atribui ao termo *presente colonial*. A perspectiva de uma dinâmica histórica que, no seu entender, consagra o avanço da Razão pelas trilhas do tempo homogêneo e vazio, também viabiliza a confecção de hierarquias valorativas problemáticas sobre ótimas emancipatórias como TWAIL.

Plural e sempre contestada, cortada por múltiplas temporalidades e espacialidades, a história colonial faz-se presente porque as constelações de poder, conhecimento e geografia colonizam as vidas por todo o mundo. Elas não estão confinadas aos legatários dos antigos impérios e metrópoles. O nível de operação de sua influência nas práticas historiográficas exige uma postura diversa do historiador e do método histórico. A atividade do historiador deve ser, assim sublinha Gregory, “uma maneira de reconhecer as formas pelas quais tantos de nós (e aqui eu me incluo) continuam a pensar e a agir de formas que estão tingidas pelas cores do poder colonial.”<sup>57</sup>

A conexão passado-presente também foi objeto da reflexão de George Galindo acerca dos possíveis sentidos de se ater à história do Direito Internacional. Colonialismo e eurocentrismo, uma vez inseridos nos debates da história da disciplina por via de movimentos como TWAIL, contribuem para tornar visível o sofrimento de sujeitos através do tempo. Ademais, o passado é refletido na confecção da agenda do tempo presente em que a história do Direito Internacional faculta a “opção por um direito internacional diferente.”<sup>58</sup> Nessa

101. (Tradução nossa)

55 RAJAGOPAL, Balakrishnan. *International law from below: development, social movements and third world resistance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 18. (Tradução nossa)

56 BANCO MUNDIAL. *The 2016 edition of World Development Indicators is out: three features you don't want to miss*. Disponível em: <[http://blogs.worldbank.org/opendata/2016-edition-world-](http://blogs.worldbank.org/opendata/2016-edition-world-development-indicators-out-three-features-you-won-t-want-miss)

[development-indicators-out-three-features-you-won-t-want-miss](http://blogs.worldbank.org/opendata/2016-edition-world-development-indicators-out-three-features-you-won-t-want-miss)>. Acesso em: 18 maio 2016.

57 GREGORY, Derek. *The colonial present*. Oxford: Blackwell Publishing, 2004. p. 19. (Tradução nossa)

58 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional? *Revista de Direito Internacional*, Bra-

toada, destaca-se um dever ético dos historiadores, em que a multiplicidade de narrativas históricas, métodos e correntes teóricas assistem na consciência de que “uma ética de responsabilidade para o historiador do direito internacional deve significar não apenas fiar-se em regras rigorosas da pesquisa historiográfica, mas também visualizar a possibilidade de mundo diferente.”<sup>59</sup>

### 3.2. Metodologias historiográficas em diálogo

Da mesma maneira que a responsabilidade ética do labor historiográfico está associada à reflexão trazida pela vívida imagem do passado colonial e das práticas eurocêntricas ao longo da história, uma dimensão adicional a respeito da metodologia historiográfica atrai a atenção dos internacionalistas. A esse respeito, nos últimos anos, alguns dos mais relevantes trabalhos na seara historiográfica não deixaram de enfrentar um amplo espectro de problemas relacionados à proposição metodológica essencial de TWAIL: o conhecimento do passado conduzido a partir do ponto de vista do tempo do historiador.<sup>60</sup>

Assim, algumas das objeções à proposta historiográfica de TWAIL nascem da repercussão do denominado *método contextual* entre os internacionalistas. Um destacado conjunto de historiadores de Cambridge no final da década de 1960 já acenava para uma renovação do método historiográfico não somente para aparelhar o

labor histórico com ferramentas mais aptas a lidar com a complexidade que a caracteriza, mas também com o intuito de evitar as disfunções anacrônicas que a interpretação textual produzira. Contribuindo para a vertente denominada *história das ideias*, é nos confins desse recorte que Quentin Skinner avançou suas teses seminais acerca da aptidão da interpretação contextual para superar os vícios da análise exclusivamente textual.

Em síntese, Skinner sugere que a adequada apreensão do contexto em que se insere determinado pensador, ideia ou instituto exigirá a atenção às possibilidades comunicativas disponíveis para aqueles atores porventura envolvidos. Isto porque, no ato de enunciar algo (uma ideia, por exemplo), estarão implícitas possibilidades de descoberta de sentidos que modificariam a compreensão do enunciado. Ao considerar o ato de escrever um texto uma autêntica *ação política*, ou seja, um ato inclinado a persuadir a audiência através de argumentos atinentes à natureza do saber e das ordens social e política, Skinner rejeita a possibilidade de compreensão do passado com base em premissa de que o tempo do intérprete é mais evoluído e, portanto, mais adequado à análise de fatos pretéritos.<sup>61</sup>

Essas ideias foram recebidas por historiadores do Direito Internacional e representam instrumentos para o exame de textos jurídicos canônicos no contexto da produção dos mesmos. Com isto, passa a ser cada vez mais significativo, em termos metodológicos, que a interpretação das ideias de determinado jurista deva ter como referência uma dada ação o que o mesmo preferia realizar em seu universo político e profissional. A esse respeito, o anacronismo fundacional da crítica historiográfica pós-colonial de Anghie e de Rajagopal poderia ser descrito como a tentativa de imputar à obra de Francisco de Vitoria e outros um conjunto de sentidos e referências – colonialismo, imperialismo, opressão – tanto impossíveis de serem atribuídos com certeza aos seus atos de fala, quanto problemáticos porque derivados da matriz analítica do intérprete que vislumbra cinco séculos de história sob um viés particularista.<sup>62</sup>

61 SKINNER, Quentin. Meaning and understanding in the history of ideas. *History and Theory*, Middletown, v. 8, n. 1, p. 3-53, 1969.

62 KOSKENNIEMI, Martti. Victoria and us: thoughts on critical histories of international law. *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, Munique, v. 22, p. 119-138, 2014. Para um aprofundamento no controverso legado de Francisco de Vitoria, conferir MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitoria: defensor dos índios ou patriota espanhol? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 1-13, 2012.

sília, v. 12, n. 1, 2015, p. 351.

59 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, 2015, p. 352.

60 Conferir, por todos, KOSKENNIEMI, Martti. Victoria and us: thoughts on critical histories of international law. *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, Munique, v. 22, p. 119-138, 2014; KOSKENNIEMI, Martti. Histories of international law: significance and problems for a critical view. *Temple International and Comparative Law Journal*, Philadelphia, v. 27, n. 2, p. 215-240, 2013; JAY, Martin. Historical explanation and the event: reflection on the limits of contextualization. *New Literary History*, Baltimore, v. 42, n. 4, p. 557-571, 2011; GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 339-354, 2015; HUNTER, Ian. Global justice and regional metaphysics: on the critical history of the law of nature and nations. In: DORSETT, Shaunnagh; HUNTER, Ian (Eds.). *Law and Politics in British Colonial Thought: transpositions of empire*. New York: Palgrave Macmillan, 2010. p. 11-30; ORFORD, Anne. *The past as law or history? the relevance of imperialism for modern international law*. IILJ Working Paper 2012. Disponível em: <<http://www.iilj.org/publications/documents/IILJ20122Orford-FINALrevisedtoreflectupdatededitors.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2014.



De todo modo, a adoção do método contextual corre em paralelo com a reflexão sobre seus postulados. Isto porque, ainda que o contextualismo possibilite a análise do passado do direito e dos vocabulários políticos, tais atividades não se dão sem dificuldades. Por exemplo, Martti Koskenniemi e Martin Jay identificam um primeiro problema designado *relativismo histórico*. É sabido que o método contextual, ao adotar a compartimentalização da história, impõe a separação entre o passado estudado e o presente do intérprete. O que poderia ser considerado uma abordagem antagônica ao anacronismo poderá ensejar, nas palavras do primeiro autor, um revés metodológico porquanto mostrar-se-ia indiferente, ou até mesmo facilitaria, ao “enfraquecimento dos esforços para se encontrar padrões na história que poderiam responder pelas experiências atuais de dominação e injustiça.”<sup>63</sup> Já para Jay, o relativismo histórico aproxima-se do relativismo cultural tendente ao mesmo afastamento de julgamentos éticos.<sup>64</sup>

Outra questão diz respeito à constatação de que os critérios para a delimitação do contexto frequentemente partem de momentos que antecedem o contexto em questão. As intenções das denominadas ações políticas a que Skinner fez menção podem ultrapassar o contexto em tela e adentrar outras demarcações temporais. Por isso, Koskenniemi sugere que a atividade de delimitação do contexto ideal guarda relevante teor de anacronismo, uma vez que o historiador deve necessariamente fazer escolhas, recortes e enquadramentos. Por meio dessas atividades, no caso de Vitoria, está-se “necessariamente enquadrando o mundo de Vitoria em razão das ideias atuais acerca da parcela do arquivo que é relevante e aquela que não é, e como a relação das mesmas deve ser entendida.”<sup>65</sup> A construção do contexto deve muito às intenções do historiador que implicam, por sua vez, um sentido “do que é interessante ou relevante *hoje* e o que não é.”<sup>66</sup>

63 KOSKENNIEMI, Martti. Victoria and us: thoughts on critical histories of international law. *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, Munique, v. 22, p. 119-138, 2014. p. 124. (Tradução nossa)

64 JAY, Martin. Historical explanation and the event: reflection on the limits of contextualization. *New Literary History*, Baltimore, v. 42, n. 4, p. 557-571, 2011.

65 KOSKENNIEMI, Martti. Victoria and us: thoughts on critical histories of international law. *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, Munique, v. 22, p. 119-138, 2014. p. 125. (Tradução nossa)

66 KOSKENNIEMI, Martti. Victoria and us: thoughts on critical histories of international law. *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für*

Um último agrupamento de objeções pode ser encontrado no historiador Francis Oakley quando assinala duas reservas gerais ao projeto de Skinner. Primeiramente, o método contextual omite aquilo que em seu entendimento corresponde à continuidade do saber histórico. Sem este sentido de continuidade, o fazer histórico estritamente contextualizador estaria limitado à busca por sentidos que o autor do texto possa ter pretendido transmitir. Talvez mais problemática venha ser a possibilidade de que determinados autores tenham mais em comum com as ideias de indivíduos que os precederam do que com contemporâneos de seu tempo.

A segunda ressalva de Oakley remete à caracterização de uma *tradição* que responde pelo sentido de predicamento da vida humana independente das variadas formas pelas quais este é entendido ao longo do tempo. Aqui, Oakley aponta um amplo enquadramento da historiografia ocidental:

[...] não uma tradição centrada em valores ou crenças partilhadas, mas um discurso argumentativo articulado em um conjunto de questões acerca de preocupações comuns e refletidas na autoridade de um corpo literário definidor de problemas e que profere uma gama de soluções.<sup>67</sup>

O peso da tradição a que Oakley se refere reverbera na consideração de Koskenniemi acerca do situacionismo do historiador e da dimensão ético-política do fazer histórico. O poder da tradição implica a asserção de que “não há contexto não-contextual, nenhuma ‘visão a partir de lugar nenhum’”<sup>68</sup>; nesse aspecto, contextualismo se iguala ao historicismo, à ressalva de que aquele insiste na separação cronológica de momentos distantes e na falta de legitimidade de julgamentos éticos entre contextos.

Tais considerações convergem para a questão do enfraquecimento do teor crítico no âmbito da história, uma vez que promovem o afastamento das controvérsias do passado do espaço das discussões do presente; assim, ou o passado é blindado – intocável porque *quase sagrado* – ou representa algo insuscetível de menção por

*europäische Rechtsgeschichte*, Munique, v. 22, p. 119-138, 2014. p. 127. (tradução nossa, destaque no original)

67 OAKLEY, Francis. *Politics and eternity: studies in the history of medieval and early-modern political thought*. Brill: Leiden, 1999. p. 22. (Tradução nossa)

68 KOSKENNIEMI, Martti. Victoria and us: thoughts on critical histories of international law. *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, Munique, v. 22, p. 119-138, 2014. p. 129. (Tradução nossa)

ser politicamente irrelevante ao contexto de um dado momento presente.

A riqueza de análises históricas suscitadas, até o momento, poderá ser acrescida de reflexões derivadas da ascensão do Antropoceno nas ciências humanas. Defende-se o argumento de que o debate entre estas duas grandes variantes historiográficas investigadas nesta seção possui o mérito de acrescentar novas interpretações para as formulações clássicas da historiografia internacionalista e de oferecer frutíferas perspectivas para a compreensão das demandas do presente. No entanto, tanto o passado anacronicamente representado no presente, quanto a defesa de contextos interpretativos estanques, serão potencialmente atingidos pela designada *instabilidade* característica do Antropoceno.

#### 4. VISÕES DO FUTURO NA HISTÓRIA: A EXPERIÊNCIA DO ANTROPOCENO E O HORIZONTE DO DIREITO

[...]

Dear Matafele Peinam,

I want to tell you about that lagoon  
That lucid, sleepy lagoon lounging against the sunrise  
Men say that one day  
That lagoon will devour you

They say it will gnaw at the shoreline  
Chew at the roots of your breadfruit trees  
Gulp down rows of your seawalls  
And crunch your island's shattered bones

They say you, your daughter  
And your granddaughter, too  
Will wander rootless  
With only a passport to call home

[...]

(Kathy Jetnil-Kijiner, Dear Matafele Peinam)<sup>69</sup>

Kathy Jetnil-Kijiner, poetisa nacional das Ilhas Marshall, dedica o poema desta epígrafe à filha Matafele Peinam. Em 2014, ano em que Kathy declamou o poema

69 JETNIL-KIJINER, Kathy. *Dear matafele peinam*. 2014. Disponível em: <<https://jkijiner.wordpress.com/2014/09/24/unit-ed-nations-climate-summit-opening-ceremony-my-poem-to-my-daughter/>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

na Assembleia Geral da ONU, Matafele Peinam não tinha mais que 6 meses de idade quando fora apresentada ao mundo nos braços do pai. A mensagem que Kathy legou à sua filha combina a emoção de uma nova vida que aborda em nosso mundo com a ameaça cada vez mais real de um futuro incerto para a geração da pequena Matafele: caso as projeções de aumento do nível dos oceanos em razão do colapso climático antropogênico se concretizem, seu país, assim como outras tantas nações da Oceania, deixarão de existir porque serão tomados inteiramente pelas águas.

A singela tristeza que transparece dos versos, dentre tantas reflexões possíveis e urgentes, permite situar o Antropoceno como integrante do cenário de investigação histórica do Direito Internacional. Trata-se de uma reflexão histórica por três razões centrais, a serem examinadas nesta última seção: (i) *o Antropoceno diz respeito ao passado da sociedade internacional que repercute na agenda do presente*; (ii) *o Antropoceno introduz grau de instabilidade nas condições de produção da história do Direito Internacional*, (iii) *trazendo incerteza para o futuro da sociedade internacional e desafiando a teleologia histórica do progresso*.

##### 4.1. Uma defesa do anacronismo histórico

Tal qual a reflexão sobre as origens modernas da sociedade internacional, inexistente acordo quanto às origens do Antropoceno – como visto, a narrativa predominante indica a Revolução Industrial. No detalhado exame de Lewis e Aslim a respeito da origem do Antropoceno, uma alternativa em particular pode potencialmente sedimentar frutíferos canais entre o Antropoceno e a historiografia crítica do Direito. Trata-se da *hipótese da Orbis*, palavra latina que designa *mundo*, e que concebe a ideia segundo a qual os impactos dos encontros das populações humanas do Antigo e Novo Mundo – “incluindo a homogeneização sem precedentes da biota terrestre”<sup>70</sup> – vieram a fixar a primeira demarcação autenticamente global dos impactos das atividades antropocêntricas no ambiente.

O ponto principal a ser destacado é o de que as atividades antropogênicas, além de serem visíveis em processos de datação por extratos em amostras de gelo polar, podem ser constatadas a partir de uma combinação de ações tipicamente associadas ao colonialismo:

70 LEWIS, Simon; MASLIN, Mark. Defining the Anthropocene. *Nature*, Londres, v. 519, 2015. p. 175. (Tradução nossa)

Além de alterar permanentemente e dramaticamente a dieta de quase toda a humanidade, a chegada dos Europeus às Américas também levou a um grande declínio nos números humanos. Estimativas populacionais regionais somam um total de 54 milhões de pessoas nas Américas em 1492, com recentes modelagens populacionais estimadas em 61 milhões de pessoas. Os números declinaram rapidamente para um mínimo de cerca de 6 milhões de pessoas em 1650 devido à exposição às doenças carregadas por Europeus, além de guerras, escravização e fome. A quase cessação da agricultura e a redução no uso do fogo que se sucedeu resultaram na regeneração de mais de 50 milhões de hectares de floresta, savanas arborizadas e áreas verdes com capacidade de retenção de carbono pela vegetação e solos estimadas em 5-40 Pg no transcurso de cerca de 100 anos. A aproximada magnitude e compasso do sequestro de carbono sugere que este evento contribuiu significativamente para o declínio observado no CO<sub>2</sub> atmosférico de 7-10 p.p.m. [...] entre 1570 e 1620 documentado em dois núcleos de gelo Antártico de alta resolução. Esta queda no CO<sub>2</sub> atmosférico é o mais proeminente aspecto, tanto em termos de velocidade de mudança e de magnitude, nos registros pré-industriais de CO<sub>2</sub> atmosférico nos últimos 2000 anos.<sup>71</sup>

A *hipótese da Orbis* sugere que o Antropoceno não pode ser compreendido isoladamente, ou seja, assumindo um perspectivismo geológico apartado de seus desdobramentos sociais, culturais, biológicos e jurídicos mais amplos. Em decorrência, as referências aos impactos ambientais e humanos do denominado “encontro de dois mundos” e, portanto, do colonialismo simbolicamente inaugurado em 1492, consoante a leitura de Enrique Dussel, aproximam a tese de Lewis e Aslim da reflexão histórica típica de *TWAILers* como Anghie e Rajagopal.

Essa convergência temática poderia ser enunciada da seguinte maneira: a sincronia tempo-espacial entre a *hipótese da Orbis* e a relevância historiográfica do colonialismo e imperialismo para a história do Direito Internacional descortinam uma matriz de pensamento da mesma natureza que aquela combatida por *TWAIL*. Consequentemente, o fazer historiográfico pode inserir o Antropoceno na história do Direito Internacional com a peculiaridade de conjecturar continuidades usualmente associadas ao anacronismo, haja vista que a *hipótese da Orbis* empreende um olhar para o passado que rejeita a narrativa de Crutzen e Stoermer ao reforçar os laços do colapso climático com a modernidade

eurocêntrica.<sup>72</sup>

Esse aspecto merece ser reforçado. A pesquisa de Lewis e Maslin vai ao encontro das abordagens pós-coloniais por situar os atos de violência colonial no núcleo das causas que potencialmente esclarecem o colapso climático. Diferentemente da datação sugerida por Crutzen e colaboradores<sup>73</sup> – a Revolução Industrial e o começo do emprego de combustíveis fósseis em escalas sem precedentes –, a *hipótese da Orbis* propõe uma ideia muito diversa: *o colonialismo como o primeiro marco do Antropoceno*.

Os estudos de Anna Grear proporcionam um olhar mais apurado acerca da referida aproximação. De acordo com o argumento central, a teorização do Antropoceno precisa levar a sério a operação de estruturas hierárquicas inscritas na acepção *anthropos*, ou seja, na alusão à espécie humana. É preciso perceber que se trata de uma convergência argumentativa com Malm e Hornborg quando estes denunciam que, nas hierarquias do Antropoceno, existirão botes salva-vidas para uma seleta parcela da população.<sup>74</sup>

Para Grear, o Antropoceno exerce uma função específica na história do direito na medida em que se relaciona tanto com o espaço geográfico – o colapso climático – quanto com a estruturação de subjetividades no âmbito do direito – ligados ao *self* eurocêntrico como centro irradiador de injustiça, opressão e subalternização em direção às periferias. No *anthropos*, a posição do sujeito que conhece o objeto impõe-se sobre o mesmo tal qual o conhecimento moderno impõe-se sobre o senso comum:

[...] o argumento reside sobre estas continuidades discerníveis entre o Antropoceno – tanto como uma manifestação sobre uma época sob condições materiais sociais e bio-materiais concretas e como metáfora – e a imposição padronizada de hierarquias em operação dentro do antropocentrismo do direito.<sup>75</sup>

A crítica historiográfica de *TWAIL* dialoga com os

71 LEWIS, Simon; MASLIN, Mark. Defining the Anthropocene. *Nature*, Londres, v. 519, 2015. p. 175. (Tradução nossa)

72 CRUTZEN, Paul; STOERMER, Eugene. The “anthropocene”. *Global Change Newsletter*, n. 41, p. 17-18, 2000.

73 CRUTZEN, Paul; STEFFEN, Will; MCNEILL, John. The anthropocene: are humans now overwhelming the great forces of nature? *Ambio*, Estocolmo, v. 36, n. 8, p. 614-621, 2007.

74 MALM, Andreas; HORNBERG, Alf. The geology of mankind? a critique of the anthropocene narrative. *The Anthropocene Review*, v. 1, n. 1, p. 62-69, 2014.

75 GREAR, Anna. Deconstructing *anthropos*: a critical reflection on ‘anthropocentric’ law and anthropocene ‘humanity’. *Law and Critique*, Dordrecht, v. 26, n. 3, 2015. p. 227. (Tradução nossa).



referidos quadrantes quando situa a narrativa da sociedade internacional em paralelo às demandas por reconhecimento do pluralismo e a denúncia de injustiças institucionalizadas e normatizadas. O ponto de conexão primordial entre esse esforço narrativo e aquele que pensadoras como Anna Grear sugerem para o Antropoceno é o da presença de hierarquias normativas estruturadas pela posição central de um sujeito que conhece e domina uma multiplicidade de formas de vida. Sob essa ótica, a presença de hierarquias é condição para o Antropoceno: desigualdades intra-espécies foram tão essenciais para a inauguração da *era* da espécie humana quanto a injusta distribuição de recursos é condição para a existência da tecnologia moderna baseada em combustíveis fósseis.

No campo de estudos ambientais, constata-se movimentos teóricos de aproximação da crítica pós-colonial ao pensamento ecológico. Um distinto aspecto a unir uma ampla variedade de eixos teóricos como o ecofeminismo, o ecocentrismo ou o ambientalismo pode ser descrito como a falha do pensamento e instituições modernas em situar ecologicamente formas de sociedade humanas, assim como as falhas em situar não humanos *eticamente*. Verifica-se, ademais, a recorrência de temas como antropocentrismo e eurocentrismo em crescente adesão crítica voltada para a desconstrução dos processos epistemológicos estruturantes da ascensão da racionalidade ocidental.<sup>76</sup> Destarte, as trilhas históricas sujeitas à análise do pensamento ambiental revelam paralelismos com os parâmetros adotados pela historiografia TWAIL:

Se [...] o triunfo dos colonizadores Anglo-Europeus sobre os povos originários da América do Norte (e subsequentemente na América do Sul e Austrália) foi afetada, no curso dos séculos seguintes, pelo desarranjo ambiental – e, portanto, cultural – em uma vasta escala, tais mudanças destrutivas foram baseadas nas diferenças ontológicas e epistemológicas entre as ideias que Europeus e Indígenas possuíam acerca do humano e do animal ser-no-mundo.<sup>77</sup>

A ideia segundo a qual a motivação da expansão im-

perial foi acentuada pelo desejo dos Estados coloniais em explorar os recursos dos territórios do mundo não Europeu não é de modo algum estranha ao universo da crítica pós-colonial de vertentes como TWAIL. De fato, Anghie enfoca a presença da racionalidade colonial nas práticas de companhias Ocidentais que “adquiriam concessões para a exploração de recursos minerais extremamente valiosos dentro da colônia, frequentemente em termos extremamente favoráveis.”<sup>78</sup>

A coordenação de esforços para resistir ao direito posto e modificá-lo para que atendessem às demandas do Terceiro Mundo, percebe-se que o processo de descolonização política da segunda metade do século XX abrangeu reformas que assegurassem não apenas o direito à autodeterminação dos novos Estados, como também a garantia de que a soberania dos mesmos se estenderia para o pleno controle dos recursos naturais. A tônica geral era garantir o direito ao desenvolvimento do Terceiro Mundo em uma matriz econômica mais favorável à equidade internacional.<sup>79</sup>

A carga anacrônica comum às abordagens acima contribui para a identificação de elementos históricos próximos às objeções atinentes à escassa problematização das hierarquias internas do Antropoceno. Enquanto a categoria *espécie humana* protagoniza a teorização de Chakrabarty, por meio da aproximação com as objeções às narrativas usuais das fundações da ordem jurídica internacional um processo histórico diverso toma forma. De um lado, as hierarquias humanas intra-espécie e, de outro lado, a construção juridicamente excludente de um *anthropos* abstrato e geral, criador de hierarquias inter-espécie, podem ser concebidos como componentes de um modelo de subjetividade legal construído historicamente.

Se, por meio anacronismo que esta leitura sugere, proceder-se-ia à refutação teórica do privilégio do tempo do intérprete resguardado como um tropo vacilante da metodologia historiográfica, o mesmo anacronismo potencialmente dialoga com o direito na medida em que a tarefa dos internacionalistas, nos termos que Anne Orford examinou a questão, “é pensar sobre como

76 PLUMWOOD, Val. Decolonizing relations with nature. In: ADAMS, William; MULLIGAN, Martin (Eds.). *Decolonizing nature: strategies for conservation in a post-colonial era*. London: Earthscan Publications, 2003. p. 51-78.

77 DELOUGHREY, Elizabeth; HANDLEY, George. Introduction: toward an aesthetics of the earth. In: DELOUGHREY, Elizabeth; HANDLEY, George (Eds.). *Postcolonial ecologies: literatures of the environment*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 11. (Tradução nossa)

78 ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 211. (Tradução nossa)

79 GATHII, James Thou. International Law and Eurocentricity. *European Journal of International Law*, Florença, v. 9, n. 1, p. 184-211, 1998. Neste trabalho, Gathii analisa a relação entre o Direito Internacional e eurocentrismo sob a tradição de TWAIL.

conceitos se movem através do tempo e do espaço [...] o passado, em outras palavras, pode ser uma fonte de obrigações presentes.”<sup>80</sup> Vê-se que o debate em torno do anacronismo pode tomar direção diversa quando o foco recai sobre a atualidade intrínseca à construção dos argumentos jurídicos. Nesse sentido, o passado antropogênico da *hipótese da Orbis* faz-se presente e corrobora ou rejeita aspectos normativos dos problemas do presente, no tempo em que este se experimenta.

#### 4.2. Contexto histórico e incerteza no Direito Internacional

Em exame do segundo eixo designado para essa seção final, cumpre inquirir acerca da aludida desestabilização do saber historiográfico. Para tanto, poderá ser relevante a retomada da discussão sobre a influência da metodologia contextual nos quadros da historiografia jusinternacionalista. A razão desta conexão – Antropoceno e contextualismo – decorre da incompreensão dos efeitos do colapso climático antropogênico e suas relações com a leitura da realidade contextualmente considerada. Uma vez que as objeções supracitadas iluminam aspectos controversos da adoção integral e acrítica do contextualismo, é a partir desse panorama que o Antropoceno introduz relevantes reflexões para a historiografia do direito.

A despeito das projeções futuras para a mudança climática, certas controvérsias começam a repercutir no Direito Internacional desse começo de século. Tal é o caso das discussões concernentes às prováveis consequências do aumento do nível do mar na escala concebida pelos recentes relatórios do IPCC – a mais recente estimativa do Painel menciona uma elevação de até 98 cm, o que representa um considerável incremento sobre o relatório anterior, de 2007, com a expectativa de aumento de 59 cm.<sup>81</sup> Do mesmo modo, corroborando a necessidade de ultrapassar barreiras disciplinares que separam as ciências biológicas dos processos decisórios e

da regulação jurídica, Barros-Platiau et al atentam para a necessidade do uso “político e legal do conceito do Antropoceno para fins de mudanças comportamentais”<sup>82</sup>, tendo como caso de análise da estratégia brasileira de gestão dos recursos marinhos em contexto de aumento da complexidade da ordem internacional.

O Direito do Mar seria o primeiro grande ramo da disciplina a ser atingido pelo aumento do nível dos mares. Redefinições de linhas-base, a extensão das variadas zonas marítimas e a afetação dos limites das mesmas, ou mesmo a infiltração das mesmas linhas em sentido oposto, convergindo para os continentes, são exemplos dos tipos de consequências esperadas.<sup>83</sup> Todavia, o aumento do nível dos mares abrange um rol temático mais extenso e complexo que esta breve enumeração relativa ao Direito do Mar. Davor Vidas, que estuda a aproximação do Antropoceno ao Direito Internacional, esclarece o alcance das esperadas consequências neste último:

No futuro não tão distante, questões importantes vão emergir a respeito da sustentabilidade destes aspectos do direito internacional, enquanto outros aspectos, tal qual a população do estado – e, por consequência, os direitos humanos – podem ganhar em proeminência e adquirir novas dimensões, que muito provavelmente vão demandar um profundo reexame dos paradigmas correntemente aceitos do direito internacional.<sup>84</sup>

Visto que aspectos centrais do Direito Internacional dependem de condições geográficas que são percebidas como constantes, mudanças significativas nessas

82 BARROS-PLATIAU, Ana Flávia et. al. Correndo para o mar no antropoceno: a complexidade da governança dos oceanos e a estratégia brasileira de gestão dos recursos marinhos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, 2015. p. 153.

83 O *Final Report of the International Committee on Baselines under the International Law of the Sea* de 2012, lavrado pela *International Law Association*, aponta a inadequação de disposições da Convenção de Montego Bay em vista das consequências da mudança climática. Tal é o sentido de uma das conclusões do referido relatório: “[...] the normal baseline is ambulatory, moving seaward to reflect changes to the coast caused by accretion, land rise, and the construction of human-made structures ... and also landward to reflect changes caused by erosion and sea level rise. Under extreme circumstances the latter category of change could result in total territorial loss and the consequent total loss of baselines and of the maritime zones measured from those baselines. The existing law of the normal baseline does not offer an adequate solution to this potentially serious problem.” (INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *Final report of the international committee on baselines under the international law of the sea*. 75th Conference. Sofia, 2012. Disponível em: <www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1028>. Acesso em: 25 maio 2016.)

84 VIDAS, Davor. Sea-level rise and international law: at the convergence of two epochs. *Climate Law*, Leiden, v. 4, n. 1, p. 70-71, 2014. (Tradução nossa)

80 ORFORD, Anne. *The past as law or history? the relevance of imperialism for modern international law*. IILJ Working Paper 2012. Disponível em: <<http://www.iilj.org/publications/documents/IILJ20122OrfordFINALrevisedtoreflectupdatededitors.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2014. (Tradução nossa)

81 ALLEN, Myles et al. *Climate change 2014 synthesis report*. Approved summary for policymakers. International governmental synthesis report. Fifth assessment synthesis report. 2014. Disponível em: <<http://www.ipcc.ch/report/ar5/wg2/>>. Acesso em: 03 dez. 2015.

mesmas condições trariam repercussões significativas para a sustentabilidade da ordem jurídica internacional. Para Vidas, o atual quadro das normas internacionais referentes ao Direito do Mar não responderia à altura da instabilidade institucional e normativa envolvidas. Como resultado, em lugar da previsibilidade e da certeza até então em construção em sede jurisdicional ao longo das últimas décadas de litígios fronteiriços entre Estados, o cenário apresentado pelo colapso climático virá a sobrepor-se, desestabilizando as condições sobre as quais o direito pautou-se até então.

Enquanto a extensão soberana dos limites marítimos ressoa na doutrina e desperta para a reflexão de aspectos normativos correlatos, a ascensão do nível dos mares também atinge a própria compreensão da constituição do Estado. O Antropoceno poderá ser a *era* em que Estados efetivamente deixam de existir devido aos impactos do aumento do nível do mar. É o caso das Ilhas Marshall, terra natal da poetisa cujos versos inspiram a epígrafe desta seção. No Antropoceno, a perda de território é atribuída às mudanças na situação factual, e não em consequência de mudanças políticas, como é usualmente o caso e a prática no Direito Internacional.<sup>85</sup>

Desse modo, descortina-se um complicador para a delimitação do contexto de interpretação dos debates jurídicos sobre o colapso climático e o Direito Internacional. Às tensões habituais ao cenário jurídico global – igualdade soberana no plano jurídico em oposição às diferenças políticas, militares, econômicas, culturais, dentre outras –, acresce-se o que Davor Vidas e colaboradores designaram por tensão *antropogênica*.<sup>86</sup> Esse novo ponto de tensão advém da quebra das condições de estabilidade do Holoceno que possibilitaram a paulatina construção do aparato jurídico e político que regula as relações internacionais.

O Direito Internacional, em sua formatação atual, pode ser entendido como o produto de um processo histórico enquadrado em condições geológicas estáveis e previsíveis. O cenário que se desdobra será marcado pela procura por soluções para problemas novos – tal qual a questão dos Estados submersos –, porém consi-

derados sob uma matriz jurídica que terá na instabilidade um de seus mais evidentes atributos.

### 4.3. Distopia: horizontes da teleologia histórica no Antropoceno

O historiador germânico Reinhart Koselleck afirma que uma das tarefas da teoria da história é “delinear e estabelecer as condições das histórias possíveis, não as histórias mesmas. Trata-se de categorias do conhecimento capazes de fundamentar a possibilidade de uma história.”<sup>87</sup> Qual a relevância de se inquirir acerca das condições *sine qua non* do saber histórico? Quais relações poderiam ser tecidas entre as *condições das histórias possíveis* no Direito Internacional e o Antropoceno? Inspirando-se na teorização de Koselleck, espera-se refletir sobre os condicionamentos de percepção do passado-presente a ressoarem na idealização do futuro no entendimento histórico e jurídico do Antropoceno.

Quando concebe a construção do saber histórico, Koselleck credita às categorias *espaço de experiência* e *horizonte de expectativa* a tarefa de conectar passado e futuro. Desse modo, antes de se pensar na história propriamente – fatos, processos, sujeitos etc. –, subjaz um movimento reflexivo preliminar de determinação do conhecimento histórico. Convém examinar, mesmo que de forma breve, as respectivas categorias.

Enquanto a *experiência* responde pelo passado atual, os acontecimentos próprios ou as experiências alheias que, por já terem sido incorporadas, podem ser lembradas, a categoria *expectativa* designa o futuro presente, o *ainda-não* que apenas pode ser previsto. Assim, uma *experiência* se diferencia por já “haver elaborado acontecimentos passados, é o poder torná-los presentes [...] incluir em seu próprio comportamento as possibilidades realizadas ou falhas.”<sup>88</sup> Diferentemente, uma *expectativa* opera nos quadrantes de um horizonte, “aquela linha por trás da qual se abre no futuro um novo espaço de experiência, mas um espaço que ainda não pode ser contemplado”, e, de forma oposta, “a possibilidade de se descobrir o futuro, apesar de os prognósticos serem

85 VIDAS, Davor. Sea-level rise and international law: at the convergence of two epochs. *Climate Law*, Leiden, v. 4, n. 1, p. 70-84, 2014.

86 VIDAS, Davor; ZALASIEWICZ, Jan; WILLIAMS, Mark. What is the anthropocene: and why is it relevant for international law? *Yearbook of International Environmental Law*, Oxford, v. 25, n. 1, p. 3-23, 2015.

87 KOSELLECK, Reinhart. Espaço de experiência e horizonte de expectativa: duas categorias históricas. In: KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado: Contribuição à semântica dos tempos modernos*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012. p. 306.

88 KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos modernos*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012. p. 312.



possíveis, se depara com um limite absoluto, pois ela não pode ser experimentada.”<sup>89</sup>

Equívoco seria deduzir que o *espaço de experiência* é estático. Experiências superpõem-se, retroagem, cruzam-se, impossibilitando conclusões simplistas de que o futuro irá concretizar-se a partir da mera soma das experiências passadas. De modo diverso, experiências interagem com o horizonte futuro, o que significa dizer que a dinamicidade também é atributo do *horizonte de expectativas* quando se compreende que o futuro somente pode surpreender se não for esperado, isto é, se não for contido totalmente nas experiências passadas.

Desse modo, entre o *espaço de experiência* e o *horizonte de expectativas* existe um fluxo contínuo de trocas, de uma maneira que “o ganho de experiência ultrapassa então a limitação do futuro possível.”<sup>90</sup> Entretanto, talvez mais relevante para a discussão do Antropoceno possa ser a verificação de como *experiência* e *expectativa* dialogicamente produzem uma estrutura de prognóstico, ou seja, o tempo histórico que adquire relevância na construção de narrativas específicas sobre as conexões entre passado e futuro. Na intersecção entre passado e futuro, situa-se o contexto do intérprete do presente, um espaço de experiências conectado com o horizonte de expectativas.

Essa questão diz respeito à Modernidade. Nesta, a distância entre espaço de experiência e horizonte de expectativa alarga-se permanentemente. Explique-se: o espaço de experiências é defrontado com uma avalanche de inovações técnico-científicas em tempos acelerados, o que impossibilita sua experimentação enquanto passado. Ao mesmo tempo, fornece perspectivas das mais variadas para o design do horizonte de expectativas.

É importante destacar que a ideia *progresso* opera na concepção de futuro de um grande conjunto de ideias políticas e impacta diretamente na Modernidade. A construção moderna de tempo engendra uma completa reformulação na concepção escatológica de tempo que esteve a dominar os horizontes históricos do Ocidente ao longo da Idade Média. Enquanto a queda do Sacro Império Romano-Germânico contribuiu para a separa-

ção entre a história sacra, a história humana e a história natural, o deslocamento do fim do mundo para os ramos da astrologia, e não da escatologia, correu em paralelo com a assunção do sistema Europeu de Estados soberanos nos marcos da Paz de Westfália em 1648.<sup>91</sup>

Assim, o tempo moderno acelerado acresce à história um sentido de porvir, um olhar para o futuro progressista ou utópico. Para tanto, relevante é o consideração de que “o significado de conceitos políticos (e legais) chave partiram da experiência acumulada para incorporar um olhar para frente.”<sup>92</sup> Este *olhar para frente* guarda estrita correspondência com a premissa de que a história relaciona-se com certos sentidos do tempo e com ideias que iluminam as instituições sociais para informar determinada *teleologia* na qual preceitos como *destino*, *desígnio inteligente* ou *progresso sem fim* respondem pelos *por quês* da humanidade.<sup>93</sup>

As referências às ideias de progresso e de teleologia no campo historiográfico tomam forma nos debates filosóficos do século XIX, um século que nasce das Revoluções Liberais e no qual a “história era concebida como um processo progressivo de gradativo aperfeiçoamento da humanidade, um processo cujo curso tornava a razão transparente para si mesma.”<sup>94</sup> No internacionalismo liberal, a influência da matriz kantiana nas análises historiográficas de juristas que alinharam o ideal de progresso ao Direito é visível particularmente na conformação de uma vocação universal para o Direito Internacional. Nos eixos da referida filosofia da história, a teleologia

89 KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*: contribuição à semântica dos tempos modernos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012. p. 311.

90 KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*: contribuição à semântica dos tempos modernos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012. p. 313.

91 KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*: contribuição à semântica dos tempos modernos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012. Coube ao Estado-nação introduzir uma ruptura adicional no perspectivismo temporal Cristão, pois a política, a economia, o cidadão e, simultaneamente, o constitucionalismo e o direito moderno impõem uma métrica histórico-temporal específica, consoante se pode observar na tradição contratualista da passagem do estado de natureza para o estado civil ou nas tensões entre poder constituinte e poder constituído. (FASOLI, Constantin. *The Limits of History*. Chicago: University of Chicago Press, 2004.)

92 KOSKENNIEMI, Martti. Victoria and us: thoughts on critical histories of international law. *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, v. 22, p. 119-138, 2014. p. 123. (Tradução nossa)

93 PEGORARO, Olinto A. *Sentidos da história*: eterno retorno, destino, acaso, desígnio inteligente, progresso sem fim. Petrópolis: Vozes, 2011.

94 TRÜPER, Henning; CHAKRABARTY, Dipesh; SUBRAHMANYAM, Sanjay. Introduction: Teleology and history: nineteenth-century fortunes of an enlightenment project. In: TRÜPER, Henning; CHAKRABARTY, Dipesh; SUBRAHMANYAM, Sanjay (Eds.). *Historical teleologies in the modern world*. Londres: Bloomsbury, 2015. p. 3-24. p. 6. (Tradução nossa)

que concebia propósitos às instituições e normas pôde ser percebida, a título ilustrativo, no movimento de expansão da sociedade internacional no século XIX.

Esse tempo acelerado enquadrado no espaço de experiências foi alçado ao status de *standard* para as relações sociais, econômicas e culturais. Nesse particular, o progresso instaurou uma dinâmica imperial, assim poder-se-ia caracterizar os processos de hierarquização entre os povos avançados e aqueles atrasados em relação ao ideal de progresso experimentado pelos primeiros:

O progresso reunia, pois, experiências e expectativas afetadas por um coeficiente de variação temporal. Um grupo, um país, uma classe social tinham consciência de estar à frente dos outros ou ultrapassá-los. Aqueles dotados de uma superioridade técnica olhavam de cima para baixo o grau de desenvolvimento dos outros povos, e quem possuísse um nível superior de civilização julgava-se no direito de dirigir esses povos.<sup>95</sup>

Nesse contexto, por meio da adoção do *standard* civilizatório Europeu, o Direito Internacional teve acrescido ideais de aprimoramento dos povos não civilizados ou bárbaros para as quais o reconhecimento soberano deveria ser merecido e os demais institutos jurídicos – tais quais o Direito dos Tratados e o Direito da Guerra – eram aplicados de forma restrita, assimétrica e casuística.<sup>96</sup> Tal momento já foi caracterizado por Koskenniemi como um projeto de juristas liberais preocupados em construir uma sensibilidade civilizatória universal amparada em fatos científicos – como, por exemplo, o darwinismo social ou a sociologia positivista – diante dos quais a legislação iria atuar. Não pode ser mera coincidência a adequação dessa plataforma normativa à cultivada hegemonia da cultura Ocidental.<sup>97</sup>

É importante perceber que o concerto derivado da sobreposição de conceitos políticos com entendimentos filosóficos acerca da história por vezes forma vívidas imagens de futuro da sociedade internacional. A partir de Koselleck, poder-se-ia dizer que *o horizonte de expectativas é preenchido por ideias que pretendem exercer sua hegemonia*

*no espaço de experiências*. Por isto, quando se busca identificar as coordenadas teóricas de conceitos complexos como *soberania*, uma multiplicidade de leituras concorrerá, porquanto informarão a história sobre o passado, o presente e a perspectiva de futuro do instituto.

Vejam-se dois exemplos em que estas categorias se articulam para forjar uma determinada perspectiva de futuro, a primeira mais restrita, a segunda mais aberta em termos de horizontes de perspectiva. A afirmação do *império* de uma única potência no mundo pós 11/09 foi o elemento determinante para o que Richard Falk veio a considerar como principais modelos postulantes à ordem mundial pós-Westphaliana. Ao lado deste, Falk registra a ascensão das práticas de governança global, flexibilização de direitos e fortalecimento de atores não estatais. No primeiro caso, o unilateralismo dos EUA encarna o papel de protagonista a gerar um estado de guerras assimétricas, de enfraquecimento de instituições globais e de contínua classificação e eliminação de ameaças. No segundo caso, a utopia global de interdependência econômica, política e cultural se realizaria para preencher o espaço antes ocupado pelo anacrônico Estado-nação. Tais componentes, a um tempo, fortalecem a ambivalência normativa e institucional do mundo porvir, e, em um segundo momento, produzem um desfecho que inviabilizaria alternativas.<sup>98</sup>

Diferentemente, a intervenção de Hent Kalmo e Quentin Skinner nesse debate insiste que um único determinante não é suficiente para caracterizar o horizonte histórico definitivo, ou seja, que a complexidade histórica desautoriza conclusões definitivas. Para tanto, enfatizam a utilidade de se pensar, argumentativamente, sobre a soberania em vez de buscar por correlatos na experiência real: deve-se compreender a mudança conceitual e a vida política da linguagem em geral a fim de manter um diálogo permanente com a dimensão histórica da soberania. Uma vez que os usos de um conceito estão relacionados com conteúdos conceituais contingentemente situados, estes coexistem com outros possíveis conteúdos localizados em extratos temporais diversos, isto é, “vistos como sedimentos semânticos multicamadas a partir de uma acumulação de argumentos.”<sup>99</sup>

95 KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos modernos*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012. p. 317.

96 GROVOGUI, Siba N'Zatioula. *Sovereigns, quasi sovereigns, and africans*. Minneapolis: Minnesota University Press, 1996.

97 KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001; AFONSO, Henrique Weil. *A reconstrução histórica da diversidade no direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 285-352.

98 FALK, Richard. *International Law and the Future*. In: FALK, Richard; RAJAGOPAL, Balakrishnan; STEVENS, Jacqueline (Eds.). *International law and the third world: reshaping justice*. London: Routledge-Cavendish, 2008. p. 23-34.

99 KALMO, Hent; SKINNER, Quentin. *Introduction: a concept in fragments*. In: KALMO, Hent; SKINNER, Quentin (Eds.). *So-*

Nesses termos, a história pode iluminar o presente

[...] não apenas produzindo similaridades e revelando as contínuas raízes da nossa maquiagem conceitual, mas também, e talvez ainda mais importante, pelo seu estranhamento, por nos fazer ater à multiplicidade de caminhos que nós não seguimos.<sup>100</sup>

Importa à reflexão histórica sua capacidade de situar contingencialmente as condições de produção dos discursos políticos e jurídicos porque é somente a partir de um distanciamento dos mesmos – aqui opera o “estranhamento” – que o horizonte de futuro desenhado por eles não equivalerá ao desfecho teleológico das possibilidades de agência histórica.

Finalmente, à luz destas considerações, questiona-se se o Antropoceno inaugura um horizonte de expectativas favorável à sociedade internacional. Situando-se as projeções de colapso climático no núcleo dos debates históricos aqui considerados, o futuro desenrola um cenário menos utópico do que o internacionalismo liberal ou até mesmo do mundo imaginado pela governança global. De fato, a aludida desestabilização trazida a cabo pelo Antropoceno não se limita tão somente ao problema de como situar as atividades antropogênicas em uma perspectiva histórica, com suas hierarquias e discursos mais próximos do escrutínio político e democrático, mas, talvez mais relevante para esta discussão, a presença de distopias históricas:

Os modernos [...] voam futuro adentro e olham para trás, escapando do terrível sofrimento do passado e da opressão, porém incapazes de ver a destruição que os espera à frente. Para eles, o real é o que foi deixado para trás, e o futuro é só aquilo que o sujeito autônomo acaba por criar. Poucos progressistas deram a volta ao encarar o futuro; e pode-se ver porque, já que o progressista que muda de curso não pode mais ser um progressista. No Antropoceno, em adição ao passado do qual buscamos escapar, temos agora um futuro que queremos evitar; estamos apertados dos dois lados, e todo novo projeto emancipatório deve transcender a categoria progressista do passado.<sup>101</sup>

*reignty in fragments. the past, present and future of a contested concept.* Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 11. (Tradução nossa)

100 KALMO, Hent; SKINNER, Quentin. Introduction: a concept in fragments. In: KALMO, Hent; SKINNER, Quentin (Eds.). *Sovereignty in fragments. the past, present and future of a contested concept.* Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 10. (Tradução nossa)

101 HAMILTON, Clive. Human destiny in the Anthropocene. In: HAMILTON, Clive; BONNEUIL, Christophe; GEMENNE, François (Eds.). *The anthropocene and the global environmental crisis: rethinking modernity in a new epoch.* New York: Routledge, 2015. p. 39.

As considerações de Hamilton desafiam a tradição progressista do Direito Internacional e contextualizam o Antropoceno como o ambiente da improvável realização das utopias históricas onde

Os iluminados entre nós desejam harmonia, sustentabilidade e cooperação, mas estas aspirações chocam com os cientistas do mundo que agora descrevem imagens vívidas do ‘gigante enfraquecido’ [...] de Gaia ‘lutando’ e buscando vingança.<sup>102</sup>

Similarmente, o alerta de Chakrabarty, aquele de que o poder geológico coletivo associado à espécie humana em decorrência da atividade antropogênica dos últimos séculos, inspira menos otimismo do que a crença no progresso que influenciou os internacionalistas do século XIX e que foi revivido no contexto da década de 1990:

Hoje, é precisamente a ‘sobrevivência da espécie’ em uma ‘escala global’ que está largamente em questão. Todo o pensamento político progressista, incluindo a crítica pós-colonial, terá de assimilar esta profunda mudança na condição humana.<sup>103</sup>

O Antropoceno ocupa um estrato temporal próprio, operando num tempo geológico projetado para um futuro em que as condições estáveis do Holoceno estão sendo substituídas pela incerteza dos efeitos das ações antropogênicas. Assim como futuros distópicos não são propriamente bem-vindos no universo das teleologias do Direito Internacional, a possibilidade de que a história humana se dissocie dos projetos de triunfo da Razão acena igualmente para um rompimento contextual: o Antropoceno, em suas complexidades, hierarquias e instabilidades, demanda ser compreendido enquanto *evento*<sup>104</sup> histórico capaz de oportunizar a abertura contextual na medida em que o *evento* ascende em oposição à normalidade das aplicações rotineiras do direito, dos condicionamentos históricos evidentes – porém negli-

(Tradução nossa)

102 HAMILTON, Clive. Human destiny in the Anthropocene. In: HAMILTON, Clive; BONNEUIL, Christophe; GEMENNE, François (Eds.). *The anthropocene and the global environmental crisis: rethinking modernity in a new epoch.* New York: Routledge, 2015. p. 39. (Tradução nossa)

103 CHAKRABARTY, Dipesh. Postcolonial studies and the challenge of climate change. *New Literary History*, Baltimore, v. 43, n. 1, 2012. p. 15. (Tradução nossa)

104 A recente literatura que discute as conexões da categoria filosófica *evento* com o Direito Internacional pode ser explorada a partir de JOHNS, Fleur; JOYCE, Richard; PAHUJA, Sundhya. Introduction. In: JOHNS, Fleur; JOYCE, Richard; PAHUJA, Sundhya (Eds.). *Events: the force of international law.* London: Routledge, 2011. p. 1-17



genciados –, assim produzindo a desconexão capaz de expandir o horizonte de expectativas. Este é um caminho para a inserção da esperada ampliação do *espaço de experiências*, uma ampliação contextual que nos mostra que “mesmo que hoje estejamos limitados pelos nossos contextos, nem tudo a respeito do nosso pensar e agir é determinado por eles.”<sup>105</sup>

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Numa contribuição à abertura da tese do Antropoceno nas humanidades, o recurso à historiografia do Direito Internacional justifica-se vez que esse inovador campo de pesquisas busca incorporar o esforço de abertura e reconstrução do discurso histórico em diálogo com a pluralidade de atores e de narrativas. Igualmente, essa matriz teórica procede à problematização das relações entre presente e passado – porque desestabiliza os convencionais marcos historiográficos que respondem pela interpretação do passado-presente – e, finalmente, assimila posturas críticas em face de um propagado futuro comum da espécie humana.

A interpelação do Antropoceno em sua estrutura discursiva mostra-se relevante para a agenda internacionalista. Para tanto, deve ser destacada a recente problematização que Simon Lewis e Mark Aslim<sup>106</sup> cuidadosamente empregaram na discussão de outros possíveis marcos temporais – *eventos* – aptos a desafiar a hegemonia da datação na Revolução Industrial. Viu-se que as objeções da historiografia pós-colonial empregadas no exame de normas e institutos jurídicos poderão contribuir para a compreensão das complexidades históricas do Antropoceno. O substancial mérito desse procedimento decorre da sobreposição, de um lado, de hipóteses geológicas voltadas para a apuração das atividades antropogênicas numa dimensão histórica *conectada* com a história da sociedade internacional e, de outro, dos condicionamentos ideológicos e da estrutura discursiva resultantes da adoção de alternativas à narrativa corrente da crise climática.

É, sobretudo, na crítica à história do Direito que foi abordada a complexidade do Antropoceno desde suas

estruturas hierárquicas internas até suas projeções de um futuro comum para a espécie. Se o Antropoceno também diz respeito a um passado colonial, e se esse passado é vivido em um espaço de experiência ampliado pelas injustiças de outros e outras, cumpre então indagar sobre as condições/coordenadas epistêmicas que desenham o horizonte de expectativas das discussões dominantes no contexto do colapso climático antropogênico. Na clivagem história humana *vs* história natural, a última pode estar se sobrepondo de modo irreversível sobre a primeira, e o que está ameaçada aparenta ser a realização das teleologias históricas a despontarem no Direito Internacional.

A título de desfecho deste trabalho, considere-se o panorama teórico que se apresenta à sociedade internacional no contexto do Antropoceno. Ao situar-se o direito em termos de linguagem normativa de dimensões históricas recorrentes, verifica-se que o mesmo guarda as coordenadas para a construção conjunta da vida em comunidade. Todavia, pode-se igualmente afirmar que o direito que rege determinada comunidade, em determinado marco geográfico e temporal – em nosso caso, o Direito Internacional do começo do século XXI –, paradoxalmente reúne os elementos considerados controversos vindos de passados que ainda repercutem nas normas e institutos jurídicos.

Novas formas de injustiças despontam em sincronia com o reconhecimento de que as assimetrias globais, usualmente mais visíveis na esfera econômica ou na distribuição de recursos, responderão por hierarquias discursivas que dizem respeito à atividade antropogênica historicamente considerada. Esta, desigual por excelência, impacta a todos, mas a *muitos* de forma mais severa e imediata. A capacidade do direito em formular problemas e soluções que atendam a tais novas demandas, no limite das possibilidades impostas – como, por exemplo, os Estados em vias de desaparecimento em razão do aumento do nível dos mares –, pode estar relacionada à sua capacidade para imaginar futuros possíveis nos quais Matafele Peinam, futura ex-nacional das Ilhas Marshall, possa realizar seus projetos de vida sem que, para isso, tenha de embarcar em uma jornada interestelar como os tripulantes de Aurora. Nesse momento, Gaia nos expulsará.

A história do direito desempenha um papel fundamental ao iluminar caminhos alternativos à regulação posta, ao identificar dimensões de injustiças históricas

105 KOSKENNIEMI, Martti. Victoria and us: thoughts on critical histories of international law. *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, v. 22, p. 119-138, 2014. p. 135. (Tradução nossa)

106 LEWIS, Simon; MASLIN, Mark. Defining the anthropocene. *Nature*, Londres, v. 519, p. 171-180, 2015.

invisíveis às delimitações contextuais e ao desenhar um quadro mais completo para a tomada de decisões da vida em comunidade. Em contrapartida, o Antropoceno demanda dos historiadores a capacidade de refletir sobre extratos temporais de vastas escalas, sobre narrativas contraditórias de projetos universais, mas sempre contemplando o passado que, ao repercutir no presente, coloca o futuro em suspensão. Em contextos cada vez mais imprevisíveis, uma condicionalidade essencial revela-se no horizonte de expectativas da sociedade internacional: a história humana sofre intrusões daquela mesma Gaia que já foi considerada dominada. Paradoxalmente, será Gaia que inviabilizará a *era da espécie humana*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO, Henrique Weil. *A reconstrução histórica da diversidade no direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- AL ATTAR, Mohsen; MILLER, Rosalie. Towards an emancipatory international law: the bolivarian reconstruction. *Third World Quarterly*, Abingdon, v. 31, n. 3, p. 347-363, 2010.
- ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- ALLEN, Myles et al. *Climate change 2014 synthesis report*. Approved summary for policymakers. International governmental synthesis report. Fifth assessment synthesis report. 2014. Disponível em: <<http://www.ipcc.ch/report/ar5/wg2/>>. Acesso em: 03 dez. 2015.
- BANCO MUNDIAL. *The 2016 edition of World Development Indicators is out: three features you don't want to miss*. Disponível em: <<http://blogs.worldbank.org/opendata/2016-edition-world-development-indicators-out-three-features-you-won-t-want-miss>>. Acesso em: 18 maio 2016.
- BARROS-PLATIAU, Ana Flávia et al. Correndo para o mar no antropoceno: a complexidade da governança dos oceanos e a estratégia brasileira de gestão dos recursos marinhos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 149-168, 2015.
- BONNEUIL, Christophe. The geological turn: narratives of the Anthropocene. In: HAMILTON, Clive; BONNEUIL, Christophe; GEMENNE, François (Eds.). *The anthropocene and the global environmental crisis: rethinking modernity in a new epoch*. New York: Routledge, 2015. p. 17-31.
- CHAKRABARTY, Dipesh. Postcolonial studies and the challenge of climate change. *New Literary History*, Baltimore, v. 43, n.1, p. 1-18, 2012.
- CHAKRABARTY, Dipesh. The climate of history: four theses. *Critical Inquiry*, Chicago, v. 35, n. 2, p. 197-222, 2009.
- COLLINGWOOD, Robin George. A história como representação da experiência passada. In: GARDINER, Patrick. *Teorias da história*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- CRUTZEN, Paul; STEFFEN, Will; MCNEILL, John. The anthropocene: are humans now overwhelming the great forces of nature? *Ambio*, Estocolmo, v. 36, n. 8, p. 614-621, 2007.
- CRUTZEN, Paul; STOERMER, Eugene. The "Anthropocene". *Global Change Newsletter (IGBP)*, n. 41, p. 17-18, 2000.
- DELOUGHREY, Elizabeth; HANDLEY, George. Introduction: Toward an Aesthetics of the Earth. In: DELOUGHREY, Elizabeth; HANDLEY, George (Eds.). *Postcolonial ecologies: literatures of the environment*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 3-39.
- DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1993.
- FALK, Richard. International law and the future. In: FALK, Richard; RAJAGOPAL, Balakrishnan; STEVENS, Jacqueline (Eds.). *International law and the third world: reshaping justice*. London: Routledge-Cavendish, 2008. p. 23-34.
- FASOLT, Constantin. *The limits of history*. Chicago: University of Chicago Press, 2004.
- FRANCO, Fernanda Cristina de Oliveira. Oportunidades e desafios das TWAIL no contexto latino-americano a partir das perspectivas dos povos indígenas ao direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 226-244, 2015.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 339-354, 2015.
- GATHII, James Thou. International law and eurocentricity. *European Journal of International Law*, Florença, v. 9, n. 1, p. 184-211, 1998.

- GREAR, Anna. Deconstructing Anthropos: a critical reflection on 'anthropocentric' law and anthropocene 'humanity'. *Law and Critique*, Dordrecht, v. 26, n. 3, p. 225-249, 2015.
- GREAR, Anna. Editorial. The discourse of 'biocultural' rights and the search of new epistemic parameters: moving beyond essentialisms and old certainties in an age of Anthropocene complexity? *Journal of Human Rights and the Environment*, v. 6, n. 1, p. 1-6, 2015.
- GREGORY, Derek. *The colonial present*. Oxford: Blackwell Publishing, 2004.
- GROSS, Leo. The peace of westphalia, 1648-1948. *American Journal of International Law*, Washington, v. 42, n. 1, p. 21-40, 1948.
- GROVOGUI, Siba N'Zatioula. *Sovereigns, quase sovereigns, and africans*. Minneapolis: Minnesota University Press, 1996.
- HAMILTON, Clive. Human destiny in the Anthropocene. In: HAMILTON, Clive; BONNEUIL, Christophe; GEMENNE, François (Eds.). *The anthropocene and the global environmental crisis: rethinking modernity in a new epoch*. New York: Routledge, 2015. p. 32-43.
- HAMILTON, Clive; BONNEUIL, Christophe; GEMENNE, François. Thinking the Anthropocene. In: HAMILTON, Clive; BONNEUIL, Christophe; GEMENNE, François. *The anthropocene and the global environmental crisis: rethinking modernity in a new epoch*. New York: Routledge, 2015. p. 1-13.
- HERDER, Johann Gottfried. Ideias para a filosofia da história da humanidade. In: GARDINER, Patrick. *Teorias da história*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- HUNTER, Ian. Global justice and regional metaphysics: on the critical history of the law of nature and nations. In: DORSETT, Shaunnagh; HUNTER, Ian (Eds.). *Law and politics in british colonial thought: transpositions of empire*. New York: Palgrave Macmillan, 2010. p. 11-30.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *Final report of the international committee on baselines under the international law of the sea*. 75th Conference. Sofia, 2012. Disponível em: <[www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1028](http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1028)>. Acesso em: 25 maio 2016.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *IPCC Overview*. 1990. Disponível em: <[http://www.ipcc.ch/publications\\_and\\_data/publications\\_and\\_data\\_reports.shtml#1](http://www.ipcc.ch/publications_and_data/publications_and_data_reports.shtml#1)>. Acesso em: 03 dez. 2015.
- JAY, Martin. Historical explanation and the event: reflection on the limits of contextualization. *New Literary History*, Baltimore, v. 42, n. 4, p. 557-571, 2011.
- JETNIL-KIJINER, Kathy. *Dear metafele peinam*. 2014. Disponível em: <<https://jkijiner.wordpress.com/2014/09/24/united-nations-climate-summit-opening-ceremony-my-poem-to-my-daughter/>>. Acesso em: 10 jan. 2016.
- JOHNS, Fleur; JOYCE, Richard; PAHUJA, Sundhya. Introduction. In: JOHNS, Fleur; JOYCE, Richard; PAHUJA, Sundhya (Eds.). *Events: the force of international law*. London: Routledge, 2011. p. 1-17.
- KALMO, Hent; SKINNER, Quentin. Introduction: a concept in fragments. In: KALMO, Hent; SKINNER, Quentin (Eds.). *Sovereignty in fragments: the past, present and future of a contested concept*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 1-25.
- KIRSCH, Heitor Marcos; FILIPPI, Eduardo Ernesto. A dimensão ambiental do desenvolvimento: implicações para além do seu gerenciamento técnico-administrativo em um contexto de mudança climática. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 29-44, 2012.
- KOSSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos modernos*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.
- KOSKENNIEMI, Martti. Victoria and us: thoughts on critical histories of international law. *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, v. 22, p. 119-138, 2014.
- KOSKENNIEMI, Martti. Histories of international law: significance and problems for a critical view. *Temple International and Comparative Law Journal*, Philadelphia, v. 27, n. 2, p. 215-240, 2013.
- KOSKENNIEMI, Martti. Law, teleology and international relations: an essay in counterdisciplinarity. *International Relations*, Aberystwyth, v. 26, n. 3, p. 3-34, 2012.
- KOSKENNIEMI, Martti. Histories of international law: dealing with eurocentrism. *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, v. 19, p. 152-176, 2011.
- KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. Cam-



- bridge: Cambridge University Press, 2001.
- LATOURE, Bruno. Telling friends from foes in the time of the Anthropocene. In: HAMILTON, Clive; BONNEUIL, Christophe; GEMENNE, François (Eds.). *The anthropocene and the global environmental crisis: rethinking modernity in a new epoch*. New York: Routledge, 2015. p. 145-155.
- LEWIS, Simon; MASLIN, Mark. Defining the Anthropocene. *Nature*, Londres, v. 519, p. 171-180, 2015.
- MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 1-13, 2012.
- MALM, Andreas; HORNBORG, Alf. The geology of mankind? a critique of the anthropocene narrative. *The Anthropocene Review*, v. 1, n. 1, p. 62-69, 2014.
- MARQUES, Clarissa. When the future becomes the present of the environmental crisis: the jurisprudence of the Brazilian supreme court and the future dimension of the right to the environment. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 704-728, 2016.
- MUTUA, Makau. *What is TWAIL?* proceedings of the 94th annual meeting of the american society of international law. 2000. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=1533471>>. Acesso em: 05 abr. 2012.
- OAKLEY, Francis. *Politics and eternity: studies in the history of medieval and early-modern political thought*. Brill: Leiden, 1999.
- OKAFOR, Obiora Chinedu. Newness, imperialism and international legal reform in Our time: a TWAIL perspective. *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 43, n. 1, p. 171-191, 2005.
- OPPENHEIM, Lassa. The science of international law: its task and method. *American Journal of International Law*, Washington, v. 2, n. 2, p. 313-356, 1908.
- ORESQUES, Naomi. The scientific consensus on climate change: how do we know we're not wrong? In: DIMENTO, Joseph F. C.; DOUGHMAN, Pamela (Eds.). *Climate change: what it means for us, our children, and our grandchildren*. Cambridge: The MIT Press, 2007. p. 65-100.
- ORFORD, Anne. *The past as law or history?* the relevance of imperialism for modern international law. IILJ Working Paper 2012. Disponível em: <<http://www.iilj.org/publications/documents/IILJ20122OrfordFINALrevisedtorelectupdateeditors.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2014.
- OSOFSKY, Hari M. A right to frozen water? the institutional spaces for supranational climate change petitions. In: MILLER, Russell A.; BRATSPIES, Rebecca M. (Eds.). *Progress in international law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008. p. 749-770.
- PLUMWOOD, Val. Decolonizing relations with nature. In: ADAMS, William; MULLIGAN, Martin (Eds.). *Decolonizing nature: strategies for conservation in a post-colonial era*. London: Earthscan Publications, 2003. p. 51-78.
- RAJAGOPAL, Balakrishnan. *International law from below: development, social movements and third world resistance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- ROBERTS, J. Timmons; PARKS, Bradley C. *A climate of injustice: global inequality, north-south politics, and climate policy*. Cambridge: The MIT Press, 2007.
- SKINNER, Quentin. Meaning and Understanding in the History of Ideas. *History and Theory*, Middletown, v. 8, n. 1, p. 3-53, 1969.
- STENGERS, Isabelle. *No tempo das catástrofes: resistir à barbárie que se aproxima*. São Paulo: Cosac Naify, 2015.
- STENGERS, Isabelle. Accepting the reality of Gaia: a fundamental shift? In: HAMILTON, Clive; BONNEUIL, Christophe; GEMENNE, François (Eds.). *The anthropocene and the global environmental crisis: rethinking modernity in a new epoch*. New York: Routledge, 2015. p. 134-144.
- TRÜPER, Henning; CHAKRABARTY, Dipesh; SUBRAHMANYAM, Sanjay. Introduction: Teleology and history: nineteenth-century fortunes of an enlightenment project. In: TRÜPER, Henning; CHAKRABARTY, Dipesh; SUBRAHMANYAM, Sanjay (Eds.). *Historical teleologies in the modern world*. Londres: Bloomsbury, 2015. p. 3-24
- VIDAS, Davor. Sea-level rise and international law: at the convergence of two epochs. *Climate Law*, Leiden, v. 4, n. 1, p. 70-84, 2014.
- VIDAS, Davor; ZALASIEWICZ, Jan; WILLIAMS, Mark. What is the Anthropocene: and Why is it relevant for International Law? *Yearbook of International Environmental Law*, Oxford, v. 25, n. 1, p. 3-23, 2015.

## **AGRADECIMENTO**

O autor gostaria de agradecer o auxílio financeiro da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior que viabilizou a realização de Pós-Doutoramento junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito Agroambiental da Universidade Federal de Mato Grosso no período 2014-2015. O presente trabalho apresenta as conclusões do referido estágio de pesquisa.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Precedentes vinculantes nos estados unidos da américa e no direito brasileiro: um estudo comparado**

**Binding precedents in the united states of america and in the brazilian law: a comparative study**

Patrícia Perrone Campos Mello



# Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado\*

## Binding precedents in the United States of America and in the Brazilian Law: a comparative study

Patrícia Perrone Campos Mello\*\*

### RESUMO

O artigo desenvolve uma análise comparada sobre o significado e o modo de operar com precedentes judiciais no direito norte-americano (pertencente à família do *common law*) e no direito brasileiro (de origem romano-germânica), com o propósito de identificar categorias e institutos que auxiliem a compreensão da prática brasileira, com base em um país com tradição nessa matéria. Com esse objetivo, três aspectos essenciais da operação com precedentes foram analisados e confrontados: (i) o conteúdo vinculante dos precedentes em cada sistema; (ii) o processo colegiado de decisão das cortes constitucionais; e (iii) a diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*. O exame dessas categorias revela que não há perfeita correspondência entre os *binding precedents* norte-americanos e os precedentes vinculantes brasileiros. O próprio significado de precedente vinculante, no Brasil, encontra-se, ainda, substancialmente, indeterminado. Há discussão sobre a eficácia vinculante da *ratio decidendi*, não se diferencia com precisão *ratio decidendi* de *obiter dictum* e o processo decisório da corte constitucional não contribui para o esclarecimento desses elementos. A indeterminação constitui uma ameaça à efetividade da força normativa dos precedentes e indica a necessidade de aperfeiçoamentos institucionais do Judiciário brasileiro, e, sobretudo, de um sistema de formação e de incentivos para que os magistrados adiram à prática.

**Palavras-chave:** Precedentes vinculantes. Direito comparado. *Ratio decidendi*.

### ABSTRACT

This study develops a comparative analysis on the meaning and operation of binding precedents in the United States of America (attached to common law tradition) and in the Brazilian Law (attached to civil law tradition). The purpose of the analysis is to identify categories and institutes produced by a country with a long experience on the matter, in order to improve the comprehension of the Brazilian practice. With this purpose, this study examined and compared three fundamental elements of each system: (i) the binding content of precedents; (ii) the collegial decision proce-

\* Autora convidada

\*\* Mestre e doutora pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Professora da graduação e da pós-graduação stricto sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: patricia.mello@stf.jus.br

ture of constitutional courts; and (iii) the distinction between *ratio decidendi* and *obiter dictum*. In conclusion, it demonstrates that there is not a perfect equivalence between American and Brazilian binding precedents. It also shows that the meaning of binding precedents in Brazil is still undefined: the binding effects of *ratio decidendi* are controversial, *ratio decidendi* and *obiter dictum* distinction is not precise and the collegial decision procedure of Brazilian Supreme Court does not help to clarify these issues. We argue that this scenario threatens the normative force of Brazilian precedents, and that it is necessary to improve our judicial institutions and to introduce incentive systems to induce courts compliance to binding precedents.

**Keywords:** Binding precedents. Comparative law. *ratio decidendi*.

## 1. INTRODUÇÃO

O Brasil tem apresentado, desde a promulgação da Constituição de 1988, uma tendência crescente à adoção de precedentes judiciais vinculantes<sup>1</sup>. A Constituição adotou um sistema híbrido de controle da constitucionalidade. Manteve o controle difuso, de inspiração norte-americana, possibilitando a discussão da matéria constitucional, no âmbito de litígios concretos, e previu

a possibilidade de apreciação final da questão pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de recurso extraordinário. A decisão do STF nessa sede, originalmente, produzia efeitos apenas entre os postulantes, mas havia a possibilidade de suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal<sup>2</sup>.

A Carta de 1988 promoveu, em paralelo, uma considerável expansão do controle concentrado da constitucionalidade, de origem europeia, por meio de ações propostas diretamente no Supremo, cujo objeto principal, como regra, é aferir a compatibilidade em tese de um ato com a Constituição<sup>3</sup>. Nesse tipo de controle, atribuiu às decisões eficácia vinculante e geral (*erga omnes*), cuja observância é obrigatória para todos os demais órgãos judiciais<sup>4</sup>. O desrespeito às decisões com tal eficácia se sujeitava, desde a origem, à cassação, por meio de reclamação proposta diretamente ao STF.

Veja-se que, anteriormente à Constituição de 1988, o controle concentrado da constitucionalidade podia ser deflagrado por um único legitimado: o Procurador-Geral da República. Com a nova Carta, o rol de legitimados para a propositura das ações diretas foi bastante ampliado, tendo-se estendido, inclusive, para entidades representativas tais como a Ordem dos Advogados do Brasil, as confederações sindicais, as entidades de classe de âmbito nacional e os partidos políticos<sup>5</sup>. O texto ori-

1 Toda decisão judicial produz efeitos vinculantes. A maior parte das decisões vinculam apenas aqueles que foram parte na ação. Algumas delas, contudo, além de vincularem as próprias partes estabelecem entendimentos a serem obrigatoriamente observados pelos demais órgãos judiciais, no julgamento de casos futuros e semelhantes. É com este último sentido que se aludirá a precedentes vinculantes neste trabalho. Ainda que o termo vinculante não implique necessariamente, do ponto de vista estritamente técnico, a produção de efeitos para além do processo em que a decisão foi proferida, a prática jurídica consagrou o uso da expressão *precedente vinculante* para aludir a julgados que produzem efeitos impositivos e gerais para além dos casos em que proferidos e, por isso, é com essa conotação que será utilizada aqui. Em razão da falta de uma cultura de respeito voluntário aos precedentes no Brasil, só se consideraram incluídos nesta categoria aqueles precedentes cujo descumprimento possibilita a propositura de reclamação diretamente no Supremo Tribunal Federal, para cassação da decisão divergente. É que somente nesses casos o caráter impositivo do precedente alcança efetividade, como já observou a doutrina sobre a matéria. É, portanto, com esse significado que o termo precedente vinculante será utilizado neste trabalho. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015. p. 160-161; 235-248; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 74-113.

2 Art. 52: “Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 02 dez. 2016.

3 Afirma-se que a apreciação da constitucionalidade ocorre em tese porque a discussão não nasce de um litígio concreto, entre partes que disputam determinado bem. De fato, no Brasil, o controle concentrado é, como regra, associado ao controle principal e abstrato. Mas há exceções, como, por exemplo, a representação interventiva, que instaura controle concentrado no STF, porém realizado em concreto e incidentalmente, tendo por objeto um conflito federativo. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1306-1307.

4 As decisões proferidas em controle concentrado da constitucionalidade pelo STF produzem efeitos vinculantes e gerais oponíveis não apenas aos demais órgãos judiciais, mas também à administração pública (CF/88, art. 102, I, I, c/c §2º). Esse alcance tão amplo dos efeitos gerais produzidos pelos julgados nesta sede não estão presentes em outros precedentes vinculantes, cujos entendimentos se impõem apenas aos demais órgãos judiciais, sem que deixem de se caracterizar como vinculantes. Como essa diferenciação não é essencial para os fins deste trabalho, e para não torná-lo desnecessariamente complexo, optou-se por evitar a alusão a tal particularidade.

5 Art. 103: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade

ginal da Constituição previu, como instrumentos dessa modalidade de controle, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), esta última, contudo, sem contornos definidos<sup>6</sup>.

Com a Emenda Constitucional 3/1993, inseriu-se, no sistema de controle concentrado, a ação declaratória da constitucionalidade – nova modalidade de ação direta igualmente apta a produzir julgados dotados de eficácia vinculante e geral. Mais adiante, a Lei 9.882/1999 dispôs sobre o processo e o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, definindo-a como mais um instrumento desse tipo de controle, com caráter subsidiário quanto às demais ações diretas. Previu-se que a ADPF seria cabível, sempre que presente a violação de um preceito fundamental da Constituição, se não fosse possível a discussão da matéria por meio das demais ações diretas já previstas no ordenamento<sup>7</sup>. As decisões nela proferidas, também, constituiriam precedente vinculante, tal como ocorria com as demais ações diretas. Notadamente, a expansão do controle concentrado da constitucionalidade ligava-se à possibilidade de produção de precedentes vinculantes pelo Supremo nessa sede, o que não ocorria no caso do controle difuso.

Mais adiante, a Emenda Constitucional (EC) 45/2004 criou, então, a súmula vinculante: verbete for-

mulado pelo Supremo Tribunal Federal, estabelecendo uma síntese do entendimento constitucional sobre matéria reiteradamente julgada pelo tribunal, cuja observância seria obrigatória para os demais órgãos judiciais e para a administração pública. A partir de então, tornou-se possível conferir efeitos vinculantes e gerais a entendimentos constitucionais reiteradamente proferidos pelo STF em sede difusa. O desrespeito às súmulas vinculantes passou a ensejar a cassação da decisão divergente, por meio de reclamação dirigida diretamente ao Supremo<sup>8</sup>.

A EC 45/2004 introduziu, ainda, um novo requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário: a repercussão geral da matéria debatida<sup>9</sup>. Em 2006, o instituto da repercussão geral foi regulamentado pela Lei 11.418/2006, e criou-se o procedimento especial para julgamento de recursos extraordinários repetitivos<sup>10</sup>. O novo procedimento previu que, em caso de diversos recursos sobre idêntica controvérsia, o tribunal *a quo* selecionaria alguns paradigmas sobre o tema e os remeteria ao STF. Os demais casos seriam sobrestados, de forma que, uma vez reconhecida a repercussão geral dos paradigmas e julgado seu mérito pelo Supremo, a tese constitucional firmada pela Corte fosse aplicada por todos os demais tribunais.

A razão de ser do procedimento especial para julgamento de recursos extraordinários repetitivos em sede difusa era clara: fazer com que o Supremo Tribunal Federal firmasse entendimentos sobre matéria constitucional que fossem replicados pelos órgãos judiciais nos demais casos semelhantes, de modo a reduzir o volume de recursos submetidos a seu exame. Entretanto, o próprio tribunal entendeu não ser cabível reclamação em caso de descumprimento dos entendimentos firmados

---

e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 02 dez. 2016.

6 Art. 102, § 1º: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 02 dez. 2016.

7 A caracterização da subsidiariedade na ADPF, de acordo com a jurisprudência do STF, depende da demonstração do não cabimento de outra ação direta, bem como da necessidade de que a questão seja efetivamente decidida por esta via, ou seja, é necessário demonstrar, ainda, a necessidade de uma decisão que produza efeitos vinculantes e gerais com o alcance dos precedentes proferidos em controle concentrado. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 335-339.

---

8 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 02 dez. 2016.

9 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 02 dez. 2016. Art. 543-A, §1º, com redação conferida pela Lei 11.418/2006: “Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. BRASIL. Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm)>. Acesso em: 02 dez. 2016.

10 BRASIL. Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm)>. Acesso em: 02 dez. 2016.



em repercussão geral<sup>11</sup>. A prática, por sua vez, demonstrou que a inexistência de um mecanismo como a reclamação para impor o respeito aos precedentes do Supremo, em um país sem essa cultura, frustrava a sua efetiva normatividade. De fato, nem sempre os órgãos judiciais vinculados se dispunham a cumpri-los voluntariamente, de modo que, na vigência do antigo Código de Processo Civil, as decisões proferidas em repercussão geral não podiam ser considerados “precedentes vinculantes” em sentido pleno<sup>12</sup>.

Finalmente, em 2015, editou-se o novo Código de Processo Civil (CPC/2015), estabelecendo-se como precedentes vinculantes em matéria constitucional não apenas as decisões proferidas em controle concentrado da constitucionalidade, mas os entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal, no controle difuso da constitucionalidade, em sede de repercussão geral e de recurso repetitivo. Passou-se, ainda, a admitir a propositura de reclamação diretamente ao STF (desde que exauridas as instâncias ordinárias), também em caso de descumprimento da interpretação fixada em repercussão geral, podendo a Corte cassar, liminarmente, as decisões judiciais divergentes<sup>13</sup>.

O CPC/2015 contemplou, ainda, o recurso especial

repetitivo com procedimento semelhante ao recurso extraordinário repetitivo<sup>14</sup> e inseriu, no âmbito dos tribunais, dois novos institutos: o incidente de resolução de demanda repetitiva e o incidente de assunção de competência. O primeiro instituto se destina à produção de precedente vinculante sobre matéria repetitiva nos tribunais<sup>15</sup>; o segundo é voltado à produção de precedente vinculante sobre questão com relevância social que ainda não seja objeto de uma multiplicidade de recursos<sup>16</sup>. Em ambos os casos, a observância do precedente será obrigatória e seu descumprimento ensejará reclamação<sup>17</sup>.

O avanço dos precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro pode ser compreendido à luz da necessidade de realização de três valores fundamentais: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência. A observância dos entendimentos firmados pelos tribunais promove, em primeiro lugar, uma maior previsibilidade, estabilidade e continuidade do direito, tendo em vista que a solução aplicada a um caso norteará a solução dos demais casos análogos, reduzindo-se a discricionariedade dos juízes. O respeito aos precedentes assegura, em segundo lugar, que casos idênticos receberão o mesmo tratamento e, portanto, que os diferentes jurisdicionados serão tratados com isonomia<sup>18</sup>. Torna, por fim, mais racional o trabalho do Judiciário e o uso de seus recursos, voltando a energia dos magistrados para as questões que ainda não foram assentadas, reduzindo o número de reformas de decisões pelos tribunais e desestimulando demandas e recursos aventureiros. Esses são os mesmos valores que, de modo geral, justificaram a adoção de precedentes vinculantes no *common law*<sup>19</sup>.

11 V. STF, Pleno, Rcl 7569, rel. Min. Ellen Gracie, *DJe*, 11.12.2009; Rcl 10.973, rel. Min. Ellen Gracie, *DJe*, 06.06.2011; Segunda Turma, Rcl 17036 AgR, rel. Min. Teori Zavascki, *DJe*, 27.04.2016; Segunda Turma, Rcl 16245 AgR-ED, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe*, 01.09.2015; Segunda Turma, Rcl 17914 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe*, 04.09.2014.

12 Para um exame da eficácia dos precedentes judiciais no sistema brasileiro, antes e depois do CPC/2015. MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. *Universitas Jus*, Brasília, v. 26, n. 2, jul./dez. 2015, p. 41-54; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1315-1318; 1413-1421; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITTIERO, Daniel. *Novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 872-876; 920-921.

13 Art. 988: “Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal; III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; [...] § 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam”. BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 2 dez. 2016.

14 O recurso especial repetitivo foi introduzido no sistema processual brasileiro pelo art. 543-C do CPC/1973, com redação conferida pela Lei 11.672/2008.

15 BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 2 dez. 2016.

16 BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 2 dez. 2016.

17 BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 2 dez. 2016.

18 Sobre a relação entre isonomia e processo civil. GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

19 MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 69-74.

De todo modo, a instabilidade jurisprudencial e a aplicação de entendimentos antagônicos a situações semelhantes têm sido percebidos como um problema crônico no Brasil não apenas por parte dos jurisdicionados, mas, igualmente, por parte da sua comunidade jurídica. Há muitos anos, buscaram-se soluções para um volume exponencialmente crescente de processos, inclusive nos tribunais superiores<sup>20</sup>, a ponto de o Supremo Tribunal Federal ter sido apontado como “o tribunal mais sobrecarregado do mundo”<sup>21</sup>.

Feito o histórico sobre a evolução dos precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, uma primeira anotação se faz imprescindível: nosso direito possui origem romano-germânica. O sistema romano-germânico caracteriza-se por ter a lei, ou seja, a norma escrita, aprovada pelo legislador, como a principal fonte do direito e por conferir ao precedente judicial, como regra, eficácia, meramente, persuasiva. De fato, essa foi, com alguns temperamentos, a realidade do ordenamento jurídico brasileiro até a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil. Consequentemente, o Brasil não dispõe de tradição no manejo de precedentes vinculantes ou na compreensão e reflexão do direito com base nessa categoria<sup>22</sup>.

Por essa razão, o aumento dos casos de precedentes vinculantes é sublinhado pela doutrina como um indicador de que estaríamos experimentando um processo de aproximação entre o nosso sistema e o *common law*. O *common law* é o sistema de direito adotado pelos países de colonização inglesa e tem por característica central o reconhecimento das decisões judiciais como principal fonte do direito. Esse sistema adota o *stare decisis*<sup>23</sup>, política que determina que as cortes sigam os precedentes estabelecidos pelos tribunais que lhes são, hierarquica-

mente, superiores, e tem uma tradição consolidada no manejo com precedentes vinculantes.

A afirmação dessa aproximação não se limita ao direito brasileiro. De modo geral, alega-se que os países de origem romano-germânica têm apresentado uma tendência, sobretudo em matéria constitucional, a evoluir para a adoção de precedentes vinculantes<sup>24</sup>; e que, paralelamente, os países que adotam o *common law*, também, têm demonstrado uma inclinação crescente a recorrer à lei como forma de implementar mudanças sociais rápidas, de assegurar prestações relacionadas ao estado de bem-estar social ou de cumprir compromissos decorrentes do ingresso em comunidades internacionais<sup>25</sup>. Em razão disso, sugere-se que há, em verdade, um processo de aproximação recíproca entre os dois sistemas, marcado por um importante intercâmbio de ideias e de institutos.

O presente trabalho tem o propósito de produzir um estudo comparativo entre o conceito e a forma de operar com precedentes vinculantes no direito constitucional brasileiro e no *common law*, com ênfase no direito norte-americano. A opção pelo direito norte-americano justifica-se, em primeiro lugar, porque, embora os Estados Unidos da América adotem o *common law* e tenham, por consequência, uma longa tradição na operação com precedentes vinculantes, dispõem, por outro lado, de uma constituição escrita e rígida<sup>26</sup>. Seus precedentes

20 Para um exame da sobrecarga dos tribunais à luz da análise econômica do direito. GICO, Ivo T. *A tragédia do judiciário*: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. 2012. Disponível em: <[http://works.bepress.com/ivo\\_teixeira\\_gico\\_junior/53/](http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/53/)>. Acesso em: 2 set. 2016.

21 THE ECONOMIST. *Brazil's Supreme Court: when less is more*. 2009. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/13707663>>. Acesso em: 2 set. 2016.

22 MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 11-60.

23 *Stare decisis* deriva da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, que significa: “deixar quieto o que já foi decidido e não alterá-lo”. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 116-118.

24 É o que ocorre hoje, em maior ou menor grau, na Alemanha, na Itália e na Espanha. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur (Org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 17-65; TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur (Org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 141-189; RUIZ MIGUEL, Alfonso; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur (Org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 259-293.

25 Nessa linha, os Estados Unidos da América aprovaram a Lei de Proteção ao Paciente e ao Tratamento a Custo Acessível (*Patient Protection and Affordable Care Act*), com o propósito de garantir o acesso da população à saúde. E a Inglaterra editou a Lei de Reforma Constitucional de 2005 (*Constitutional Reform Act*), pela qual criou uma Suprema Corte, situada fora do Parlamento, com a finalidade de reproduzir o sistema tradicional de tripartição de poderes adotado pela Comunidade Europeia. Informações disponíveis em: <<http://housedocs.house.gov/energycommerce/ppacacon.pdf>> e <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents>>.

26 Não se desconhecem as profundas diferenças existentes entre

voltam-se, portanto, a aplicar uma norma geral, à semelhança de uma lei, o que aproxima o direito constitucional norte-americano, em alguma medida, do modo de operar do sistema romano-germânico. O sistema norte-americano serviu, ainda, de inspiração para o controle difuso da constitucionalidade brasileira, responsável, atualmente, pelo maior volume de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. E as decisões e o modo de operar da sua Suprema Corte exercem influência sobre o nosso debate de temas constitucionais e são tidos como uma referência relevante pela jurisprudência e pela doutrina brasileiras<sup>27</sup>.

Acredita-se que a investigação ora proposta é de grande interesse porque, com a vigência do novo Código de Processo Civil, o Brasil precisará adotar novos institutos e ajustar a aplicação do direito a uma realidade em que o uso de precedentes vinculantes foi generalizado. Nessas condições, o estudo da experiência norte-americana pode revelar categorias interessantes, que auxiliarão a compreensão do direito doméstico, e que, nessa medida, ajudarão a definir uma agenda de questões que precisam ser enfrentadas e compostas pelo Judiciário brasileiro. Com esse objetivo, passa-se, a seguir, ao exame da operação com precedentes no direito norte-americano e no direito brasileiro, no que diz respeito a três aspectos essenciais: (i) a definição do teor vinculante dos precedentes, denominado *ratio decidendi* ou *holding*; (ii) o processo colegiado de decisão de suas cortes constitucionais; (iii) a delimitação e a força impositiva atribuída aos *obiter dicta*<sup>28</sup>.

a Constituição de 1988, analítica, abrangente e tantas vezes emendada, e a Constituição norte-americana, vigente desde 1789, antiga, sintética e submetida a poucas alterações. Todavia, o sistema norte-americano é mais próximo do nosso do que o sistema inglês, que sequer se dispõe de uma constituição escrita.

27 SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 450-454.

28 A opção pela metodologia de comparação entre os dois sistemas e a escolha dos aspectos a serem examinados se aproxima, tanto quanto possível, da abordagem desenvolvida em MACCOR-MICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited Ashgate Publishing Limited, 1997. Seguramente esses não são os únicos aspectos que mereceriam confronto. Outros pontos relevantes para a compreensão de semelhanças e diferenças entre tais sistemas referem-se, a título ilustrativo, ao modo de realizar a distinção entre casos e aos *standards* a serem observados na superação de julgados. Esses aspectos não serão examinados aqui por demandarem pesquisa autônoma. É importante, ainda, o registro sobre a existência de farto debate na literatura sobre métodos legítimos para estudos de direito comparado, que, de

Há, por fim, uma última razão que justifica o presente estudo. Muitos são os autores que recorrem ao sistema norte-americano para o estudo da matéria. Entretanto, é fundamental compreender que não há uma perfeita correspondência entre os *binding precedents* norte-americanos e os precedentes vinculantes brasileiros. Como já sinalizado, o direito brasileiro provém de família jurídica diversa, adotou um controle de constitucionalidade híbrido, que, também, sofreu influência europeia e suas instituições enfrentam particularidades e limitações diversas das norte-americanas. Portanto, é importante, também, compreender as profundas diferenças que podem marcar o uso do termo *precedentes* em cada qual dessas realidades.

## 2. O TEOR VINCULANTE DOS PRECEDENTES NOS SISTEMAS EM EXAME

### 2.1. A *ratio decidendi* no direito norte-americano

O primeiro aspecto a ser examinado para a compreensão do significado de precedente vinculante nos referidos países diz respeito ao conteúdo ou à parte da decisão judicial que determinará o julgamento de casos futuros. No *common law* em geral e nos Estados Unidos da América, inclusive, tal conteúdo é denominado *ratio decidendi* ou *holding* e corresponde à questão de direito ou ao entendimento jurídico firmado pela corte vinculante para decidir o caso concreto.

Embora a noção de *ratio decidendi* seja fundamental para a operação com precedentes no *common law*, há considerável divergência sobre o seu significado ou so-

modo geral, expressam a compreensão acerca da inexistência de um critério perfeito e imune a críticas. Dadas as muitas particularidades, diferenças culturais e institucionais entre os diferentes ordenamentos, a consideração de todos os pontos distintivos implicariam, no limite, a inviabilidade da comparação. Sobre o tema: FREIRE, Alonso Reis Siqueira. *A comparação no direito constitucional: metodologias, abordagens, tipos de pesquisa e princípios de inferência orientada para pesquisas small-n*. Mimeografado, 2014; CURY, Paula Maria Nasser. *Título do artigo. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 6, n. 2, p. 176-185, jan./abr. 2016. Especificamente sobre os diferentes significados atribuídos ao termo precedente e às consequentes dificuldades de comparação entre os sistemas. KOMÁREK, Jan. Reasoning with previous decisions. In: ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacco (Ed.). *Practice and theory in comparative law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 49-73.



bre o método a ser utilizado para identificá-la. Em linhas gerais, a doutrina alude a duas abordagens diferenciadas para a sua definição: o método fático-concreto e o método abstrato-normativo<sup>29</sup>. Segundo a abordagem fático-concreta, a *ratio decidendi* corresponde à solução extraída pelo tribunal de um conjunto de fatos, podendo ser formulada nos seguintes termos: sempre que presente o fato “A” e o fato “B” deve-se dar à demanda o tratamento “C”. Para o método fático-concreto, é menos relevante o raciocínio jurídico ou o fundamento utilizado pela Corte para decidir; a *ratio decidendi* prende-se mais fortemente aos fatos, e não a tal fundamento, e, em virtude disso, tende a ser menos ampla, vinculando apenas demandas muito semelhantes.

Na perspectiva do método abstrato-normativo, os fundamentos invocados pelas cortes para decidir constituem um elemento essencial para a determinação do teor vinculante do precedente. Segundo esse método, ao solucionarem as lides, os tribunais decidem de modo um pouco mais amplo, tendo em conta não apenas os fatos específicos da demanda em exame, mas também aqueles enquadráveis em uma mesma categoria de similitude, que possivelmente surgirão no futuro. Por essa razão, os fundamentos utilizados pelo tribunal para decidir seriam essenciais para determinar a norma vinculante, bem como o seu nível de generalidade. Tais fundamentos se prestariam a indicar, por exemplo, se os fatos foram tratados pelo tribunal com especificidade

e de forma restritiva, ou se foram considerados como componentes de uma categoria mais ampla, à qual a razão de decidir do julgado, também, deve ser aplicada em casos subsequentes.

A título de exemplo, quando o tribunal determina que o produtor de um micro-ondas deve indenizar o consumidor por lhe ter vendido um bem defeituoso e, portanto, por ter descumprido seu dever de protegê-lo contra danos razoavelmente previsíveis, esta conclusão poderia ser considerada um precedente vinculante: (i) apenas para casos de responsabilidade civil que envolvam produtores e consumidores de micro-ondas, (ii) para casos que envolvam qualquer tipo de relação de consumo ou (iii) até mesmo para casos que envolvam a compra e venda de um bem imóvel entre particulares. A definição da amplitude da *ratio decidendi* dependeria do nível de generalidade com que o tribunal considerou o dever do vendedor de proteger o adquirente contra danos e, portanto, dos argumentos traçados pela maioria do tribunal para decidir.

Consideradas tais ponderações, é razoável afirmar que, no *common law*, a *ratio decidendi* corresponde a uma *descrição* do entendimento jurídico firmado pelo tribunal vinculante como uma premissa necessária ou adequada à solução do caso concreto, *à luz das razões adotadas pela maioria*<sup>30</sup>. O método fático-concreto e o método abstrato-normativo são complementares para sua definição precisa, uma vez que esta depende: (i) do exame dos fatos relevantes do caso; (ii) da questão jurídica objeto de discussão; e (iii) dos fundamentos invocados pela maioria para decidir. Com base nesses elementos, será possível extrair do julgado a regra ou o princípio de direito que será, obrigatoriamente, utilizado para solucionar casos subsequentes análogos.

Nota-se, assim, que, no *common law*, a norma de direito – pois a *ratio decidendi* é uma norma – nasce do caso concreto. Não é formulada em tese, mas à luz do problema. Constitui um comando ou uma generalização extraída a partir do entendimento jurídico firmado

29 ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 63, p. 1-64, nov. 1989; COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 752, p. 11-21, jun. 1998; MALTZ, Earl. The nature of precedent. *North Carolina Law Review*, Chapel Hill, v. 66, jan.1988, p. 372-376; MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 503-518; MONAGHAN, Henry Paul. *Stare decisis* and constitutional adjudication. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 88, n. 4, maio 1988, p. 763-766; RE, Edward D. *Stare decisis*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 73, p.47-54, jan./mar. 1994; SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, fev.1987; SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 355-406; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 118-131; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 259-282.

30 Nota-se, portanto, que a *ratio decidendi* não equivale à íntegra dos fundamentos da decisão. A fundamentação da decisão pode tratar de questões jurídicas que não eram imprescindíveis para a solução do caso (mas a cujo respeito o tribunal quis se manifestar, talvez como sinalização para as demais instâncias). A fundamentação também pode conter entendimento que não obteve a adesão da maioria e que reflete apenas a convicção do redator do julgado. A *ratio decidendi* é, portanto, uma formulação, uma síntese da exegese adotada pela corte.

como premissa necessária à composição do conflito entre as partes. É identificada pelo juiz por um raciocínio indutivo que se desenvolve do particular para o geral.

A aplicação do precedente ao julgamento de um novo caso dependerá, por sua vez, de um confronto entre ambos, a fim de verificar se: (i) os fatos relevantes são idênticos, (ii) se ambos colocam a mesma questão de direito e, portanto, (iii) se a razão de decidir o primeiro se presta a decidir adequadamente o segundo<sup>31</sup>. Somente em caso positivo, a solução encontrada no caso paradigma será aplicada à nova ação. Portanto, o modo de operar de um juiz do *common law* caracteriza-se pelo raciocínio indutivo, analógico e focado no problema.

## 2.2. A tese vinculante nos precedentes judiciais brasileiros

O ordenamento jurídico brasileiro tem raiz romano-germânica por herança portuguesa. Tem, portanto, a norma de direito abstrata, geral e formulada pelo legislador como principal fonte do direito. Em relação à decisão dos conflitos de interesses, o juiz parte do amplo e do abstrato (a lei) para o específico (o caso concreto). A solução das demandas se dá por dedução. A aplicação do direito é pautada por teorias hermenêuticas que orientam e/ou justificam a atribuição de significado ao texto. Nota-se, assim, que o conceito de norma jurídica e os tipos de raciocínio desenvolvidos pelos operadores do direito no sistema romano-germânico e no *common law* são distintos<sup>32</sup>.

31 A operação pela qual um novo caso é diferenciado do precedente que, a um primeiro exame, parecia vinculá-lo é denominada distinção (*distinguish*). A discussão aprofundada das técnicas e elementos a serem considerados na distinção entre casos extrapola o objeto deste trabalho. Sobre o tema. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 202-232; LLEWELLYN, Karl. *The common law tradition: deciding appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960. p. 77 e ss; SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 355-405.

32 A descrição da atividade do juiz como mera subsunção do conflito concreto a uma norma objetiva pré-fixada é, atualmente, contestada inclusive no sistema romano-germânico. Grande parte da doutrina reconhece que a norma, regra de direito que solucionará a causa, é o produto da interação entre o enunciado normativo e os fatos da demanda, e que o juiz participa da sua formulação. Essa discussão é prescindível para os fins deste trabalho. V., sobre o tema, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*.

i) Tese vinculante, controle concentrado e controle difuso

Não bastasse tal aspecto, há, no Brasil, a possibilidade de instauração de controle abstrato da constitucionalidade em âmbito judicial. Nesse tipo de controle, a discussão sobre a constitucionalidade da norma não ocorre no âmbito de um caso concreto ou à luz de seus fatos particulares, tal como se dá no *common law*; ao contrário, seu objeto é a compatibilidade da lei em tese com a Constituição, sem ter por pano de fundo um litígio específico entre duas partes. É o que, geralmente, ocorre nos casos de controle concentrado da constitucionalidade das normas, justamente a via mais tradicional de produção de precedentes vinculantes no Brasil.

Trata-se de diferença fundamental entre o precedente vinculante brasileiro e o precedente vinculante do *common law*: o precedente brasileiro não necessariamente nasce de um litígio concreto. A questão jurídica que constitui o seu objeto é debatida com considerável grau de generalidade e não dentro do quadro ou dos limites de uma determinada situação fática.

Essa não é, porém, a única diferença marcante relativa ao precedente produzido pelo controle concentrado e abstrato no Brasil. Há, ainda, uma importante divergência no Supremo Tribunal Federal sobre o conteúdo que efetivamente vinculará as demais instâncias nesse tipo de controle. Debate-se, em breves linhas, se a eficácia vinculante dos julgados proferidos em sede concentrada se limita ao dispositivo da decisão proferida na ação direta (segundo o qual a norma “X” é ou não inconstitucional) ou se alcança, também, o entendimento jurídico que serviu de premissa necessária à afirmação do dispositivo (que corresponderia a uma noção aproximada da *ratio decidendi* do *common law*).

Considere-se, a título de ilustração, que diversos Estados da federação tenham decidido legislar, restritivamente, sobre propaganda de cigarro, com o propósito de proteger os consumidores e a sua saúde, e que a lei “X” de um desses Estados teve a sua inconstitucionalidade declarada, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, porque o STF firmou o entendimento de que a competência para legislar sobre propaganda é privativa da União<sup>33</sup>. Se apenas o dispositivo da decisão

São Paulo: Saraiva, 2009. p. 193-196.

33 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 02 dez. 2016.

produzir efeitos vinculantes, isso significa que a lei “X” de tal Estado não poderá mais ser aplicada. Caso, todavia, o entendimento constitucional firmado pelo STF seja considerado vinculante, isso significa que nenhuma lei estadual que regule propaganda de cigarros poderá ser aplicada, qualquer que seja o ente da federação em questão. Nota-se, assim, que a referida divergência sobre o conteúdo vinculante das decisões proferidas em controle concentrado tem implicações práticas relevantis.

No passado, o Supremo Tribunal Federal apreciou a questão e chegou a reconhecer que a eficácia vinculante e geral da decisão proferida em controle concentrado e abstrato da constitucionalidade alcançava não apenas o dispositivo do julgado, mas também a exegese constitucional que serviu de base para a declaração de inconstitucionalidade. Na ocasião, esse entendimento foi denominado pelo STF *eficácia transcendente dos motivos determinantes da decisão*, tendo-se reconhecido que os motivos que justificaram a decisão (e não apenas seu dispositivo) produziam efeitos que ultrapassavam (transcendiam) a ação em que foram afirmados e vinculavam as demais instâncias<sup>34</sup>. Segundo o STF, esse entendimento prestigiava a força normativa da Constituição e a função da Corte de dar a última palavra sobre o seu significado<sup>35</sup>. Confira-se a ementa do acórdão:

“RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

[...].

2. Ordem de sequestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas

34 STF, Pleno, Rcl 1.987, rel. Min. Maurício Corres, DJ, 21.05.2004.

35 A assertiva de que compete ao Supremo Tribunal Constitucional “dar a última palavra” sobre o significado da Constituição é, atualmente, problematizada pela teoria dos diálogos constitucionais, que demonstra que uma decisão proferida pelo STF e transitada em julgado não necessariamente encerra o debate sobre determinada matéria, já que os demais Poderes e a opinião pública podem recusar-se a cumpri-la ou, eventualmente, mobilizar-se para promover a sua superação por meio de emenda constitucional, o que, possivelmente, levará a questão novamente à apreciação do Tribunal. Por essa razão, afirma-se que o Supremo daria a última palavra sobre o teor da Constituição “a cada rodada”. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada – ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal.

3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o sequestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária.

4. Ausente a existência de preterição, que autorize o sequestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. [...]”

O que se denominou eficácia transcendente dos motivos determinantes, então, guardava muita proximidade com o conceito de *ratio decidendi* do *common law*. Embora a decisão do Supremo não derivasse de um litígio concreto, entendeu-se que *a interpretação do STF sobre a questão constitucional*, posta pelo caso, equivalente ao motivo determinante da decisão, tinha de ser seguida por todas as demais instâncias.

Entretanto, posteriormente, a Corte mudou de posição e passou a decidir que, no controle abstrato, apenas o dispositivo do julgado produz eficácia vinculante e geral. A razão de ser da virada jurisprudencial foi, ao que tudo indica, defensiva<sup>36</sup>. O desrespeito aos prece-

36 Nessa linha, ao votar nos autos da Rcl 1.987, o Ministro Marco Aurélio já observara: “Não posso, Senhor Presidente, caminhar nesse sentido, potencializando, a mais não poder, o aspecto prático; potencializando a autoridade dos julgados desta Corte e até mesmo, e já foi ressaltado, engessando o próprio Direito no que vindo à baila novos atos normativos, como foi o caso quanto à Emenda nº 30, se terá sempre o caminho aberto para se chegar *per salto* ao Supremo Tribunal Federal, com a reclamação, a partir da premissa de que o ato praticado desrespeitou fundamento de um julgado da Corte. Não sei onde vamos parar em termos de inviabilização do próprio Supremo Tribunal Federal”. A discussão sobre a matéria foi reaberta, então, nos autos da Rcl 4.219, rel. Min. Joaquim Barbosa. Embora seu julgamento tenha sido suspenso e, mais tarde, tenha havido perda superveniente de seu objeto, os votos já proferidos nessa reclamação indicavam a possibilidade de alteração do entendi-



dentes vinculantes, no controle concentrado, possibilitava (e ainda possibilita) o ajuizamento de reclamação diretamente no STF, para obter a cassação da decisão divergente. Como já demonstrado, se apenas o dispositivo da decisão, sobre uma determinada norma de um certo ente da federação, produzisse efeitos obrigatórios, o volume de reclamações recebidas diretamente pelo Supremo pelo descumprimento do julgado tenderia a ser muito menor do que se os motivos determinantes da decisão também vinculassem as demais instâncias, em relação ao que diz respeito ao julgamento de toda e qualquer norma semelhante, ainda que de outros entes da federação<sup>37</sup>.

Recentemente, contudo, o CPC/2015 trouxe novo regramento acerca do cabimento das reclamações e previu, explicitamente, que caberá reclamação sempre que *a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal em controle da constitucionalidade for descumprida*<sup>38</sup>. Essa redação sugere que o novo Código *pretendeu atribuir efeitos vinculantes à exegese constitucional*, ou seja, ao entendimento firmado pelo STF, e não apenas a seu dispositivo.

mento anterior.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Reclamação. *Ag. Reg. na reclamação 21.884/SP*. Primeira Turma. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 15 mar. 2016. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>. Acesso em: 05 nov. 2016.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Agravo Regimental na Reclamação. *Emb. Decl. no Ag. Reg. na Reclamação 6.416/SP*. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 26 de agosto de 2014. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6694486>. Acesso em: 5 nov. 2016.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Reclamação. *Rcl 11477 AgR/CE*. Primeira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 29 de maio de 2012. Disponível em: <stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869920/agreg-na-reclamacao-rcl-11477-ce-stf/inteiro-teor-111144828#>. Acesso em: 5 nov. 2016.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação. *Rcl 3294 AgR/RN*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 3 de novembro de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629873>. Acesso em: 5 nov. 2016.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. *Rcl 3014/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 31 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19150486/reclamacao-rcl-3014-sp-stf>. Acesso em: 5 nov. 2016. 38 “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...] III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; [...]. § 4o As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam”. BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 5 nov. 2016.

A despeito disso, há ministros do STF que, posteriormente à vigência do novo CPC, já manifestaram inclinação no sentido de que a *tese*, no caso, corresponderia tão-somente ao dispositivo do julgado, no sentido da inconstitucionalidade da norma “X”, e não à exegese que lhe serviu de base. É provável que a resistência a atribuir significado diverso à nova norma derive dos mesmos fundamentos que justificaram o entendimento anterior: a preocupação com o recebimento pela Corte, já consideravelmente sobrecarregada, de um grande volume de reclamações<sup>39</sup>.

É válido registrar, ainda, que, com o CPC/2015, a mesma questão se colocará igualmente em caso de repercussão geral. O novo Código previu, expressamente, o cabimento de reclamação contra a decisão que *deixar de aplicar a tese firmada pelo Supremo*, em sede de repercussão geral, aos demais casos semelhantes. Entretanto, procurou limitar o volume de reclamações propostas, prevendo que seu cabimento só poderá ocorrer após o exaurimento pelas partes das vias ordinárias.

De todo modo, é importante o registro de que não está consolidado no ordenamento jurídico brasileiro um conceito de tese vinculante perfeitamente análogo à concepção de *ratio decidendi* do *common law*. Há controvérsia sobre a questão, ao que tudo indica, menos por uma diferença de concepção sobre o modo de operar com precedentes e mais por uma preocupação defensiva quanto ao volume de reclamações que seria recebido pelo STF, caso adotada outra concepção.

Esse fato indica que, embora a reclamação seja um instrumento importante, ela é insuficiente como mecanismo apto a impor o respeito aos precedentes vinculantes. É preciso refletir, portanto, sobre medidas que reforcem a compreensão dos benefícios gerados para o Judiciário com a adoção de entendimentos vinculantes, entre os quais uma substancial redução do volume de processos e a abreviação de seu tempo de tramitação, inclusive nas instâncias vinculadas, o que permitirá que o poder jurisdicional e o convencimento dos magis-

39 Rcl 16927, rel. Min. Rosa Weber, primeira reclamação julgada posteriormente ao início da vigência do CPC/2015, em que os Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux salientaram que a redação do novo Código teria tornado explícita a opção por conferir efeitos vinculantes *decidendi* de todos os julgados, inclusive daqueles proferidos em controle concentrado. Essa parece ser também a inclinação do Ministro Fachin. O Ministro Teori Zavascki, contudo, parece permanecer com o entendimento anterior, que atribui efeitos vinculantes e gerais apenas ao dispositivo da decisão proferida em sede concentrada.

trados sejam exercidos com maior qualidade e menor sobrecarga. Além disso, a percepção de incremento da previsibilidade, do tratamento isonômico e da eficiência do Judiciário por parte do jurisdicionado reforça a legitimidade e a credibilidade das cortes e de seus membros.

Por fim, é preciso refletir sobre a criação de um sistema de incentivos funcionais para que os juízes respeitem os precedentes, tais quais: o controle de taxas de reversibilidade e de tempo de julgamento de processos por magistrado e a disponibilização de tais dados ao público em geral, entre outras providências<sup>40</sup>.

#### ii) Tese vinculante e súmula vinculante

Como já mencionado, a EC 45/2004 criou a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal produzir súmulas vinculantes, sintetizando, sob a forma de verbete, as teses jurídicas sobre matéria constitucional firmadas em uma multiplicidade de julgados semelhantes. As súmulas vinculantes têm por antecedente histórico os assentos portugueses, enunciados judiciais com caráter normativo, produzidos pela Casa da Suplicação, tribunal português de mais alta hierarquia, cuja finalidade era firmar interpretação, com efeitos obrigatórios, sobre normas controvertidas<sup>41</sup>. Em 1751, foi criado, no Brasil, o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, que produzia assentos sujeitos à aprovação da Casa da Suplicação<sup>42</sup>.

As súmulas vinculantes se diferenciam, substancialmente, dos precedentes vinculantes produzidos no *common law*. Em primeiro lugar, elas não resultam da atribuição de efeitos normativos automáticos à decisão proferida em um julgado. Ao contrário, dependem da reiteração da tese que constitui seu objeto em mais de uma decisão. Sua edição com tais efeitos normativos, desde que presentes os requisitos constitucionais, fica a critério do Supremo Tribunal Federal. Além disso, as súmulas vinculantes firmam entendimentos em linguagem canônica, produzindo, a partir de decisões judiciais pretéritas, um novo texto, semelhante a uma lei, o qual só se sujeitará a alteração mediante procedimento for-

mal deflagrado no âmbito do próprio STF<sup>43</sup>.

Diferentemente de o que ocorre no caso das súmulas, a *ratio decidendi* de uma decisão, no *common law*, ainda quando, claramente, explicitada pela corte vinculada, não deriva de um comando canônico, e terá seu teor redefinido e aperfeiçoado por um processo dialógico que se estabelece entre a corte vinculante e as cortes vinculadas. Parte do significado da *ratio decidendi* será estabelecido pelas cortes inferiores, ao interpretarem e confrontarem o precedente com novos casos. Quando as instâncias vinculadas aplicam o precedente a uma nova demanda, apenas, parcialmente, semelhante, elas expandem o alcance da sua *ratio decidendi*, ao passo que, quando estabelecem distinções, reduzem sua amplitude. Tais decisões poderão ser, novamente, submetidas à Suprema Corte, que produzirá um novo entendimento e, assim, sucessivamente. O processo de atribuição e de reatribuição de significado à *ratio decidendi* é contínuo. Não se conclui com a produção de uma decisão ou de uma síntese pela corte vinculante, diferentemente do que ocorre com um enunciado jurídico cristalizado em uma súmula.

### 3. O PROCESSO DECISÓRIO GERADOR DE PRECEDENTES NOS DOIS SISTEMAS

#### 3.1. O processo decisório da Suprema Corte norte-americana

A Suprema Corte norte-americana é composta por 9 (nove) *justices* indicados pelo Presidente e aprovados pelo Senado. Recebe, em média, até 8.000 (oito mil) processos ao ano e julga, em média, 80 (oitenta) casos a cada período<sup>44</sup>. A principal forma de acesso à Corte ocorre mediante *writ of certiorary*, por meio do qual as partes requerem a reforma de um julgado proferido pelas instâncias inferiores<sup>45</sup>. Nesse *writ*, a Corte é livre para

40 GICO, Ivo T. *A tragédia do judiciário*: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. 2012. Disponível em: <[http://works.bepress.com/ivo\\_teixeira\\_gico\\_junior/53/](http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/53/)>. Acesso em: 2 set. 2016.

41 MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 54-55.

42 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 131-147; 233 e ss.

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*. 2016. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno)>. Acesso em: 5 nov. 2016.

44 UNITED STATES. Supreme Court. *Frequently Asked Questions (FAQ)*. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/faq.aspx#faq9>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

45 EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices Justices make*. Washington: CQ Press, 1998. p. 26; BAUM, Lawrence. *The supreme court*. 9. ed. Washington: CQ Press, 2007. p. 88; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

definir os casos que apreciará, e sua admissão depende da manifestação favorável de quatro *justices*<sup>46</sup>.

Superada a etapa da admissão, a Suprema Corte define se o caso será objeto de exame pleno (*full consideration*) ou de exame sumário (*summary consideration*). Os casos mais relevantes receberão o primeiro tipo de análise<sup>47</sup>. No exame pleno, após a argumentação oral, os juizes da Suprema Corte reúnem-se em uma conferência privada, que não é acessível aos advogados ou às partes e definem as questões jurídicas a serem enfrentadas, bem como o tratamento que a maioria entende que deve ser dado a elas<sup>48</sup>. Se o *Chief Justice* (juiz-presidente) integrar a maioria, designará o redator da decisão. Se não a integrar, a definição do redator será efetuada pelo juiz mais sênior que compuser o bloco majoritário<sup>49</sup>.

Ao juiz redator, competirá elaborar um voto que reflita o entendimento prevalecente na Corte. Seu desafio é produzir uma minuta que obtenha a adesão da maioria não apenas quanto à solução a ser dada ao caso, mas, igualmente, quanto às razões jurídicas que a justificam,

porque, somente se houver convergência quanto a essas últimas, o julgado constituirá, de fato, um precedente vinculante. Quando não se forma uma maioria acerca dos fundamentos que justificam a decisão, não é possível extrair um *holding* do acórdão<sup>50</sup>.

Por isso, a primeira minuta de voto do redator é disponibilizada aos demais membros da Suprema Corte para que avaliem seu teor. A partir do seu exame, os *justices* poderão adotar um dos seguintes comportamentos: (i) concordar com seu conteúdo e aderir ao voto; (ii) concordar com seu teor, mas ainda assim apresentar voto próprio, que se caracterizará como voto concorrente *simplex*; (iii) concordar com a solução dada ao caso, mas divergir das razões adotadas para tal, produzindo um voto concorrente *especial*; (iv) discordar da decisão e apresentar voto divergente; (v) aderir a uma concorrência simples, a uma concorrência especial ou ao voto divergente<sup>51</sup>.

É possível e não é incomum que os juizes negociem alterações ao teor ou à linguagem da minuta de voto, como condição para permanecerem ou para passarem a integrar a maioria. Tal negociação, geralmente, ocorre por meio da troca de memorandos entre os *justices*. Os ajustes de texto e a acomodação dos distintos pontos de vista são compreendidos como parte natural do processo de decisão da Suprema Corte. De acordo com levantamentos empíricos já realizados por seus estudiosos, a maioria das primeiras minutas de voto dos *justices* sofrem alterações relevantes e tal percentual tende a ser maior quanto maior for a importância do caso<sup>52</sup>.

Esse procedimento pelo qual a maioria tende a se aglutinar em torno do voto do redator, a minoria acompanha o voto divergente e os votos concorrentes delimitam o âmbito de sua discordância, favorece a compreensão dos fundamentos que justificam a decisão majoritária, bem como dos argumentos que animaram a divergência, o que facilitará a delimitação da *ratio decidendi* que vincula o julgamento de casos semelhantes.

p. 178-185.

46 Levantamentos empíricos indicam que casos que versem sobre matéria controvertida nas instâncias inferiores ou que envolvam interesses de governo e/ou de grupos organizados são aqueles com maiores probabilidades de admissão pela Suprema Corte. CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R. Organized interest and agenda setting in the U.S. Supreme Court. *American Political Science Review*, v. 82, 1988, p. 1120-1123; CROSS, Frank B. Political science and the new legal realism: a case of unfortunate interdisciplinary ignorance. *Northwestern University Law Review*, v. 92, n. 1, 1997/1998. p. 308.

47 BAUM, Lawrence. *The supreme court*. 9. ed. Washington: CQ Press, 2007. p. 86-88; FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, 2005, p. 284 e ss.; KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The one and the many. *California Law Review*, v. 81, n. 1, p. 1-61, jan. 1993.

48 EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington: CQ Press, 1998. p. 79-98; EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court*. 1995. Disponível em: <<http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2016, p. 17 e ss.; SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Nova Iorque: Cambridge University, 2002. p. 358 e ss.

49 Como a redação do voto majoritário pode influenciar muito o alcance do precedente que será produzido, não é incomum que o juiz presidente se manifeste nessa primeira reunião de forma estratégica, aproximando seu discurso do entendimento majoritário, ainda que não concorde plenamente com ele, para manter em suas mãos o poder de indicar o redator da decisão. EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court*. 1995. Disponível em: <<http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2016, p. 18; SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Nova Iorque: Cambridge University, 2002. p. 367; 372-378.

50 SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Nova Iorque: Cambridge University, 2002. p. 381.

51 EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington: CQ Press, 1998. p. 31; SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Nova Iorque: Cambridge University, 2002. p. 384 e ss.

52 EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court*. 1995. p. 23-34. Disponível em: <<http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2016.



### 3.2. O processo decisório do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal é composto por 11 (onze) ministros, também indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado federal, tal como ocorre nos Estados Unidos da América<sup>53</sup>. Nos últimos 5 (cinco) anos, o STF recebeu, em média, aproximadamente, 76.340 (setenta e seis mil trezentos e quarenta) processos ao ano e julgou, em média, 95.980 (noventa e cinco mil novecentos e oitenta) casos em cada período<sup>54</sup>. Decidiu, portanto, um volume de processos mais de mil vezes superior ao volume julgado anualmente pela Suprema Corte norte-americana.

Cerca de 80% dos casos recebidos pelo STF chegam ao tribunal por meio de recurso extraordinário ou de agravo contra a inadmissão de recurso extraordinário, ambos instrumentos processuais que integram o controle difuso da constitucionalidade<sup>55</sup>. O controle concentrado de constitucionalidade representa, historicamente, menos de 3% do acervo de processos da Corte<sup>56</sup>.

O Supremo Tribunal Federal não escolhe os casos que julgará. Por isso, ao longo do tempo, o tribunal desenvolveu uma jurisprudência defensiva, por meio da qual estabeleceu requisitos adicionais para o cabimento

dos recursos extraordinários e das ações diretas, com o objetivo de reduzir o volume de processos que recebe<sup>57</sup>. Além disso, como já mencionado, a Emenda Constitucional 45/2004 e a Lei 11.418/2006, que a regulamentou, condicionaram a admissão do recurso extraordinário à demonstração de que o feito versa sobre questão que tem repercussão geral para a comunidade. Entretanto, ainda que o reconhecimento de repercussão geral comporte algum nível de apreciação subjetiva, predomina, por ora, o entendimento de que ele não abre uma ampla margem de escolha de casos em favor do Supremo, tal como ocorre com a Suprema Corte norte-americana<sup>58</sup>.

Os casos que chegam ao STF são, como regra, distribuídos por sorteio, aleatória e alternadamente, a cada um dos 11 (onze) ministros que o compõem, ressalvadas as causas para as quais um ministro já esteja preventivo<sup>59</sup>. Os poderes do presidente, no que respeita à distribuição de processos e, portanto, à designação de relatores, limitam-se à verificação da ocorrência da prevenção. Cabe ao presidente, contudo, com exclusividade, a definição dos processos que entrarão em pauta (após a solicitação de sua inclusão pelo relator), bem como a escolha dos feitos que serão efetivamente julgados pelo pleno do Supremo a cada sessão, dentre aqueles constantes da pauta<sup>60</sup>, um poder que não é pequeno na realidade de

53 Afirma-se, contudo, que, no Brasil, a sabatina dos candidatos a ministro não tem o mesmo rigor que a sabatina (e a análise da vida pregressa) sofrida pelos candidatos a *justice* da Suprema Corte norte-americana. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012, p. 263-264.

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 20 ago. 2016. Do total de casos julgados, a média anual foi de aproximadamente 14% de decisões colegiadas contra 86% de decisões monocráticas. Os dados se referem ao período entre 2011 e 2015 inclusive.

55 O percentual considera o período de 2010 a 2014. Não se computaram os dados de 2015 porque estes não foram disponibilizados pelo Tribunal. Os dados de 2016 estão incompletos por se tratar do ano em curso. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Porcentagem de RE, AI e ARE em relação aos processos distribuídos: 1990 a 2014*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuidoAnosAnterior>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

56 Esse percentual se baseia em dados referentes ao período de 1988 a 2009. FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números: o múltiplo supremo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: <[http://www.fgv.br/supremoemnumeros/relatorios/i\\_relatorio\\_do\\_supremo\\_em\\_numeros\\_0.pdf](http://www.fgv.br/supremoemnumeros/relatorios/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2016.

57 MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 207-209.

58 Vale o registro, contudo, de que o Ministro Luís Roberto Barroso tem defendido, junto à Corte e em trabalhos acadêmicos, que o Supremo Tribunal Federal estabeleça um limite anual de repercussões gerais a serem admitidas, a partir dos casos mais relevantes recebidos no período, como forma de enfrentar a grave sobrecarga de trabalho enfrentada pelo STF e com o propósito de elevar a qualidade dos julgamentos proferidos nesta via, solução que pode ensejar uma alteração substancial do volume de casos apreciados pelo tribunal. BARROSO, Luís Roberto. *Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal*. 2014. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/08/Mudancas-no-funcionamento-do-STF.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

59 De fato, como regra, a distribuição se dá de forma aleatória e informatizada, por sorteio, salvo quando ocorrer prevenção. Em virtude da prevenção, a competência para julgar determinada questão é mantida com um ministro, quando dela tiver tomado conhecimento em primeiro lugar, mesmo que em outro feito. As hipóteses de distribuição por prevenção estão previstas no Regimento Interno do STF (arts. 69 e ss.). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*. 2016. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno)>. Acesso em: 5 nov. 2016.

60 O Supremo Tribunal Federal tem a prática de incluir em pauta, para cada sessão plenária, um número de processos muito maior do que o número médio de casos que o Tribunal tem demonstrado ser capaz de julgar. Assim, nem todos os processos incluídos em pauta

um tribunal que acumula milhares de processos em seu acervo e que pode levar anos para julgá-los<sup>61</sup>.

A declaração da inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo é prerrogativa do pleno do Supremo Tribunal Federal, cujas sessões de julgamento são filmadas e transmitidas ao vivo por meio da TV Justiça. Os ministros não têm a prática de se reunirem, reservadamente, para debaterem os casos que apreciarão, tal como ocorre na Suprema Corte norte-americana. Alguns membros do STF disponibilizam, previamente, as minutas de voto nos casos de sua relatoria, mas, raramente, a providência ocorre com antecedência que permita a troca de pontos de vista ou a acomodação de redação, a requerimento de outros ministros dispostos a votar no mesmo sentido. Como cada ministro desconhece como votará seus demais colegas, a tendência de cada qual, sobretudo nos casos mais relevantes, é preparar seu próprio voto escrito e produzir sobre o caso um estudo com profundidade semelhante ao do relator<sup>62</sup>.

Com isso, a sobrecarga sofrida pelos membros do Tribunal é reforçada. Com acervos individuais que variam entre aproximadamente 3.500 (três mil e quinhentos) e 8.300 (oito mil e trezentos) processos<sup>63</sup>, cada ministro despenderá energia e produzirá votos escritos sobre cada caso relevante, eventualmente para decidir no mesmo sentido que o próprio relator. Os acórdãos, que reúnem os votos escritos produzidos por cada membro do tribunal, seus votos orais e, ainda, os debates travados durante o julgamento, somam centenas de páginas de uma leitura extremamente árida<sup>64</sup>.

---

são julgados e definição daqueles que serão efetivamente decididos acaba dependendo, na prática, da escolha do Presidente do STF.

61 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

62 MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 198-210.

63 Os números são pertinentes ao ano de 2016. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

64 O referido processo decisório pode ser classificado como agregativo, externo e de votação em série (*seriatim*). Agregativo porque a decisão é produto do somatório de votos e não de um julgado de consenso, produto da deliberação de seus membros; externo porque há ampla visibilidade sobre o que ocorre durante o julgamento e sobre como votou cada um dos ministros, não apenas em virtude da publicação desses dados, mas inclusive porque as sessões plenárias de julgamento são televisionadas; em série porque cada membro do Tribunal produz seu próprio voto. MELLO, Patrícia Perrone Cam-

Como a troca de opiniões, no plenário, ocorre muitas vezes depois que o ministro já produziu uma minuta de voto escrito e, como a sessão é pública e televisada, tornam-se mais difíceis as mudanças de pontos de vista, as moderações de entendimentos e as acomodações que permitiriam a construção de decisões com caráter institucional, que consolidassem, ao menos, o entendimento da maioria.

Em lugar disso, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal constitui o resultado do somatório de um mosaico de votos individuais. Não bastasse isso, os entendimentos de cada ministro, até bem pouco tempo, eram colhidos, apenas, quanto ao dispositivo da decisão (provimento ou desprovimento dos recursos, procedência ou improcedência das ações). Não se colhiam seus votos sobre a tese jurídica apta a justificar a decisão em cada caso. Assim, a identificação da interpretação constitucional firmada pelo STF, que corresponde à *ratio decidendi* de seus julgados, dependia do exame das centenas de páginas do acórdão e dos fundamentos dos votos proferidos por todos os ministros. Não raro, tais ministros não se valiam de argumentos semelhantes para decidir e tornava-se impossível delimitar o entendimento jurídico adotado pela maioria, que deveria servir de norte para as instâncias inferiores.

Percebe-se, por esse relato e a partir do confronto com o processo decisório da Suprema Corte norte-americana, quão disfuncional foi e ainda é o processo decisório do Supremo Tribunal Federal. Como já observado, na realidade brasileira, o volume de casos julgados anualmente pelo STF é mais de mil vezes superior ao volume de casos julgados pela Suprema Corte norte-americana. No entanto, os ministros do Supremo gastam mais energia no julgamento de cada caso relevante porque tendem a produzir longos votos individuais escritos, em lugar de, simplesmente, aderirem em bloco aos votos (majoritário ou vencido) com que concordam. As decisões do Supremo são, excessivamente, extensas e fragmentadas e não delimitam, com clareza, a tese de direito adotada pela maioria. Sem compreender o que, efetivamente, o Tribunal decidiu, os demais órgãos judiciais não podem segui-lo e torna-se impossível estabelecer uma cultura de respeito aos precedentes<sup>65</sup>.

---

pos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.171-184; 198-210.

65 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012, p. 39-41.

Em boa hora, a Corte começou a mudar de atitude e, inicialmente, em sede de repercussão geral, passou a deliberar e a fixar expressamente, durante o julgamento, a tese adotada pela maioria como premissa para a decisão do caso. O novo comportamento teve por base o enunciado normativo do art. 543-A, §7º, do CPC/1973, que, ao regulamentar o instituto da repercussão geral, previu a publicação de uma súmula da decisão proferida em seu âmbito<sup>66</sup>. Aos poucos essa prática foi se incorporando e vencendo resistências na Corte e, atualmente, vem sendo aplicada, inclusive, para o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade. Trata-se, contudo, de alteração recente e em processo de consolidação.

A definição da tese, em tais circunstâncias, se aproxima da formulação de uma súmula, já que, a partir da decisão concreta, o Tribunal elabora uma norma abstrata que corresponde ao verbete vinculante para as instâncias inferiores. Parece remanescer, contudo, um maior espaço argumentativo no caso da repercussão geral, já que, na aplicação da tese, as instâncias vinculadas poderão revisitar o acórdão que a produziu e reinterpretá-la, à luz de seus fatos e fundamentos, e, ainda, à luz das decisões posteriores que impactem sobre seu sentido. De fato, na repercussão geral, não se define um verbe- te, em termos canônicos, como ocorre com as súmulas vinculantes, cujo teor só pode ser alterado por meio de procedimento formal junto ao próprio STF.

Portanto, é válido assinalar que o processo decisório do Supremo Tribunal Federal é um outro elemento que diferencia substancialmente o precedente vinculante produzido no sistema brasileiro dos *binding precedents* produzidos pela Suprema Corte norte-americana.

Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rf-duerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em: 20 ago. 2016; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 198-210; SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557-584, jul. 2013; e SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 250, p. 197-227, 2009; MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Cortada Barbieri (Org.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 337-361.

<sup>66</sup> Em verdade, a providência era defendida há muito pelo Ministro Luís Roberto Barroso, em trabalhos acadêmicos sobre o assunto. BARROSO, Luís Roberto. *Prudências, ousadias e mudanças necessárias ao STF*. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

## 4. O CONTEÚDO NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES NOS DOIS SISTEMAS

### 4.1. Os *obiter dicta* no direito norte-americano

Uma terceira diferença relevante entre o sistema norte-americano e o brasileiro diz respeito à delimitação do conteúdo *não* vinculante dos precedentes. No *common law*, não integram a *ratio decidendi* (e, portanto, não vinculam os julgados subsequentes) determinadas reflexões, mesmo que efetuadas pela unanimidade dos membros do tribunal, se não forem necessárias ou adequadas para a solução da demanda concreta em exame. Em caso de dúvida, procura-se inverter o significado do entendimento e verificar se, de tal inversão, resulta uma alteração do dispositivo. Se o dispositivo se altera, há indício de que a proposição integra a *ratio decidendi*. Se não se altera, trata-se de *obiter dictum*. Consideram-se, ainda, *obiter dicta* os argumentos constantes da fundamentação do julgado que não tenham sido examinados pelo colegiado ou que, uma vez examinados, não chegaram a ser acolhidos pela maioria dos julgadores.

Os *obiter dicta* não vinculam porque os precedentes vinculantes são produto da *judge made law*, ou seja, do direito produzido pelos juízes no exercício da jurisdição. Se uma questão jurídica não precisa ser decidida para solucionar o caso concreto, o entendimento proferido a seu respeito não constitui prestação da tutela jurisdicional e, por consequência, não determina o julgamento de novos casos. O juiz norte-americano não decide em tese ou sem ter sido provocado. Decide à luz do caso concreto. O conteúdo que vincula as decisões subsequentes é, apenas, aquele imprescindível à decisão do caso paradigma.

A diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* pode se revelar uma tarefa bastante complexa. Basta ter em conta, como exemplo, que uma decisão pode ser tomada com base em mais de um fundamento e que pode surgir uma dúvida sobre se cada qual de tais fundamentos constitui uma *holding* autônoma, que justificaria isoladamente a mesma conclusão em casos subsequentes, ou se os fundamentos compõem *holdings* cumulativos, de forma que, ausente uma das condições, o caso não será governado pelo precedente.

De volta ao exemplo acima, acerca da responsabilidade civil pela venda do micro-ondas que causou le-



são ao consumidor, pode-se questionar: haverá obrigação de indenizar, sempre, que houver compra e venda, dano, nexos causal, relação de consumo e culpa (já que se mencionou que o dano era razoavelmente previsível)? Ou basta estarem presentes a compra e venda, o dano, o nexos causal e a relação de consumo, podendo estar ausente o elemento culpa (porque a previsibilidade do dano não foi essencial para o reconhecimento da responsabilidade)? E, se estiver ausente o elemento relação de consumo e estiverem presentes todos os demais, haverá responsabilidade? Caso se considere que a menção à relação de consumo foi meramente acidental e não uma condição para o reconhecimento da obrigação de indenizar, a *ratio decidendi* será muito mais ampla do que nas demais hipóteses e implicará a possibilidade de responsabilizar o vendedor de qualquer bem que gere dano ao comprador.

Ainda que a corte vinculante seja extraordinariamente clara a respeito dos motivos que ensejaram a decisão, a primeira interpretação acerca do teor e do alcance da *ratio decidendi* será produzida pelos órgãos judiciais vinculados, ao analisarem a sua aplicabilidade a um novo caso. Nessa análise, precisarão fazer uma comparação entre os fatos, a questão jurídica e os fundamentos do precedente e o novo caso que lhes é posto, para verificar se há efetiva semelhança entre ambos ou se o novo caso traz fatos ou coloca questão jurídica diferenciada. No *common law*, a diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* pode render discussões complexas e, por isso, há particular preocupação com a precisa e detalhada delimitação dos fatos da demanda.

#### 4.2. Os *obiter dicta* no sistema brasileiro

Em relação ao tratamento dado aos *obiter dicta* pelo sistema brasileiro, nota-se que o Supremo Tribunal Federal atua com pouco rigor na diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Os ministros que integram o STF tendem a adotar uma abordagem maximalista da questão levada a debate em seus votos. Preocupam-se, de modo geral, não apenas com decidir a questão que é posta pelo caso concreto (quando existe um, como ocorre no controle difuso), mas almejam produzir uma análise ampla sobre os institutos que examinam<sup>67</sup>.

67 SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 2001. p. 3-72; THOMAS, E. W. *The judicial process: realism, pragmatism, practical reasoning and principals*. Nova Iorque: Cambridge University, 2005.

A própria tradição de formação dos bacharéis no Brasil, por herança portuguesa, valoriza a demonstração do conhecimento teórico e do saber enciclopédico, fator que se reflete nas decisões da Corte<sup>68</sup>. Essa característica é, ainda, reforçada pela vocação do sistema romano-germânico para produzir reflexões sistemáticas e gerais sobre os diversos ramos do direito, com base em princípios e em ideias diretrizes que orientam a hermenêutica de cada conjunto de temas.

Possivelmente, em razão dos referidos aspectos, as decisões proferidas pelo STF demonstram uma preocupação de decidir não apenas a situação imediatamente posta pelo caso, mas eventuais outras que poderiam se relacionar com ela, de forma a sistematizar ou a exaurir os mais diversos aspectos que a questão poderia abranger –mesmo que essa análise não seja efetivamente necessária à solução do caso. Disso resulta eventualmente a pretensão do tribunal de afirmar teses jurídicas mais amplas do que o caso comporta e de pretender que meros *dicta* vinculem as demais instâncias.

Um exemplo recente auxilia a ilustrar esta postura. Em relação à RE 669.069, submeteu-se ao exame do Supremo Tribunal Federal acórdão que entendeu prescrito o direito de ação da União para se ressarcir de danos causados a um automóvel de sua propriedade, em decorrência de uma colisão de veículos. Em sua defesa, a União alegara que a ação de ressarcimento contra danos causados ao erário público é imprescritível, com base no art. 37, §5º, CF/88, que prevê que: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

A maioria decidiu negar provimento ao recurso da União, porque concluiu que a ação de ressarcimento nesse caso não era imprescritível. Entre outros argumentos, observou-se que não seria justificável afirmar a imprescritibilidade de toda e qualquer ação de ressarcimento em favor do erário, independentemente do grau

p. 265; SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 110-117, out./dez. 2008.

68 MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 169-171; 187-192; VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 2011; FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2012. p. 29-30.

de reprovabilidade do ato lesivo. Ponderou-se que a prescribibilidade das pretensões é a regra no sistema brasileiro, porque a Constituição teria sido expressa quanto aos delitos que deveriam ser imprescritíveis, incluindo nesta categoria apenas ilícitos de alta gravidade (como o crime de racismo e a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático<sup>69</sup>). Em virtude disso e sendo a imprescribibilidade prevista no art. 37, §5º, da Constituição uma exceção, a maioria entendeu que deveria receber interpretação restritiva.

Com base nessa assertiva, o relator defendeu, ainda, que as ações de reparação de danos gerados por ato de improbidade administrativa ou por crime contra a administração pública não deveriam ser incluídas na lógica acima e que seriam imprescritíveis porque se refeririam a ilícitos que, ao contrário dos demais, são dotados de alto grau de reprovabilidade, o que justificaria o tratamento diferenciado na sua opinião. Na sequência, propôs, como tese emergente do julgado, a afirmação de que: “a imprescribibilidade a que se refere o art. 37, § 5º, da CF diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, tipificados como ilícitos de improbidade administrativa ou como ilícitos penais”.

Entretanto, a ação não tratava de ilícito de improbidade ou de ilícito penal. Veja-se que, para decidir o recurso extraordinário, a Corte precisava esclarecer tão somente se a ação para ressarcir danos decorrentes de um acidente de trânsito envolvendo veículo da União era prescritível. Eventual imprescribibilidade do ilícito de improbidade administrativa sequer foi objeto de debate, de forma que os argumentos em favor e contra essa tese não foram ventilados. Ainda que houvesse concordância da unanimidade dos ministros sobre o tema, sua apreciação em tais circunstâncias constituiria mero *obiter dictum*, ou seja, mera consideração marginal.

Basta verificar que nem a adoção da tese da imprescribibilidade da ação de ressarcimento, em caso de ato de improbidade, nem o entendimento contrário, no sentido da prescribibilidade, alteravam o desfecho do caso do concreto. Essa questão não poderia, por isso, integrar a *ratio decidendi* do julgado, quer segundo as categorias do *common law*, quer em respeito ao princípio da inércia da jurisdição, ao princípio da congruência ou ao devido

processo legal, que regem o processo civil brasileiro<sup>70</sup>. A despeito disso, uma vez ponderado pelo Ministro Luís Roberto Barroso que não seria o caso de incluir na tese a questão pertinente ao ato de improbidade, pelas considerações já expostas, instalou-se uma longa divergência no tribunal. Confira-se trecho dos debates travados entre os ministros sobre o assunto:

“O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – [...]. Eu gostaria de adiantar, desde logo, que eu estou de acordo com o voto do Ministro Teori Zavascki naquilo em que decidiu a demanda posta. Portanto, acho que, nas ações de reparação de dano por ilícito civil, a prescribibilidade se impõe, e, no caso concreto, se impõe de acordo com os critérios que Sua Excelência apontou. De modo que não tenho nenhuma dúvida em acompanhá-lo na solução desta lide específica.

Sua Excelência, no entanto, foi um pouco além, preocupado em sistematizar o tema, e, talvez, nós não estejamos ainda em condições de sistematizar o tema. Dentre outras razões, porque a questão da imprescribibilidade em matéria de improbidade, ou mesmo em matéria de crime, ela não foi objeto - eu diria - de um contraditório neste processo. Ou seja, nós não fomos expostos aos diferentes argumentos, alguns deles suscitados agora, pelo Ministro Toffoli e pelo Ministro Gilmar Mendes. E eu não gostaria de ter um pronunciamento do Plenário sobre esta questão importante e delicada da imprescribibilidade, sem um contraditório em que nós pudessemos considerar todos os argumentos.” (Grifou-se)

A essas ponderações, o Ministro Teori Zavascki respondeu da seguinte forma:

“O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite, em função dos debates, esclarecer algumas coisas?

Primeiro, aqui está, sim, em questão saber se essa imprescribibilidade se refere ou não à ação de improbidade. Aliás, isso ficou muito claro quando se reconheceu a repercussão geral.

Foi exatamente nesse sentido: ‘Imprescribibilidade das ações de ressarcimento de danos causados ao erário ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa.’[...]’.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Sim, mas o caso concreto envolve um acidente de automóvel.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - A tese do recurso é que a

69 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2016.

70 De acordo com o princípio da inércia da jurisdição, o Poder Judiciário só atua e só aprecia questões se tiver sido provocado, por meio da propositura de uma ação, de forma que não lhe cabe julgar questão que não lhe foi submetida. Segundo o princípio da congruência, a decisão deve se ater a apreciar o que foi pedido pelo réu.

imprescritibilidade é geral. [...].

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, cada dificuldade em seu dia. [...].

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu também tenderia a acompanhar [o Ministro Luís Roberto Barroso], tendo em conta até por uma razão de prudência porque a matéria é muito ampla e...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E estamos em dúvida, como Vossa Excelência bem percebeu.”

Nota-se, pelos debates, que o que motivava a pretensão de incluir a afirmação acerca da imprescritibilidade da ação de improbidade administrativa na tese era a preocupação de alguns ministros de decidir esta questão, por ser objeto de diversos outros recursos repetitivos, que haviam, inclusive, ficado sobrestados nas instâncias de origem, em virtude da formulação da questão objeto de repercussão geral em termos excessivamente amplos<sup>71</sup>. Alguns ministros acreditavam ser mais importante produzir uma interpretação sistemática e exaustiva sobre o alcance do art. 37, §5º, da Constituição do que se ater à questão objeto de debate no caso concreto. Essas considerações levavam parte da Corte a pretender converter mero *obiter dictum* na tese emergente do recurso.

Outros estudos de direito comparado chegam a resultados semelhantes. Constata-se, de modo geral, um maior rigor na diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* nos países do *common law*, e uma tendência a não tratar tais categorias com a mesma precisão nos países de tradição romano-germânica<sup>72</sup>. Acredita-se que essa

71 A repercussão geral foi formulada nos seguintes termos: “ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA RESSALVA FINAL PREVISTA NO ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário no qual se discute o alcance da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal”.

72 Como observam MacCormick e Summers: “no que respeita à metodologia adotada [pelo sistema romano-germânico], quase não há tradição em se diferenciar, de forma sistemática, entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* - entre *holding* e *dictum* - tal como há no *common law*”. “Geralmente [nos países do sistema romano-germânico], não se verifica, tal como ocorre no *common law*, a restrição do elemento vinculante da decisão à questão jurídica examinada à luz dos fatos relevantes do caso concreto. Por isso, o que nós [do *common law*] chamamos modelo analógico tem um papel muito menor [na operação com precedentes vinculantes do sistema romano-germânico]”. MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur (Org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 536-537. (tradução nossa).

diferença pode ser explicada pela falta de tradição dos últimos na utilização de precedentes vinculantes e pelo viés sistematizador característico do sistema romano-germânico, de que resulta uma preocupação em definir, com precisão, não apenas a regra-geral emergente do caso, mas também as suas exceções, ainda que constituam meros *dicta*<sup>73</sup>.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se, portanto, que o próprio significado de precedente vinculante, no ordenamento jurídico brasileiro, e de *binding precedent*, no direito norte-americano, e a forma de operá-los guardam pontos de diferenciação importantes, que, ao que tudo indica, derivam dos sistemas jurídicos - romano germânico ou *common law* - em que tais direitos deitam suas raízes, das fontes do direito a que, tradicionalmente, reconheceram maior valor, das práticas de interpretação e de aplicação do direito que neles se consolidaram, da modelagem das suas instituições e dos desafios por elas enfrentados. Tais pontos de diferenciação são sintetizados a seguir.

1. No *common law*, de modo geral, e no direito norte-americano, em particular, o precedente é compreendido como um entendimento jurídico delimitado à luz dos fatos de um caso concreto e da questão de direito que colocam. No direito brasileiro, o precedente vinculante não emerge necessariamente de um caso concreto. Pode ser gerado em sede de controle concentrado da constitucionalidade, em que se produz um exame, em abstrato, da compatibilidade de uma norma infraconstitucional com a Constituição, sem que tal exame derive de um conflito de interesses envolvendo duas partes que defendem direitos próprios e antagônicos. Em consequência, os precedentes vinculantes produzidos em controle concentrado tendem a se firmar em razões de decidir amplas e abstratas.

2. No *common law*, o teor vinculante do precedente, que determinará como casos semelhantes, devem

ited, 1997. p. 536-537. (tradução nossa).

73 Ainda de acordo com MacCormick e Summers, os diversos pontos em que se identificaram diferenças na operação com precedentes entre o sistema romano-germânico e o *common law* são sintomáticos de uma concepção a seu respeito que os considera “algo diverso de ou menos do que uma fonte formal do direito e que, por essa razão, tem uma força normativa inferior” MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur (Org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 539. (tradução nossa).



ser julgados, é designado *ratio decidendi* ou *holding*, e corresponde ao entendimento jurídico que constituiu a premissa necessária ou adequada à solução do caso concreto, à luz de seus fatos e das razões adotadas pela maioria da corte. No direito brasileiro, há concordância quanto à atribuição de efeitos vinculantes à parte da decisão que afirma a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma. Contudo, ainda não está consolidada, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a concepção que reconhece efeitos vinculantes e gerais, também, à *ratio decidendi* das suas decisões; ou seja, não está consolidado no STF o entendimento de que a premissa necessária ou adequada à afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de uma norma também produz efeitos vinculantes e gerais.

3. Na Suprema Corte norte-americana, a aglutinação dos entendimentos dos ministros em torno do voto majoritário, do voto divergente e de eventuais concorrências favorece a identificação da *ratio decidendi* da decisão. No Supremo Tribunal Federal, como cada ministro produz seu próprio voto, com razões de decidir individuais, e como, até bem pouco tempo, não se colhiam votos a respeito dos fundamentos reconhecidos pela maioria como aptos a justificar a decisão, a *ratio decidendi* do julgado não era explicitada com clareza, o que comprometia a sua efetividade como diretriz hermenêutica para as demais instâncias.

4. Atualmente, encontra-se em fase de consolidação no STF a prática de definir, ao final do julgamento, a tese jurídica adotada pelo tribunal como premissa necessária para decidir. Essa inovação no processo decisório do STF favorece a identificação da *ratio decidendi* e facilitará a operação com precedentes judiciais em matéria constitucional. Todavia, o alcance dos efeitos vinculantes das decisões do Tribunal permanece pendente de definição. O Tribunal precisa determinar, inclusive à luz do novo Código de Processo Civil, se tais efeitos abrangem apenas a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado ato ou se alcançam também a *ratio decidendi* adotada como fundamento para tal declaração.

5. No *common law*, *ratio decidendi* e *obiter dictum* são diferenciados com rigor. Ainda que determinada matéria seja apreciada pela maioria, a conclusão a seu respeito só integrará a *ratio decidendi* e, portanto, só produzirá efeitos obrigatórios se constituir premissa necessária ou adequada a solucionar o caso concreto. No direito brasileiro, não há tradição na diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* e trata-se do assunto com considerável imprecisão. A falta de técnica na diferenciação de tais conceitos favorece o exercício de atividade normativa e em tese pelo Supremo Tribunal Federal, sem observar princípios elementarmente ligados à prestação da tutela jurisdicional, tais quais o princípio da inércia da jurisdição, o princípio da congruência e o princípio do devido processo legal. Como a

questão objeto de *obiter dicta* não é aquela cujo debate é imprescindível para a solução do caso concreto, não é recomendável que se produza a seu respeito um precedente vinculante, porque, nessas condições, haveria o risco de o Supremo decidir sem estabelecer um amplo contraditório sobre o assunto e, portanto, com um nível inadequado de informação, que poderia ensejar instabilidade jurisprudencial e alterações de entendimentos no futuro.

Percebe-se, pelas considerações acima, que as diferenças identificadas entre o sistema norte-americano e o brasileiro no trato dos precedentes são importantes e indicam que não há uma perfeita equivalência entre os *binding precedents* norte-americanos e os precedentes vinculantes brasileiros. Sem uma definição precisa sobre o teor vinculante dos precedentes no Brasil, sem um processo decisório consolidado que explicita o entendimento adotado pela maioria e sem uma formulação minimamente adequada para diferenciar *ratio decidendi* e *obiter dicta*, há considerável indeterminação sobre a própria concepção do que vem a ser o nosso precedente vinculante, indeterminação, que, por óbvio, ameaça a sua efetividade.

Identificaram-se, ainda, ao longo da pesquisa que serviu à elaboração deste artigo, alguns comportamentos paradoxais no Supremo Tribunal Federal. De fato, ao mesmo tempo em que alguns de seus membros resistem a atribuir à *ratio decidendi* teor vinculante, pretendem fixar teses que sejam seguidas pelas demais instâncias a respeito de entendimento que constitui mero *obiter dictum*. A primeira postura implica restrição do alcance do teor vinculante do precedente; a segunda importa uma ampliação desmedida deste.

A prática demonstrou que, sem a previsão do cabimento de reclamação *per saltum*, diretamente para o tribunal vinculante, com o propósito de cassar a decisão divergente, os precedentes não são observados pelas demais instâncias. No entanto, justamente o fato de ser cabível a reclamação, associado ao temor de gerar ainda maior sobrecarga para o STF, leva, ao menos parte dos seus ministros, a reduzir o alcance do teor vinculante dos julgados à mera declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, e a deixar de fora de tais efeitos a exegese constitucional que serviu de premissa para tal entendimento.

Em síntese, tem-se um círculo vicioso: sem a reclamação, os efeitos vinculantes não se concretizam; com a reclamação, o Tribunal age defensivamente e reduz o

escopo vinculante dos precedentes, transmitindo às instâncias inferiores a mensagem de que podem desconsiderar a exegese constitucional fixada pela Corte. Nessas condições, o Supremo continua prisioneiro da sua sobrecarga. Fica claro que, embora seja um instrumento importante, a reclamação é insuficiente para assegurar o respeito aos precedentes e que é preciso refletir sobre um sistema de formação e de incentivos que motive os magistrados a tal observância.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 63, p. 1-64, nov. 1989.
- ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. (Org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited Ashgate Publishing Limited, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em: 20 ago. 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal*. 2014. Disponível em: <<http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/08/Mudancas-no-funcionamento-do-STF.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. *Prudências, ousadias e mudanças necessárias ao STF*. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>>. Acesso em: 20 ago. 2016.
- BAUM, Lawrence. *The supreme court*. Washington: CQ Press, 2007.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R. Organized interest and agenda setting in the U.S. Supreme Court. *American Political Science Review*, v. 82, 1988.
- COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 752, jun. 1998.
- CROSS, Frank B. Political science and the new legal realism: a case of unfortunate interdisciplinary ignorance. *Northwestern University Law Review*, v. 92, n. 1, p. 251-326, 1997/1998.
- EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court. 1995. Disponível em: <<http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2016.
- EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices Justices make*. Washington: CQ Press, 1998.
- FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números: o múltiplo supremo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: <[http://www.fgv.br/supremo-em-numeros/relatorios/i\\_relatorio\\_do\\_supremo\\_em\\_numeros\\_0.pdf](http://www.fgv.br/supremo-em-numeros/relatorios/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2016.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2012.
- FREIRE, Alonso Reis Siqueira. *A comparação no direito constitucional: metodologias, abordagens, tipos de pesquisa e princípios de inferência orientada para pesquisas small-n*. Mimeografado, 2014.
- FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, p. 257, 2005.
- GICO, Ivo T. *A tragédia do judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. 2012. Disponível em: <[http://works.bepress.com/ivo\\_teixeira\\_gico\\_junior/53/](http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/53/)>. Acesso em: 2 set. 2016.
- GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*.

- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LLEWELLYN, Karl. *The common law tradition: deciding appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960.
- KOMÁREK, Jan. Reasoning with previous decisions. In: ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacco (Ed.). *Practice and theory in comparative law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 49-73.
- KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The one and the many. *California Law Review*, v. 81, n. 1, p. 1-61, jan. 1993.
- MALTZ, Earl. The nature of precedent. *North Carolina Law Review*, Chapel Hill, v. 66, jan. 1988.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited Ashgate Publishing Limited, 1997.
- MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur (Org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited Ashgate Publishing Limited, 1997.
- MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Cortada Barbieri (Org.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MONAGHAN, Henry Paul. Stare decisis and constitutional adjudication. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 88, maio 1988.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos Bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. *Universitas Jus*, Brasília, v. 26, n. 2, jul./dez. 2015.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RE, Edward D. Stare decisis. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 73, jan./mar. 1994.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur (Org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited Ashgate Publishing Limited, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, fev. 1987.
- SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Nova Iorque: Cambridge University, 2002.
- SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 12, out./dez. 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557-584, jul. 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 250, p. 197-227, 2009.
- SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013
- SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited Ashgate Publishing Limited, 1997.
- SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Harvard University, 2001
- TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur (Org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited Ashgate Publishing Limited, 1997.
- THE ECONOMIST. *Brazil's supreme court: when less is more*. 2009. Disponível em: <<http://www.economist.com>>



com/node/13707663>. Acesso em: 2 set. 2016.

THOMAS, E. W. *The judicial process: realism, pragmatism, practical reasoning and principals*. Nova Iorque: Cambridge University, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. *Primeiros co-*

*mentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço ao Professor Alonso Reis Siqueira Freire pela interlocução acadêmica e pelas críticas e sugestões que possibilitaram o aperfeiçoamento deste artigo, embora seu conteúdo final seja da minha exclusiva responsabilidade.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Il diritto ambientale secondo l'ottica del diritto costituzionale positivo e la responsabilità per danni all'ambiente nel diritto comunitario:** lo stato dell'arte del diritto ambientale costituzionale e comunitario

**Environmental law under optical constitutional law and liability for damage to the environment in community law:** the situation of the art in constitutional and community environmental law

Elcio Nacur Rezende

# **Il diritto ambientale secondo l'ottica del diritto costituzionale positivo e la responsabilità per danni all'ambiente nel diritto comunitario: lo stato dell'arte del diritto ambientale costituzionale e comunitario\***

## **Environmental law under optical constitutional law and liability for damage to the environment in community law: the situation of the art in constitutional and community environmental law**

Elcio Nacur Rezende\*\*

### **SOMMARIO**

Inequivocabilmente, la tutela dell'ambiente è uno dei più grandi cura dell'essere umano in epoca contemporanea.

Per quanto riguarda la scienza giuridica, il testo di questo lavoro dimostra che la legge ambientale viene progressivamente in fase di studio da diversi giuristi di tutto il mondo, in particolare con l'intenzione di costruire un quadro giuridico in grado di sostenere che la cura per l'ambiente è l'obbligo dello Stato e di tutti i cittadini.

In tale ottica, l'ambiente ecologicamente equilibrato raggiunto in diversi sistemi giuridici del diritto fondamentale di status, dando origine al ruolo dei principi costituzionali in diversi testi di paesi di tutti i continenti.

Con corollario, in quanto è dedicata alla tutela dell'ambiente come diritto fondamentale, si impone degradare il dovere di responsabilità per danni ambientali.

Con questi presupposti, il documento presenta l'ultimo stato dell'arte per quanto riguarda la legge costituzionale ambientale positivizzato, presentando il testo delle costituzioni di molti paesi di tutti i continenti, e tuttavia, il diritto comunitario è oggetto di responsabilità ambientale nella sua direttiva attuale, che è favorevole alla giocatore ragionamento giuridico in grado di fornire con una riflessione sul tema che, come detto, ha un valore incommensurabile senza dubbio alla vita umana.

**Parole:** Diritto Ambientale; Diritto Costituzionale; Responsabilità Ambientale.

\* Recebido em 13/07/2016  
Aprovado em 22/10/2016

\*\* Mestrando em Proteção dos Direitos Fundamentais (Universidade de Itaúna). Advogado. E-mail: ca.tomaz@uol.com.br

\*\*\* Pós-Doutor pela Universidade de Messina. Doutor e Mestre pela PUC-Minas. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Procurador da Fazenda Nacional. E-mail: elcionrezende@yahoo.com.br



## ABSTRACT

Undoubtedly, environmental preservation is one of the greatest care of the Human Being in the contemporary world.

With regard to Juridical Science, the text of this work demonstrates that Environmental Law has been progressively studied by several jurists all over the world, mainly with the intention of building a legal framework capable of justifying that care for the environment which is the obligation of the State and of all citizens.

Within this framework, the ecologically balanced Environment has achieved in several legal systems the status of Fundamental Law, becoming part of the Constitutional Principles in various texts from countries of all continents.

As a logical corollary, insofar as environmental preservation is enshrined as a Fundamental Right, destroyers must be held accountable for damages to the environment.

With these premises, the work presents the most recent State of the Art concerning Positive Environmental Constitutional Law, presenting the constitutional text of several countries of all continents and, nevertheless, how Law Community Law deals with the theme of Environmental Responsibility in its Directive in order to offer to the reader a legal basis capable to provide a reflection about the subject which, as said, has undoubtedly an immeasurable value for human life

**Keywords:** Environmental Law; Constitutional law; Environmental Liability.

## 1. INTRODUZIONE

La preservazione dell'Ambiente ha raggiunto, nei nostri tempi, un valore giuridico massimo, integrando addirittura, nel Diritto Costituzionale di vari Paesi, la categoria di Diritto Fondamentale.

In effetti, la preservazione ambientale è intimamente legata alla Dignità della Persona Umana, poiché, senza uno sforzo intellettuale, si deduce facilmente che è impossibile che l'Essere Umano possieda una qualità di vita ragionevole se non s'inserisce in un ambiente sano.

Tuttavia, è inesorabile che, lamentabilmente, il mon-

do soffra grandi tragedie ambientali che cagionano, costantemente, la perdita della vita umana e il deterioramento dell'Ambiente il quale, molte volte, non riuscirà a recuperarsi.

Di fronte a questo quadro, il presente lavoro dimostrerà la necessità che, partendo dalla consacrazione del Diritto Fondamentale all'Ambiente Ecologicamente Equilibrato, previsto in molte Costituzioni, è imprescindibile, anche come corollario giuridico ovvio, che s'imputi Responsabilità a quelli che cagionano deterioramento all'Ambiente attraverso la consacrazione giuridica della tutela ambientale.

## 2. LA CORRELAZIONE TRA IL DIRITTO COSTITUZIONALE E IL DIRITTO AMBIENTALE

Il Diritto Costituzionale contemporaneo, attento ai beni giuridici che meritano tutela fondamentale, conferisce valore massimo all'Ambiente Ecologicamente Equilibrato, eleggendolo anche come uno dei beni della vita che meritano la massima attenzione tanto dallo Stato quanto dalla Società.

Partendo da questa premessa, i costituzionalisti trattano sempre di più il Diritto Ambientale come un ramo giuridico di estrema importanza, non dissociandolo, neanche riducendolo, dinanzi ad altri rami del Diritti più antichi quali il Diritto Penale, Civile, Amministrativo o Tributario. Al contrario, si costata che l'ambientalismo ha ricevuto nella concezione giuridica degli ultimi decenni un'attenzione particolare.

Il Diritto Costituzionale come ramo giuridico che concentra il suo studio sui beni della vita di grande valorizzazione giuridica, attento alla necessità imperiosa della protezione dell'Ambiente come fattore imprescindibile al mantenimento salutare della vita umana, ha innalzato lo studio del Diritto Ambientale al livello massimo, incorporando dei principi tipici dell'ambientalismo all'elenco della "principiologia" costituzionale.

In questo senso, svolgendo un'analisi delle questioni ambientali da una prospettiva costituzionalista italiana, insegna Antonio Gusmai<sup>1</sup>:

1 GUSMAI, Antonio. La tutela costituzionale dell'ambiente tra valori (meta-positivi), interessi (mercificatori) e (assenza di) principi fondamentali. C.f. <<http://www.edizioniesi.it/dperonline/data/uploads/articoli/tutela-gusmai.pdf>>. Accesso in: 27 apr. 2016.

Volendo provare a tirare le somme in merito a quanto sinora detto, sembra innanzitutto potersi rilevare, se non ci s'inganna, una certa "debolezza" e complessiva frammentarietà dell'odierna tutela costituzionale del bene giuridico ambiente.

La necessità, evidenziata poco sopra, di promuovere a principio costituzionale espresso il bene giuridico ambiente (magari inserendolo, considerata la rilevanza, tra quelli c.d.intoccabili in quanto fondamentale), ha, infatti, il principale scopo di allignare tale bene all'interno di una dimensione costituzionale – quella repubblicana – in cui appare ancora possibile (perlomeno in parte) materialmente difenderlo dagli interessi predatori di un'economia globale sempre più rispondente alle distruttive logiche di un mercato concorrenziale libero e senza regole.

Il modello di democrazia sociale voluto dai Padri costituenti, ossia la realizzazione progressiva del programma di trasformazione economico-sociale previsto dall'art. 3, comma 2, Cost., sembra invero essere l'unico modello compatibile con uno sviluppo sostenibile di un'economia realisticamente attenta e sensibile alle problematiche ambientali.

Se è vero com'è vero che i diritti fondamentali si pongono a presidio della vita, che in nessuna sua manifestazione può essere attratta nel mondo delle merci, non può non essere allora ancor più vero che proprio l'ambiente, condizionando la materiale esistenza stessa della vita, necessita di una tutela insuscettibile di essere pretermessa alle libertà d'iniziativa economico-privata.

Tuttavia, l'ermeneutica costituzionale è divenuta di estrema importanza nell'esegesi normativa del Diritto Penale Ambientale, del Diritto Tributario Ambientale, del Diritto Amministrativo Ambientale e, ovviamente, in materia di Responsabilità per Danno all'Ambiente.

Si registri, pertanto, che consentaneamente all'innalzamento della preservazione ambientale al livello di Diritto Fondamentale Costituzionale, è diventato necessario che l'imputazione al responsabile del degrado avesse anche un trattamento costituzionale. Si costata, dunque, che i costituzionalisti contemporanei, in maniera lodevole, nell'eleggere la preservazione ambientale come diritto fondamentale, hanno anche conferito, a quello che degrada l'Ambiente, una responsabilità implacabile, distinguendo l'illecito ambientale dagli altrettanti illeciti (civile, amministrativo o penale) dimostrando così che il danno ambientale possiede, sicuramente, particolarità che lo differenziano dagli altri.

Procedendo oltre al Diritto Costituzionale Classico, contemporaneamente, si sostiene che la preservazione ambientale dev'essere trattata come Diritto Fondamen-

tale Umano, come spiega Flora Vollero<sup>2</sup>:

#### IL DIRITTO AD UN AMBIENTE SALUBRE COME DIRITTO FONDAMENTALE

Uomo, ambiente e " questione ambientale".

L'ambiente è il luogo in cui l'uomo vive e, inevitabilmente, nello svolgimento della sua esistenza egli non ha potuto ignorare lo spazio che lo circondava; non è esatto dire, dunque, che la problematica ambientale sia nata solo negli ultimi anni: la necessità di regolare il rapporto uomo-natura è sempre esistita, ciò che muta è l'atteggiamento dell'uomo nei confronti dell'ambiente, ossia il valore a esso attribuito.

Se, infatti, fino a un periodo poi non molto lontano, l'ambiente era visto, per lo più, come uno spazio più o meno liberamente appropriabile secondo quelle che erano le generali regole disciplinanti i rapporti intersoggettivi, negli ultimi anni la rilevanza dell'ambiente assume connotati tutt'altro diversi, rappresentando esso stesso un valore.

In effetti, da una nozione antropocentrica, e, si potrebbe dire, proprio per questo utilitaristica dell'ambiente (esso esiste in funzione dell'uomo e trova nell'uomo a un tempo la sua ragione ed il suo limite), si passa ad una serie di concetti e di valori che non vedono nell'*esprit de conquête* da parte dell'uomo il valore in sé, che trova un limite nell'utilità complessiva di questa sorta di "signore", ma considera come *prius* l'ambiente stesso.

Assistiamo, dunque, a un vero mutamento di prospettiva in cui quel rapporto viene articolato in maniera più complessa.

La crescente aggressione all'ambiente, incidendo in maniera sempre più vistosa sulla qualità della vita, ha sicuramente favorito una riconsiderazione delle visioni meramente "utilitaristiche", ma le basi concettuali di questa rivisitazione si ritrovano anche nei valori che hanno ispirato la nostra come altre costituzioni contemporanee: in particolare, nella dimensione personalista che ne costituisce il principio guida fondamentale

Al livello del Diritto Costituzionale Positivo è perettibile la consacrazione della preservazione ambientale come valore meritevole di tutela nella misura in cui le costituzioni di molte nazioni eleggono nei loro testi l'Ambiente come Diritto Fondamentale.

Secondo studi svolti dalla Fundação David Suzuki<sup>3</sup>, più di 140 Paesi hanno alterato la loro Costituzione

2 VOLLERO, Flora. Diritti umani e diritti fondamentali fra tutela costituzionale e tutela sovranazionale: il diritto ad un ambiente salubre. C.f. <[http://files.studiperlapace.it/spp\\_zfiles/docs/20041205175248.pdf](http://files.studiperlapace.it/spp_zfiles/docs/20041205175248.pdf)>. Accesso in: 27 apr. 2016.

3 DAVID SUZUKI FOUNDATION. C.f. <<http://www.davidsuzuki.org/>>. Accesso in: 09 mag. 2016.

Federale per esigere protezione ambientale, e 98 Paesi hanno riconosciuto espressamente il diritto costituzionale di vivere in un ambiente sano.

## 2.1. L'Ambiente nelle Costituzioni Europee

Passiamo quindi a controllare se la premessa fatta è corroborata dal Diritto Costituzionale Positivo europeo.

La Costituzione della Bulgaria<sup>4</sup>, datata del 1971, è stata una delle prime a determinare che è imposto allo Stato e alla Società il dovere della preservazione ambientale, elencando l'aria, il suolo e l'acqua come beni d'inestimabile valore.

In Germania<sup>5</sup>, l'emendamento del 1994, ha disposto che è dovere statale garantire alle future generazioni le risorse naturali, imponendo ai Poteri dello Stato attuare nella produzione di norme, nell'amministrazione e nella prestazione giurisdizionale in modo a garantire un Ambiente sano per il futuro.

La Costituzione del Belgio<sup>6</sup>, seguendo gli stessi parametri, elegge anche l'Ambiente come bene da essere tutelato da tutti.

In Svizzera<sup>7</sup>, oltre alla semplice preservazione ambientale, si è anche risaltato, nel suo articolo 24, che la manipolazione genetica deve rispettare la Dignità della creazione animale e vegetale. Nel suo testo del 1999, la Carta impone protezione all'Ambiente naturale a scapito degli interessi individuali, oltre a evidenziare il Principio della Precauzione, imponendo comportamenti negativi che, eventualmente possano degradare l'Ambiente. Si rilevi che l'ambiente è protetto anche da varie leggi infra-costituzionali denominate *Bundesgesetz*, o "Acts", essendone la principale, la Legge Federale di Protezione all'Ambiente del 1983, conosciuta anche come LPA, Legge di Protezione Ambientale<sup>8</sup>.

4 COSTITUZIONE DELLA BULGARIA. C.f.<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21362-21363-1-PB.htm>>. Accesso in 09 mag. 2016.

5 LEGGE FONDAMENTALE DELLA REPUBBLICA FEDERALE DI GERMANIA. C.f.<<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Accesso in: 20 apr. 2016.

6 BELGIUM CONSTITUTION. C.f.<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21393-21394-1-PB.htm>> Accesso in: 20 apr. 2016.

7 CONFEDERAZIONE SVIZZERA. C.f.<<http://www.admin.ch>>. Accesso in: 20 apr. 2016.

8 CONFEDERAZIONE SVIZZERA.: *Umweltschutzgesetz* o USG. Traduzione inglese: EPA (*Environmental Protection Act*). (Legge di Protezione Ambientale Svizzera).

La Costituzione della Francia<sup>9</sup> esalta la valorizzazione ambientale in vari dispositivi, a cominciare dal preambolo quando dispone: "Il popolo francese proclama solennemente il suo compromesso riguardo ai diritti umani e i principi della sovranità nazionale, come definito dalla Dichiarazione del 1789, confermata e completata dal Preambolo della Costituzione del 1946, così come dai diritti e doveri definiti nella Carta Ambientale del 2004." Oltre al preambolo, nel 2004 è stata promulgata la Carta Ambientale che dispone:

### Il testo della Carta per l'Ambiente

Il popolo francese considerando, che le risorse e gli equilibri naturali hanno condizionato l'emergenza dell'umanità; che il futuro e l'esistenza stessa dell'umanità sono indissociabili dall'ambiente naturale; che l'ambiente è il patrimonio comune a tutti gli esseri umani; che l'uomo esercita una pressione crescente sulle condizioni di vita e sulla propria evoluzione; che la diversità biologica, il benessere delle persone e il progresso delle società umane sono affette da certi modi di consumo o di produzione e dall'eccessivo sfruttamento delle risorse naturali; che la protezione dell'ambiente deve essere messa allo stesso piano degli altri interessi fondamentali della Nazione; che per poter assicurare uno sviluppo durevole, le scelte il cui scopo è rispondere ai bisogni di oggi, non devono compromettere la capacità delle generazioni future e di altri popoli di soddisfare i propri bisogni;

proclama:

Art.1- Ognuno ha il diritto di vivere in un ambiente equilibrato e favorevole alla propria salute.

Art.2- Ogni persona ha il dovere di partecipare alla preservazione e al miglioramento dell'ambiente.

Art.3- Ogni persona deve, nelle condizioni stabilite dalla legge, prevenire o, a difetto, limitare i danni che sarebbe suscettibile fare all'ambiente.

Art.4- Ogni persona deve contribuire alla riparazione dei danni che causa all'ambiente, nelle condizioni stabilite dalla legge.

Art.5- Se la realizzazione di un danno, anche se incerto da un punto di vista scientifico, può influire in modo grave o irreversibile l'ambiente, le autorità politiche vigilano, per applicazione del principio di precauzione, sull'applicazione di misure provvisorie e proporzionate per poter evitare la realizzazione del danno e mettere in opera una procedura di evacuazione dei rischi incorsi.

Art.6- Le politiche pubbliche devono promuovere uno sviluppo durevole. Per questo, devono

9 CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANCE. C.f.<[http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank\\_mm/portugais/constitution\\_por\\_tugais.pdf](http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_por_tugais.pdf)>. Accesso in: 21 apr. 2016.



tener conto della protezione e la valorizzazione dell'ambiente e conciliarle con lo sviluppo economico e sociale.

Art.7- Ogni persona ha il diritto, nelle condizioni stabilite dalla legge, di avere accesso alle informazioni relative all'ambiente detenute dalle autorità pubbliche e di partecipare all'elaborazione di decisioni pubbliche avendo un'influenza sull'ambiente.

Art.8- L'educazione e le formazioni sull'ambiente devono contribuire all'applicazione dei diritti e doveri definiti nella presente Carta.

Art.9- La ricerca e le innovazioni devono aiutare alla preservazione e alla valorizzazione dell'ambiente.

Art.10- La presente Carta ispira l'azione europea e internazionale della Francia.

La Costituzione Austriaca<sup>10</sup> datata del 1920, nei suoi articoli 10 e 11, fissa le competenze legislative ed esecutive in materia ambientale, attribuendo all'Unione (*Bundesstaat*) e agli Stati (*Länder*), rispettivamente, l'attribuzione concorrente, stabilendo che la protezione ambientale è di tutti gli enti federativi.

In Inghilterra, a causa della sua Costituzione sostenuta dalla *Common Law*, pertanto con carattere di diritto consuetudinario, non esiste norma protettiva ambientale positivamente. Esistono, però, due tradizionali fonti di leggi: Statuti - *Statute Law*, e le Leggi Consuetudinarie - *Common Law*. Gli statuti sono originati dal parlamento, come, per esempio l'*Environmental Protection Act*, del 1990, che tratta i danni causati dal deposito di residui non autorizzati e il *Water Resources Act*, 1991, che proibisce lo scarico di sostanze inquinanti nelle acque. Le leggi consuetudinarie, invece, sono derivate dalla giurisprudenza - *Case Law*. Così, si valorizzano i precedenti giudiziari quando si giudicano i danni ambientali.

La Costituzione della Norvegia<sup>11</sup> è datata del 1814 e, pertanto, non fa riferimento alla protezione ambientale, poiché, come sappiamo, in quella data, purtroppo, i testi costituzionali non avevano ancora valorizzato l'Ambiente. Tuttavia, l'imposizione del rispetto alla questione ambientale è sorta con il *Pollution act*, che è entrato in vigore nel 1989, disponendo che qualunque atto come: 1- Introdurre solidi, liquidi o gas in aria, acqua e suolo; 2- Suono o vibrazioni; 3- Luce o altra radia-

zione nell'estensione determinata dall'autorità di controllo d'inquinamento; 4- Effetti sulla temperatura che cagionano o possano dare origine a danno o infortunio all'Ambiente; è considerato inquinamento e, pertanto, passibile di responsabilizzazione.

La Costituzione della Spagna<sup>12</sup> (1978) nel suo art. 45 difende la protezione dell'Ambiente nell'affermare che:

Art. 45. - 1) Tutti hanno diritto a fruire di un ambiente adeguato per lo sviluppo della persona, nonché il dovere di mantenerlo.

2) I poteri pubblici veglieranno sulla razionale utilizzazione di tutte le risorse naturali, al fine di proteggere e migliorare la qualità della vita, nonché di difendere e ripristinare l'ambiente, contando sull'indispensabile solidarietà collettiva.

3) A carico di quanti violino il disposto del comma precedente, nei termini fissati dalla legge, saranno previste sanzioni penali o, nel caso, amministrative, come pure l'obbligo di riparare al danno causato.

Si osserva che la protezione dell'Ambiente nella Costituzione Spagnola sostiene una responsabilità tripla nello stabilire sanzioni penali, civili e amministrative a chi causa un danno ambientale.

Per quanto riguarda la Costituzione Italiana<sup>13</sup>, è degna di nota la lezione di Claudio Pollio<sup>14</sup>:

La Costituzione Repubblicana italiana, com'è noto, non affronta direttamente il tema della disciplina delle risorse naturali e non riconosce specificamente il diritto all'ambiente, infatti, in tutto il testo non compare mai la parola "ambiente".

Nelle Carte Costituzionali più recenti, sotto la spinta di una maturata coscienza ecologista, si è previsto il diritto all'ambiente, configurandolo come obbligo-dovere dello Stato, diretto alla preservazione e protezione delle risorse naturali, e ha avuto riconoscimento il diritto del singolo a vivere in un ambiente sano.

La mancanza di norme espresse e puntuali sull'ambiente nella Costituzione non impedisce di organizzare un modello basato su riferimenti costituzionali forniti dagli artt. 9, 32, 42, 44. L'art. 9 fa riferimento alla tutela del paesaggio da parte

10 BUNDESKANZLERAMT RECHTSINFORMATIONSSYSTEM. C.f.<<http://www.ris.bka.gv.at>>. Accesso in: 20 apr. 2016.

11 NORVEGIA COSTITUZIONE. C.f.<<https://pt.glosbe.com/pt/en/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20da%20Noruega>>. Accesso in: 13 apr. 2016.

12 RETE DI COOPERAZIONE GIURIDICA INTERNAZIONALE IBEROAMERICANA. Constituição Espanhola. C.f.<<https://www.iberred.org/pt/legislacion-penal/constituicao-espanhola-de-27-de-dezembro-de-1978>>. Accesso in: 13 apr. 2016.

13 POLLIO, Claudio. Il senso diffuso di comunità costituisce la forza principale dell'Italia. C.f.<<http://www.quirinale.it/qnrw/statico/costituzione/pdf/Costituzione.pdf>>. Accesso in: 20 apr. 2016.

14 POLLIO, Claudio. Il senso diffuso di comunità costituisce la forza principale dell'Italia. C.f.<<http://www.puntacampanella.org/public/documenti/tesi-aree-marine-protette-claudio-pollio.pdf>>. Accesso in: 27 apr. 2016.

della Repubblica, la dottrina, pur muovendo da interpretazioni diverse della suddetta locuzione, è generalmente concorde nel ritenere tale norma un importante principio costituzionale di tutela dell'ambiente. Il dibattito, sia dottrinario che giurisprudenziale si è svolto intorno all'ampiezza della nozione di paesaggio; un primo autorevole filone dottrinario, rifacendosi alla definizione di "bellezze naturali" contenuta nella legge 29 giugno 1939 n. 1497, considera la norma costituzionale come avente "di mira unicamente i valori paesistici sotto il profilo dei quadri naturali che essi realizzano" non ricadendo pertanto nella materia della disposizione in esame la natura in quanto tale.

[...]

A conclusione, non è facile definire dove l'ambiente si collochi nella Costituzione, ma ciò che va sottolineato è il fatto che la politica ambientale investe una materia che è contigua a dei valori, cui il legislatore deve rispetto, data la loro rilevanza costituzionale.

Rafforza la questione adottata nel paragrafo precedente Daniele Gianinni<sup>15</sup>:

La tutela dell'ambiente

L'"ambiente" costituisce un bene giuridico unitario di valore costituzionale primario.

L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale ha contribuito al superamento della tradizionale tesi interpretativa che sosteneva la natura proteiforme della "materia ambiente", come tale capace di affascinare sia la tutela dei beni paesaggistici e culturali (ambiente culturale), sia la disciplina contro gli inquinamenti (ambiente ecologico), sia il governo del territorio (ambiente urbanistico).

E, infatti, col conforto di numerose pronunce della Corte Costituzionale, la dottrina e la giurisprudenza ritengono oramai pacificamente che la disciplina unitaria e complessiva del bene ambiente inerisca a un interesse pubblico di valore costituzionale "primario" e "assoluto", e deve garantire (come prescrive il diritto comunitario) un elevato livello di tutela, come tale inderogabile dalle altre discipline di settore.

Costituisce un dato di fatto, però, che la Costituzione non menzioni l'ambiente tra i principi fondamentali e i diritti dei cittadini.

Ciò nonostante, proprio in ragione del già annunciato rilievo primario e assoluto del "bene giuridico ambiente", l'interesse ambientale viene unanimemente qualificato come interesse di rilievo costituzionale, protetto in particolare dagli artt. 9, comma 2, e 32 Cost.

Pure sotto quest'aspetto ha avuto grande rilievo l'interpretazione evolutiva offerta dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale: secondo la Consulta, infatti, la tutela del paesaggio di cui all'art. 9 Cost. "deve essere intesa nel senso lato di tutela ecologica" (Corte Cost., 3 ottobre 1990, n. 430), dunque anche come "interesse alla conservazione dell'ambiente naturale" (Corte Cost., 11 luglio 1989, n. 391), mentre la tutela della salute di cui all'art. 32 Cost. vale anche come "tutela dell'ambiente in cui l'uomo vive".

Ed è proprio in ragione di una lettura congiunta degli artt. 9 e 32 Cost., quindi, che la Consulta afferma la concezione "unitaria" dell'ambiente, che comprende "la conservazione, la razionale gestione e il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acque, suolo e territorio in tutte le sue componenti), l'esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale e in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni".

In Italia, il danno ambientale è un concetto giuridico introdotto nel 1986 dalla Legge 349/1986 nel suo articolo 18, dove si tutela "in sé per sé" constatandosi che merita risarcimento indipendentemente dalla lesione di qualsiasi altro diritto soggettivo, come la proprietà o la salute. La materia danno ambientale è disposta ora nella Parte VI della Legge 152/2006 Codice Ambiente, articolo 300, dove si definisce il danno ambientale come: "danno ambientale s'intende che è qualunque deterioramento rilevante e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o utilità assicurata da quest'ultima".

La Costituzione della Repubblica Portoghese<sup>16</sup> del 1976, ha consacrato l'esistenza di diritti e doveri costituzionali e, tra questi, il diritto all'ambiente come diritto fondamentale. Si costata, negli articoli 66° e 52° n. 3 della Carta, che la protezione ambientale è dovere fondamentale dello Stato portoghese. Così, la Costituzione prevede che "tutti hanno diritto a un ambiente di vita umano, sano ed ecologicamente equilibrato e il dovere di difenderlo". Si osserva, quindi, che l'Ambiente è trattato come un interesse diffuso, ossia, un interesse che possiede titolarità individuale. Il disposto sull'articolo 9°, lett. "e", impone, dunque, allo Stato il dovere di "e) Proteggere e valorizzare il patrimonio culturale del popolo portoghese, difendere la natura e l'ambiente, preservare le risorse naturali e assicurare un corretto ordinamento del territorio".

15 GIANINNI, Daniele. La Tutela dell'ambiente. C.f.<[https://www.iusexplorer.it/Publica/FascicoloDossier/La\\_tutela\\_dell\\_ambiente/?idDocMaster=4065982&idDataBanks=19&canale=13](https://www.iusexplorer.it/Publica/FascicoloDossier/La_tutela_dell_ambiente/?idDocMaster=4065982&idDataBanks=19&canale=13)>. Accesso in: 27 apr. 2016.

16 C.f.<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Accesso in: 20 apr. 2016.

La Costituzione Olandese<sup>17</sup>, nel testo dell'articolo 21, dispone che le autorità pubbliche hanno l'obbligo di tutelare l'abitazione del Paese e proteggere e migliorare l'ambiente.

Altre costituzioni europee hanno espresso anche la loro preoccupazione ambientale come quella della Slovacchia, del 1992 (art. 45), della Lettonia, del 1992 (art. 115), della Polonia, del 1997 (art. 74), della Federazione Russa, del 1993 (art. 42) e la Costituzione dell'Ucraina, del 1996 (art. 50-1).

## 2.2. L'Ambiente nelle Costituzioni dell'America del Sud

La Costituzione Argentina<sup>18</sup> del 1994, nel suo articolo 41, ha garantito che le risorse naturali devono essere preservate, imponendo altresì l'educazione ambientale come strumento di sensibilizzazione conservazionista che dispone:

Articolo 41° - Tutti gli abitanti godono del diritto a un ambiente sano, equilibrato, adatto allo sviluppo umano e a che le attività produttive soddisfino le esigenze del presente senza compromettere le necessità delle generazioni future, con il dovere di tutelarle. Il danno ambientale genererà *in primis* l'obbligo di ripristinare la situazione precedente, nel rispetto della legge.

Le autorità provvederanno alla tutela di tale diritto, all'utilizzo razionale delle risorse naturali, alla conservazione del patrimonio naturale e culturale e della diversità biologica, oltre che all'informazione e all'educazione ambientali.

Compete alla Nazione dettare norme che contengano i presupposti minimi di tutela e alle province dettare quelle di dettaglio, senza modificare le giurisdizioni locali.

È vietato l'ingresso nel territorio nazionale di residui realmente o potenzialmente pericolosi e di scorie radioattive.

Si registri la lezione di Adede y Castro (2003, p. 66)<sup>19</sup> a proposito dell'art. 41:

17 COSTITUZIONE OLANDESE. C.f.<[http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/nl00000\\_.html](http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/nl00000_.html)>. Accesso in: 09 mag. 2016.

18 COSTITUZIONE ARGENTINA C.f.<<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>. Accesso in: 14 mar. 2016.

19 ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Resíduos perigosos no direito ambiental internacional: sua internalização nos países do Mercosul*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 2003.

Si osserva la preoccupazione del legislatore costituzionale di ripartire competenze tra il governo nazionale e i governi provinciali, tanto che questi ultimi possono emanare norme di protezione ambientali, a condizione che non contrastino con la legislazione del Paese.

La Costituzione del Peru<sup>20</sup>, promulgata nel 1993, rende omaggio ai diritti della personalità e alla dignità della persona umana.<sup>21</sup> Il suo testo ha concesso un capitolo per trattare le questioni ambientali intitolato *Del Ambiente y los recursos naturales* (L'Ambiente e le risorse naturali) che inizia dall'articolo 66 e termina all'articolo 69. In questa Costituzione, le risorse rinnovabili e non rinnovabili sono legato della Nazione e lo Stato è sovrano nel relativo utilizzo. Assicura, ancora, l'informazione che, attraverso Legge Organica, se ne farà la concessione dell'utilizzo da parte di privati, permettendo un diritto reale di proprietà soggetto a norma legale, nel modo seguente:

### ARTÍCULO 66. RECURSOS NATURALES

Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley organica se fijan las condiciones de su utilizacion y de su otorgamiento a particulares. La concesion otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

L'articolo 67, intitolato "Della politica ambientale", ci informa che spetta allo Stato promuovere l'uso sostenibile delle risorse naturali. È importante osservare, ancora, l'informazione riportata dall'articolo 68, concernente alla conservazione della diversità biologica nelle aree naturali, rendendo nuovamente responsabile lo Stato della promozione della conservazione di tale diversità biologica. Nel concludere il capitolo referente all'ambiente e i suoi ecosistemi, concernente l'Amazzonia peruviana, risulta dall'articolo 69 che "*El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazon a con una legislacion adecuada*".

La Costituzione del Cile<sup>22</sup> (1980), invece, è stata chiara nel disporre che tutti hanno il diritto di vivere in un ambiente senza contaminazione, permettendo alla legge di restringere i diritti e le libertà individuali per proteggere l'Ambiente:

20 COSTITUZIONE DEL PERU. C.f.<<http://vlex.com/vid/constitucion-politica-peru-42814763>>. Accesso in: 13 apr. 2016.

21 COSTITUZIONE DEL PERU. C.f.<<http://vlex.com/vid/constitucion-politica-peru-42814763>>. Accesso in: 06 mag. 2016.

22 COSTITUZIONE DEL CILE. C.f.<[https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion\\_politica.pdf](https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf)>. Accesso in: 13 apr. 2016.



8° El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente;

In Venezuela<sup>23</sup> la Costituzione del 1999 ha concesso all'ambiente un trattamento giuridico specifico, inserendo il Capitolo IX (articoli 127 a 129), "Dei diritti Ambientali", tra i Diritti Umani. Tuttavia, la Costituzione elegge il recupero *in natura* come mezzo primordiale di riparazione per il danno ambientale, secondo espressa la Costituzione negli articoli 123 e 29, che stabiliscono le sanzioni e il Principio della Precauzione come guide della protezione ambientale, nel modo seguente:

"Le sanzioni che si destinano all'imposizione di misure che garantiscano di riportare l'Ambiente al suo stato naturale non saranno soggette ad alterazioni. Qualunque disposizione di modificazione del presente articolo dev'essere adottata da altre misure per garantire il ripristino dei danni all'Ambiente, della stessa specie e nello stesso posto, attraverso compensazione o pagamento alternativo di un ammontare relativo al valore del danno cagionato".

La Costituzione dello Stato Plurinazionale della Bolivia<sup>24</sup> ha risaltato enormemente la preservazione ambientale, prevedendo, nella sezione I del suo capitolo quinto, intitolato "Diritti Sociali ed Economici" che l'ambiente è soggetto di diritti, Dichiarando il contenuto dell'articolo 33 della costituzione Politica dello Stato della Bolivia:

Le persone hanno diritto a un ambiente sano, protetto ed equilibrato. L'esercizio di questo diritto deve permettere che individui e comunità, delle generazioni presenti e future, e altri esseri viventi, si sviluppino normalmente e in modo permanente.

In Brasile<sup>25</sup>, il costituzionalismo ambientale è stato avviato nella Costituzione del 1967 che, nel suo articolo 172, ha menzionato, per la prima volta, l'Ecologia come valore. L'attuale Costituzione (1988) ha inaugurato, però, un capitolo particolarmente dedicato all'Ambiente. Ciò

nonostante, sul Capitolo "Ambiente" il testo costituzionale del 1988 ha dimostrato, espressamente, la preoccupazione verso l'Ambiente negli articoli 5°, LXXIII; 20, II; 23, VI; 24, VI, VII e VIII; 129, III, 220, § 3°, II; 170, VI e, infine, nel 186, II, restando irrefutabile che l'Ambiente Ecologicamente Equilibrato è diritto di tutti e il dovere conservazionista è obbligo imposto allo Stato e ai cittadini.

L'Ecuador (1983), la Colombia (1991), il Paraguay (1992) e l'Uruguay (1996) hanno anche imposto allo Stato il dovere della preservazione ambientale.

### 2.3. L'Ambiente nelle Costituzioni dell'America Centrale e del Nord

In Messico<sup>26</sup>, dal 1971, le costituzioni menzionano la protezione ambientale. La Carta del 1971 concede al Congresso dell'Unione il diritto di rivedere le azioni del Potere Esecutivo per prevenire e combattere la contaminazione ambientale. La Costituzione del 1982 introduce, nell'articolo 25, il Principio dello Sviluppo Sostenibile. Nel 1987, la Costituzione dichiara, nell'articolo 27, il diritto dello Stato d'imporre restrizioni alla proprietà privata ai fini della preservazione e ripristino ecologico e, nell'articolo 73, descrive il sistema di concorrenza delle competenze in materia ambientale tra i tre livelli del governo. La Costituzione attuale, datata del 1999, nel suo paragrafo 5° dell'articolo 4°, ha stabilito che ogni persona ha il diritto a un Ambiente adeguato per il proprio sviluppo e benessere, ai fini di proteggere gli individui come entità biologiche e sociali, così come per stabilire la protezione dell'Ambiente, considerandolo come un Diritto Sociale o di terza generazione. È interessante registrare che, partendo dalla premessa della necessità di una maggiore tutela dei beni ambientali, organizzazioni non governative ambientaliste si sono unite e hanno creato l'Accordo di Cooperazione Ambientale dell'America del Nord (Acaan), firmato parallelamente al NAFTA dagli stessi governi, ai fini di monitorare e imporre l'adempimento delle norme ambientali nazionali. In tal modo il Canada, gli Stati Uniti e il Messico prendono l'impegno di non utilizzare misure ambientali come barriere non tariffarie e di far compiere, nei loro territori, le loro rispettive legislazioni ambientali domestiche.

23 COSTITUZIONE DE VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia. C.f.<<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>>. Accesso in: 15 mag. 2016.

24 COSTITUZIONE DELLO STATO PLURINAZIONALE DELLA BOLIVIA C.f.<<http://www.ftierra.org/index.php/generales/14-constitucion-politica-del-estado>>. Accesso in: 05 apr. 2016.

25 COSTITUZIONE DE BRASILE.C.f.<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Accesso in: 13 apr. 2016.

26 COSTITUZIONE DEL MEXICO. C.f.<<http://www.constitucion.gob.mx/>>. Accesso in: 21 apr. 2016.

In Canada<sup>27</sup>, nonostante ci sia un'enorme preoccupazione rispetto alla preservazione ambientale, la Carta Magna canadese, compresa la Dichiarazione dei Diritti e Libertà, è completamente silente in materia di protezione ambientale. Essendo così, i Tribunali stanno cercando di applicare nuove norme e principi riguardanti la legislazione ambientale. Inoltre, le azioni civili ambientali sono sempre più comuni nei Tribunali canadesi; richieste che coinvolgono denunce di perdite di sostanze chimiche, terreni contaminati, emissioni sonore e gas inquinanti sull'atmosfera provocati da grandi progetti industriali (LAWYERS, 2012)<sup>28</sup>. Anche se il Diritto Ambientale non è codificato, né esiste la previsione costituzionale di protezione all'Ambiente, c'è in Canada un Dipartimento dell'Ambiente, creato dall'atto del Ministero dell'Ambiente nel 1971. La regolazione ambientale è fatta dal citato Ministero, dall'Agenzia di Valutazione Ambientale Canadese e dalle agenzie delle province.

Negli Stati Uniti d'America, la Costituzione non è anche chiara nel menzionare la protezione ambientale, cosa comprensibile data la sua longevità. Tuttavia, nel 1969, è stata promulgata la Legge Nazionale di Politica Ambientale (*National Environmental Policy Act – NEPA*), che costituisce un marchio storico fondamentale, non solo perché ha proporzionato un cambiamento profondo nella politica ambientale nazionale e nella presa di decisioni del governo federale, in permanente cooperazione con i governi statali, locali e altre organizzazioni pubbliche e private, compatibilmente con le condizioni di esistenza di un'armonia produttiva tra l'uomo e la natura, il benessere generale e delle presenti e future generazioni di nordamericani, ma anche perché costituisce pioniera e notevole modello di legge ambientale, tanto dinanzi al Diritto Comparato quanto dinanzi al Diritto Internazionale. Con l'obiettivo di implementare sul territorio americano le diverse norme protettive dell'Ambiente che venivano pubblicate, l'allora presidente Richard Nixon ha istituito, il 02 dicembre del 1970, l'*EPA – Environmental Protection Agency*, organo federale che possiede, tra diverse attribuzioni, lo stabilimento di parametri d'inquinamento per le specifiche componenti dell'Ambiente quali aria, terra, acqua e

la cui missione consiste nel proteggere la salute umana e l'ecosistema. Successivamente e armonicamente, sono state pubblicate nuove norme di protezione dell'Ambiente, tra le quali si evidenziano il *Clean Air Act*, il *Federal Water Pollution Control Act* e, l'11 dicembre del 1980, il *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (CERCLA)*, più conosciuto come *Superfund*, emendato il 17 ottobre del 1986 dal *Superfund Amendments and Reauthorization Act (SARA)*, che disciplina fundamentalmente la responsabilità civile per danno all'Ambiente negli Stati Uniti.

La Costituzione della Repubblica di Cuba<sup>29</sup> impone allo Stato il dovere di tutelare l'Ambiente primeggiando lo sviluppo economico e sociale sostenibile per innalzare la vita umana a valore fondamentale. In questo senso il suo articolo 27:

“Artículo 27.-El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para hacer mas racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política. Es deber de los ciudadanos contribuir a la protección del agua, la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna y todo el rico potencial de la naturaleza.”

Altre Costituzioni dell'America Centrale, come quelle del Guatemala (1985) e Nicaragua (1987), hanno anche espresso la loro preoccupazione ambientale.

Si può, dunque, affermare senz'altro che le costituzioni americane, anche se dei Paesi meno fortunati, prevedono la protezione ambientale come Principio espresso.

## 2.4. L'Ambiente nelle Costituzioni dell'Africa

Nonostante ci sia uno sforzo mondiale, compreso attraverso il Fondo Francese per l'Ambiente Mondiale (FFEM), parte dell'Africa necessita ancora di protezione ambientale, sia giuridica, sia fatica. Gli esperti in desertificazione calcolano che cinquecento milioni di ettari sono affetti dal degrado del suolo, il che corrisponde al 65% dell'area prima destinata all'agricoltura nel continente.

27 CANADA. Consolidation of the Constitution Acts, 1967 to 1982 C.f.<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21363-21364-1-PB.htm>>. Accesso in: 09 mag. 2016.

28 LAWYERS, Blakes. *Environment law in Canada*. 2012. Disponibile in: <[http://www.blakesfiles.com/Guides/2012\\_Blakes\\_Environmental\\_Law\\_in\\_Canada\\_EN.pdf](http://www.blakesfiles.com/Guides/2012_Blakes_Environmental_Law_in_Canada_EN.pdf)>. Accesso in: 20 apr. 2016.

29 COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA DI CUBA. C.f.<<http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>>. Accesso in: 09 mag. 2016.

La Costituzione di Angola<sup>30</sup> del 2010, assicura, nel suo articolo 21.º, voce 1, quando tratta dei compiti fondamentali dello Stato: “m) Promuovere lo sviluppo armonioso e sostenibile in tutto il territorio nazionale, proteggendo l’ambiente, le risorse naturali e il patrimonio storico, culturale e artistico nazionale”. Tuttavia, l’articolo 39.º informa che “Tutti hanno il diritto di vivere in un ambiente sano e non inquinato, come pure hanno il dovere di difendere e preservarlo”. Anche la Costituzione angolana, però, impone allo Stato e ai privati l’adozione di misure necessarie alla protezione ambientale (articolo 21.º, voce 2); la limitazione del diritto di andare e venire quando quest’esercizio degrada l’Ambiente (articolo 46.º); il diritto di postulare, presso il Potere Giudiziario, attraverso azione popolare, la protezione ambientale. (articolo 74.º); la restrizione delle attività economiche che degradano l’Ambiente (articolo 89.º, voce 1) e la consacrazione del Principio dello Sviluppo Sostenibile (Articolo 91.º).

Nel Mozambico<sup>31</sup>, la Costituzione del 2004 è chiara nel determinare, nel suo articolo 45, f, che “Ogni cittadino ha il dovere di “difendere e conservare l’ambiente”. Inoltre, gli concede, ai sensi dell’articolo 81, b, di Azione Popolare, il diritto di portare a giudizio per garantire “il diritto di promuovere la prevenzione, la cessazione o il perseguimento giudiziale delle infrazioni contro la salute pubblica, i diritti dei consumatori, la preservazione dell’ambiente e il patrimonio culturale”. Dispone ancora:

Articolo 90 (Diritto all’ambiente)

Ogni cittadino ha il diritto di vivere in un ambiente equilibrato e il dovere di difenderlo.

Lo Stato e le autarchie locali, con la collaborazione delle associazioni di difesa dell’ambiente, adottano politiche di difesa dell’ambiente e velano per l’utilizzazione nazionale di tutte le risorse naturali.

Articolo 117 (Ambiente e qualità della vita) 1. Lo Stato promuove iniziative per garantire l’equilibrio ecologico e la conservazione e preservazione dell’ambiente mirando a migliorare la qualità della vita dei cittadini. 2. Ai fini di garantire il diritto all’ambiente nell’ambito di uno sviluppo sostenibile, lo Stato adotta politiche mirando a: a) prevenire e controllare l’inquinamento e l’erosione; b) integrare gli obiettivi ambientali nelle politiche settoriali; c)

30 COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA DI ANGOLA. C.f.<[http://www.governo.gov.ao/Arquivos/Constituicao\\_da\\_Republica\\_de\\_Angola.pdf](http://www.governo.gov.ao/Arquivos/Constituicao_da_Republica_de_Angola.pdf)>. Accesso in: 20 apr. 2016.

31 COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA DI MOÇAMBIQUE. C.f.<[http://www.presidencia.gov.mz/files/república/constituicao\\_republica\\_moc.pdf](http://www.presidencia.gov.mz/files/república/constituicao_republica_moc.pdf)>. Accesso in: 21 apr. 2016.

promuovere l’integrazione dei valori dell’ambiente nelle politiche e programmi educativi; d) garantire l’utilizzo razionale delle risorse naturali nella protezione della capacità di rinnovazione, della stabilità ecologica e dei diritti delle generazioni future; e) promuovere l’ordinamento del territorio ai fini di un corretto luogo di attività e di uno sviluppo socio-economico equilibrato.

In Africa del Sud<sup>32</sup>, la Costituzione datata del 1996, dispone, nel suo articolo 24, che ogni persona ha diritto a un ambiente sano per il suo benessere, e rende chiaro omaggio al Principio della Solidarietà Intergenerazionale, al Principio della Prevenzione e al Principio dello Sviluppo Sostenibile. Nell’articolo 146, la Costituzione stabilisce la prevalenza del proprio testo sulle norme provinciali, determinandone l’osservanza obbligatoria da parte dei legislativi locali. Infine, reitera l’articolo 152, il Principio dello Sviluppo Sostenibile, nel determinare che i governi locali favoriscano lo sviluppo economico senza dimenticare la preservazione ambientale.

Si conclude, quindi, che oggi esiste l’interesse verso le questioni ambientali e che le legislazioni africane sono in costante evoluzione in cerca di perfezionamento giuridico per una migliore tutela dell’Ambiente.

## 2.5. L’Ambiente nelle Costituzioni dell’Asia

Sul documento intitolato *Asia-Pacific Perspectives on Environmental Ethics* dell’UNESCO, è possibile verificare la preoccupazione dei Paesi asiatici per l’etica ambientale e, di conseguenza, si fa una riflessione sui modi di vita e i suoi effetti sulla natura. In quest’opera c’è un articolo di un ingegnere giapponese, Masato Motoki, il quale afferma che i problemi ambientali sono noti ai giapponesi e che, però, esiste la difficoltà di come affrontare tali questioni<sup>33</sup>.

Nonostante la Costituzione del Giappone<sup>34</sup> del 1946 non menzioni la tutela ambientale, è importante registrare che il governo giapponese è sensibile alle questioni ambientali, come si deduce da questo brano tratto dal

32 COSTITUZIONE DEL AFRICA DE SUL. C.f.<<http://www.jurisciencia.com/vademecum/constituicoes-estrangeiras/constituicao-da-africa-do-sul-constitution-of-the-republic-of-south-africa/136>>. Accesso in: 20 apr. 2016.

33 MOTOKI, Masato. Observations on environmental ethics, animal rights and culture. In: ASIAPACIFIC perspectives on environmental ethics. Bangkok: UNESCO Bangkok, 2008.p. 71.

34 COSTITUZIONE GIAPPONE. C.f.<<http://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/pdf/constituicao.pdf>>. Accesso in: 20 apr. 2016.



sito dell'Ambasciata del Giappone in Brasile<sup>35</sup>:

L'inquinamento ambientale in Giappone accompagna l'industrializzazione dall'Era Meiji (1868-1912). Negli anni '60, malattie causate dall'acqua contaminata delle fabbriche e dall'inquinamento dell'aria sono sorte in diverse aree del Giappone. Le rigide misure di protezione ambientale implementate subito dopo sono riuscite a ridurre l'inquinamento causato da queste emissioni. Tuttavia, problemi importanti devono ancora essere risolti con azioni necessarie per, ad esempio, ridurre le emissioni dei gas di effetto serra e di materiale particolato e ampliare il riciclaggio dei residui industriali e domestici. Questioni ambientali globali, come la distruzione dello strato di ozono e il riscaldamento globale non possono essere risolti dai singoli Paesi, ed è evidente che la cooperazione di tutti i Paesi è sempre più necessaria per proteggere l'ambiente. Il Giappone esercita un ruolo attivo in questo sforzo globale.

La Terza Sessione della Conferenza delle Parti della Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici (COP3) è stata realizzata a Kyoto nel dicembre del 1997 e ha adottato il Protocollo di Kyoto per regolare le emissioni di diossine e altri gas di effetto serra nel periodo compreso tra il 2008 e il 2012. Il Giappone ha ratificato il protocollo nel giugno del 2002. Nonostante gli Stati Uniti abbiano rifiutato di ratificarlo, la ratificazione della Russia, nel 2004, ha significato che i criteri necessari per l'implementazione formale del protocollo erano stati soddisfatti e il trattato è entrato in vigore nel febbraio del 2005. Il Giappone promuove diverse iniziative, in uno sforzo per creare una "società a basso carbonio" di economia e Ambiente sani.

Inoltre, di fronte alle enormi catastrofi ambientali subite dal Paese, diverse misure legislative sono state prese secondo l'Ambasciata del Giappone<sup>36</sup>:

La regolazione sulle emissioni di fuliggine e fumo, che è entrata in vigore nel 1962, è stata incorporata alla Legge di Controllo dell'Inquinamento dell'Aria nel 1968. La Legge di Conservazione della Qualità dell'Acqua e la Legge di Controllo dell'Acqua Scaricata dalle Fabbriche, ambedue del 1958, sono state integrate alla Legge di Controllo dell'Inquinamento dell'Acqua nel 1970. La Legge Fondamentale di Misure Contro l'Inquinamento, approvata nel 1967, ha cercato di creare principi e politiche comuni per il controllo dell'inquinamento in tutte le agenzie del governo e promuovere uno sforzo integrato per pulire l'Ambiente. La

Legge Fondamentale indica le responsabilità del governo centrale, governi locali e imprese rispetto al controllo dell'inquinamento. Inoltre, la Legge Fondamentale ha creato il quadro di lavoro per stabilire parametri di qualità ambientale, creare programmi di controllo dell'inquinamento e ausiliare le vittime delle malattie causate dall'inquinamento. Nel 1972, il concetto di responsabilità consensuale per indennizzi, che conferisce responsabilità alle aziende per i problemi di salute, accidentali o no, derivanti dall'inquinamento è stato introdotto in diverse leggi correlate.

Nel 1993, la Legge Basica per il Controllo dell'Inquinamento Ambientale è stata sostituita dalla Legge Ambientale Basica, che è stata approvata per facilitare l'implementazione di misure ampie e sistematiche per proteggere l'Ambiente. Secondo questa nuova Legge Basica, il Giappone sta lavorando attivamente per promuovere la preservazione ambientale intorno al mondo attraverso la cooperazione internazionale e una rivalutazione dell'alto livello di consumo praticato dalla società. Nel 1997, la Legge di Valutazione dell'Impatto Ambientale è entrata in vigore. Questa legge definisce parametri per valutare l'impatto ambientale dei progetti di larga scala del settore pubblico e privato.

Nel 2001, l'Agenzia Ambientale, che era stata creata nel 1971, è stata promossa a livello ministeriale, diventando il Ministero dell'Ambiente.

La Legge sulle Misure Speciali contro la Diossina è entrata in vigore nel 1999. Questa legge includeva disposizioni per regolare le emissioni di diossina, monitorare gli effetti della sostanza nella salute e nell'Ambiente e preparare i piani governativi per ridurre le emissioni.

Insoddisfatti col ritmo degli sforzi del governo nazionale per ridurre l'inquinamento dell'aria, nel 2003 le provincie di Tokio, Saitama, Chiba e Kanagawa hanno implementato regole ancora più rigide coprendo le emissioni di materiali particolati di camion a diesel e autobus. Le vetture che non rispettano le nuove norme devono essere sostituite o devono installare filtri speciali.

In Cina<sup>37</sup>, l'Ambiente è previsto dalla Costituzione della Repubblica Popolare, del 1982, nei suoi articoli 9 e 26, che annunciano rispettivamente:

Articolo 9 – Risorse minerali, acque, foreste, montagne, praterie, riserve, spiagge e altre risorse naturali appartengono allo Stato, ossia, a tutto il popolo, tranne le foreste, montagne, praterie, riserve e spiagge appartenenti a entità collettive secondo la legge. Lo Stato garantisce l'utilizzo razionale delle risorse, specie rare di piante e di animali. L'appropriazione o danno delle risorse naturali da

35 AMBASCIATA DEL GIAPPONE IN BRASILE. C.f.<<http://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/ambiente.html>>. Accesso in: 14 mag. 2016.

36 AMBASCIATA DEL GIAPPONE IN BRASILE. C.f.<<http://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/ambiente.html>>. Accesso in: 14 mag. 2016.

37 CINA COSTITUZIONE. C.f.<<http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/constituicao/index.asp>>. Accesso in: 13 apr. 2016.

parte di qualunque organizzazione o individuo per qualsiasi mezzo sono proibiti.

Articolo 26- Lo Stato protegge e implementa l'ambiente naturale ed ecologico, e previene e controlla l'inquinamento e altre minacce pubbliche. Lo Stato organizza e incoraggia la riforestazione e la protezione delle foreste.

I Tribunali dell'India rendono omaggio all'Ambiente equilibrato e sano, visto che si costata dalla Costituzione della Repubblica dell'India<sup>38</sup>, negli articoli 48A e 49, la consacrazione dell'Ambiente come bene fondamentale (BANERJEE, 2008)<sup>39</sup>:

Art. 48<sup>a</sup> – Protezione e miglioramento dell'Ambiente e protezione delle foreste e della vita selvatica.

Art. 49- Protezione dei monumenti, luoghi e oggetti d'importanza nazionale.

Si registri che in India, nonostante il degrado del suo Ambiente ci sia noto, soprattutto quello urbano, esiste la Legge di Protezione Ambientale, promulgata nel 1986, che è considerata una direttrice per lo sfruttamento di tutte le risorse naturali. Inoltre, sono state approvate diverse leggi ambientali, come la Legge di Combattimento all'Inquinamento Atmosferico (1987), la Legge di Protezione delle Acque (1988) e la Legge di Gestione dei Rifiuti Solidi Pericolosi (1989), tra altre.

Singapore è, senz'altro, uno dei migliori esempi di Sviluppo Sostenibile efficiente, sebbene non ci sia un precetto costituzionale protettivo dell'Ambiente nella sua Carta del 1963. La città-nazione è stata capace di trasformare una zona completamente deteriorata in un posto dove si costata una delle migliori qualità ambientali del mondo, come sostiene Tan Tian Chong, direttore di Sviluppo Tecnologico della *Building and Construction Authority* (BCA)<sup>40</sup>: “Abbiamo svolto un esteso insieme di azioni che passa, necessariamente, attraverso la creazione del *Green Building Masterplan* (guida di parametri di sostenibilità) e la concessione del *BCA Green Mark* (certificato concesso ai progetti approvati)”, spiega. Second

do il dirigente, il numero di edifici “verdi” a Singapore, dal 2005, è aumentato da 17 a più di 940 unità. “Questo si traduce in oltre 28 milioni di metri quadri di area costruita conformemente agli standard di efficienza energetica, riutilizzo dell'acqua e protezione ambientale. Il certificato è stato richiesto da 140 edifici in Cina, Malesia, India e Arabia Saudita, tra altri Paesi”, aggiunge.

A Singapore, ci sono anche importanti progetti di efficienza energetica e di trattamento dell'acqua. Per i primi, l'Agenzia Nazionale dell'Ambiente (*National Environment Agency* - NEA) ha lanciato, nel novembre del 2008, il programma *Greet - Grant for Energy Efficient Technologies* (Fondo per la Concessione di Tecnologie di Efficienza Energetica), che mira a incentivare le industrie locali a investire nelle tecnologie per ridurre il consumo di energia. Per convincere le imprese ad aderire al programma – nella loro maggioranza entità dei settori farmaceutico, chimico, elettronico e di costruzione navale –, si è impiegata la stessa strategia usata dalla BCA: credito facile. Oggi, l'iniziativa finanzia fino al 50% dei costi di adeguazione (limitati a US\$ 2 milioni per progetto), che includono l'acquisto di equipaggiamenti, la qualificazione della mano d'opera e l'assistenza tecnica<sup>41</sup>.

In definitiva, quindi, il costituzionalismo contemporaneo elegge l'Ambiente come Diritto Fondamentale, consuetamente, disponendo, nelle costituzioni scritte, il dovere dello Stato e di tutti i cittadini della sua preservazione.

## 2.6. L'Ambiente nelle Costituzioni dell'Oceania

La Costituzione dell'Australia<sup>42</sup>, datata del 1900, non menziona nulla sulla protezione ambientale, il che non sorprende, data l'epoca della sua promulgazione quando, com'è già stato detto, non constava ancora nelle Carte Magne tale preoccupazione, soprattutto a causa della poca degradazione ambientale coniugata alla scarsa conoscenza degli effetti dell'attuazione umana nel deterioramento dell'Ambiente. Comunque, in un documento ufficiale del Governo, datato del 2010, si riconosce che, nonostante la Costituzione australiana non accenni all'Ambiente, esso è di somma importanza ai precetti giuridici della nazione:

41 PETROBRÁS. C.f.<<http://www.petrobras.com/pt/magazine/post/cingapura.htm>>. Accesso in: 4 mag. 2016.

42 AUSTRALIA COSTITUZIONE. <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21382-21383-1-PB.htm>>. Accesso in: 20 apr. 2016.

38 INDIA LA COSTITUZIONE.. C.f.<<http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coi-english/coi-indexenglish.htm>>. Accesso in: 20 apr. 2016.

39 BANERJEE, Debadyuti. *Environmental Jurisprudence in India: a look at the initiatives of the supreme court of india and their success at meeting the needs of enviro-social justice*. 2008. Disponibile in: <[http://www.academia.edu/430162/EnvironmentaljurisprudenceinIndialookattheinitiativesofthesupremecourtofindiaandtheir\\_success\\_at\\_meeting\\_the\\_needs\\_of\\_enviro-social\\_justice](http://www.academia.edu/430162/EnvironmentaljurisprudenceinIndialookattheinitiativesofthesupremecourtofindiaandtheir_success_at_meeting_the_needs_of_enviro-social_justice)>. Accesso in 20 apr. 2016.

40 SINGAPORE COSTITUZIONE. C.f.<<https://www.bca.gov.sg/>>. Accesso in: 20 apr. 2016.

This list of powers given to the Commonwealth Parliament does not expressly refer to a number of important subjects including education, the environment, criminal law, and roads – but this does not mean that those subjects are wholly outside the Parliament’s powers. For example, even though the Commonwealth Parliament has no specific power in relation to the environment, it can, under its external affairs power, prohibit the construction of a dam by a State if that is necessary to give effect to an international agreement on the environment. The legislative powers of the Commonwealth Parliament can also be expanded by the Parliaments of the States referring matters to the Commonwealth Parliament under section 51(XXXVII).

In Nuova Zelanda la Costituzione è formata da vari documenti e, soprattutto, dalla Carta del 1986, non esistendo, quindi, un documento formale. Per quanto riguarda la gestione delle questioni ambientali, tutte le autorità, sia a livello federale, sia a livello locale sono obbligate a seguire le direttrici stabilite dal documento intitolato Valutazione Ambientale Strategica, in cui si verifica l’enorme valorizzazione ambientale conferita dal Paese e dalla sua comunità scientifica.

Così, sebbene sia il più giovane dei continenti, l’ambiente è estremamente protetto, anche se non espressamente sui testi, a causa della tradizione della *Common Law*, ma, senz’altro, la Scienza Giuridica se ne preoccupa e stabilisce delle norme protettive.

### 3. RESPONSABILITÀ PER DANNI ALL’AMBIENTE NEL DIRITTO COMUNITARIO

Presentando il panorama mondiale, soprattutto europeo, dove è chiaro che il Diritto Costituzionale contemporaneo ha eletto l’Ambiente come Diritto Umano, si rende doverosa l’imputazione di responsabilità a chi lo degrada.

In questo senso, il Diritto Europeo, attraverso la Direttiva 2004/35, impone ai Paesi membri l’osservanza di norme generali che guidano la costruzione di regole giuridiche interne per la corretta imputazione di responsabilità a quelli che deteriorano l’ambiente, imperando la prevenzione e la riparazione dei danni ambientali.

Occorre sottolineare che, dopo tutto, le direttive e i regolamenti sono elementi del corpo normativo del Diritto dell’Unione Europea:

Le direttive europee fissano agli Stati membri gli obiettivi da raggiungere, delegandogli la scelta dei

mezzi per farlo, potendo avere come destinatari uno o vari Stati membri, oppure la loro totalità. Perché i principi stabiliti nelle direttive producano effetti a livello del cittadino, il legislatore nazionale deve adottare un atto di trasposizione, al diritto nazionale, degli obiettivi definiti nella direttiva.<sup>43</sup>

Rispetto alla loro applicabilità e incorporazione nell’ordinamento giuridico nazionale degli Stati membri,

Le direttive prevedono una data limite perché siano trasposte al diritto nazionale: gli Stati membri dispongono, per la trasposizione, di un margine di manovra che gli permette di considerare le specificità nazionali. La trasposizione deve essere compiuta entro il termine stabilito dalla direttiva.

È importante evidenziare che la direttiva rafforza il progetto comune d’integrazione e di armonizzazione della legislazione e, secondo il Diritto Comunitario, si può affermare che “le direttive sono utilizzate per armonizzare le legislazioni nazionali, in particolare al fine della realizzazione del mercato unico (ad esempio le norme riguardanti la sicurezza dei prodotti).”

Partendo dall’individuazione riguardante l’esistenza di “molti siti contaminati che suscitano rischi significativi alla salute e la perdita della biodiversità”, così come dell’inazione che risulta nell’aumento della contaminazione e nella futura perdita della biodiversità” e, considerando l’effettività della prevenzione e della riparazione dei danni ambientali “mediante l’applicazione del principio dell’inquinatore-pagatore, previsto dal Trattato”, la direttiva in questione mira a responsabilizzare finanziariamente l’operatore la cui attività abbia causato danni ambientali o la minaccia imminente di tali danni, al fine di indurre gli operatori ad adottare misure e a svolgere pratiche in modo da ridurre i rischi dei danni ambientali”.

Secondo l’intendimento della stessa Direttiva (2004/35), “I danni ambientali includono ugualmente quelli causati dall’inquinamento atmosferico, nella misura in cui essa danneggia l’acqua, il suolo, le specie o gli habitat naturali protetti”.

In questo modo, si raccomanda che la decisione concernente alla riparazione dei danni ambientali consideri le condizioni locali, senza dimenticare che sia la riparazione, sia la prevenzione, devono essere in consonanza con il “Principio dello Sviluppo Sostenibile”, come gli rende giustizia il o comma 2° della citata Direttiva.

43 EUROPEAN COMMISSION. C.f.<[http://ec.europa.eu/eu\\_law/directives/directives\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/eu_law/directives/directives_pt.htm)>. Accesso in: 28 mag. 2016.



Come si osserva chiaramente, la Direttiva in questione, per evitare qualunque ambiguità riguardante la buona interpretazione all'applicazione della nozione di danni ambientali proveniente da altra legislazione comunitaria rilevante, risalta l'importanza di utilizzare "criteri comuni e promuovere un'applicazione uniforme."

Attento a ciò, sorge nella Direttiva 2004/35, nel suo articolo 7°, 1, la determinazione che gli operatori identifichino "potenziali misure di riparazione, presentandole poi all'autorità competente per approvazione [...]" Spettagli, in questo caso, "decidere quali misure di riparazione applicare, nei sensi dell'Allegato II e, se necessario, con la cooperazione dell'operatore in causa"

per prendere tale decisione, l'autorità competente deve rispondere, particolarmente, alla natura, all'estensione e alla gravità delle diverse situazioni di danno ambientale in causa, come anche alle possibilità di ripristino naturale. I rischi per la salute umana devono essere altresì presi in considerazione"

Occorre sottolineare anche che

Rispetto ai danni ambientali, la presente direttiva deve applicarsi alle attività lavorative che presentino rischi alla salute umana o all'ambiente. Tali attività devono, in principio, essere identificate per essere riferite alla legislazione comunitaria pertinente, che prevede requisiti regolamentari rispetto a certe attività o pratiche considerate un rischio potenziale o reale alla salute umana o all'ambiente."

È opportuno evidenziare, conforme quello che è già stato descritto circa la prevenzione e riparazione dei danni ambientali, che la Spagna, essendo uno Stato membro dell'Unione Europea, è costretta al controllo dell'applicazione del Diritto dell'Unione Europea, compreso il Diritto Europeo dell'ambiente, in vista dell'utilizzazione di criteri comuni e della promozione di un'applicazione uniforme della Direttiva.

Inoltre, l'art. 16° della sopramenzionata Direttiva, sottolinea il rapporto con il diritto nazionale, una volta che la stessa

Il ripristino dell'ambiente dovrebbe avere luogo in maniera efficace garantendo il conseguimento degli obiettivi di riparazione. A tal fine si dovrebbe definire un quadro comune la cui corretta applicazione dovrebbe essere controllata dall'autorità competente.

Altresì, rispetto all'esecuzione, si osserva che la Direttiva 2004/35 permette agli Stati membri di "mettere in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie al compimento della presente"

[...], così come di "comunicare alla Commissione il testo delle principali disposizioni di diritto interno che saranno approvate nelle materie regolate" (dalla Direttiva).

Tuttavia, si risalta che l'applicazione della Direttiva è vincolata alle attività lavorative che possano causare danni o minaccia imminente di danni, nel caso ci sia sufficiente probabilità di danno ambientale in un futuro prossimo. In questo caso, la responsabilità è oggettiva, per i danni o per la minaccia di danni che l'attività dell'operatore possa causare all'acqua, al suolo, alle specie e habitat naturali protetti, come stipolato sull'allegato II, concernente alla riparazione dei danni ambientali. L'obiettivo della riparazione primaria è ripristinare le risorse naturali e/o i servizi danneggiati o accostarle alla condizione originale.

È da segnalare che, oltre alla riparazione primaria, ci sono anche le riparazioni supplementari e di compensazione, in una zona alternativa, mentre si attende la riparazione.

Si deve registrare, però, che l'autorità che determina l'importanza dei danni considerati significativi è di competenza di ciascuno Stato membro dell'Unione Europea.

Ancora su questo punto, appoggiandoci su Souza e Yamaguchi (2011, p. 50), vale evidenziare che i seguenti principi fondamentano la politica ambientale dell'Unione Europea<sup>44</sup>:

- Il principio di precauzione: devono essere anticipati ed evitati danni all'ambiente dall'inizio.
  - Il principio di origine: danni devono essere combattuti soprattutto alla loro origine.
  - Il principio di chi causa: chi causa danni all'ambiente è responsabile per l'impedimento dall'inizio o per l'eliminazione dei danni causati.
- Ci sono altri principi, più attuali, che sono i seguenti:
- Il principio di sussidiarietà: il livello di azione dipende dal tipo di danno, estensione, ecc.
  - Il principio d'integrazione: aspetti ambientali devono essere integrati in tutte le altrettante politiche dell'Unione Europea.

Secondo Bedran e Mayer (2013, p.77), il 21 aprile del 2004, il Parlamento Europeo, attraverso la Direttiva

44 SOUZA, Mauro César Martins de; YAMAGUCHI, Taylla Evelyn. França: a construção do direito ambiental em um país desenvolvido. *TÓPOS*, v. 5, n. 2, p. 47-66, 2011. Accesso in: <<http://revista.fct.unesp.br/index.php/topos/article/viewFile/2284/2089>>. Accesso in: 24 apr. 2016.

2004/35, ha stabilito delle direttrici volte agli Stati membri dell'Unione Europea sulla responsabilità ambientale in termini di prevenzione e riparazione dei danni ambientali.

I sistemi di responsabilità ambientale dei diversi Stati membri dell'Unione Europea variavano molto rispetto alla responsabilizzazione per i danni ambientali e alle esigenze di riparazione. Nel 2004, l'Unione Europea ha cercato di istituire un regime più uniforme di prevenzione e riparazione dei danni ambientali attraverso l'adozione della rilevante Direttiva 2004/35, circa la responsabilità ambientale in termini di prevenzione e riparazione dei danni ambientali. L'innovativa legislazione stabilisce, per la prima volta nell'Unione Europea, un regime di responsabilità globale per i danni ambientali fondamentato sul principio dell'inquinatore-pagatore.

La protezione delle risorse naturali europee (specie e habitat protetti, acqua e suolo) e dei servizi dell'ecosistema che ne sono proporzionati è, di solito, riconosciuta come fattore importante perché l'economia di uno Stato e perché la società si sviluppi in maniera salutare.

La Direttiva stabilisce una distinzione tra due tipi di operatori: quelli coinvolti nelle attività lavorative pericolose, elencate nel suo allegato III<sup>45</sup>, e quelli legati a

tutte le altre attività occupazionali. Ciascun tipo dà origine a un livello di responsabilità diversa. Agli operatori coinvolti nelle attività elencate nell'allegato III, si applica un regime di responsabilità obiettiva. Questo significa che non è necessario determinare la colpa perché l'operatore sia responsabilizzato per i danni causati al

nee che siano soggetti ad autorizzazione preventiva conformemente alla direttiva 80/68/CEE del Consiglio, del 17 dicembre 1979, concernente la protezione delle acque sotterranee dall'inquinamento provocato da certe sostanze pericolose. 5. Lo scarico o l'immissione di inquinanti nelle acque superficiali o sotterranee che sono soggetti a permesso, autorizzazione o registrazione conformemente alla direttiva 2000/60/CE. 6. Estrazione e arginazione delle acque soggette ad autorizzazione preventiva conformemente alla direttiva 2000/60/CE. 7. Fabbricazione, uso, stoccaggio, trattamento, interrimento, rilascio nell'ambiente e trasporto sul sito di: a) sostanze pericolose definite nell'articolo 2, paragrafo 2 della direttiva 67/548/CEE del Consiglio, del 27 giugno 1967, concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alla classificazione, all'imballaggio e all'etichettatura delle sostanze pericolose; b) preparati pericolosi definiti nell'articolo 2, paragrafo 2 della direttiva 1999/45/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 1999, concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri relative alla classificazione, all'imballaggio e all'etichettatura dei preparati pericolosi; c) prodotti fitosanitari definiti nell'articolo 2, paragrafo 1 della direttiva 91/414/CEE del Consiglio, del 15 luglio 1991, relativa all'immissione in commercio dei prodotti fitosanitari; d) biocidi definiti nell'articolo 2, paragrafo 1, lettera a) della direttiva 98/8/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998, relativa all'immissione sul mercato dei biocidi in quantitativi superiori. 8. Trasporto per strada, ferrovia, navigazione interna, mare o aria di merci pericolose o di merci inquinanti definite nell'allegato A della direttiva 94/55/CE del Consiglio, del 21 novembre 1994, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al trasporto di merci pericolose su strada, o nell'allegato della direttiva 96/49/CE del Consiglio, del 23 luglio 1996, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al trasporto di merci pericolose per ferrovia, o definite nella direttiva 93/75/CEE del Consiglio, del 13 settembre 1993, relativa alle condizioni minime necessarie per le navi dirette a porti marittimi della Comunità o che ne escono e che trasportano merci pericolose o inquinanti. 9. Funzionamento d'impianti soggetti ad autorizzazione, conformemente alla direttiva 84/360/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1984, concernente la lotta contro l'inquinamento atmosferico provocato dagli impianti industriali (4) relativamente al rilascio nell'aria di una qualsiasi delle sostanze inquinanti coperte da detta direttiva. 10. Qualsiasi uso confinato, compreso il trasporto di microrganismi geneticamente modificati definiti nella direttiva 90/219/CEE del Consiglio, del 23 aprile 1990, sull'impiego confinato di microrganismi geneticamente modificati. 11. Qualsiasi rilascio deliberato nell'ambiente, trasporto e immissione in commercio di organismi geneticamente modificati definiti nella direttiva 2001/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (6). 12. Qualsiasi spedizione transfrontaliera di rifiuti all'interno dell'Unione europea, nonché in entrata e in uscita dal suo territorio, che necessiti di un'autorizzazione o sia vietata ai sensi del regolamento (CEE) n. 259/93 del Consiglio, del 1 febbraio 1993, relativo alla sorveglianza e al controllo delle spedizioni di rifiuti all'interno della Comunità europea, nonché in entrata e in uscita dal suo territorio.

45 ALLEGATO III ATTIVITÀ DI CUI ALL'ARTICOLO 3, PARAGRAFO 1. Funzionamento d'impianti soggetti ad autorizzazione, conformemente alla direttiva 96/61/CE del Consiglio, del 24 settembre 1996, sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento. Include tutte le attività elencate nell'allegato I della direttiva 96/61/CE, ad esclusione degli impianti o parti di impianti utilizzati per la ricerca, lo sviluppo e la sperimentazione di nuovi prodotti e processi. 2. Operazioni di gestione dei rifiuti, compresi la raccolta, il trasporto, il recupero e lo smaltimento di rifiuti e di rifiuti pericolosi, nonché la supervisione di tali operazioni e i controlli successivi sui siti di smaltimento, soggetti ad autorizzazione o registrazione, conformemente alle direttive del Consiglio 75/442/CEE, del 15 luglio 1975, relativa ai rifiuti e 91/689/CEE, del 12 dicembre 1991, relativa ai rifiuti pericolosi. Tali operazioni comprendono tra l'altro la gestione di siti di discarica ai sensi della direttiva del Consiglio 1999/31/CE, del 26 aprile 1999, concernente le operazioni di discarica di rifiuti, e il funzionamento di impianti d'incenerimento ai sensi della direttiva 2000/76/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 dicembre 2000, sull'incenerimento di rifiuti. Ai fini della presente direttiva gli Stati membri possono decidere che tali operazioni non comprendono lo spargimento, per fini agricoli, di fanghi di depurazione provenienti da impianti di trattamento delle acque reflue urbane, trattati secondo una norma approvata. 3. Tutti gli scarichi nelle acque interne superficiali che siano soggetti ad autorizzazione preventiva conformemente alla direttiva 76/464/CEE del Consiglio, del 4 maggio 1976, concernente l'inquinamento provocato da certe sostanze pericolose scaricate nell'ambiente idrico della Comunità. 4. Tutti gli scarichi di sostanze nelle acque sotterra-

suolo, alle acque, agli habitat e alle specie protette.

A tutti gli altri operatori non legati alle attività elencate nell'allegato III, è applicabile un regime di responsabilità basata sulla colpa. In questo caso è necessario determinare la colpa o la negligenza perché all'operatore possa essere data la responsabilità.

Sono incluse nelle attività previste dall'allegato III, le attività lavorative (a fini o no di lucro) che esigano una licenza nel dominio della prevenzione e del controllo integrati dell'inquinamento; che esigano un'autorizzazione/licenza di trattamento di residui; che effettui scariche nel mezzo acquatico, utilizzi o trasposti sostanze pericolose quali, ad esempio, prodotti chimici; che sia collegata alle captazioni d'acqua; che utilizzi, trasformi, rilasci sostanze o preparati pericolosi, prodotti fitofarmaceutici o prodotti biocidi; dispersi intenzionalmente organismi energeticamente modificati nell'ambiente, trasporti residui, produca scarti d'estrazione mineraria, coinvolga la cattura e lo stoccaggio del carbonio.

Tali attività hanno una responsabilità oggettiva per i danni o per la minaccia imminente dei danni che possono causare all'acqua, al suolo e alle specie protette di animali e piante, così come ai loro habitat naturali<sup>46</sup>.

Questo significa che non è necessario determinare l'esistenza di colpa o di negligenza da parte sua perché sia responsabile dell'adozione di misure di prevenzione e riparazione, come anche del pagamento dei rispettivi costi.

Rilevante il riconoscimento vincolativo delle direttive provenienti dal Parlamento Europeo in attività legiferante con il Consiglio dell'Unione Europea, le quali stabiliscono scopi precisi da essere compiuti dai Paesi appartenenti all'Alleanza. Tali direttrici attuano come mandati di aggiustamento legale delle nazioni europee e rendono esplicito termini *a quo* di *compliance*, cioè, impongono natura cogente ai programmi dell'Unione Europea in diversi campi. In questo senso, si utilizza, ancora una volta, una correlazione con gli insegnamenti di Marcelo Neves (2009), giacché la legislazione di carattere programmatico trabocca, secondo l'autore, una realtà erronea nella maggioranza dei Paesi. Tuttavia, nell'ambito europeo, l'esame di qualche diniego nelle legislazioni domestiche si potrebbe concepire come attività legislativa innocua, svuotata di pretesto regolatore

societario<sup>47</sup>.

Certamente la preservazione ambientale, spesso, si dissocia dal lucro facile, nella misura in cui s'impongono investimenti che attenuino il degrado, esigendo, quindi, dall'imprenditore la riduzione dei suoi margini di lucro e l'omaggio al Principio della Solidarietà Intergenerazionale, come sostiene Gianluca Senatore:

Creare una società fondata sull'inclusione sociale tenendo conto della solidarietà tra le generazioni e all'interno delle stesse, nonché garantire e migliorare la qualità della vita dei cittadini quale presupposto per il benessere duraturo delle persone;

In questo senso, la Costituzione Europea del 2004 quando tratta il tema con un focus sui Diritti Umani:

Unita nella diversità, l'Europa offre ai suoi popoli le migliori possibilità di proseguire, nel rispetto dei diritti di ciascuno e nella consapevolezza delle loro responsabilità nei confronti delle generazioni future e della Terra, la grande avventura che fa di essa uno spazio privilegiato della speranza umana.

Si deduce, quindi, che il Diritto comunitario tratta l'Ambiente come cosa fondamentale alla Dignità della Persona Umana ed esige dagli Stati Europei che, effettivamente, imputino responsabilità a chi degrada l'Ambiente.

## 4. CONCLUSIONI

Il Costituzionalismo contemporaneo ha eletto, tra gli oggetti del suo studio, il denominato Ambientalismo come strumento giuridico capace di propiziare la preservazione ambientale, come uno dei Diritti Umani più valorizzati nella Scienza del Diritto.

In effetti, l'Ambiente Ecologicamente Equilibrato è studiato come un Diritto Umano e, pertanto, intrinseco all'elenco dei Diritti Fondamentali.

Si corrobora la tesi difesa, ossia, l'inserzione della preservazione ambientale come diritto fondamentale dell'uomo dall'analisi dei testi delle costituzioni in tutto il mondo.

Si osserva nel Diritto Costituzionale Positivo elaborato negli ultimi cinquant'anni un'enorme preoccupazione del legislatore costituente nello stipolare che l'Ambiente è un valore giuridico inserito tra i Principi

46 Direttiva di Responsabilità Ambientale 2004/35.

47 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009.



che guidano le Carte Magne e, solitamente, è disposto espressamente che si tratta di un Diritto Fondamentale.

Oltre all'Europa, culla della Scienza Giuridica, le costituzioni delle Americhe del Sud, del Nord e Centrale, l'Africa, l'Asia e l'Oceania hanno anche eletto l'Ambiente come qualcosa da essere protetta dagli Stati e dalla Società, constatandosi, dunque, che sia nel sistema *Civil Law*, sia nella *Common Law* le norme costituzionali e infra-costituzionali si sono, sempre di più, preoccupate dell'Ambiente.

Consapevole di tale imposizione costituzionale, il Diritto Comunitario, attraverso varie norme, soprattutto la Direttiva 2004/35, ha stabilito il sistema di Responsabilità per Danni all'Ambiente in Europa.

Nella riferita Direttiva, il Parlamento Europeo, in maniera encomiabile, ha stabilito direttrici che, con forza cogente, devono servire di guida alla costruzione delle legislazioni interne dei Paesi membri perché ci sia una corretta imputazione della Responsabilità Ambientale.

In effetti, come sostenuto dal testo, la semplice esistenza di norme di protezione dell'Ambiente poco contribuisce per una concreta inibizione del comportamento che degrada. In verità, la protezione ambientale sarà reale solo se accompagnata da un insieme di norme che diano Responsabilità Civile, Penale e Amministrativa a quelli che, deplorevolmente, distruggono l'Ambiente.

L'implacabile, rapida e giusta imputazione di Responsabilità a chi degrada, oltre al semplice aspetto riparatore e, eventualmente, punitivo, hanno una funzione pedagogica di estremo rilievo, nella misura i cui scoraggia nuovi comportamenti dannosi.

Si loda, pertanto, il contemporaneo trattamento che il Diritto Costituzionale conferisce all'Ambiente, eleggendolo comunemente come Principio Costituzionale e stabilendo regole d'imputazione a chi degrada, perché, tutti, universalmente, possano vivere in un Ambiente Ecologicamente Equilibrato e possano conferire alle future generazioni questa stessa benedizione.

## RIFERIMENTI

ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Resíduos perigosos no direito ambiental internacional: sua internalização nos países do Mercosul*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 2003.

ÁFRICA DO SUL. *Constituição África do Sul*. Disponibile in: <<http://www.juriscien cia.com/vademecum/constituicoes-estrangeiras/constituicao-da-africa-do-sul-constituti-on-of-the-republic-of-south-africa/136>>. Accesso in: 20 apr. 2016.

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República da Alemanha*. Disponibile in: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Accesso in: 20 apr. 2016.

ANGOLA. *Constituição da República de Angola*. Disponibile in: <[http://www.governo.gov.ao/Arquivos/Constituicao\\_da\\_Republica\\_de\\_Angola.pdf](http://www.governo.gov.ao/Arquivos/Constituicao_da_Republica_de_Angola.pdf)>. Accesso in: 20 apr. 2016.

ARGENTINA. *Código Civil de 2002*. 2002. Disponibile in: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>>. Accesso in: 14 mar. 2016.

ARGENTINA. *Constituição Nacional de 1994*. 1994. Disponibile in: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>. Accesso in: 14 mar. 2016.

ARGENTINA. *Ley Nacional 25.675*. Ley General del Ambiente. Disponibile in: <<http://www2.medioambiente.gov.ar/mlegal/marco/ley25675.htm>>. Accesso in: 14 mar. 2016.

AUSTRÁLIA. *Constituição da Austrália*. Disponibile in: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21382-21383-1-PB.htm>>. Accesso in: 20 apr. 2016.

ÁUSTRIA. *Bundesverfassungsgesetz*. Disponibile in: <<http://www.ris.bka.gv.at>>. Accesso in: 20 apr. 2016.

BANERJEE, Debadyuti. *Environmental Jurisprudence in India: a look at the initiatives of the supreme court of india and their success at meeting the needs of eviro-social justice*. 2008. Disponibile in: <[http://www.academia.edu/430162/EnvironmentaljurisprudenceinIndialookattheinitiativesoftheSupremeCourtofIndiaandtheir\\_success\\_at\\_meeting\\_the\\_needs\\_of\\_enviro-social\\_justice](http://www.academia.edu/430162/EnvironmentaljurisprudenceinIndialookattheinitiativesoftheSupremeCourtofIndiaandtheir_success_at_meeting_the_needs_of_enviro-social_justice)>. Accesso in 20 apr. 2016.

BEDRAN, K. M.; MAYER, E. A. Responsabilidade civil por danos ambientais no direito brasileiro e comparado: teoria do risco criado versus teoria do risco integral. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, jan./jul. 2013.

BÉLGICA. *Constituição Federal*. Disponibile in: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/>

- anexos/21393-21394-1-PB.htm>. Accesso in: 20 apr. 2016.
- BOLÍVIA. *Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia*. Disponibile in: <<http://www.ftierra.org/index.php/generales/14-constitucion-politica-del-estado>>. Accesso in: 05 apr. 2016.
- BRASIL. *Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan.2002. Disponibile in: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Accesso in: 13 apr. 2016.
- BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponibile in: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm>>. Accesso in: 13 apr. 2016.
- BRASIL. *Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponibile in: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Accesso in: 13 apr. 2016.
- BULGÁRIA. *Constituição*. Disponibile in: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21362-21363-1-PB.htm>>. Accesso in: 09 mag. 2016.
- CANADÁ. *Constituição*. Disponibile in: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21363-21364-1-PB.htm>>. Accesso in: 09 mag. 2016.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CHILE. *Constitución Política de La República de Chile*. Disponibile in: <<https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucionpolitica.pdf>>. Accesso in: 13 apr. 2016.
- CHINA. *Constituição*. Disponibile in: <<http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/constituicao/ind ex.asp>>. Accesso in: 13 apr. 2016.
- CINGAPURA. *Constituição*. Disponibile in: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21400-21401-1-PB.html>>. Accesso in: 13 apr. 2016.
- COLÔMBIA *Constituição*. Disponibile in: <<http://www.jurisciencia.com/vademecum/constituicoes-estrangeiras/a-constituicao-da-colombia-constitucion-de-colombia/582/>>. Accesso in: 09 mag. 2016.
- COLÔMBIA. *Constituição*. Disponibile in: <<http://www.jurisciencia.com/vademecum/constituicoes-estrangeiras/a-constituicao-da-colombia-constitucion-de-colombia/582/>>. Accesso in: 13 apr. 2016.
- CUBA. *Constituição*. Disponibile in: <<http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>>. Accesso in: 09 mag. 2016.
- EQUADOR. *Constituição*. Disponibile in: <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoEquador.pdf>>. Accesso in: 13 apr. 2016.
- ESPANHA. *Constituição da Espanha de 1978*. 1978. Disponibile in: <<https://www.iberred.org/pt/legislacion-penal/constituicao-espanhola-de-27-de-dezembro-de-1978>>. Accesso in: 13 apr. 2016.
- ESTADOS UNIDOS. *Comprehensive environmental response, compensation, and liability act*. Disponibile in: <<http://www.epa.gov/superfund/policy/index.htm>>. Accesso in: 28 apr. 2016.
- EUROPA. *Constituição*. Disponibile in: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52003XX0718\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52003XX0718(01))>. Accesso in: 28 apr. 2016.
- EUROPA. *Diretiva da responsabilidade ambiental 2004/35 do parlamento europeu*. Disponibile in: <<http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/eldbrochure/ELD%20brochure.pdf>>. Accesso in: 21 apr. 2016.
- FRANÇA. *Carta Ambiental*. 2004. Disponibile in: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bankmm/portugais/constitutionportugais.pdf>>. Accesso in: 21 apr. 2016.
- FRANÇA. *Constituição*. 1958. Disponibile in: <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank\\_mm/portugais/constitution\\_portugais.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf)>. Accesso in: 21 apr. 2016.
- GIANNINI, Daniele. *La tutela dell'ambiente*. Disponibile in: <<https://www.iusexplorer.it/Pubblica/FascicoloDossier/Latuteladellambiente/?idDocMaster4065982&idDataBanks19&canale13#>>. Accesso in: 06 mag. 2016.
- GUSMAI, Antonio. *La tutela costituzionale dell'ambiente tra valori (meta-positivi), interessi (mercificatori) e (assenza di) principi fondamentali*. Disponibile in: <<http://www.edizionesi.it/dperonline/data/uploads/articoli/tutelagusmai.pdf>>. Accesso in: 06 mag. 2016.

- HOLANDA. *Constituição Holandesa*. Disponibile in: <[http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/nl00000\\_.html](http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/nl00000_.html)>. Accesso in: 09 mag. 2016.
- IHERING, Rudolf Von. *El fin en el derecho*. Madrid: B. Rodriguez Serra, 1911.
- INDIA. *Constituição da República*. 1950. Disponibile in: <<http://lawmin.in/olwing/coi/coi-english/coi-in-dexenglish.htm>>. Accesso in: 20 apr. 2016.
- INDIA. *The environment protection act*. 1986. Disponibile in: <<http://envfor.nic.in/legis/env/env1.html>>. Accesso in: 20 apr. 2016.
- ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponibile in: <<http://www.quirinale.it/qnrw/statico/costituzione/pdf/Costituzione.pdf>>. Accesso in: 20 apr. 2016.
- JAPÃO. *Constituição*. Disponibile in: <<http://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/pdf/constituicao.pdf>>. Accesso in: 20 apr. 2016.
- JAPÃO. Embaixada. *Avanços foram feitos, mas há novos desafios a serem enfrentados*. Disponibile in: <<http://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/ambiente.html>>. Accesso in: 06 mag. 2016.
- LAWYERS, Blakes. *Environment law in Canada*. 2012. Disponibile in: <[http://www.blakesfiles.com/Guides/2012\\_Blakes\\_Environmental\\_Law\\_in\\_Canada\\_EN.pdf](http://www.blakesfiles.com/Guides/2012_Blakes_Environmental_Law_in_Canada_EN.pdf)>. Accesso in: 20 apr. 2016.
- LIMARDI, Gianluca; SACCO, Sonia. *Danno ambientale e rischio inquinamento: responsabilità civile e aspetti gestionali: inquadramento normativo del danno ambientale e rivolti nell'ambito della responsabilità civile*. Disponibile in: <[http://www.studiolimardi.it/files/lucca\\_2011.pdf](http://www.studiolimardi.it/files/lucca_2011.pdf)>. Accesso in: 25 apr. 2016.
- MÉXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponibile in: <<http://www.constitucion.gob.mx/>>. Accesso in: 21 apr. 2016.
- MOÇAMBIQUE. *Constituição*. Disponibile in: <[http://www.presidencia.gov.mz/files/republica/constituicao\\_republica\\_moc.pdf](http://www.presidencia.gov.mz/files/republica/constituicao_republica_moc.pdf)>. Accesso in: 21 apr. 2016.
- MOTOKI, Masato. *Observations on environmental ethics, animal rights and culture*. In: ASIAPACIFIC perspectives on environmental ethics. Bangkok: UNESCO Bangkok, 2008.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009.
- NORUEGA. *Constituição da Noruega*. Disponibile in: <<https://pt.glosbe.com/pt/en/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20da%20Noruega>>. Accesso in: 13 apr. 2016.
- NORUEGA. *Pollution control act*. Disponibile in: <<https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/pollution-control-act/id171893/>>. Accesso in: 21 apr. 2016.
- PERU. *Constitución Política Del Perú de 1993*. Disponibile in: <<http://vlex.com/vid/constitucion-politica-peru-42814763>>. Accesso in: 13 apr. 2016.
- PORTUGAL. *Constituição (1976)*. *Constituição da República Portuguesa*. 1976. Disponibile in: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepubblicaPortuguesa.aspx>>. Accesso in: 20 apr. 2016.
- PORTUGAL. Lei n. 11 de 7 de abril de 1987. Lei de Bases do Ambiente. *Diário da República*, n. 81, 1987. Disponibile in: <<http://dre.pt/pdf1sdip/1987/04/08100/13861397.pdf>>. Accesso in: 23 de setembro 2016.
- RODOLFI, Marco. *Il danno ambientale e le recenti modifiche legislative*. 2013. Disponibile in: <http://www.anra.it/Content/rishi.aspx?id=37> Accesso in: 25 apr. 2016.
- SENATORE, Gianluca. *Lo sviluppo sostenibile*. Profili giuridico-filosofici. Edizioni Nuova Cultura, 2008.
- SOUZA, Mauro César Martins de; YAMAGUCHI, Taylla Evellyn. França: a construção do direito ambiental em um país desenvolvido. *TÓPOS*, v. 5, n. 2, p. 47-66, 2011. Accesso in: <<http://revista.fct.unesp.br/index.php/topos/article/viewFile/2284/2089>>. Accesso in: 24 apr. 2016.
- SUÍÇA. *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*. Disponibile in: <<http://www.admin.ch>>. Accesso in: 20 apr. 2016.
- VENEZUELA. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Asamblea Nacional Constituyente. Caracas, 1999 Disponibile in: <<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>>. Accesso in: 15 maio 2016
- VOLLERO, Flora. *Diritti umani e diritti fondamentali fra tutela costituzionale e tutela sovranazionale: il diritto ad un ambiente salubre*. Disponibile in <[http://files.studiperlapace.it/spp\\_zfiles/docs/20041205175248.pdf](http://files.studiperlapace.it/spp_zfiles/docs/20041205175248.pdf)>. Accesso in: 06 maio 2016.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Da desconsideração da  
personalidade jurídica nas  
relações consumelistas  
brasileiras: análise à luz das  
teorias clássicas**

**Disregard of legal personality  
in brazil's consumer's relations:  
analysis in the light of the classic  
theories**

Daniel Amin Ferraz

Marcus Vinicius Silveira de Sá

# Da desconsideração da personalidade jurídica nas relações consumeristas brasileiras: análise à luz das teorias clássicas\*

## Disregard of legal personality in brazil's consumer's relations: analysis in the light of the classic theories

Daniel Amin Ferraz\*\*

Marcus Vinicius Silveira de Sá\*\*\*

### RESUMO

O presente trabalho visa rediscutir o instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil, previsto no Código de Defesa do Consumidor, com base nas teorias clássicas de levantamento da personalidade jurídica surgidas no âmbito do Direito Norte-Americano e Europeu, a fim de verificar se o instituto regulado pelo ordenamento jurídico nacional, aplicável às relações consumeristas, é coerente com aquele defendido pelas teorias clássicas, em especial no tocante aos seus limites e hipóteses de incidência.

**Palavras-chave:** Desconsideração da Personalidade Jurídica. Relação de Consumo. Sociedades Comerciais. Direito Empresarial. Limitação de Responsabilidade.

### ABSTRACT

The present work aims to re-discuss the disregard of legal personality in Brazil, as in the “Código de Defesa do Consumidor” (“Consumer’s Protection Code”), based on the classic “lifting the corporate veil” theories, originated in the North-American and European Law, in order to verify if the institute regulated by the national legal system, incident in consumer’s relations, is coherent with the one predicted by the classic theories, specially about its limits and cases of application.

**Keywords:** Disregard of legal entity. Consumer’s Relations. Corporations. Corporate Law. Limited liability.

\* Autores convidados

\*\* Mestre em Direito Empresarial, Universidade de Coimbra, Portugal; Doutor em Direito Empresarial Internacional, Universidad de València, Espanha; Pesquisador Convidado da OMC, Genebra (2004), Suíça; Professor do Mestrado/Doutorado em Direito e Políticas Públicas do UniCEUB, Brasília, DF; Advogado Titular de Amin, Ferraz, Coelho Advogados.

\*\*\* Mestrando em Direito das Relações Internacionais, UniCEUB, Brasília, DF; advogado em Amin, Ferraz, Coelho Advogados.



## 1. INTRODUÇÃO

Desde seu surgimento, até os dias atuais, as sociedades comerciais<sup>1</sup> vêm ganhando, cada vez mais, espaço no cenário econômico mundial, se fato de a personificação das sociedades servir, *inter alia*, para a criação de centros autônomos de direitos e obrigações<sup>2</sup>.

Não obstante, a personificação, por si só, não exige os sócios de responderem pessoalmente por atos praticados pela sociedade empresária razão pela qual, na prática empresarial, a personificação das sociedades costuma vir acompanhada de outra característica das sociedades comerciais modernas: a limitação de responsabilidade.

Graças à conjugação destes dois elementos, mais pessoas passaram a reunir-se em sociedades visando explorar atividades econômicas no Mercado, pois, com eles, há redução dos riscos da atividade e dos custos de acesso ao capital, de agência e de monitoramento de outros sócios<sup>3</sup>.

Diante das vantagens decorrentes da união da limitação de responsabilidade com a personificação das sociedades, ocorreu uma verdadeira difusão das sociedades empresárias, de modo que foi possível verificar a expansão do número de sociedades constituídas e atuantes no Mercado.

Entretanto, não se pode ter como absolutos os elementos da personificação e da limitação de responsabi-

lidade, tendo em vista a existência de diversos abusos que podem ser cometidos através da utilização indevida da personalidade jurídica. A possibilidade de atuação através da personalidade coletiva deve ter limites<sup>4</sup>.

Assim, e como resposta a chamada “crise da limitação de responsabilidade”<sup>5</sup>, surgiram as teorias da desconsideração da personalidade jurídica, desenvolvidas no âmbito do Direito Norte-Americano e Europeu.

No Brasil, o primeiro diploma legal a encarar, seriamente, o problema da desconsideração foi o Código de Defesa do Consumidor (CDC) em seu art. 28, o qual foi alvo de diversas críticas ao longo do seu trâmite no Congresso Nacional e continuou a ser questionado após sua promulgação em 11 de setembro de 1990.

Ao longo dos mais de 25 anos de introdução de fato do instituto no Brasil, doutrina e jurisprudência nacionais voltaram seus olhos principalmente para a construção e desenvolvimento das chamadas “teoria maior” e “teoria menor” da desconsideração, deixando de lado, por vezes, as teorias clássicas do instituto.

Assim, pretende-se reascender as discussões acerca dos problemas da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil no tocante as relações consumeristas, ao analisar o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor e as teorias nacionais da desconsideração, verificando-se sua (in)coerência com as teorias clássicas.

Para alcançar tais objetivos, o estudo em voga utilizará o método do levantamento bibliográfico, aprofundando-se as pesquisas no meio acadêmico por meio de artigos científicos, monografias, dissertações e teses publicadas nos diversos sítios eletrônicos das universidades brasileiras, europeias e americanas, bem como em outros sites e revistas especializadas. Será, ainda, analisada a icônica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema, consubstanciada no julgamento do REsp 279.273/SP<sup>6</sup>.

Desta forma, verificar-se-á, inicialmente, a origem

1 Cumpre referir que a atividade comercial sempre passou por um processo de evolução, e que gerou adaptabilidade do direito às necessidades do mercado. Assim, na origem a atividade mercantil sempre se organizou por intermédio da atuação do empresário individual, correspondendo a esta atividade o direito do comerciante individual. Com o incremento das relações mercantis no mercado, a atividade passou a ser desenvolvida pelos empresários coletivos, ou seja, pelas sociedades empresárias. Nesta fase surge o direito societário. Finalmente, as sociedades empresárias se organizam, cada dia com maior frequência, em grupos econômicos, passando o direito a regular a atuação destes potentados empresariais. Neste sentido, veja-se: FERRAZ, Daniel Amin. *A concentração empresarial no contexto da economia internacional*. In: FERRAZ, Daniel Amin. *Direito empresarial: marco jurídico da internacionalização das empresas brasileiras*. Curitiba: CRV, 2012. p. 9 e ss.

2 No Direito, a pessoa é, sempre, um centro de imputação de normas jurídicas. Desse modo, a personificação das sociedades torna-lhe um centro de imputação de direitos e obrigações. Nesse sentido: CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p.73.

3 TOMAZETTE, Marlon. *Direito societário e globalização: rediscussão da lógica público-privada do direito societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.

4 FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

5 Nesse sentido: FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em: 01 jul. 2016; e CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 102.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 279273/SP. Terceira Turma. Rel. Ministro Ari Pargendler. Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andriahi. Brasília, 4 de dezembro de 2003.



do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Europeu e Norte-Americano e as teorias clássicas explicativas da desconsideração, quais sejam, as teorias subjetivas, objetivas, da aplicação das normas e negativista.

Após, será analisado o art. 28 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e as teorias “maior” e “menor” da desconsideração da personalidade jurídica, desenvolvidas no Brasil para explicar a aplicação do instituto, inter alia, no Direito do Consumidor e Direito Ambiental.

Por fim, demonstrar-se-á a necessidade de reformulação do instituto do levantamento da personalidade coletiva nas relações consumeristas brasileiras, tal como previsto no art. 28, §5º do CDC, e o afastamento da “teoria menor”, por estarem em total dissonância com as teorias clássicas e os objetivos primordiais da desconsideração da personalidade jurídica e resultarem em prejuízos à atividade empresarial e, conseqüentemente, ao desenvolvimento econômico nacional.

## 2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Antes de se aprofundar na doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, destaca-se a existência de um problema terminológico<sup>7</sup>. No Direito Norte-Americano, utilizam-se os termos “*disregard of legal entity*” (desconsideração da entidade legal) ou simplesmente “*disregard doctrine*”. No Direito Brasileiro e Português, utilizam-se as expressões “desconsideração da personalidade jurídica” e “levantamento da personalidade coletiva”. No Direito Espanhol é conhecido como “*doctrina del levantamiento del velo social*” (doutrina do levantamento do véu social) e no Direito Alemão “*Durchgriff bei juristischer Personen*” (penetração nas pessoas jurídicas).

Existem ainda diversas outras denominações distintas para o mesmo instituto jurídico, o que por vezes causou confusão doutrinária<sup>8</sup>. Não obstante, tendo em vista se tratar do mesmo instituto, utilizar-se-á indistintamente tais expressões como sinônimas, dando-se pre-

ferência ao termo mais conhecido no Direito Brasileiro.

Destaca-se, ainda, o fato de que apesar de tecnicamente dizer respeito à personificação da sociedade, os impactos gerados pela aplicação da teoria da desconsideração dizer respeito, também, à limitação de responsabilidade, tendo em vista que permitirá expandi-la, estando a mesma a princípio limitada à pessoa coletiva, e havendo sua extensão (da responsabilidade) à pessoa dos sócios da sociedade<sup>9</sup>.

### 2.1. A origem da *disregard doctrine* no direito norte-americano

No Direito Americano, a desconsideração da personalidade jurídica teve origem em razões processuais e constitucionais<sup>10</sup>, tendo surgido da aplicação de regras de equidade que posteriormente foi levada para os tribunais. Assim, ao contrário da regra de que a Equidade segue o Direito, neste caso, o Direito seguiu a Equidade<sup>11</sup>.

A desconsideração da personalidade jurídica se apresenta como um instituto jurídico que surgiu para explicar as distintas soluções encontradas para os problemas derivados da personalidade coletiva<sup>12</sup>. Dentre os problemas mais básicos, destacam-se<sup>13</sup>: (i) a confusão de esferas jurídicas; (ii) a subcapitalização; e (iii) prejuízos provocados a terceiros com abuso da personalidade jurídica.

Verifica-se a confusão de esferas jurídicas quando, devido à inobservância das regras de Direito Societário, não é clara a separação entre os patrimônios da sociedade e o patrimônio dos sócios.

Ocorre subcapitalização<sup>14</sup> relevante para efeitos da

7 CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 102.

8 FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

9 TOMAZETTE, Marlon. *Direito societário e globalização: rediscussão da lógica público-privada do direito societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 136.

10 CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 108.

11 SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Barcelona: Ariel, 1958. p. 95-96.

12 FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

13 Nesse sentido: CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 118; FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

14 Existem dois tipos distintos de subcapitalização: (i) subcapitalização nominal; e (ii) subcapitalização material. Na primeira, a sociedade tem um capital formalmente insuficiente para o objeto e atos a

desconsideração sempre que uma sociedade tenha sido constituída com capital insuficiente, aferido em função de seu objeto ou de sua atuação.

Resta caracterizado o prejuízo a terceiros que justifique o levantamento da personalidade coletiva quando esta for usada, de modo ilícito ou abusivo, para prejudicar terceiros. Não basta, assim, o mero prejuízo. É necessário que o prejuízo a terceiros decorra “da utilização contrária a normas ou princípios gerais, incluindo a ética dos negócios”<sup>15</sup>.

Em outras palavras, o abuso da personalidade jurídica consiste em uma “situação de abuso do direito ou de exercício inadmissível de posições jurídicas, verificada a propósito da actuação do visado, através da utilização de uma pessoa coletiva”<sup>16</sup>.

O comportamento que suscita o “levantamento do véu social” se caracteriza por atentar contra a legítima confiança existente entre as partes. O abuso da personalidade coletiva traduziria, em suma, a utilização das prerrogativas da personificação da sociedade em desrespeito ou descompasso com os objetivos que levaram a Lei em primeiro lugar a concedê-la<sup>17</sup>.

## 2.2. Teorias clássicas explicativas da desconsideração

Dentro das clássicas teorias explicativas da desconsideração da personalidade jurídica, destacam-se a teoria subjetiva, a teoria objetiva, a teoria da aplicação das normas, e a teoria negativista.

Analisar-se-á individualmente cada teoria.

### 2.2.1. Teoria subjetiva

Serick<sup>18</sup>, analisando a jurisprudência dos tribunais

norte-americanos, aponta cinco hipóteses em que originalmente permitiu-se a penetração da personalidade coletiva: (i) fraude a lei; (ii) fraude ao contrato; (iii) transmissão fraudulenta do patrimônio do devedor a uma pessoa jurídica em prejuízo de terceiro; (iv) nas relações entre matriz e filial em que, de forma desvirtuada, resta caracterizada situação de dependência de fato e de direito e esta for utilizada como mero instrumento por aquela para a promoção de atos abusivos; (v) atos praticados pela pessoa coletiva em contrariedade a boa-fé.

Ballantine<sup>19</sup> resume a aplicação da Teoria da Desconsideração para a hipótese em que o fato submetido a exame revela algum abuso derivado do privilégio da existência da personalidade jurídica.

Esta é a base da Teoria Subjetiva, segundo a qual

a autonomia da pessoa colectiva deveria ser afastada quando houvesse um abuso da sua forma jurídica, com vista para fins não permitidos. Na determinação dos tais ‘fins’ ou ‘escopos’, não permitidos, haveria que lidar com a situação objectiva e, ainda, com a intenção do próprio agente<sup>20</sup>.

A desconsideração exigira, portanto, um abuso consciente da personalidade coletiva<sup>21</sup>.

Dessa forma, a sociedade, por meio da atuação de seus administradores, pratica um determinado ato jurídico, mas é insolvente, não contando com patrimônio suficiente para quitar a obrigação. Em razão do princípio da autonomia societária e intangibilidade do capital social, o patrimônio dos sócios não poderia ser afetado pelas obrigações da sociedade, caso esta tenha sido constituída sobre a forma de um tipo societário com limitação de responsabilidade. Não fosse a Teoria da Desconsideração, os sócios evitariam assumir a responsabilidade pela inexecução ou pela execução defeituosa dos negócios jurídicos praticados pela sociedade<sup>22</sup>.

A Teoria Subjetiva surge, assim, “como um episódio natural da evolução da ideia de levantamento: jogam-se,

que se destina, podendo recorrer a capital alheio. Por outro lado, na segunda, constata-se uma efetiva insuficiência de fundos, seja próprio ou alheio. Para efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, apenas esta última é, de fato, relevante, visto que não pode ser sanada. Nesse sentido: TOMAZETTE, Marlon. *direito societário e globalização: rediscussão da lógica público-privada do direito societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.

15 CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 122.

16 CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 123.

17 FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

18 SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*:

el abuso de derecho por medio de la persona jurídica. Barcelona: Ariel, 1958.

19 BALLANTINE, Henry Winthrop. *Ballantine on corporations*. Chicago: Callaghan and Company, 1946.

20 CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 125-126.

21 SERICK, Rolf apud CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 125-126.

22 FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

tão só, os pressupostos da responsabilidade civil”<sup>23</sup>.

Vejamos, agora, a segunda teoria.

### 2.2.2. Teoria objetiva

A Teoria Objetiva é resultado da rejeição de elementos subjetivos para se proceder à desconsideração da personalidade jurídica. Seria uma evolução comum aos instrumentos jurídicos que visam à sindicância do sistema sobre as soluções jurídicas<sup>24</sup>. Em uma primeira fase, faz-se tudo depender das intenções do agente, mas uma vez conquistado o instituto, este é objetivado e passa a depender, unicamente, das ações em contrariedade ao ordenamento.

Uma vez abandonada a intenção do agente, faz-se necessário a ponderação dos institutos em jogo para se proceder a desconsideração. Levantar-se-ia a personalidade coletiva quando tais institutos fossem afastados pela invocação da personalidade jurídica contra a intencionalidade normativa<sup>25</sup>.

Por meio da aplicação da Teoria Objetiva, a desconsideração deixa de ser vista como pena/sanção àqueles que visam manipular o ordenamento jurídico e através da personificação da sociedade e passa a ser interpretada como mera consequência do não cumprimento de uma norma legal.

Estariam qualificados dentro da teoria objetiva os casos de concentração empresarial. Afetada a responsabilidade das partes, em razão da não aplicação da intangibilidade do capital social e da vinculação patrimonial dos entes do grupo, aplicar-se-ia a teoria da desconsideração e o patrimônio de todo o grupo responderia pelas obrigações assumidas<sup>26</sup>. Em suma, a mera existência de concentração empresarial seria motivo suficiente para a aplicação do levantamento da personalidade coletiva.

#### 2.2.2.1. Teoria da aplicação das normas

Apresentada, inicialmente, por Müller-Freienfels como alternativa a Teoria subjetiva de Serick, a Teoria

da Aplicação das normas defende que a desconsideração não traduziria, propriamente, um problema geral da personalidade coletiva, mas uma questão de aplicação das distintas normas jurídicas.

Quando as normas tivessem “uma pretensão de aplicação absoluta ou visassem atingir a realidade subjacente à própria personalidade jurídica, aplicar-se-iam”<sup>27</sup>. O “detrimento” das regras inerentes à personificação das sociedades seria, destarte, mera decorrência da aplicação de normas com tais objetivos.

Assim, tem-se que a aplicação da Teoria das Normas é, a rigor, objetiva, razão pela qual coaduna-se com o entendimento de que tal teoria nada mais é senão uma subespécie da Teoria Objetiva apresentada anteriormente<sup>28</sup>.

### 2.2.3. Teoria Negativista

A Teoria Negativista defendida e propagada, principalmente, por Wilhelm, nega a autonomia à desconsideração da personalidade jurídica, pois lidaria com proposições vagas e conduziria a insegurança jurídica, razão pela qual haveria de se determinar expressamente os deveres concretos que incidam sobre os membros da pessoa coletiva, de modo que, no limite da teoria, apenas seria possível responsabilizar os dirigentes ou administradores das sociedades por falta de diligência<sup>29</sup>.

A desconsideração da personalidade jurídica, independentemente da teoria explicativa adotada, decerto conquistou sua posição nos mais diversos ordenamentos jurídicos.

Trata-se, porém, de medida excepcionalíssima. A regra deve permanecer privilegiando a manutenção da autonomia societária consubstanciada na personificação da sociedade, e a limitação de responsabilidade. Apenas nos casos em que comprovado o abuso da personalidade jurídica ou verificado confusão patrimonial poderia ser justificado a desconsideração da personalidade, visando alcançar o patrimônio dos sócios.

23 CORDEIRO, Antônio Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 126.

24 CORDEIRO, Antônio Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 127.

25 FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

26 FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

27 CORDEIRO, Antônio Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p.129.

28 FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

29 WILHEIM, Jan. apud CORDEIRO, Antônio Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 130.



Apresentado o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e suas teorias clássicas, passa-se, agora, à análise do ordenamento jurídico nacional no tocante a previsão constante no Código de Defesa do Consumidor e as teorias desenvolvidas pela doutrina nacional, aplicadas pela jurisprudência dos Tribunais Pátrios.

### 3. A DESCONSIDERAÇÃO NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS BRASILEIRAS

Apesar das resistências, a positivação da desconsideração da personalidade jurídica já vinha ocorrendo, ainda que timidamente<sup>30</sup>, por meio de legislação específica desde 1940, através do art. 121<sup>31</sup> da Antiga Lei das Sociedades Anônimas<sup>32/33</sup>, e posteriormente, a partir de 1966, com base no art. 135<sup>34</sup> do Código Tributário Nacional<sup>35</sup>.

Não obstante, foi o Código de Defesa do Consumidor o primeiro diploma legal a tratar seriamente da questão do levantamento da personalidade coletiva, determinando suas hipóteses de aplicação, claro que limitada às relações consumeristas.

30 GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 204-206.

31 Art. 121. Os diretores não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão. § 1º Respondem, porém, civilmente, pelos prejuízos que causarem, quando procederem: I, dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II, com violação da lei ou dos estatutos.

32 BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.627 de 26 de setembro de 1940*. Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2627.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2627.htm)>. Acesso em: 05 jul. 2016.

33 Em 1976, com o advento da Lei n. 6.404, revogou-se parcialmente a Antiga Lei das S.A., com exceção do que disposto nos arts. 59 a 73, de modo que, atualmente, o que disposto no antigo art. 121 está regulado no art. 158 da Lei das Sociedade Anônimas.

34 Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I - as pessoas referidas no artigo anterior; II - os mandatários, prepostos e empregados; III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

35 BRASIL. *Lei n. 5.172 de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm)>. Acesso em: 05 jul. 2016.

Após a entrada em vigor do CDC, a doutrina nacional ocupou-se de formular teorias para explicar e justificar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil, as quais serão exploradas após analisarmos o disposto no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

#### 3.1. A desconsideração no art. 28 do CDC

O artigo 28 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor seguiu a tendência do *Civil Law* de normatizar o instituto da desconsideração de personalidade jurídica e o introduziu ao ordenamento jurídico Brasileiro.

Com efeito, eis o inteiro teor do art. 28 do CDC:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§1º (Vetado).

§2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

A primeira parte do *caput* do artigo traz uma série de critérios subjetivos de levantamento da personalidade coletiva, mantendo a tradição já presente em nosso ordenamento jurídico e seguindo a clássica doutrina da desconsideração.

Na segunda parte, entretanto, parcela da doutrina defende ter ocorrido uma verdadeira inovação<sup>36</sup>, ao incluir critérios objetivos como a falência e a inatividade da pessoa jurídica. Diz-se que “*é a primeira vez que o Direito legislado acolhe a teoria da desconsideração sem levar em conta*

36 GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 208.

a configuração da fraude ou do abuso de direito<sup>37</sup>. Em suma, argumenta-se que, com a inclusão dessas hipóteses, o ordenamento jurídico nacional passou a prever situações em que, independentemente de abuso ou fraude, poder-se-ia promover a desconsideração da personalidade jurídica e responsabilizar os sócios através da aplicação da teoria objetiva.

Entretanto, imperioso destacar não ser este o posicionamento mais correto. Explica-se.

Em que pese o fato de a decretação da falência ou a constatação de estado de insolvência ou encerramento ou inatividade da pessoa jurídica serem fatores auferíveis objetivamente, ou seja, sem a necessidade de abuso ou fraude, não há de se falar em aplicação da teoria objetiva no caso concreto, pois a parte final do dispositivo limita a aplicação da desconsideração à configuração de má-administração. Em outras palavras, o legislador condicionou a desconsideração naqueles casos a um critério subjetivo: a má-administração.

Desta forma, a falência, o estado de insolvência e/ou o encerramento ou inatividade da pessoa jurídica por si só não são capazes de permitir a aplicação, nas relações consumeristas, da desconsideração da personalidade jurídica, pois se exige que qualquer um daqueles seja derivado de má-administração para tanto. Poderia se afirmar, portanto, ter ocorrido uma espécie de “subjetivação” de critérios objetivos, não havendo que se falar, nestes casos, da aplicação da teoria objetiva, mas sim na aplicação da teoria subjetiva.

Por outro lado, parte da doutrina entende que os §§2º, 3º e 4º, apesar de presentes no artigo sobre desconsideração da personalidade jurídica, tratam da responsabilidade dos grupos de sociedades. Ademais, têm-se o entendimento de que tais dispositivos estariam evitados de vício de pertinência, por tratarem da responsabilidade dos grupos e não da desconsideração da personalidade jurídica<sup>38</sup>.

Discorda-se de tal entendimento. Isso porque, como demonstrado alhures, a concentração empresarial é o elemento caracterizador do critério objetivo da descon-

sideração<sup>39</sup>.

Ademais, apesar de o veto presidencial ter recaído sobre o §1º, é o §5º do art. 28 que, desde o início, gerou maiores discussões doutrinárias, especialmente após a divulgação das razões do veto<sup>40</sup>, pois de seu inteiro teor verifica-se que estaria direcionado a esse último e não aquele primeiro.

Não obstante, as demais discussões sobre o dispositivo giram entorno principalmente do caráter absolutista e genérico da norma, que, utilizando-se de expressões vagas e sem trazer qualquer tipo de delimitação ou restrição, permite a desconsideração da personalidade jurídica em qualquer hipótese.

A previsão ampla deixa clara opção legislativa pela proteção ao consumidor<sup>41</sup>. Pela ponderação entre os interesses de satisfação do crédito do consumidor e da continuidade do exercício da atividade empresarial, o legislador brasileiro garantiu máxima proteção daquele em detrimento desse.

### 3.2. As teorias brasileiras “maior” e “menor” da desconsideração

Em tese, parecer ser que no Brasil conviveriam duas “teorias” da desconsideração da personalidade jurídica: uma denominada de teoria maior e outra de teoria menor, a qual tem sido aceita, ainda que por vezes parcialmente, pela maioria da doutrina e jurisprudência nacional<sup>42</sup>.

A primeira seria o resultado da análise dos trabalhos de Rolf Serick (teoria subjetiva) por Rubens Requião em

37 GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 208.

38 GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p.204-206.

39 Ver: FERRAZ, Daniel Amin. O grupo de sociedades: mecanismo de inserção da empresa transnacional na nova ordem econômica mundial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.9, n.1. p.15-25, jan./jun. 2012.

40 Segundo a Mensagem nº 664 da Presidência da República ao Presidente do Senado, que comunicou o veto parcial ao Projeto de Lei nº 97/89 (nº 3.683/89 na Câmara dos Deputados), o parágrafo primeiro do art. 28 foi vetado, visto que “o caput do art. 28 já contém todos os elementos necessários à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que constitui, conforme doutrina amplamente dominante no direito pátrio e alienígena, técnica excepcional de repressão a práticas abusivas”. Tal mensagem está disponível pra consulta em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/anterior\\_98/vep664-L8078-90.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep664-L8078-90.htm)>. Acesso em: 29 jun. 2016.

41 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

42 COELHO, Fabio Ulhoa. A teoria maior e a teoria menor da desconsideração. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 17, n. 65, p. 21-30, jul./set. 2014.

1960, que buscou defender a aplicabilidade da disregard doctrine em âmbito nacional, ainda que sem previsão legislativa específica para tanto, sempre que verificada fraude contra credores ou abuso de direito por meio da personalidade jurídica<sup>43</sup>.

Por sua vez, segundo a “Teoria Menor”, bastaria o não pagamento de um crédito para que se promovesse a desconsideração da personalidade jurídica<sup>44</sup>. Caso a sociedade não possuísse patrimônio suficiente para quitar com as obrigações, mas seus sócios fossem solventes, isso bastaria para desconsiderar a personalidade coletiva e responsabilizá-los perante o credor<sup>45</sup>.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a questão da desconsideração da personalidade jurídica e suas teorias foram amplamente debatidas no julgamento do REsp 279.273/SP<sup>46</sup>, em que a controvérsia se instaurou acerca das hipóteses de cabimento do instituto.

A tese que prevaleceu naquele julgado foi a defendida pela Ministra Nancy Andrighi, designada relatora para o acórdão, e pode ser facilmente extraída do seguinte trecho da ementa:

A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que

estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Segundo esse entendimento, replicado desde então nos demais julgados do STJ e adotado por todas as instâncias dos Tribunais Pátrios, o §5º do art. 28 do CDC possui aplicabilidade autônoma. Desse modo, não seria necessária a verificação de qualquer das hipóteses de desconsideração previstas no *caput* daquele artigo para proceder à desconsideração da personalidade jurídica no caso concreto, bastando, como já mencionado, o não pagamento de um crédito amparado pelo Direito do Consumidor.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da necessária reformulação da desconsideração da personalidade jurídica nas relações consumeristas brasileiras

A personificação da pessoa coletiva e a limitação de responsabilidade foram responsáveis pela difusão das sociedades comerciais modernas, mas o desvirtuamento de seus propósitos é capaz de gerar danos e prejuízos a terceiros, tendo sido necessário impor limites à proteção à personalidade jurídica e à autonomia societária, por vezes relativizando-as.

Em casos excepcionais, o Direito permite a desconsideração da personalidade jurídica e para justificar a aplicação do instituto surgiram as teorias explicativas clássicas, das quais prevaleceram as teorias subjetiva e objetiva.

No Brasil, inicialmente, observou-se, atentamente, a Teoria Subjetiva de Serick com a introdução do instituto por Rubens Requião, cuja doutrina deu origem a posteriormente denominada “teoria maior da desconsideração”. Assim, tal teoria observava, a princípio, a teoria subjetiva clássica.

43 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1998. V. 1.

44 TOMAZETTE, Marlon. *Direito societário e globalização: rediscussão da lógica público-privada do direito societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.

45 COELHO, Fabio Ulhoa. A teoria maior e a teoria menor da desconsideração. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 17, n. 65, p. 21-30, jul./set. 2014.

46 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 279273/SP. Terceira Turma. Rel. Ministro Ari Pargendler. Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 4 de dezembro de 2003.



Não obstante, posteriormente, passou-se a prever e defender que a simples verificação da existência de confusão patrimonial entre a sociedade e seu(s) sócio(s), também, permitiria a desconsideração da personalidade jurídica, de modo que dizem terem sido adotados, também, critérios da teoria objetiva.

Entretanto, mister destacar a existência de conflito doutrinário nesse ponto, pois apesar de alguns defenderem que a confusão patrimonial é “requisito primordial”<sup>47</sup> da desconsideração, outros posicionam-se no sentido de que a confusão patrimonial é apenas um indício que pode servir de meio de prova para se promover a desconsideração<sup>48</sup>, mas nunca seu fundamento.

Acredita-se ser este o entendimento mais correto, porquanto, na prática, existem situações em que o patrimônio da sociedade e o do sócio podem confundir-se durante o desempenho da atividade prevista no Ato Constitutivo independentemente da ocorrência de atos ilícitos ou abusivos<sup>49</sup>, ou, ainda, decorrer de uma necessidade da atividade desenvolvida<sup>50</sup>.

Analisando-se, atentamente, o sistema jurídico nacional, têm-se que a finalidade do levantamento da personalidade coletiva foi de certo modo desvirtuada ao se abranger ao máximo suas hipóteses de incidência nas relações consumeristas por meio do disposto no art. 28, §5º do Código de Defesa do Consumidor e com o desenvolvimento da chamada “teoria menor” da desconsideração.

O §5º do art. 28 do CDC não encontra qualquer amparo teórico quando confrontado com as teorias clássicas. Não se exige abuso ou má-fé, tampouco prevê uma hipótese concreta para a aplicação objetiva do instituto. O dispositivo, como dito, pretende tornar absoluta a proteção dos créditos consumeristas e permite a desconsideração da personalidade jurídica irrestritamente.

Tal opção, supostamente, estaria justificada na hipossuficiência do consumidor perante as grandes socie-

dades comerciais, mas da forma em que foi elaborada acaba por tornar regra o que deve ser tratado como exceção. Afinal, a personalidade jurídica, quando aliada a responsabilidade limitada, sempre será de alguma forma obstáculo ao ressarcimento do consumidor, porquanto impede que este alcance, diretamente, o patrimônio dos sócios para satisfazer seu crédito.

Conforme crítica manifestada há mais de 20 anos, a interpretação literal do dispositivo implicaria a seguinte situação analógica: “se causares prejuízo com abuso irás preso; também irás preso se causares prejuízo por má administração; e também irás preso sempre que, de qualquer forma, causares prejuízo”<sup>51</sup>.

Apesar de hiperbólica, a crítica ainda é válida e destaca importância de se proceder a interpretação lógica e teleológica do dispositivo antes de aplicá-lo ao caso concreto, sob pena de se desvirtuar completamente o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Com efeito, tem-se que a “Teoria Menor da Desconsideração” também não encontra equivalência ou amparo nas teorias explicativas clássicas.

A “teoria menor” não se preocupa em verificar no caso concreto se houve ou não abuso da personalidade jurídica, tampouco a ocorrência de alguma das hipóteses para a aplicação nos termos da Teoria Objetiva do instituto; ao contrário, é fruto de uma inovação legislativo-jurisprudencial brasileira que não parecer ter se preocupado em observar atentamente as considerações da clássica doutrina Norte-Americana e Europeia sobre a matéria.

Ao contrário do objetivo clássico do instituto da desconsideração, de proteger a existência da autonomia patrimonial evitando-se o enriquecimento ilícito dos sócios em detrimento dos credores da sociedade, a teoria menor acaba por eliminá-la e ignorar a limitação de responsabilidade no âmbito do Direito do Consumidor, através da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica sempre que constatado o não pagamento de um crédito consumerista.

Em que pese a importância da proteção ao crédito, sobretudo daquele cujo titular é legalmente considerado como hipossuficiente diante da sociedade empresária, como no caso do consumidor, este não pode ser ab-

47 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 450.

48 LEHMANN, Michael; FRANCESCHELLI, Vincenzo apud TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 237. v. 1.

49 LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e a lei antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 39.

50 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 237. v. 1.

51 AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 5, jan./mar. 1993. p. 178.

solutizado ao ponto de dar fim à limitação de responsabilidade e à autonomia patrimonial das sociedades, postulados básicos da realização dos grandes negócios empresariais, porquanto os custos sociais de tal medida se sobrepõem, em muito, aos benefícios adquiridos individualmente pelo consumidor credor da sociedade.

Os custos da eliminação desses elementos essenciais às sociedades comerciais modernas são os mesmos da “ilimitação” de responsabilidade, trazendo a tona os riscos da atividade e aumentando, inter alia, os custos de acesso ao capital, de agência e de monitoramento de outros sócios.

Ademais, tal eliminação inviabiliza o desenvolvimento das atividades economicamente relevantes capazes de gerar incontáveis benefícios à sociedade. Assim, não há dúvida de que o progresso e desenvolvimento econômico por elas proporcionado são mais importantes que a mera satisfação individual de um credor.

Dessa forma, não há dúvida de que o §5º do art. 28 do CDC e a “teoria menor da desconsideração” estão em completa dissonância com as teorias clássicas do levantamento da personalidade coletiva, necessitando de profunda reformulação e/ou completo abandono. Importante é a função da doutrina e jurisprudência nessa trajetória, que deve voltar seus olhos às origens da desconsideração da personalidade jurídica e suas teorias clássicas, a fim de permitir a reconstrução do instituto no Direito Brasileiro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 5, jan./mar. 1993.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Disponível em: <[www.mprs.mp.br/areas/consumidor/arquivos/desconsideracao.pdf](http://www.mprs.mp.br/areas/consumidor/arquivos/desconsideracao.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2016.

ANTUNES, José Engrácia. *Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório*. Disponível em: <[http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv\\_02\\_p029\\_068.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_02_p029_068.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BALLANTINE, Henry Winthrop. *Ballantine on corporations*. Chicago: Callaghan and Company, 1946.

BLUMBERG, Phillip I. *The multinational challenge to corporation law: the search for a new corporate personality*. New York: Oxford, 2003.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.627 de 26 de setembro de 1940*. Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2627.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2627.htm)>. Acesso em: 05 jul. 2016.

BRASIL. *Lei n. 5.172 de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm)>. Acesso em: 05 jul. 2016.

BRASIL. *Lei n. 6.404 de 15 de setembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm)>. Acesso em: 01 jul. 2016.

BRASIL. *Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 01 jul. 2016.

BROSETA PONT, Manuel. *Manual de derecho mercantil*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2000.

COELHO, Fabio Ulhoa. A teoria maior e a teoria menor da desconsideração. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 17, n. 65, jul./set. 2014.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2014. V. 2.

COLLINGS, Hugh. Ascription of legal responsibility to groups in complex patterns of economic integration. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1990.tb01838.x/abstract;jsessionid=543EB448E67D49D71BECBFC1A7866DAD.f02t01>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000.

FERRAZ, Daniel Amin. Grupo de sociedades: instrumento jurídico de organização da empresa plurissocietária. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 494-510, 2014.

- FERRAZ, Daniel Amin. O grupo de sociedades: mecanismo de inserção da empresa transnacional na nova ordem econômica mundial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1. p. 15-25, jan./jun. 2012.
- FERRAZ, Daniel Amin. La concentración empresarial en el comercio internacion Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em: 01 jul. 2016.
- FERRAZ, Daniel Amin. A concentração empresarial no contexto da economia internacional. In: \_\_\_\_\_. *Direito empresarial: marco jurídico da internacionalização das empresas brasileiras*. Curitiba: Curitiba, 2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. The end of history for corporate law. Disponível em: <[http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_)>. Acesso em: 30 jun. 2016.
- HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. What is corporate law? In: KRAAKMAN, Reinier et al. *The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*. New York: Oxford University Press, 2004.
- LINS, Daniela Storry. Aspectos polêmicos atuais da descon sideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e lei antitruste. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MICKELTHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. *The company: a short history of a revolutionary idea*. New York: A modern Library, 2005.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.
- SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Barcelona: Ariel, 1958.
- TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1.
- TOMAZETTE, Marlon. *Direito societário e globalização: rediscussão da lógica público-privada do direito societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Analysis of advantages and disadvantages of forums prescribed under the UNCLOS and state practice: the way ahead for India**

Vinai Kumar Singh

# Analysis of advantages and disadvantages of forums prescribed under the UNCLOS and state practice: the way ahead for India\*

Vinai Kumar Singh\*\*

## ABSTRACT

The paper aims to provide advantages and disadvantages of various forums stipulated under the United Nations Convention on Law of the Sea (UNCLOS)<sup>1</sup> to settle disputes related to sea. Pursuant to unsuccessful long diplomatic negotiations among the South Asian States, this paper not only helps contextualize the debates the usefulness of dispute settlement forums under the UNCLOS, it also underline the importance of Section 3 of Part XV of the UNCLOS which allows the states to exclude few crucial subject matters viz., maritime delimitation, etc from the jurisdiction of forums stipulated under the UNCLOS. Hence, the study examines the usefulness of Declarations made by the States under the UNCLOS. The study further investigates the state practice on exclusion of subject “maritime delimitation” from compulsory settlement system of UNCLOS.

**Keywords:** ICJ. ITLOS. Arbitral Tribunal. Compulsory settlement. Maritime delimitation. CLCS. Exclusion. State practice.

## 1. INTRODUCTION

By July 2016, 88 States including India have made declaration under Articles 287, 298 and 310 of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). These declarations were made by the States partly in response of indicating their preferences of forums mentioned in Article 287 of the UNCLOS. Among them, many States have already experienced the importance of the declaration which indicated preference of forums for settlement of maritime disputes, excluded military activities from compulsory settlement of UNCLOS, and clarified their position/understanding on certain provisions of UNCLOS. Compulsory settlement system under the UNCLOS is one of the central components of UNCLOS. The number of declarations revised by many States in recent years on many aspects of law of the sea seems to indicate that what India should do. This paper thus explores in what situations compulsory jurisdiction entailing binding decisions under the UNCLOS may or may not useful to India.

South Asian States except Bangladesh has not yet made declarations under Articles 287, 298 and 310 of UNCLOS. States are rapidly revising their declarations over the past twenty years, however its effectiveness are widely debated. In this paper, author synthesizes academic and practitioners insi-

\* Recebido em 03/11/2016  
Aprovado em 07/12/2016

\*\* Assistant Professor (Senior) and Deputy Director, Indian Society of International Law, New Delhi. E-mail: vinaikumarsingh@gmail.com

<sup>1</sup> United Nations Convention on the Law of the Sea (adopted 10 December 1982, entered into force 16 November 1994) 1833 UNTS 397.



ghts on effective declarations. Author argues that declarations under Articles 287, 298 and 310 does actually assist in preventing international litigations in unexpected forum/s.

Part XV of UNCLOS 1982 contains the dispute settlement clauses. Section 1 of Part XV, entitled “General Provisions”, essentially requires States to settle disputes through diplomatic channels prior to referring the matter to the compulsory procedures prescribed in Section 2 of Part XV. Part XV describes that some subject matters (freedom of navigations, over-flight, and laying of submarine cables and pipelines; protection and preservation of marine environment; fishing; marine scientific research; maritime delimitation; and finally military activities) are essentially required to be settled through the forum prescribed by the UNCLOS i.e., third party dispute settlement (Section 2 of Part XV). Also this part allows States to exclude some subject-matters from the jurisdiction of forums prescribed by the UNCLOS (Section 3 of Part XV).

Accordingly, Part XV has been divided into three Sections. Section 1 prescribes some general obligations for States to seek mutual and voluntary dispute settlement. Section 2 provides for compulsory dispute settlement mechanisms that result into binding decisions<sup>2</sup> and Section 3 exempts some subject matters from the applicability of Section 2 known as optional exclusions. Thus after the exhaustion of the measures prescribed for the voluntarily settlement of the disputes under Section 1 and subject to the exceptions carved out under Section 3, the disputes related to the interpretation or application of this Convention have to be compulsorily settled as per the mechanisms prescribed under Section 2. It is also important to underline the essence that after the exhaustion of the measures prescribed for the voluntary settlement of disputes under Section 1 and subject to the exceptions carved out under Section 3, the disputes related to the interpretation or application of this Convention have to be compulsorily settled as per the mechanisms prescribed under Section 2.

2 The binding and compulsory dispute settlement procedures were to be “the pivot upon which the delicate equilibrium of the compromise must be balanced” (Memorandum by the President of the Conference on doc. A/CONF.62/WP.9, UN Doc.A/CONF.62/WP.9/Add.1 (1976) reprinted in 5 Third United Nations Conference on the Law of the Sea: Official Records at p. 122).

## 2. BACKGROUND AND FORUMS OF DISPUTE SETTLEMENT UNDER THE UNCLOS

Section 2 (Articles 286-296) of Part XV of the UNCLOS seeks compulsory settlement of disputes that result in binding decisions but the State parties have leverage to choose one or more forums or give preference among forums identified under the UNCLOS. Article 287 prescribes four mechanisms that could be used by member States to settle their disputes. These mechanisms are as follows:

- the International Tribunal for the Law of the Sea established in accordance with Annex VI of the UNCLOS
- the International Court of Justice
- an arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VII
- a special arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VIII for one or more of the categories of disputes specified therein. These categories are as follows: (1) fisheries, (2) protection and preservation of the marine environment, (3) marine scientific research, and (4) navigation, including pollution from vessels and by dumping.<sup>3</sup>

Thus, State Parties are required to declare their choice or choices among these options either at the time of signature, ratification or afterwards.<sup>4</sup> However, if the disputing parties fail in agreeing on a forum for dispute settlement either by virtue of their declaration or mutually after the rise of dispute, such disputes will automatically be submitted to the arbitral tribunal constituted under Annex. VII.<sup>5</sup> Thus, arbitration under Annex. VII will always be a default mechanism to settle the disputes in any case of discord as to the respective forums. The increasing awareness about the Declaration under Article 287 is growing among South Asian States. The declaration made under Article 287 (1) in respect of forums, however, can be withdrawn after three months of the deposition of the notice of revocation to the UN Secretary General.<sup>6</sup>

It is also important to note here that any declaration under Article 287(1) does not affect the obligation of

3 Article 1, Annex. VIII. Special Arbitration, UNCLOS 1982.

4 Article 287 (1), UNCLOS 1982.

5 Article 287 (3)&(5), UNCLOS 1982.

6 Article 287 (6), UNCLOS 1982. It is also important to note that this revocation of declaration is different from the revocation of optional declaration under Article 298 (2) of the Convention.



a State Party to accept the jurisdiction of the Sea-Bed Disputes Chamber under Part XI, Section 5.<sup>7</sup> Thus the jurisdiction of the Sea Bed Dispute Chamber neither affects nor be affected by any such declaration. The declaration under Article 287 (1) only relates to the declaration of the appropriate forum for the compulsory settlement of disputes resulting in binding decisions.

The basic purpose for providing these options of forums under the UNCLOS is to assuage the concerns of many States in respect of some existing forums of dispute settlement. For instance, Cuba expressly stated that it does not accept the jurisdiction of the ICJ under Article 287. States were having different opinions during the negotiation of UNCLOS III as to the exact forum for the compulsory settlement of disputes. It seems essential to understand the basic aspirations and fears of States during negotiations that caused the inclusion of the provisions for four different forums for the compulsory settlement of disputes. It will help in evaluating those concerns in the current state of affairs before making any declaration by States. There were mainly four groups advocating different forums for the compulsory settlement of disputes.<sup>8</sup> The first group was advocating for the conferment of jurisdiction to the International Court of Justice (ICJ) over the disputes related to the law of the sea. (Netherlands and Switzerland) This group pointed out the contribution of ICJ's decisions in the development of law of the sea.<sup>9</sup> They emphasised the need for the uniformity of international jurisprudence and underlined the fear of conflicting decisions if other body would be entrusted with the powers of compulsory settlement of disputes. The similar concerns were also raised by some scholars of international law.<sup>10</sup>

7 Article 287 (2), UNCLOS 1982.

8 ROSENNE, S; SOHN, L. B. *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989. p. 41-42; MERRILLS, J. G. *International Dispute Settlement*. 4<sup>th</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 185.

9 MERRILLS, J. G. *International Dispute Settlement*. 4<sup>th</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 8.

10 ODA, S. 'Dispute settlement prospect in the law of the sea'. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 44, n. 4, p. 863-872, 1995. p. 864. He observed that: The rule of law based upon the uniform development of jurisprudence will be best secured by strengthening the role of the International Court of Justice, not by dispersing the judicial function of dispute settlement in the international community among various scattered organs. The Convention is so misguided as to deprive the Court of its role as the sole organ for the judicial settlement of ocean disputes by setting up a new judicial institution, the ITLOS, in parallel with the long-established

However, this advocacy for ICJ has been challenged mostly by developing countries. Their fear of pro-Western bias of the ICJ that was specially formed by the 1963 judgement of the Court in *Northern Cameroons case (Cameroon v. UK)* and the 1966 *South West Africa cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)* has eventually been the prominent reasons for most of the third world states to negate the ICJ as a forum for the compulsory settlement of the disputes.<sup>11</sup> Moreover even the academic concerns in respect of fragmentation of international law was also well responded by international legal scholars.<sup>12</sup>

The second group was of the view that the 'new' law could be more efficiently handled by a new tribunal. They argued the need for the special law of the sea tribunal that would be less rigid, more democratic and representative and have better understanding of the new law of the sea. They also pointed out that the ICJ is only open to the States but in some law of the sea matters it would be important to allow international organisations, corporations and individuals the task that could not be fulfilled by the ICJ. In this context, it is important to note that the International Tribunal for the Law of Sea (ITLOS) statute provides standing for the suitable entities in proceedings before it.<sup>13</sup>

The third group pointed towards the rigidity of the standing courts or tribunals and thus advocated for the more flexible arbitration. (France and Madagascar) They were of the view that the standing courts or tribunals are too rigid because the parties could not choose the judges and are abide by the previously determined

Court.

11 KWIATKOWSKA, B. The international court of justice and the law of the sea: some reflections. *The International Journal of Marine and Coastal Law (IJMCL)*, v. 11, n. 4, p. 491-532, 1996. p. 499.

12 CHARNEY, J. I. The implications of expanding international dispute settlement systems: the 1982 convention on the law of the sea. *American Journal of International Law (AJIL)*, v. 90, n. 1, p. 69-75, 1996. Commenting upon the fear of fragmentation, she observed on p. 72 that "I doubt that the Tribunal for the law of the Sea or the other dispute settlement forums under the convention will fail to take appropriate account of public international law ... there is no reason to believe ... that the tribunals will substantially diverge from this body of law (international law). They are required to decide the cases in accordance with the Law of the Sea Convention and the public international law."

13 Article 20(2), Annex. VI. Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea, UNCLOS 1982; To support the ITLOS as forum, Australia, Cyprus, USA, Yugoslavia, Peru, Zaire, Tunisia, Ecuador, and Fiji made their statements in the Plenary during the fourth session (1976).

rules and procedures that are generally lengthy and tardy. The supporters of this view also argued that parties can also design an expeditious arbitration procedure that would result in the prompt decisions of their disputes. There was another group of States that considered that most of the provisions of the UNCLOS involved many technical issues and thus advocated for the functional approach that should take care of the technical necessities involved in any dispute. (France, German Democratic Republic, Japan, Bulgaria, Poland and Trinidad and Tobago).

By providing four different forums, it is expected that UNCLOS ensured its wider acceptance and also allowed States to manoeuvre their choices of forums for the compulsory dispute settlement. So any declaration by a State Party must take care of its own interest and its chances of comfort in getting prompt and judicious result that should reflect its legitimate aspirations from the Convention. Thus the assessment of pros and cons of the available options becomes necessary before any such declaration. The study now submits its primary findings as to the suitability of the forums with respect to India's interest.

However, initially at the Third Conference on the Law of the Sea, it was noted "States are reluctant to give up their control over diplomatic and political options for resolving disputes, and are more comfortable seeking political legitimization, rather than declarations of legal validity, for their actions".<sup>14</sup> In other words, during the Third Conference, dispute resolution through negotiations received "overwhelming support". Though, recently, availability of a third party process is considered a deterrent for unilateral interpretation of the terms of the Convention (for example, US and China are continuously making unilateral interpretations of the provisions of the UNCLOS). A further justification for the third party process is the perception that it could be a way of protecting less powerful States when dealing with the new subject matter area or less developed jurisprudence on the subject (for instances continental shelf) in international law. On the other hand, there is a provision in the UNCLOS which prevents any misuse of the provisions of third party process. For instance,

14 NOYES, J. E. Compulsory third party adjudication and the 1982 united nations convention on the law of the sea. *Connecticut Journal of International Law*, p. 675-676, 1989. p. 678; See also NOYES, J. E. The international tribunal for the law of the sea. *Cornell International Law Journal*, v. 32, p. 109-182. 1999. p. 119.

provision regarding safeguards against abuse of legal process under the UNCLOS has recently been used as a tool to deter the States from unnecessary suits and also to protect coastal States against harassment. In the present circumstances, to a certain extent, the need for compulsory dispute settlement is certainly justified. In brief, recourse to international process provides a check on powers granted to States as well as provide a means to protect those powers.

India made a declaration upon ratification of the UNCLOS on 29 June 1995:

a) The Government of the Republic of India reserves the right to make at the appropriate time the declarations provided for in articles 287 and 298, concerning the settlement of disputes;

b) The Government of the Republic of India understands that the provisions of the Convention do not authorize other States to carry out in the Exclusive Economic Zone and on the Continental Shelf military exercises or manoeuvres, in particular those involving the use of weapons or explosives without the consent of the coastal state.

The question arise before India that is the present India's declaration sufficient to protect the India's interest or requires a comprehensive declaration on the choice of forums which may declare specific subjects to be covered and not to be covered by these choice of forums.

### **3. ANALYSIS OF ADVANTAGES AND DISADVANTAGES OF FORUMS PRESCRIBED UNDER THE UNCLOS AND STATE PRACTICE**

#### **3.1. Option 1: Arbitration under Annex. VII**

Advantages and Disadvantages: The reasons identified may be advantageous and at the same time it may be counter-productive in similar circumstances. In other words, the reasons identified for advantages for one or other forums in some instances/circumstances can become disadvantageous in other circumstances because the reasons advanced for in support or against may not impact the subject in similar manner in all circumstances. The advantages and disadvantages of any proce-

dings depend on the facts of each case. For instances, third party interventions in proceeding may in some cases be useful for the disputant party or sometime be adverse to the interest of State. However, this study attempts to highlight in general sense the reasons advanced for and against the forums stipulated in Article 287 of the UNCLOS.

1. *Expenses*: As party to the UN Charter and the UNCLOS, India is already contributing its share towards the functioning of ICJ and ITLOS. If India opts for arbitration, there must be some concrete justification to further incur additional expenditure in the arbitration proceeding constituted under Annex. VII. Thus, as per the provisions of Annex VII, the arbitral tribunal consists of five persons. Each disputing party appoints one member to the tribunal and the rest three are appointed jointly by the disputing parties.<sup>15</sup> For these appointments, States have to incur extra expenditures for their services. In brief, Arbitration tribunals involve high costs and high fees paid to arbitrators and court registrars, together with rental expenses of premises in which proceedings are carried on, secretarial and interpreting services, are well known for the adverse effect they have on public opinion. To the contrary, costs of the ICJ are borne by the UN.<sup>16</sup>

2. *No Substantial Reasons*: Also scholars and legal advisers throughout raise the concern that it may be difficult to justify regular financial contribution to the expenses of the ITLOS and ICJ without using them as a forum for dispute resolution. Arbitration will always demand the constitution of tribunal and each time state has to take extra steps in the constitution of the tribunal and thus to incur additional expenses, while at the same time paying towards maintenance of the ICJ and ITLOS.

3. Arbitration is more flexible than the procedure followed by the ICJ. Statute and Rules of which are defined in advance and are applied in the same manner to all cases brought before it. In the case of arbitration, particularly if a case is brought before the arbitral court on the basis of a special agreement, the parties have more freedom of movement and option, e.g., for a non-public procedure regarding court proceedings, which in fact is excluded from the framework of the Court of Hague.

4. *Confidentiality, Control on the Proceedings and Expediting the Process*: As mentioned above, there are both pros and cons for arbitration proceedings. Arbitration proceedings are mostly confidential and remain completely in the hands of the disputing parties. This may sometimes be useful in the case, especially in maritime boundary disputes where, if the parties to such a dispute still have outstanding differences with other States over their maritime boundaries, they may well not want that the arguments that they use in the dispute settlement proceedings to be made public lest this may disadvantage their position in negotiations over their other outstanding unresolved maritime boundaries.<sup>17</sup> From appointment of the arbitrators to the decision about procedures and rules of arbitration are remained under the control of the disputing parties.

However, in the extreme condition of discord between the disputing parties as to the appointment of three other members, the President of the ITLOS is authorised to appoint these members.<sup>18</sup> These three members constitute the majority, thus the basic logic that the disputing parties have some control in the constitution of the arbitral tribunal stands little bit compromised. However, it also acts as impetus for the disputing parties to promptly agree on the remaining three members.

5. *Delay the Process*: However, it is possible that one party may use this process to delay the appointment of above-mentioned three arbitrators and get them appointed by the President of the ITLOS or other senior most judge of the tribunal in case the President belongs to the nationality of one of the disputing parties.<sup>19</sup> This arbitration procedure, being default in the situation of discord as to the choice of respective forum under Article 287(1), can be invoked by any State party in diversified circumstances. In some circumstances, this option for the appointment by the President of ITLOS may be exploited with some ulterior motives.

6. *Third Party Intervention*: Arbitration does not permit third party intervention in any dispute as it may be done in proceedings before any standing courts and tribunals. This gives the disputing parties latitude to calibrate their arguments in different circumstances. Thus, if any State invokes some arguments against another State then a

15 Article 3 (b), (c) and (d), Annex. VII, UNCLOS 1982.

16 KARIOTIS, T. C. (Ed.) *Greece and the Law of the Sea*. Hague: Kluwer Law International, 1997. p. 170.

17 FREESTONE, D. et. al. *The Law of the Sea: progress and prospects*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 396.

18 Article 3 (e), Annex VII, UNCLOS 1982.

19 Article 3 (e), Annex VII, UNCLOS 1982.



third state cannot intervene in this proceeding to take benefit without the wishes of the disputing parties. Hence, it provides flexibility and space to manoeuvre to States to settle their dispute. It also gives chances that similar kinds of disputes can be settled using different principles with different States. Thus, it may in some cases be advantageous and may also result into disadvantages.

7. *Time bound*: The arbitration proceedings under Annex VII are time bound and the traditional excuses of delays are not available under this process.

8. *Default Mechanism*: Apart from this, the option of arbitration under Annex VII, if invoked in default, prevents or does not give opportunity to the States to assess the advantages of use of other forums stipulated in Article 287 (1). Some scholars believe that except the fact that arbitration remains confidential, immuned from third party intervention and facilitates the disputing parties to use it as an *ad hoc* measure to solve the disputes, the resolution of the disputes by the arbitral tribunal under Annex VII seems not to offer any other prominent benefit to the disputing parties.

9. *Lack of Institutional Commitment with the UNCLOS*: Annex VII arbitration tribunal is unlikely to have the same degree of institutional commitment to the UNCLOS as a standing tribunal like the ITLOS. For instance, it is almost impossible to imagine the ITLOS downplaying the compulsory element in the dispute settlement under the UNCLOS in the way that the Annex VII arbitration tribunal did in the *Southern Bluefin Tuna Case*.<sup>20</sup>

10. Last but not least, any government may find it difficult to justify before public opinion the implementation of an unfavourable ruling issued by an arbitration court, which lacks the prestige of the ICJ. In other words, at last, whether win or lose the case, any government has to make extra effort to convince the public by interpreting the judgment/award or highlight the positive effect of the judgement/award of the tribunal, if any.

The author noted that the drafting history of the UNCLOS does not provide encouragement for default mechanism under Annex. VII, as the proposal made by the President of the Third United Nations Conference of the Law of the Sea in the Informal Single Negotia-

ting Text (ISNT) on dispute settlement that the ITLOS should be default forum was emphatically rejected.<sup>21</sup>

Apart from the above-mentioned concerns, the indicative list (attached with this study as Table 1) of the respective declarations made by State parties also indicates the modest and gradual rejection of the arbitration under Annex. VII. In recent cases under the auspices of Annex VII Tribunal, its jurisdiction to hear the cases were contested vigorously by each of the defendant States concerned. While proceedings in *Saiga and Swordfish* maritime boundary delimitation cases have remained confidential so that it was not possible to know whether challenges to the jurisdiction of the these Annex VII arbitration hearing have been made. And subsequently these two cases were transferred by means of agreement between the parties to the ITLOS.<sup>22</sup> In other words, the default jurisdiction vested to Annex VII arbitration is also not easily accepted by the States to resolve the law of the sea disputes. Most of the countries except erstwhile Soviet Block, Canada and Egypt, do not prefer arbitration under Annex. VII and declare their choice of either ITLOS or ICJ. Interestingly, Bangladesh has also declared ITLOS as its choice with respect to its disputes with India and Myanmar in the Bay of Bengal. Thus generally speaking, recent trends are in favour of choosing ITLOS as the forum to settle disputes. There are views that the declaration should be made indicating either of these two choices to avoid the default invocation of arbitration proceeding under Annex. VII.<sup>23</sup>

Above reasons advanced may require assessment of India's position in the context of its role/maritime aspirations. For instances, India with a large maritime boundary is a coastal State eager to protect and enforce its right in its coastal zones. At the same time, India is also an aspiring maritime power that strives for its significant presence in international waters (freedom of navigation). This increases the possibility of disputes with varied circumstances, possibilities and legal issues. It is not advisable each time to invoke the arbitration

21 FREESTONE, D. et. al. *The Law of the Sea: progress and prospects*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 398.

22 *Southern Bluefin Tuna Case* (Australia and New Zealand v. Japan) Award on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2000 (2000) 39 ILM 1359; *MOX Plant Case* (Ireland v. United Kingdom) Order no. 3 of 24 June 2003; *Cases concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor* (Malaysia v. Singapore), Request for Provisional Measures, Order of 8 October 2003.

23 FREESTONE, D. et. al. *The Law of the Sea: progress and prospects*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

20 FREESTONE, D. et. al. *The Law of the Sea: progress and prospects*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 398.

proceedings under Annex VII in which economic burden and uncertainty of composition always hinge on its legitimate aspirations.

### 3.2. Option 2: The International Court of Justice

Now author in this the study weighs the suitability of ICJ. Though, ICJ has produced the significant and almost coherent jurisprudence on the maritime issues, it is basically a body that deals with issues in general international law, including those related to the law of the sea. However, the view has been expressed that the setting up of chambers under the revised new Rules of the ICJ in 1978 lacks the continuity and cohesion of the Court's case law. The delicate balances attained within the plenary Court, in which the most important forms of civilization are represented nowadays, cannot be realized in the case of setting up chambers consisting of 3, 5, or 7 members.<sup>24</sup> Besides, for reasons of policy relating to States opting for the alternative of the chamber, certain judges might be favoured at the expenses of others, the latter remaining excluded.<sup>25</sup> However, preferences shown by States for Chambers stopped in the 1990s and more recent cases being referred to the Plenary Court. They are persons with high moral character and have eligibility to be appointed as highest judicial officer in their respective countries or a jurist of competence in international law. However, it is difficult to guarantee that all the fifteen judges have the deep knowledge of the legal niceties of the Law of the Sea.

The ICJ is also a very time consuming process. Its involvement with other categories of disputes generally may delay the legal process relating to the law of the sea disputes. It is not always possible to get prompt and effective remedy from the ICJ. Moreover, it is the general perception that the ICJ is a very politicised body, so there are probabilities that some extra legal concerns may infiltrate the legal language of the Court. The control over the selection procedure of its members by the General Assembly and Security Council also does not immune it from considering bare political realities

through legal language.

Apart from this, the procedural jurisprudence established by the ICJ, like its judgement in *Monetary Gold (Preliminary Question)* that established the principle that where a third State's legal interests would not only be affected by a decision but form the very subject matter of the decision, proceedings may not be maintained in the absence of that third State. The invocation of this principle in politically charged and much criticised *East Timor* judgement of 1995 still evince the political colour of the court.

The ICJ by virtue of its jurisprudence also left open the chances for the third State to intervene as a non party under Article 62 of the ICJ statute. In the 1990 judgement of the *Gulf of Fonseca (Intervention)*, the ICJ Chamber for the first time granted a State (Nicaragua) permission to intervene as a non party under Article 62 of the ICJ Statute. Though subsequently the requests for the intervention has been dismissed in 1995, but this chance of third state non party intervention will always loom large to the prospects of any dispute resolution through ICJ.<sup>26</sup> Also there are instances when the Court has taken the view not to decide the case on merits that compromises its chances for providing prompt and effective dispute resolution of the law of the sea disputes.

Moreover, Article 290 of the UNCLOS discusses the provisions for the issuance of the provisional measures. According to this, a Court or tribunal if satisfied about its own jurisdiction in the dispute may issue provisional measures on the request of a disputing party.<sup>27</sup> To establish this link of jurisdiction is not always easy in case of the ICJ. Moreover, as per the ICJ statutes, any provisional measures prescribed by ICJ must also be reported to the Security Council.<sup>28</sup> This unnecessarily further politicise the issue.

Probably, these chances of politicisation of disputes through ICJ have prompted some States to categorically declare their rejection of the ICJ as a forum for compulsory settlement of disputes. (see, attached Table 1, for Algeria and Cuba Declarations). Moreover, if one gives a cursory look to the respective declarations made

24 The question of composition of the Chambers was considered both from theoretical point of view as well as by the Court itself in 1982, *the US and Canada in the Gulf of Maine case*. See SCHWEBEL, S. M. Ad hoc chambers of the international court of justice. *AJIL*, v. 81, p. 831-854, 1987. p. 840.

25 SCHWEBEL, S. M. Ad hoc chambers of the international court of justice. *AJIL*, v. 81, p. 831-854, 1987. p. 840.

26 KWIATKOWSKA, B. The international court of justice and the law of the sea – some reflections. *The International Journal of Marine and Coastal Law (IJMCL)*, v. 11, n. 4, p. 491-532, 1996. p. 510-511.

27 Article 290 (1), UNCLOS 1982.

28 Article 41, ICJ Statute 1945.

by the Parties, it becomes quite clear that most of the developing countries have not preferred ICJ or have given it secondary priority. Thus, it seems that the probable political manoeuvring in ICJ and its non efficacy in giving prompt and effective remedy deter most of the developing States from declaring ICJ as a cherished forum for dispute settlement under UNCLOS.<sup>29</sup>

Importantly, the question of optional jurisdiction of the ICJ as one of the alternative forums to settle the disputes related to the law of the sea was discussed at the First Conference of the UNCLOS.<sup>30</sup> At the Conference, referral of law of the sea disputes to the ICJ due to its optional jurisdiction was considered inappropriate to accord it mandatory jurisdiction. However, India, by way of compromise, proposed that a proviso be added to the Article to the effect that the jurisdiction of the ICJ should be subject to Article 36 of the ICJ Statute.<sup>31</sup> This discussion led the debate how far the declarations made by the States under optional jurisdiction of the ICJ could lead or prevent the subject matter for the jurisdiction of the ICJ.

Only 72 out of 193 United Nations member states, about 26 percent, have declarations of acceptance of ICJ jurisdiction under Article 36(2) of the ICJ Statute. Declarations have been made unconditionally or on condition of 'reciprocity' on the part of several or certain States. Thus, for example, if Egypt has not accepted the compulsory jurisdiction, then even if Portugal has accepted it, the ICJ would not have jurisdiction over a dispute between Portugal and Egypt. States have frequently made reservations excluding disputes arising before a certain date or even if the disputes arises after such a date, if it arise out of facts or situations existing before that date (see the Belgian reservation), the disputes prior to that date or falling within specified situations would be out of the Court's jurisdiction. Declarations can be for a specified period of time, like Brazil's declaration was made to be in application for a certain period. Another example is condition of reciprocity for instance Norway Declaration. The UK declaration contains both these reservations.<sup>32</sup> In brief, jurisdiction of

ICJ will rest on the scope of declaration of each state. This would also indicate that ICJ forum may serve limited purpose at present.

Apart from this the forum of ICJ always makes any dispute very high profile. Though there is no hierarchy in international law and even the judgements of the ICJ or ITLOS are binding only on parties to the dispute, but the mere invocation of the ICJ put the dispute on high pedestal. This may involve emotional involvement of citizenry of the disputing parties and thus may also become the issue in domestic politics. It will unnecessarily complicate the enforcement mechanism and further may compromise the prospect of peace.

**Advantages:** Through special agreement under Article 36(1) of the Statute to submit the dispute to the ICJ has the advantage of the dispute being concisely defined in the special agreement. In fact, contesting parties may agree through the special agreement and in advance on the exact extent and content of their dispute, avoiding thereby subsequent submission of preliminary exceptions by the defendant, as can happen and has often taken place in cases of unilateral applications. During negotiations for special agreement, both litigants may agree to refer only part of their dispute to the Court, leaving final settlement to their own discretion.

### 3.3. Option 3: The International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS)

1. *Expertise:* The ITLOS is a special tribunal for the law of the Sea and it consists of twenty one members. These members must be the persons of high moral character and have recognised competence in the Law of the Sea. Thus, the recognised competence in the Law of the Sea is an essential condition for becoming the member of the tribunal. Article 289 of the UNCLOS encourages the use of scientific or technical experts who may sit with the judges but without a vote.<sup>33</sup> This gives it more expertise in comparison to ICJ in the matters of the law of the sea.

2. *Representative in Nature:* The constitution of the ITLOS is also much representative in comparison to ICJ. There is no condition in ITLOS that judges of par-

29 KARIOTIS, T. C. (Ed.) *Greece and the Law of the Sea*. Hague: Kluwer Law International, 1997. p. 175.

30 KLEIN, N. *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 15.

31 KLEIN, N. *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 15. India Proposal, UN Doc. A/CONF.13/C.4/L.61.

32 COLLIER, J.; LOWE, V. *The Settlement of Disputes in International*

*Law: Institutions and Procedures*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 141.

33 ANDERSON, D. *Modern Law of the Sea*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008. p. 514.



ticular nationalities will always be there on the Bench as is the case with the ICJ in respect of the permanent members of the Security Council. The members of ITLOS are elected by the secret ballot by the member States. The constitutive Articles also guarantees the minimum number of members from each geographical region. According to the present scheme of affairs, there must not be less than three members from each of the following groups. These groups are:

(i) African States, (ii) Asian States, (iii) Eastern European States, (iv) Latin American and Caribbean States, (v) Western European States, and (vi) other States.

3. *Avoidance of multiplicity of forum*: The composition of ITLOS is more democratic and represents the interests of State Parties in a better way than that of ICJ. The record of the ITLOS is also very persuasive in this respect. Moreover, in most of the cases of provisional measures and prompt release of vessels and crew, ITLOS almost have a compulsory jurisdiction. So there may always be a need to deliberate before ITLOS in respect of these measures. Thus, any preference of other forums may engage India in two different forums at two successive junctures. It unnecessarily increases the burden to be involved in two different forums for a similar dispute.

4. *Special Reason for Developing Countries*: Apart from this, ITLOS is a new specialised body of the UNCLOS. The selection of its members is governed totally by democratic processes that remain under the control of each and every member State in equal capacity. Probably these are the decisive concerns that made most of the developing countries to declare ITLOS as their choice for compulsory settlement of disputes.

5. *Autonomy*: ITLOS is a completely separate entity created by the Convention but not an organ of a larger organization, such as the UN, the Council of Europe or the European Community. Such autonomy may bring the advantages of genuine independence. At the same time, autonomy increases the numbers of arrangements which have to be put in place at present. Autonomy may also mean that the ITLOS has only the periodic meetings of the State Parties from which to seek help should any unexpected problem arises.<sup>34</sup>

6. *Access to the ITLOS*: The jurisdiction of the ITLOS is wide enough to cover non-State entities, such as the

International Seabed Authority, mining consortia or the EC.

7. *Application of other Rules of International Law and Local Remedies Rule*: Article 293 provides that courts and Tribunals with jurisdiction under the Convention are to apply both in terms “and other rules of international law not incompatible with” the Convention. One example of such other rules is provided by Article 295 which imports into the procedures the well-known “local remedies” rule, according to which an available local remedy has to be sought before the recourse is taken to an international body. Article 293 means, in practice, that the ITLOS will have to consider not only the law of the sea, including customary law on certain matters, but also a wide range of other legal issues. These include: the law of treaties (for instance, the interpretation or application of the Convention as a treaty subject to the Vienna Convention on the Law of Treaties; or the effects of national declarations); the effects of previous judicial decisions (as in case decided by a Chamber of the ICJ about the *Gulf of Fonseca*); and the law of State responsibility, of which the local remedies rule forms part.<sup>35</sup>

8. *Cost Effectiveness*: The idea of “cost effectiveness” has been taken from the Agreement of July 1994 on the Implementation of Part XI of the Convention. Section 1 of the Annex to this Agreement requires all institutions constituted by the Convention to be cost effective. This provision applies therefore to the ITLOS as well. In practice, the ITLOS is expected to adopt procedures which avoid unnecessary expenses, both for the litigants and the State parties which fund the ITLOS.

9. *Compliance by the Disputant Parties with the Decision of the ITLOS*: Article 95 requires each party to a case to report to the ITLOS upon its compliance with any provisional measures prescribed under Article 290 of the UNCLOS.

As per the provisions of the Convention, if the disputing parties may not agree upon the similar mechanism for the dispute settlement, the arbitration under Annex VII will be invoked automatically. Thus not to take risk of the arbitration procedure and to use the more democratic and specialised forum, the study finds it appropriate to declare ITLOS as a primary forum for

34 ANDERSON, D. *Modern Law of the Sea*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008. p. 508.

35 ANDERSON, D. *Modern Law of the Sea*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008. p. 509.

the settlement of disputes. This will allay the uncertainty as to the forums because it fits with the declarations of the most of the States that also choose ITLOS.

### 3.4. Option 4: Special Arbitration under Annex VIII

In respect of disputes related to particular subject matters (disputes concerning fisheries, protection of marine environment, marine scientific research and navigation), the procedure of special arbitral tribunal under Annex VIII seems, preferred by States. This method of settlement is known as 'functional approach' to dispute settlement under the law of the Sea. A partial attempt was made in the third 1958 Geneva Conventions on the Law of the Sea, which provided for the appointment of experts to decide the disputes relating to fishing and conservation of living resources of the sea. When such a dispute arose, the procedure laid down by that Convention envisaged a special commission of five members established by agreement between the parties. The members were to be drawn 'from among qualified persons being nationals of states not involved in the dispute and specializing in legal, administrative or scientific questions relating to fisheries, depending upon the nature of the dispute to be settled'. The decisions of special commissions were to be made in accordance with scientific and technical criteria set out in the Convention and were binding on the States concerned. This functional approach to dispute settlement is taken considerably further in Annex VIII of the UNCLOS, 1982 concerning special arbitration.<sup>36</sup>

The idea of 'functional approach' was supported by some States in the Working Group of 1974 Caracas Session (the second session of the UNCLOS) which envisaged that certain law of the sea disputes will be more amenable to settlement by a panel of technical experts rather than by judges in courts or tribunals. Thus, the Working Group supported the 'functional approach' to dispute settlement under the UNCLOS instead of 'general approach'. They also believed that not all law of the sea disputes are suitable for settlement exclusively through formal courts of law or tribunals. The question of relationship between these two approaches was addressed by the Working Group subsequently. In

the course of the Working Group discussion, it was pointed out that the functional approach relied upon a rather rigid and artificial classification of disputes into categories which could be difficult to apply in certain real situations. An example was given where a foreign fishing vessel alleged to have violated certain fishing regulations under the UNCLOS is also alleged to have engaged in marine pollution and also interfered with the navigation use of the sea. In this situation, it is not certain whether the resulting dispute is to be classified as a fisheries dispute or marine pollution dispute or a navigation dispute. Thus there would be problems in deciding first which of the functional procedures had jurisdiction over the dispute, or problems with litigation if it is decided that separate proceedings be conducted against the same vessel in each of the functional procedures concerning the respective alleged violations.<sup>37</sup>

Special arbitration is one of the binding methods of settlement and will normally be adjudicative. To assist States in setting up a tribunal, list of experts in each of the four fields are to be maintained by, respectively, the Food and Agriculture Organization, the UN Environmental Programme, the Inter-Governmental Oceanographic Commission and the International Maritime Organization. Each State party may nominate to each list two experts 'whose competence in the legal, scientific or technical aspects' of the fields is established and 'who enjoy the highest reputation for fairness and integrity' (Article 3). It seems that the arrangements for constituting a tribunal essentially follow the pattern of conciliation, rather than arbitration, in that each party selects two members, preferably from the appropriate list, and the president is chosen by agreement. Similarly, vacant places must be filled from the appropriate list by the Secretary General of the UN and not the President of the ITLOS.

Article 5 of Annex VIII provides that in certain circumstances its functions can be broadened to include fact-finding and conciliation. By agreement the parties may set up a special arbitral tribunal to carry out an inquiry into the facts of any dispute of a type amenable to special arbitration. Such a tribunal's findings of fact are conclusive as between the parties. Thus, the clear advantage of machinery of special arbitration is its additional form of conciliation.

36 MERRILLS, J. G. *International Dispute Settlement*. 4<sup>th</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 196-197.

37 ADEDE, A. O. *The System for Settlement of Disputes under the United Nations Convention on the Law of the Sea*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1987. p. 27-28.

It is submitted that it is appropriate to leave questions involving the discretion of coastal State to a special tribunal in matters related to fishing, marine scientific research, and the prevention of pollution since consideration of equity rather than law is involved.

#### 4. MARITIME DELIMITATION

As mentioned above, Article 298 of the UNLOS allows States Parties to exclude certain categories of disputes from compulsory procedures. States may declare when signing, ratifying or acceding to the Convention, or at any time thereafter, that they do not accept the procedures available under Section 2 for those disputes in Article 298. Declarations permitted under Article 298 relate, to maritime delimitation disputes in relation to the territorial sea, EEZ or continental shelf of States with opposite or adjacent coasts as well as disputes involving historic bays or title.<sup>38</sup> Importantly, the dispute-related provisions to special rights in EEZ (rights, jurisdiction and duties of coastal State set in Article 58 of UNCLOS) will be covered by Article 297 (1) and not by Article 298 (1)(a).<sup>39</sup> In addition, the scope of Article 298(1)(a) is limited that a State will only be obliged to submit dispute to Conciliation procedure which suggest that proposed agreement (on the basis of Conciliation Commission) does provide for a procedure entailing a binding decision only upon mutual consent. In other words, however, importantly, Conciliation Commission's recommendations cannot be subjected directly to judicial review.<sup>40</sup> Still the UNCLOS allows States an option to exclude the subject covered under Section 298(1) (a). Importantly, need to also highlight that Article 298 title is not "Optional Exception" rather title is "Optional Exception to Applicability of Section 2".<sup>41</sup>

38 It will also apply to outer continental shelf by analogy.

39 ROSENNE, S; SOHN, L. B. *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989. p. 109.

40 SUAREZ, S. V. *The Outer Limits of the Continental Shelf: Legal Aspects of their Establishment*. Heidelberg: Springer, 2008. p. 250.

41 The Socialist States indicated that, "they would not accept any formula –nor indeed the whole convention – if it contained provisions on compulsory procedure entailing binding decisions relating to delimitation disputes". This problem became particularly acute when the decision was reached that no reservations could be made to the UNCLOS. The compromise reached was that maritime delimitation and historic title disputes would be included with

#### 4.1. India and the Commission on the Limits of Continental Shelf

On 11 May 2009, the Republic of India submitted to the Commission on the Limits of the Continental Shelf (CLCS), in accordance with Article 76, paragraph 8, of the UNCLOS, information on the limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured,<sup>42</sup> with the following statement:

According to the submitting State, this is a partial submission and, as a coastal state in the Southern part of the Bay of Bengal, India reserves the right to make at a later date, notwithstanding the provisions regarding the ten-year period, a separate submission on the outer limits of its continental shelf, based on the provisions of the Statement of Understanding contained in Annex II to the Final Act of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea.

India has reserved the right to make a separate second partial submission of information and data to support the outer limits of continental shelf in accordance with the provisions of the Statement at a later date, notwithstanding the provisions regarding the ten-year period.<sup>43</sup>

India has established continental shelf beyond 200 nautical miles in the following regions: Eastern Offshore Region comprising the eastern offshore region of Mainland India in the Bay of Bengal and the Western Offshore Region of Andaman Islands; and Western Offshore Region of India in the Arabian Sea.<sup>44</sup>

India also mentions in its submission that, although India has entered into a series of agreements with its

---

the compulsory dispute settlement framework but States could optionally exclude these disputes, subject to an obligation to refer the matter to conciliation if certain conditions were met. Interestingly, Section 2 of Part XV purports to require the use of the procedure entailing a binding decision, on the other hand, the whole purpose of the optional exception and the use of conciliation is to exclude resort to compulsory procedure.

42 It should be noted that the Convention entered into force for India on 29 July 1995.

43 The Indian Continental Shelf, Partial Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, pursuant to Article 76, paragraph 8 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, Executive Summary, Part 1, 2009.

44 The Indian Continental Shelf, Partial Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, pursuant to Article 76, paragraph 8 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, Executive Summary, Part 1, 2009. paragraph 7.



many neighbouring coastal States but outer limits of continental shelf with Pakistan, Oman, Sri Lanka, Bangladesh and Myanmar are yet to be settled. It further states that this submission has been made without prejudice to the matters of delimitation with its neighbouring states.<sup>45</sup> Pakistan, and Oman have also made submissions of similar pattern. This indicates that States generally make Submissions to the Commission without compromising with their right to delimit the continental shelf through peaceful means or compulsory binding procedures.

After India made its Submission to the Commission; Myanmar, Bangladesh and Oman objected to it and they requested the Commission to consider this submission without any prejudice to the continental shelf areas that these countries are entitled to.<sup>46</sup> India is yet to receive the recommendations from the Commission.

#### 4.2. Conciliation Commission under Annex V of the UNCLOS and Overlapping Continental Shelf

Article 298 allows State to exclude the disputes concerning the interpretation or application of Articles 15, 74 (Delimitation of EEZ between States with opposite or adjacent coasts) and 83 (Delimitation of Continental Shelf between States with opposite or adjacent coasts). Article 298 does not make reference to Article 76 which gives definition of Continental Shelf. This allows some scholars to buy an argument that there is no provision for an exclusion of disputes related with outer limits of continental shelf from the judicial recourse to any of the compulsory procedure enumerated under Article 287.<sup>47</sup> However, Article 298 does refer to exclude disputes related with Article 83 where issues of overlapping continental shelf areas arise. This exclusion can be done by making a declaration in writing to this effect in accordance with Article 298(1)(a). In that case, Article 298 applies, with its provision for compulsory recourse to conciliation under Annex V. Once provision related to Conciliation triggered, States cannot refer the matter to compulsory procedures entailing a binding decision unless they so agree.

45 The Indian Continental Shelf, Partial Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, pursuant to Article 76, paragraph 8 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, Executive Summary, Part 1, 2009. p. 4.

46 Communications made by Myanmar, Bangladesh and Oman with respect to the Submission made by India to the Commission.

47 SUAREZ, S. V. *The Outer Limits of the Continental Shelf: Legal Aspects of their Establishment*. Heidelberg: Springer, 2008. p. 230.

#### 4.3. Maritime Delimitation and Choice of Forums: India

On 29 October 2015, an Arbitral Tribunal issued its award on the questions of jurisdiction and admissibility in the arbitration between the Republic of Philippines and the People's Republic of China concerning the South China Sea. In brief, the Tribunal found that it had jurisdiction to decide seven of the Philippines' fifteen substantive claims. In this case, according to China's Position Paper<sup>48</sup>, China contended that the dispute was properly characterised as relating to maritime boundary delimitation which, for the reasons given below, was excluded from the Tribunal's jurisdiction by an exclusionary provision in the UNCLOS that China had activated in 2006.<sup>49</sup>

In rejecting this contention, the Tribunal distinguished between a dispute concerning the existence of an entitlement to maritime zones (the present matter), and a dispute concerning the delimitation of those zones where parties' entitlements overlap. The Tribunal also emphasised that, while it would determine the nature of particular maritime features in dispute, insofar as this resulted in overlapping entitlements between the parties the Tribunal's determination would not go so far as to delimit boundaries.<sup>50</sup>

Therefore, it should be drawn from this case that even if a State excludes jurisdiction under Article 298 of UNCLOS, it will continue to apply between claimant States concerning the interpretation or application of the provisions of UNCLOS which are not within the exclusion in Article 298. They include<sup>51</sup>:

48 Position Paper of the Government of the People's Republic of China on the Matter of Jurisdiction in the South China Sea Arbitration initiated by the Republic of Philippines, 7 December 2014. <[http://www.fmprc.gov.cn/mfa\\_eng/zxxx\\_662805/t1217147.shtml](http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/zxxx_662805/t1217147.shtml)>.

49 Position Paper of the Government of the People's Republic of China on the Matter of Jurisdiction in the South China Sea Arbitration initiated by the Republic of Philippines, 7 December 2014. <[http://www.fmprc.gov.cn/mfa\\_eng/zxxx\\_662805/t1217147.shtml](http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/zxxx_662805/t1217147.shtml)>.

50 Position Paper of the Government of the People's Republic of China on the Matter of Jurisdiction in the South China Sea Arbitration initiated by the Republic of Philippines, 7 December 2014. <[http://www.fmprc.gov.cn/mfa\\_eng/zxxx\\_662805/t1217147.shtml](http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/zxxx_662805/t1217147.shtml)>.

51 BECKMAN, R. 'UNCLOS dispute settlement system' in International Conference of the South China Sea: UNCLOS and State Practice' Organized by National Institute for South China Sea Studies Haikou. October 24-25, 2013 <<http://cil.nus.edu.sg/wp/>

1. A dispute on whether a feature meets the definition of an island under Article 121(1) because it is a naturally formed area of land, surrounded by water, which is above water at high tide.

2. A dispute on whether an island is a rock which cannot sustain human habitation or economic life of its own within Article 121(3) and is therefore not entitled to an EEZ or continental shelf of its own.

3. A dispute on whether a feature is a low-tide elevation pursuant to Article 13.

4. A dispute on whether the use of straight baselines by a State is consistent with Article 7.

5. A dispute on the interpretation or application of Article 6 on reefs.

Therefore, this widely read award of the Arbitration in *South China Sea Case*<sup>52</sup> have provided a rare opportunity to analyse the scope of declaration made under Article 298. Hence it is safe to assume that it is not certain that through declaration of exclusion from forums will remain excluded in all circumstances from the scope of third party adjudications. Undoubtedly, this award will influence policy discourses in States reliance on declaration.

Importantly, the beauty of Article 298 paragraph 1(a) provides for Compulsory Conciliation which could be as effective as other options under the UNCLOS to settle the law of the sea disputes. Compulsory Conciliation puts equal political pressure and needs equal efforts as that of compulsory binding settlement procedures. Therefore, the option of excluding the jurisdiction under Article 298 should be ruled out. In support of third party adjudication or judicial settlement of maritime disputes, Charney concludes that the delimitation of maritime zones has been subject to third-party dispute settlement in the past despite the highly discretionary nature of the applicable legal principles.<sup>53</sup> This history could indicate that the subject of the dispute would be conducive to settlement under the compulsory procedures in Part XV of the UNCLOS. Klein in her study

clarified that this may well be another contributory factor as to why governments negotiating at the Third Law of the Sea Conference did not insist on the complete exclusion of maritime delimitation dispute from the compulsory dispute settlement regime.<sup>54</sup>

Another possible approach that could be, keeping in view India's economic, political and strategic sensitivity in surrounding oceans where the overlapping claims by neighbouring countries are possible, some of the areas (keeping in mind India's emotive considerations) may be excluded from third party jurisdiction. This is legally justified as Article 298 (1) (a) (i) makes impliedly that a State may exclude the sensitive dispute with one of its neighbours but does not want to offend its other neighbours by a broad-gaged exclusion. Article 298(1) (a)(i) says that where disputes relating to sea boundary delimitations are separated by a disjunctive "or" from disputes involving historic bays or titles, thus enabling a State to select only one of these subcategories for an exclusion through its declaration.<sup>55</sup> Even if above mentioned implied understanding is questioned, it can be argued, undoubtedly, that this is a grey area (gap in law) where UNCLOS has not made explicit rules and limited declaration of this nature may be best way to protect sensitive areas of India's seas. On this basis, India may exclude one or two maritime areas (and not all maritime areas with all of its neighbours).

## 5. DECLARATIONS OF STATES PARTIES RELATING TO SETTLEMENT OF DISPUTES IN ACCORDANCE WITH ARTICLE 298 (OPTIONAL EXCEPTIONS TO THE APPLICABILITY OF PART XV, SECTION II OF THE CONVENTION): STATE PRACTICE

From above-mentioned Table 2, there are 25 States out of 60 States which have made declarations under Article 298 and have excluded the disputes related to maritime delimitation from the compulsory procedure. Out of 25 States, there are 7 States who have not even made the choice of forums. (China, France, Gabon, Republic of Korea, Republic of Palau, Saudi Arabia and

wp-content/uploads/2014/08/Beckman-NISCSS-Hainan-Oct-2013-submitted.pdf>.

52 *In the Matter of the South China Sea Arbitration*, PCA Case No 2013-19. <<https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/07/PH-CN-20160712-Award.pdf>>.

53 CHARNEY, J. I. Progress in international maritime boundary delimitation law. *American Journal of International Law*, v. 88, p. 227-256, 1994. p. 228.

54 KLEIN, N. *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 254.

55 ROSENNE, S; SOHN, L. B. *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989. p. 115.

Thailand). Author makes an attempt to summarize the existing statistics as follows:

1. The expressions (over enthusiasm for exclusion) from these 7 States reflects their position in this connection either they believe that the compulsory procedure may be counterproductive or more political/sovereignty/security aspects are connected or as a precaution this measure is required or they have settled their disputes and don't want to open the subject once again for the settlement.

Out of 60 States, there are 5 States (Austria, Belgium, Cape Verde, Nicaragua and UK) who have not excluded the subject from compulsory procedure and also have given their choice of forums. These States have chosen forums either ITLOS or ICJ or both where majority of States have given preference to ITLOS as a forum.

Out of 60 States, there are 30 States that have not expressly made any declarations under Article 298 either of exclusion or non-exclusion. Among 30 States who have not made declarations under Article 298, 4 states have not even given choice of forums i.e, there are 26 States out of 30 States who have given choice of forums but have not shown interest in making declarations. These 26 States can be considered as not against per se exclusion of maritime delimitation disputes. Need to note that Article 298 is declaration of exclusion; until a declaration is made excepting some disputes, these disputes remain within the jurisdiction of the appropriate tribunal designated in accordance with Article 287 of the Convention.<sup>56</sup> In this situation, absence of declaration would amount to non-exclusion of subject from compulsory procedure. Hence, 51 States can be understood who have not shown interest in excluding the subject (maritime delimitation) from compulsory procedure. The author identified various reasons that can be advanced for this position:

- a. Article 298 (1)(a) scope is limited in a sense that a State will only be obliged to submit the dispute to conciliation proceeding and the proposed agreement by the Conciliation Commission will not be binding on States.
- b. One of the legal reason for non-exclusion can be that the past dispute before the UNCLOS has been completely excluded from the scope of Article 298(1)(a).

<sup>56</sup> ROSENNE, S; SOHN, L. B. *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989. p. 141.

- c. It could be argued this optional exclusion potentially denies a range of advantages otherwise accruing to States in dispute but is a realistic reflection of State preferences for political, rather than third-party adjudication when dealing with an important matter such as title. There is a strong belief that marine resources are very important for States and required optimal exploitation for its nation development. In their view, keeping it away from the scope of Article 298(1)(a) will not serve any purpose for States. The importance of international marketability illustrates why non-exclusion is an essential complement to maritime delimitation. Without legal resolution, a State may lose all capacity to harvest and market resources – or at best the questionable title will significantly diminish the value of the concession – and this is because it can no longer market exclusive rights to private fishing fleets or oil companies.<sup>57</sup>
- d. Overlapping entitlements “the most dangerous disputes” as they lie “at the very heart of sovereignty” may not remain issues for these States.<sup>58</sup>

In Europe, except France, Denmark (excluded only from Arbitration under Annex VII), Portugal, Italy, and Norway, majority of west European States have not excluded the compulsory procedure of the UNCLOS. As history suggests these five States have grave pain in settlement of disputes related to maritime delimitation which essentially become emotive issues. Also these States have in principle settled the issue by Court or through agreements, and they believe there is no need to re-agitate the dispute.<sup>59</sup>

In brief, it can be suggested that India should not exclude the dispute related with maritime delimitation mentioned in Article 298(1)(a) of the UNCLOS.

However, there are States who have made declaration under Article 310 which may have intended to either strengthen their positions to either exclusion or non-exclusion of maritime delimitation disputes from the scope of Article 298(1)(a).<sup>60</sup>

<sup>57</sup> KLEIN, N. *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 255.

<sup>58</sup> KLEIN, N. *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 256.

<sup>59</sup> *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, ICJ, Verbatim Record, p. 50-78.

<sup>60</sup> China:

1. In accordance with the provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea, the People's Republic of China shall enjoy sovereign rights and jurisdiction over an exclusive economic zone of 200 nautical miles and the continental shelf.



2. The People's Republic of China will effect, through consultations, the delimitation of the boundary of the maritime jurisdiction with the States with coasts opposite or adjacent to China respectively on the basis of international law and in accordance with the principle of equitability.

3. The People's Republic of China reaffirms its sovereignty over all its archipelagos and islands as listed in article 2 of the Law of the People's Republic of China on the territorial sea and the contiguous zone, which was promulgated on 25 February 1992.

Malaysia:

7. The Malaysian Government interprets article 74 and article 83 to the effect that in the absence of agreement on the delimitation of the exclusive economic zone or continental shelf or other maritime zones, for an equitable solution to be achieved, the boundary shall be the median line, namely a line every point of which is equidistant from the nearest points of the baselines from which the breadth of the territorial sea of Malaysia and of such other States is measured.

Malaysia is also of the view that in accordance with the provisions of the Convention, namely article 56 and article 76, if the maritime area is less [than] or to a distance of 200 nautical miles from the baselines, the boundary for the continental shelf and the exclusive economic zone shall be on the same line (identical).

Malta:

The Government of Malta interprets article 74 and article 83 to the effect that in the absence of agreement on the delimitation of the exclusive economic zone or the continental shelf or other maritime zones, for an equitable solution to be achieved, the boundary shall be the median line, namely a line every point of which is equidistant from the nearest points of the baselines from which the breadth of the territorial waters of Malta and of such other States is measured.

Netherlands

#### VII. Baselines and delimitation

A claim that the drawing of baselines or the delimitation of maritime zones is in accordance with the Convention will only be acceptable if such lines and zones have been established in accordance with the Convention.

Oman:

Declaration No. 5, on the exclusive economic zone

1. The Sultanate of Oman determines that its exclusive economic zone, in accordance with article 5 of Royal Decree No. 15/81 dated 10 February 1981, extends 200 nautical miles in a seaward direction, measured from the baselines from which the territorial sea is measured.

2. The Sultanate of Oman possesses sovereign rights over its economic zone and also exercises jurisdiction over that zone as provided for in the Convention. It further declares that, in exercising its rights and performing its duties under the Convention in the exclusive economic zone, it will have due regard to the rights and duties of other States and will act in a manner compatible with the provisions of the Convention.

Declaration No. 6, on the continental shelf

The Sultanate of Oman exercises over its continental shelf sovereign rights for the purpose of exploring it and exploiting its natural resources, as permitted by geographical conditions and in accordance with this Convention.

Philippines:

8. The agreement of the Republic of the Philippines to the submission for peaceful resolution, under any of the procedures provided in the Convention, of disputes under article 298 shall not be

## 5.1. EEZ and Possible Approach by India

Keeping in view different and varied positions of various States on the Coastal States' rights to enjoy residual rights in the exclusive economic zone and taking a lesson from South China Sea disputes, author suggests that India's earlier declaration submitted at the ratification of UNCLOS on this aspect are of limited use or there is a strong need to strengthen India's position on this issue by specific exclusion of the subject from compulsory procedure of the UNCLOS. In the 59<sup>th</sup> meeting of UNCLOS negotiations, India supported the views of Iceland, Brazil, Pakistan, Venezuela, Democratic People's Republic of Korea and Mauritius that "hard-won exclusive jurisprudence of the Coastal States in the economic zone should not be jeopardized by its submission to third-party adjudication" but India further said, it will be willing to accept mandatory settlement of disputes relating to navigation in, and overflight over, the exclusive economic zone.<sup>61</sup> Hence, India can continue to maintain its stand on the subject of navigation in, and overflight over, the exclusive economic zone. Here it is pertinent to highlight that UK, Netherlands, Italy have made statements that in their view, the Coastal State does not enjoy residual rights in the exclusive economic zone and also went further by excluding the disputes enumerated under Article 298(1) (a) from compulsory procedure.

## 5.2. Relevancy of Declarations made by States

As discussed above, the importance of timing of submission of declaration is highly useful and of strategic importance. The author advances four propositions in this regard:

- During the continuation of declaration, a State which has a declaration regarding the optional exception clause (Article 298(1)) cannot bring disputes falling within that category against any other State, even if that State has not made a similar declaration of exception (Article 298, paragraph 3).<sup>62</sup>

considered as a derogation of Philippines sovereignty.

61 ROSENNE, S; SOHN, L. B. *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989. p. 93.

62 UNCLOS Article 298(3).

- A State making such a declaration may at any time withdraw it, or agrees to submit a dispute so excluded. Thus, whenever need arises and if State (A) is interested to sue other States (B or C), a State party may agree in a particular case to submit to adjudication a dispute which is excluded from adjudication by its declaration of exemption/exclusion. This differs from general withdrawal of a declaration, as the declared exclusions remain applicable to other disputes, even those with the State with which the special agreement was concluded.<sup>63</sup>
- A new declaration or withdrawal of a declaration, does not in any way affect proceedings pending before a court or tribunal unless the parties otherwise agree.<sup>64</sup> In other words, declaration or withdrawal has no retroactive effect on the proceedings.
- Interestingly, a State can withdraw the declaration and at the same time, can file a new declaration which is either broader or narrower.

Importantly, author summarizes that three reasons are required to be highlighted related to declarations under Article 298:

Article 299 contains two clauses in which first clause says that any dispute excluded under Article 297 or excepted under Article 298 from the dispute settlement procedures provided for in Section 2 cannot be submitted to such procedure by any party to a dispute through unilateral application. Any such action might be considered, pursuant to Article 294 of the Convention, “an abuse of legal process” or “prima facie unfounded”.

The declaration made by States under Article 298 does not preclude from an agreement to submit the dispute to some other procedure outside the framework of Part XV of the UNCLOS.

Part XV is silent on the legality of declaration made under Article 298 by any forum envisaged under Article 287 so it is possible to make a comprehensive declaration of a nature which can deal with the grey areas of the UNCLOS i.e., where there is no law or there is a gap in law. This may take care of issues of sensitive matters. It should be used optimally.

As discussed in above of this study, declaration under Article 298 requires a State to exclude the subjects covered under Article 298. In brief, declaration under Article 298 is declaration of exclusion. In other wor-

ds, until a declaration is made excepting some disputes, these disputes remain within the jurisdiction of the appropriate tribunal designated in accordance with Article 287 of the Convention. In this situation, absence of declaration would amount to non-exclusion of a subject from compulsory procedure. Hence, keeping in view of India’s stand during the UNCLOS negotiations and India’s strategies in Indian Ocean and specially Arabian Sea and its needs for development, India must ensure a comprehensive declaration under Article 298 on the sensitive matters including military activities.

## 6. CONCLUSION

An examination and assessment of the different forums available under Article 297 indicate that at present, ITLOS and Arbitration under Annex VII have been used extensively by States. 33 States so far expressly have chosen ITLOS and 11 States have chosen expressly Arbitration under Annex VII. However, 44 States in the Table 1 at page no. 21-22 of this study have not shown their choice of forums, i.e., by default the Arbitration under Annex VII will be the forum for settlement of law of the sea disputes for these States. It means that 44 plus 11 states (total 55 States) are of the view that Arbitration under Annex VII are their preferred mode of settlement of law of the sea disputes. (Discussed in Part I of this study) In brief, author underlines that ITLOS and Arbitration under Annex VII are most preferred forums by States. There should not be any doubt on the advantages of these forums as discussed above on any given situation.

With regard to ICJ as a preferred mode for law of the sea disputes, views are at variance and yet not being accepted as preferred mode among States. Indeed, India has already made the declaration with regard to optional jurisdiction of ICJ under Article 36(2) of the ICJ Statute and excluded various aspects of maritime disputes including maritime delimitation. Similarly, many other states have also excluded maritime disputes from ICJ jurisdiction. Hence ICJ may only remain a forum with mutual consent among parties for “application and interpretation of UNCLOS”. Unless, India declares the jurisdiction of ICJ or give preference under Article 287, jurisdiction of ICJ is limited use to settle the maritime disputes.

63 UNCLOS Article 298(2).

64 UNCLOS Article 298(5).

The author in this study finds that 51 States have not shown interest in excluding the subject (maritime delimitation) from compulsory procedure. In Europe, except France, Denmark (from Arbitration under Annex VII), Portugal, Italy, and Norway, majority of west European States have not excluded the compulsory procedure of the UNCLOS. As history suggests these five above-mentioned States have grave pains in settlement of disputes related to maritime delimitation which essentially become emotive issues. Also these States have in principle settled the issue by Court or through agreements, and they believe there is no need to re-agitate the dispute. Keeping in view the study's finding, author suggests that India should not exclude the dispute related to maritime delimitation mentioned in Article 298(1)(a) of the UNCLOS. This position of non-exclusion of maritime delimitation can also get support from the view of Dr. P. S. Rao's concurring and dissenting opinion and separate opinion in the *Case of Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India*.<sup>65</sup> In his view, Dr. P. S. Rao stated, "I strongly disagree both as a matter of law and policy with the creation of a "grey area" as a result of the adjustment the majority made to the provisional equidistance line, in a not insignificant expanse of the Bay of Bengal." In brief, the legality of grey area remains a juristic task which India would like to agitate this matter whenever situation will arise." It seems Dr. P. S. Rao is well aware that due to creation of this area, India could not get economically resourceful advantages in the Bay of Bengal. Excluding the maritime delimitation from compulsory procedure of the UNCLOS may hurt India's interest in long time. However, as mentioned above in Part III, author supports the views that India may adopt another alternative approach by excluding one or two maritime areas by making declaration under Article 298 (and not all maritime areas with all of India's neighbours).

## REFERENCES

- <sup>1</sup>FREESTONE, D. et. al. *The Law of the Sea: progress and prospects*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- <sup>2</sup> KARIOTIS, T. C. (Ed.) *Greece and the Law of the Sea*. Hague: Kluwer Law International, 1997.
- <sup>3</sup> NOYES, J. E. The international tribunal for the law of the sea. *Cornell International Law Journal*, v. 32, p. 109-182. 1999. p. 119.
- <sup>4</sup> NOYES, J. E. Compulsory third party adjudication and the 1982 united nations convention on the law of the sea. *Connecticut Journal of International Law*, p. 675-676, 1989. p. 678.
- <sup>5</sup> CHARNEY, J. I. The implications of expanding international dispute settlement systems: the 1982 convention on the law of the sea. *American Journal of International Law (AJIL)*, v. 90, n. 1, p. 69-75, 1996.
- <sup>6</sup> KWIATKOWSKA, B. The international court of justice and the law of the sea: some reflections. *The International Journal of Marine and Coastal Law (IJMCL)*, v. 11, n. 4, p. 491-532, 1996.
- <sup>7</sup> ODA, S. Dispute settlement prospect in the law of the sea. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 44, n. 4, p. 863-872, 1995. p. 864.
- <sup>8</sup> CHARNEY, J. I. Progress in international maritime boundary delimitation law. *American Journal of International Law*, v. 88, p. 227-256, 1994. p. 228.
- <sup>9</sup> *In the Matter of the South China Sea Arbitration*, PCA Case N° 2013-19. <<https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/07/PH-CN-20160712-Award.pdf>>.
- <sup>10</sup> MERRILLS, J. G. *International Dispute Settlement*. 4<sup>th</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- <sup>11</sup> BECKMAN, R. 'UNCLOS dispute settlement system' in International Conference of the South China Sea: UNCLOS and State Practice' Organized by National Institute for South China Sea Studies Haikou. October 24-25, 2013 <<http://cil.nus.edu.sg/wp/wp-content/uploads/2014/08/Beckman-NISCSS-Hainan-Oct-2013-submitted.pdf>>.
- <sup>12</sup> Position Paper of the Government of the People's Republic of China on the Matter of Jurisdiction in the South China Sea Arbitration initiated by the Republic of Philippines, 7 December 2014. <[http://www.fmprc.gov.cn/mfa\\_eng/zxxx\\_662805/t1217147.shtml](http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/zxxx_662805/t1217147.shtml)>.
- <sup>13</sup> SUAREZ, S. V. *The Outer Limits of the Continental Shelf: Legal Aspects of their Establishment*. Heidelberg: Springer, 2008.
- <sup>14</sup> ROSENNE, S; SOHN, L. B. *United Nations Convention*

65 <[http://archive.pca-cpa.org/BD-IN%2020140707%20Concurring%20and%20Dissenting%20Opinion%20of%20Dr%20PS%20Rao5fb0.pdf?fil\\_id=2706](http://archive.pca-cpa.org/BD-IN%2020140707%20Concurring%20and%20Dissenting%20Opinion%20of%20Dr%20PS%20Rao5fb0.pdf?fil_id=2706)>.



on the *Law of the Sea 1982: A Commentary*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989.

<sup>15</sup>ADEDE, A. O. *The System for Settlement of Disputes under the United Nations Convention on the Law of the Sea*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

<sup>16</sup>MERRILLS, J. G. *International Dispute Settlement*. 4<sup>th</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

<sup>17</sup>ANDERSON, D. *Modern Law of the Sea*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.

<sup>18</sup>COLLIER, J.; LOWE, V. *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

<sup>19</sup>KLEIN, N. *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

<sup>20</sup>SCHWEBEL, S. M. Ad hoc chambers of the international court of justice. *AJIL*, v. 81, p. 831-854, 1987.

<sup>21</sup>ROSENNE, S.; SOHN, L. B. *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989.

<sup>22</sup>TYAGI, Yogesh K. Towards UNCLOS IV? *Journal of World Trade*, v. 27, Issue 1, pp. 143–154, (1993).

<sup>23</sup>CHIMNI, B. S. The new regime of oceans-illusion and reality. *Indian Journal of International Law (IJIL)*, v. 22, 69-198, 1982.

<sup>24</sup>JAGOTA, S. P. *Maritime Boundary*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

<sup>25</sup>ANAND, R. P. *Origin and Development of the Law of the Sea*. Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1983.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Do governo por leis à  
governança por números:**  
breve análise do Trade in Service  
Agreement (TISA)

**From government by laws  
to governance by numbers:**  
brief Analysis of Trade in Service  
Agreement

Jânia Maria Lopes Saldanha

Rafaela da Cruz Mello

Têmis Limberger



# Do governo por leis à governança por números: breve análise do Trade in Service Agreement (TISA)\*

## From government by laws to governance by numbers: brief Analysis of Trade in Service Agreement

Jânia Maria Lopes Saldanha\*\*

Rafaela da Cruz Mello\*\*\*

Têmis Limberger\*\*\*\*

### RESUMO

O artigo propõe-se a analisar, em um contexto de globalização, o fenômeno de ressignificação de estruturas delineadas na modernidade, como é o caso do Estado, do direito e do governo. Partindo-se da noção de que as relações transnacionais que permeiam a paisagem político-jurídica atual são incapazes de ser compreendidas somente com conceitos advindos da modernidade, examina-se a estética do caos jurídico, da formação de um direito transnacional e das tentativas de superação de um governo por leis por uma governança por números. Essa tentativa é demonstrada pela substituição do sonho moderno da harmonia jurídica pelo cálculo matemático pelo atual ideal de harmonia pela estatística. As regras clássicas de direito passam a conviver com o crescimento de normas programáticas que estimulam o poder das empresas transnacionais e os valores de mercado ao fomentarem a processos de desregulamentação e de concorrência entre os sistemas jurídicos a fim de atender aos interesses econômicos. Utilizando-se o método de abordagem dialético para opor a incompletude das ideias diante da força da realidade, a análise desse cenário será feita a partir de revisão bibliográfica e da observação do Acordo sobre Comércio de Serviços (*TISA*), acordo entre diversos países que tem como objetivo velado a privatização de serviços públicos e a desregulamentação para favorecer grandes empresas. Conclui-se que o *TISA* serve para corroborar a afirmação de que a globalização fomenta a passagem de um governo por leis para uma governança por números, a qual gera mudanças tanto na sociedade internacional como nos sistemas jurídicos internos dos Estados.

**Palavras-chave:** Governo por leis; Governança por números; Direito transnacional.

\* Recebido em 15/07/2016  
Aprovado em 24/11/2016

\*\* Pós-Doutora em Direito pelo IHEJ – Institut des Hautes Études sur la Justice, Paris. Doutora em Direito Público. Professora Associada do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Departamento de Direito da UFSM. Advogada. E-mail: janiasaldanha@gmail.com

\*\*\* Advogada. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria vinculada a linha de pesquisa em Direitos da Sociedade em Rede. Participante do CCULTIS (Centro de Cultura Jurídicas Comparadas, Internacionalização do Direito e Sistemas de Justiça). E-mail: rafaelacruzmello@gmail.com

\*\*\*\* Doutora em direito público pela Universidade Pompeu Fabra (Barcelona/Espanha), com estudos pós-doutorais pela Universidade de Sevilha (Espanha), mestrado e graduação em direito pela UFRGS. Professora junto ao PPG em Direito da Unisinos e Procuradora de Justiça (MP/RS). E-mail: temis@via-rs.net



## ABSTRACT

The article proposes to examine, in a context of globalization and globalization of international actors, the reframing phenomenon outlined structures in modernity, as is the case of the state, law and government. Starting from the notion that transnational relations that permeate the current political and legal landscape are unable to be understood only with concepts arising from modernity, examines the aesthetics of legal chaos, the formation of a transnational law and overcoming attempts a government by laws by governance by numbers. This attempt is demonstrated by the substitution of the modern dream of legal harmony by mathematical calculation by the current ideal of harmony by statistician. The classic rules of law go to live with the growth of program standards that stimulate the power of transnational companies and the market values to encourage competition between legal systems and deregulation in order to meet the economic interests. Using the dialectical method to oppose the incompleteness of ideas on the nature of things, the analysis of this scenario will be made from literature review and observation of the Trade in Service Agreement (*TISA*), agreement between several countries which aims veiled privatization of public services and deregulation to favor large companies. We conclude that the *TISA* serves to corroborate the claim that globalization promotes the passage of a government by laws for governance by numbers, which generates changes in both the international community and the domestic legal systems of States.

**Keywords:** Government by law; Governance by numbers; Transnational law.

## 1. INTRODUÇÃO

Em junho de 2016, por meio de uma decisão política do governo provisório de Michel Temer, na Confederação Nacional da Indústria (CNI), houve o anúncio da pretensão brasileira de integrar o grupo de países que estão participando das negociações do Acordo Internacional de Comércio de Serviços (*Trade in Service Agreement – TISA*). As tratativas de tal acordo vem, desde 2012, sendo realizadas a portas fechadas<sup>1</sup> entre diversos

países, dentre eles Estados Unidos, Canadá, México e alguns países da União Europeia, configurando verdadeira espinha dorsal nos campos jurídico, político e econômico de novas configurações do mercado mundial.

A grande polêmica em torno desse novo acordo que dispõe sobre comércio de serviços é que ele vem sendo negociado a portas fechadas por governos, sob a influência de grupos de empresas transnacionais, constituindo-se como verdadeiro risco às leis e regramentos feitos de modo democrático no âmbito dos Estados. O *TISA* surge em um contexto de alarmante crescimento e preponderância das questões de mercado sobre os valores de interesse geral das sociedades democráticas. Isso porque se configura como um tratado de livre comércio fundado no poder de empresas transnacionais cuja preocupação é de que as tentativas de institucionalização e juridicização a favor dos interesses comerciais passem a inviabilizar ações governamentais em áreas que desfavoreçam os interesses econômicos de transnacionais e conglomerados empresariais.

No contexto da globalização econômica e de multiplicação de atores internacionais e sujeitos de direito internacional, a vida pública passa a ser, fortemente, afetada por interesses privados e a arquitetura social atual gera porosidades e fragmentações dentro dos Estados e fora deles, assim como opera modificações significantes nos campos jurídicos internos e internacionais. O direito torna-se transnacional, contendo elementos hiper e antimodernos, com a exacerbação e radicalização de algumas características vindas da racionalidade moderna e a ruptura estrutural com outros elementos.

A generalidade e a pretensão de certeza do direito moderno, bem como a manifestação deste por meio de um governo por leis passa a conviver com a estrutura globalizada de uma governança por números que serve aos interesses particulares de grupos e conglomerados econômicos. Nesse cenário, o problema de pesquisa que norteia o presente trabalho é o que segue: na estética do caos oriunda da globalização econômica, de que maneira acordos de livre comércio como o *TISA* corroboram

---

o caráter de sigilosidade impede o amplo acesso a fontes primárias em relação ao acordo. Diante de tal fato, metodologicamente, optou-se pelo termo observações em vez de análise em relação ao *TISA*, uma vez que o acesso a fontes primárias foi limitado diante da praticamente ausência de disponibilidade da integralidade do texto do tratado, tendo-se optado pela ampliação, no presente trabalho, do uso de fontes secundárias, tais quais relatórios e textos científicos que abordam o *TISA*.

<sup>1</sup> De grande relevância, a colocação de que o acordo vem sendo realizado a portas fechadas entre os países participantes. Isso porque

a desordenada e perigosa governança por números?

Utilizando-se do método dialético de abordagem e da percepção de tal método de que o mundo é composto por processos complexos e inacabados e não por estruturas fixas, o principal objetivo será o de apresentar um estado da arte da atual convivência recíproca na ordem transnacional de um governo por leis, enquanto herança da modernidade e uma governança por números, com o constante crescimento da segunda situação em detrimento da primeira. O caso *TISA* será exposto a fim de exemplificar essa situação.

Para tanto, o artigo divide-se em duas grandes partes, na oposição entre incompletude das ideias diante da força da realidade. A primeira delas apresenta a incompletude das ideias demonstradas hoje pela estética do caos na paisagem jurídica e pela fragilização do moderno governo por leis. Na segunda parte, a fim de demonstrar que o que revela ainda mais a incompletude das ideias é a força das coisas e da realidade, serão abordados os efeitos globais da governança por números, com a exposição do *TISA* como exemplificação do crescimento de estruturas que corroboram a existência de uma governança por números que atende aos ideais de mercado e de naturalização de um direito econômico no fragmentário cenário transnacional.

## 2. DA INCOMPLETUDE DAS IDEIAS: ESTÉTICA DO CAOS E A FRAGILIZAÇÃO DO GOVERNO POR LEIS

A contrariedade entre a incompletude das ideias e a força das coisas é uma das premissas que guia o trabalho de Mireille Delmas-Marty no primeiro livro da coleção “As forças imaginantes do direito”<sup>2</sup>. Nessa relação, ela analisa as vicissitudes da mundialização<sup>3</sup> e as

2 DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: Le relatif et l'universel*. Paris. Seuil. 2004.

3 Na obra “Três Desafios para um Direito Mundial”, Mireille Delmas-Marty observa as particularidades dos termos *globalização*, *mundialização* e *universalidade*, quais sejam: “A mundialização remete à difusão espacial de um produto, de uma técnica ou de uma ideia. A universalidade implica um compartilhar de sentidos”. Em outra passagem, disserta: “Difusão espacial de um lado, compartilhar os sentidos de outra, estas duas fórmulas descrevem muito bem a diferença que separam os dois fenômenos que eu denominarei globalização para a economia e universalização para os direitos do homem, guardando assim o termo mundialização uma neutralidade que ele jamais perderá, caso não se resigne rapidamente ao primado da economia

consequências desta para a seara jurídica por meio da oposição entre as falhas de um universalismo jurídico, visto no patamar de incompletude das ideias e os limites do relativismo jurídico, compreendido enquanto força das coisas.

Embora não abordando questões do universalismo e do relativismo, este trabalho fará uso dessa ótica dicotômica de Delmas-Marty para compreender o fenômeno da ordem jurídica na mundialização e a convivência entre governo por leis e governança por números, com o crescimento dessa última em detrimento do primeiro. Dessa forma, o que se demonstrará neste artigo, nesse primeiro momento, é que o direito e o Estado são estruturas que, a partir da modernidade, imbricam-se de modo muito forte. O racionalismo moderno faz com que a estrutura de um governo por leis seja o modelo ideal tanto em âmbito interno quanto para a sociedade internacional.

Os ideais de segurança da modernidade dão lugar na mundialização a uma estrutura anárquica e de caos jurídico multinível. As relações entre direito internacional e direito interno no cenário contemporâneo, por exemplo, ultrapassam as clássicas teorias do monismo e do dualismo cedendo espaço a uma dimensão transnormativa de comunicação entre as diferentes ordens jurídicas. Nesse contexto, somado à multiplicidade de atores internacionais, delinea-se o, ainda, incipiente e confuso direito transnacional, que é palco para o desenvolvimento de traços de uma governança por números.

### 2.1. O reino da lei na tradição moderna ocidental e o sonho da harmonia pelo cálculo

Insta, primeiramente, salientar o local sobre o qual se fala nessa exposição. Seria ingênuo compreender o mundo como uma unidade homogênea, mesmo pensando desde os primórdios da história. Assim, culturas distintas, religiões diferentes e compreensões sobre o mundo e o universo que destoam entre si, sempre, estiveram e, sempre, estarão presentes no planeta. Segundo Alain Supiot<sup>4</sup>, mesmo a mundialização, com suas carac-

sobre os Direitos do Homem”. (DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um Direito Mundial*. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 08-09).

4 SUPIOT, Alain. *État social et mondialisation: analyse juridique des solidarités*. In: Cours “De la gouvernement par le lois à la gouvernance par les nombres. Collège de France, 2013. Disponível em: <https://www.college-de-france.fr/media/alain-supiot/>

terísticas híbridas e instáveis, não possui a pretensão de globalizar um pensamento como único, mas de fazer dialogar as diferentes formas de pensamento a partir de um jogo recíproco de influências.

Isso é dito com a finalidade de afirmar que, neste trabalho, teorias serão trazidas com base em determinados elementos e determinadas bases. No caso, ao trabalharmos as questões de Estado, governo e direito (principalmente a estrutura de *civil law*), trabalhamos com as estruturas de um pensamento ocidental que, em grande medida, são resultados de criações e modificações da (e na) modernidade e que, em dias atuais, configuram-se como categorias que devem ser, constantemente, revistas e (re)indagadas.

Ao fim do século XX e início do século XXI, o contexto de mundialização potencializou o surgimento de figuras híbridas nos planos internacional, regional, nacional e local. Entretanto, a despeito das mudanças advindas da proliferação dos híbridos, é inegável que, ainda hoje, um dos principais atores (e sujeito de direitos) da sociedade internacional ainda são os Estados.

Como bem destaca Jacques Chevallier<sup>5</sup>, o Estado não poderia ser considerado como uma forma de organização política ultrapassada, pois, mesmo confrontado com diferentes figuras trazidas no seio da mundialização, ele, ainda, persiste tanto como princípio fundamental de integração social e formação de identidades em âmbito interno quanto como elemento essencial de organização da vida internacional. O desenhar do Estado na modernidade desenvolveu-se de modo que o direito se tornasse uma realidade intrinsecamente ligada a ele, como forma de organização política cuja institucionalização passa pelo campo jurídico.

Compreender a realidade híbrida e transnacional da sociedade internacional atual passa pela necessidade de compreensão das relações históricas entre Estado e direito da modernidade até os dias atuais. Se um dos grandes motores da Revolução Francesa do século XVIII foi a necessidade burguesa de possuir poder político para além do poder econômico, um de seus maiores reflexos foi a passagem do Estado moderno de sua versão absolutista, com os poderes concentrados nas mãos da figura de um soberano, para sua versão liberal, em que o poder político, conquistado pela classe econômica emergente

passou a ser legitimado por um acordo político-jurídico denominado Constituição.

Os anseios burgueses de segurança passaram no modelo de Estado liberal a serem baluartes para a construção jurídica estatal. Se, no âmbito interno, encontra-se a figura de uma organização política dividida de modo rigoroso entre as funções legislativa, executiva e judiciária e permeado de valores como liberdade e propriedade privada, no âmbito externo, vislumbra-se uma sociedade internacional de Estados livres, soberanos e com prerrogativas de igualdade entre si.

Com maior expressividade dentro dos Estados, o direito, na modernidade ocidental, se estrutura sob a forma de leis abstratas e universais, sistematizadas em códigos. A razão enquanto principal característica moderna dota de universalidade o direito, pois, como assevera Benôit Frydman<sup>6</sup>, a ótica individual de que a natureza é a mesma para todos os seres que sejam dotados de razão faz emergir a ideia de um direito universal com regras gerais e abstratas.

Soma-se a isso o fato de que a ideia de um direito puramente racional se funda em um projeto científico considerado revolucionário: edificar o direito de modo igual ou semelhante à matemática. Assim, o sonho da harmonia pelo cálculo<sup>7</sup> enquanto característica moderna, se revela pelo fato de que, diferentemente do método dos Antigos, que se fundava sob a premissa de que o direito era dado a partir de um caso real ou ficcional, considerando as particularidades de cada situação, os modernos acreditavam que a solução de um caso se encontrava na aplicação de uma fórmula, de uma lei geral e abstrata.

Segundo Benôit Frydman<sup>8</sup> a racionalização moderna do direito o submete ao denominado Tratado de Geometria: parte-se de um pequeno número de proposições simples e evidentes (axiomas) lhes combinando nas demonstrações formais a fim de deduzir progressivamente as regras. O conjunto encontrado formará um sistema unívoco, coerente e completo à imagem de um sistema lógico. Esse modelo explica o reinado da lei e do legislador na tradição jurídica moderna ocidental.

UPL2335835739398687161\_supiot.pdf. Acesso em 15 jun 2016.

5 CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 23.

6 FRYDMAN, Benôit. *Citoyen, Droit & Société: Les transformations du droit moderne*. Bruxelas: Fundación Roi Baudouin, 1998, p. 17.

7 SUPLOT, Alain. *La Gouvernance par les nombres*. Nantes: Fayard: Poids et mesures du monde, 2015.

8 FRYDMAN, Benôit. *Citoyen, Droit & Société: Les transformations du droit moderne*. Bruxelas: Fundación Roi Baudouin, 1998, p. 18.



Isso porque o silogismo predomina na lógica jurídica, de modo que a premissa maior é a lei na sua forma geral e abstrata, produzida pelo legislador; a premissa menor é a situação fática apresentada e a conclusão é a decisão dada pelo magistrado. A modernidade, de modo antagônico ao medievo, colocou o homem como centro do universo e a razão como meio de revelar verdades absolutas, trazendo para o direito a prática do dedutivismo lógico-substantivo: como uma equação matemática, admite-se, apenas, uma resposta correta e a busca desta – que estaria nas hipóteses aventadas pela legislação – leva à ausência de comprometimento com a realidade e com o caso concreto.

O reinado da lei é sustentado, portanto, no sonho da harmonia pelo cálculo, pela aproximação do direito às ciências exatas e à lógica matemática, com o Estado sendo a única fonte produtora do direito, que é produzido verticalmente. Desse modo, ressalta Jacques Chevallier<sup>9</sup> que o direito é expressão e vetor da modernidade, possuindo sob a égide desta as características de encarnação da razão, subjetivação do indivíduo e fetichismo da regra.

Todavia esse paradigma racional de harmonia pelo cálculo que sustenta a ideia de um governo por leis acaba sendo questionado e as pressões sociais em busca de prestações estatais positivas, bem como a preocupação com direitos sociais faz com que, a partir de meados do século XIX, os rumos do Estado se modifiquem de modo que o Estado liberal, por meio de suas novas atribuições passe a ser Estado social ou Estado-providência.

Nesse modelo, o governo por leis, bem como o reinado dos legisladores acaba tendo que conviver com um poder executivo que, por meio de políticas públicas busca a efetivação de direitos sociais, econômicos e culturais para além dos direitos civis e políticos e com um poder judiciário mais ativista. Assim, o projeto liberal moderno teve consequências como o progresso econômico, a valorização do indivíduo em perspectiva subjetiva e o poder legal sendo baseado no direito estatal, o qual possuía a estrutura de uma pirâmide, com a norma fundamental no topo.

Nesse panorama há a formação de uma concepção individualista e formal da liberdade e isso somado a fa-

tores como a Revolução Industrial, com a formação de uma classe operária, a crise de 1929 e as duas grandes guerras mundiais fizeram com que o Estado deixasse de lado sua postura absenteísta moderna, passasse a intervir na economia e agir mais ativamente na sociedade, tendo a justiça social como princípio basilar.

Nessa configuração de Estado, segundo Cristiano Becker Isaia<sup>10</sup>, a lei funcionaria mais como meio de acesso à ação concreta estatal e menos como ordem geral e abstrata. Consoante fora referido, o reinado da lei e a concentração de poderes na figura do legislador acabam cedendo espaço a um poder judiciário mais ativo em âmbito interno. Os juízes passam a atuar de modo ativista, rompendo com o distanciamento da sociedade propiciado pelo dedutivismo lógico-substantivo e deixando de serem meros espectadores para se tornarem sujeitos ativos do processo.

Como ponto em comum desses dois modelos de Estado, está o risco, enquanto princípio da sociedade moderna. François Ost<sup>11</sup> explica essa afirmação asseverando que é como Estado protetor que o Estado moderno se identifica. Desse modo, o Estado liberal, no século XIX, apresenta a proteção de forma minimalista da garantia generalizada da sobrevivência e o Estado Social, no século XX, assume, para além da sobrevivência, a garantia de certa qualidade de vida aos cidadãos, na tentativa de dominar os riscos sociais e garantir segurança.

Esse último modelo, na década de 1970, começa a apresentar sinais de crise, que, para além do campo econômico, se traduz em crises de eficácia, de legitimidade, racionalidade e identidade<sup>12</sup>. Como bem refere Ost<sup>13</sup>, a sociedade assistencial desagrega-se juntamente à noção de justiça social e sociedade voluntarista, o mercado e a privatização triunfam e a noção de um governo por leis é abalada pelo ideal crescente de uma governança por números, com índices, *rankings* e indicadores oriundos de entidades privadas que se inserem em estruturas públicas.

10 ISAIA, Cristiano Becker. *Processo civil e hermenêutica: crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 140.

11 OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 336.

12 FRYDMAN, Benôit. *Citoyen, Droit & Société: Les transformations du droit moderne*. Bruxelas: Fundación Roi Baudouin, 1998, p.46.

13 OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 337.

9 CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 117.

O direito, portanto, é atingido. Fortemente. por essa mudança de paradigma. Como afirma Benôit Frydman<sup>14</sup>, as regras de direito passam a ser percebidas como complexas, incompreensíveis, efêmeras e, sobretudo, ineficazes ou absurdas na medida em que elas não atendem mais aos objetivos declarados pelos poderes públicos. As estruturas jurídicas, tanto em âmbito interno quanto na sociedade internacional inserem-se em um contexto complexo de caos, de movimentos de sístole e diástole, de aproximação com elementos modernos na forma de estruturas hipermodernas e de rompimento com a modernidade (antimoderno).

A estrutura piramidal cede espaço às redes, aos anéis normativos que se inter cruzam e se interpenetram formando uma verdadeira estrutura transnacional. Sobre tudo no campo de comunicação entre direito interno e direito internacional, as teorias clássicas do monismo e do dualismo fragmentam-se no sentido de ceder espaço a uma dialética constante, à concorrência internormativa e à deslocalização da produção de normas jurídicas<sup>15</sup>. É nessa estética do caos e no panorama da incompletude das ideias que começa a se delinear uma dimensão transnormativa e transnacional, na qual o direito e as relações jurídicas multiníveis são, enormemente, afetadas.

## 2.2. A estética do caos e o panorama transnacional no direito.

As fronteiras físicas e simbólicas que delimitavam a esfera de influência dos Estados tornaram-se porosas na segunda metade do século XX. A transnacionalidade é a marca da sociedade após a Segunda Guerra Mundial, de modo que, conforme assevera Jacques Chevallier<sup>16</sup>, os Estados passaram a ser atravessados por fluxos das mais diversas ordens, que não são capazes de se controlar, canalizar ou conter.

O direito, conforme se falou anteriormente, não fica alheio a essas mudanças. A crise da modernidade jurídica leva à substituição da figura piramidal de direito com a unicidade do Estado enquanto produtor de regras ju-

rídicas gerais em um sistema estável por uma estrutura anárquica, com proliferação excessiva de regras específicas produzidas pelos mais diversos atores da sociedade internacional, hierarquias entrelaçadas e competências concorrentes comuns<sup>17</sup>.

A paisagem jurídica hoje, ao contrário do que foi legado – ou instigado – pelos primeiros modernos é imprecisa, incerta e instável, ou, como afirmam os franceses: flou (impreciso), doux (doce) e o mou (suave)<sup>18</sup>. Segundo Wagner Menezes<sup>19</sup>, as interações normativas dinâmicas que ocorrem no seio da sociedade internacional, em tempos de mundialização, propiciam o estabelecimento de um sistema de comunicação jurídica multinível, gerando relações transnormativas entre direito internacional e direito interno.

Wagner Menezes<sup>20</sup>, nesse sentido menciona que a conjunção de relações jurídicas, para além das fronteiras nacionais em consonância com interações normativas dinâmicas, levam a essa transnormatividade. Assim, o direito transnacional, na forma descrita por Philip Jessup<sup>21</sup>, configura-se como o conjunto de normas e regras capazes de regular atos ou fatos que transcendem fronteiras nacionais, tanto na esfera de um direito público quanto na esfera de um direito privado, bem como em relação a outras regras que não se enquadram nas categorias jurídicas clássicas.

Philip Jessup cunha, em relação ao direito no pós 2º Guerra Mundial, observa que o século XX caminhou no sentido de romper com alguns dos pilares políticos e jurídicos traçados pela modernidade. Se, no século XIX, a sociedade internacional possuía suas bases sobre o princípio da soberania estatal, o século XX e, princi-

14 FRYDMAN, Benôit. *Citoyen, Droit & Société: Les transformations du droit moderne*. Bruxelas: Fundación Roi Baudouin, 1998.

15 MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. In: *PENSAR: Revista de Ciências Jurídicas*. Vol. 12, nº 1, 2007. Disponível em: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/1084>. Acesso em 18 jun 2016.

16 CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 32.

17 VARELLA, Marcelo. Internacionalização do Direito: superação do paradigma estatal e a insuficiência das estruturas de diálogos. In: *Revista de Direito Internacional – Brazilian Journal of International Law*. Vol. 9, nº4, 2012. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/2203/pdf>. Acesso em 14 jul 2016.

18 CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 116.

19 MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. In: *PENSAR: Revista de Ciências Jurídicas*. Vol. 12, nº 1, 2007. Disponível em: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/1084>. Acesso em 18 jun 2016.

20 MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. In: *PENSAR: Revista de Ciências Jurídicas*. Vol. 12, nº 1, 2007. Disponível em: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/1084>. Acesso em 18 jun 2016.

21 JESSUP, Philip C. *Direito Transnacional*. Tradução Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

palmente, o incipiente século XXI radicaliza com alguns elementos da modernidade e rompe, abruptamente, com outros.

No domínio jurídico, observam-se, nitidamente, essas mudanças. A crise da racionalidade jurídica que afeta o direito tanto internamente quanto no seio da sociedade internacional leva ao abalo dos atributos da generalidade, estabilidade e sistematicidade. Nesse sentido, o sonho da harmonia pelo cálculo e pela elaboração de teoremas matemáticos passa a ser substituída pelo sonho da harmonia pela estatística com a proliferação de normas oriundas de entes privados como indicadores, rankings e *standards*.

Segundo Benôit Frydman<sup>22</sup>, o panorama do século XXI de liberalização e desenvolvimento de relações e de trocas entre os diferentes atores internacionais reflete-se em três setores de observação, os quais interferem, diretamente, um nos outros: o primeiro deles é o setor da economia, com o desenvolvimento de um novo modelo macroeconômico caracterizado pela ampliação das empresas transnacionais e pela deslocalização da produção industrial, com novos canais globais de troca de mercadorias e escoamento de produtos.

O segundo setor observado é o da revolução tecnológica, com a reconceitualização de termos como tempo e espaço a partir da extinção das distâncias físicas entre os homens e de fronteiras para a circulação de bens e capitais. A soma desses dois campos de observação, sendo o primeiro, nas palavras de Alain Supiot<sup>23</sup>, um fenômeno conjuntural e o segundo, um fenômeno estrutural, formam a utopia de um Mercado Total, situação que afeta, diretamente, a observação do terceiro domínio que é o político-jurídico.

Neste vislumbra-se o aumento da quantidade de atores internacionais com hierarquias entrelaçadas nos mais diversos níveis (local, nacional, regional, supranacional e internacional), além de objetos jurídicos fugindo dos padrões legislativos clássicos, de competências concorrentes e de tecnicidade específica das leis. O direito moderno em sua estrutura piramidal e com a primazia de um governo por leis é substituído por um

direito contemporâneo no formato de redes ou, como refere Delmas-Marty<sup>24</sup>, de estruturas anárquicas, anéis em formatos de guirlanda proporcionando um cenário de verdadeiro caos jurídico em razão de um pluralismo desordenado e com primazia de uma governança por números, em que indicadores e *standards* adquirem uma enorme importância no sentido de produção normativa e avaliação dos sistemas jurídicos.

Assim, como bem refere Benôit Frydman<sup>25</sup>, ao observar a situação como um imenso tabuleiro de xadrez, embora os princípios modernos que codificam o direito internacional público e o direito internacional privado permaneçam os mesmos, as modalidades jurídicas se modificam pela multiplicação de atores e pela fluidez da movimentação das “peças” de uma “casa” até outra, de modo que o curso do jogo é alterado, bem como as relações de poder entre os próprios jogadores. Assim, a virada global do século XX coloca em xeque o nacionalismo metodológico ou a mirada nacional, nas palavras de Ulrich Beck<sup>26</sup>, uma vez que as relações transnacionais e suas implicações nas esferas jurídicas internacional e propriamente estatais não podem mais sem percebidas sob a perspectiva somente do Estado em sua concepção moderna.

Nesse sentido, Jânia Saldanha<sup>27</sup> corrobora a postura de Ulrich Beck ao afirmar que as concepções clássicas do direito são débeis e incapazes de explicar a transição dos aparelhos institucionais para fazer a mediação entre o que é produzido pela “expertise” dos laboratórios, pelas reuniões de especialistas e por Parlamentos nacionais ou não. É necessário ultrapassar a visão nacional para compreender o hibridismo<sup>28</sup> presente na paisagem jurí-

22 FRYDMAN, Benôit. *La concurrence normative européenne et globale*. Bruxelas: Centre Perelman de Philosophie du droit, 2016. Disponível em: <http://www.philodroit.be/La-concurrence-normative-europeenne-et-globale?lang=fr>. Acesso 30 jun 2016.

23 SUPIOT, Alain. *O Espírito de Filadélfia*. A justiça social diante do mercado total. Tradução de Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014, p. 54.

24 DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II): Le pluralism ordonné*. Paris. Seuil. 2006.

25 FRYDMAN, Benôit. *La concurrence normative européenne et globale*. Bruxelas: Centre Perelman de Philosophie du droit, 2016. Disponível em: <http://www.philodroit.be/La-concurrence-normative-europeenne-et-globale?lang=fr>. Acesso 30 jun 2016.

26 BECK, Ulrich. *La mirada cosmopolita o guerra es la paz*. Traducción de Bernardo Moreno Carillo. Barcelona: Paidós, 2005.

27 SALDANHA, Jânia. *Cosmopolis*. Edizioni Classi. Firenze, Parigi, Porto Alegre, 2016, p. 276.

28 Sobre hibridismo veja-se: LATOUR, Bruno. *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*. Paris: La Découverte/Poche, 2013. Sobre o hibridismo normativo no constitucionalismo latino-americano leia-se: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado em la América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur. Instituto Internacional Derecho y Sociedad. Programa democracia y transformación global*. Lima, 2010. Disponível em: [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Refundacion%20del%20Estado\\_Lima2010.pdf](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Refundacion%20del%20Estado_Lima2010.pdf). Acesso em 10 jun 2016.



dica atual, com a mistura de regras jurídicas produzidas de modo clássico com as incipientes normas técnicas e de gestão, resultados da lógica performática e de eficiência total do mercado.

O crescimento exponencial do poder das empresas transnacionais e conglomerados econômicos somado à expansão de ideias ultraliberais<sup>29</sup> – neoliberalismo no campo econômico e neoconservadorismo no campo político e social – fazem como que essas empresas tornem-se principais operadoras no comércio mundial, a ponto de suplantar em alguns pontos o poder dos Estados. Prova disso é o fenômeno de concorrência normativa, capaz de gerar não só especulações no mercado financeiro como também fomentar figuras jurídicas, como é o caso do *Law Shopping* e do *Fórum Shopping*, ou seja, as empresas avaliam os sistemas jurídicos estatais a fim de perceber qual deles possui regras fiscais, ambientais, trabalhistas e empresariais mais favoráveis para seu estabelecimento.

Segundo Benôit Frydman<sup>30</sup>, essa é a base da chamada concorrência normativa ou internormatividade. Embora a concorrência seja um fenômeno, historicamente muito antigo, sua abordagem pelo direito é tardia (data de meados do século XX e intensifica-se no século XXI) sendo fruto de percepções jurídicas sob vieses econômicos e sociológicos. Assim, propagando-se a falsa ideia de um direito natural econômico, os direitos positivos nacionais são avaliados de acordo com um padrão de princípios que representam regras ditas fundamentais de naturalização do funcionamento de mercado.

A partir dessa premissa, organizações internacionais econômicas e financeiras como Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional (FMI) e Organização Mundial do Comércio (OMC), em nome dos mecanismos de mercado e das liberdades de troca, supervisionam os sistemas jurídicos e as medidas normativas estatais que de algum modo possam interferir no domínio econômico e no interesse de multinacionais. Sob essa ótica, os Estados são compelidos a rever sua legislação interna a fim de que não contrarie os imperativos do comércio internacional.

29 SUPIOT, Alain. *O Espírito de Filadélfia*. A justiça social diante do mercado total. Tradução de Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

30 FRYDMAN, Benôit. *La concurrence normative européenne et globale*. Bruxelas: Centre Perelman de Philosophie du droit, 2016. Disponível em: <http://www.philodroit.be/La-concurrence-normative-europeenne-et-globale?lang=fr>. Acesso 30 jun 2016.

É esse movimento que impulsiona a concorrência normativa, ou seja, a competição velada em que se inserem os Estados em nível global ou regional para tornar seu direito mais atrativo ou favorável, tanto no campo normativo como no campo judicial, para a instalação de empresas transnacionais. Isso faz com que, no contexto de caos jurídico, outros fenômenos que se destaquem sejam os da desregulação competitiva e dos mercados de direitos nacionais.

A aceleração, portanto, no campo da globalização econômica, influencia enormemente a estruturação, ainda caótica e confusa de um direito transnacional que pouco se caracteriza por tentativas de desenvolvimento de um direito global no sentido da criação de uma ordem jurídica mundial, mas de um mercado global de direitos nacionais somados a normas de cariz internacional de viés público e privado<sup>31</sup>. Nesse cenário o direito privado se politiza e se publiciza e o direito público se privatiza, a partir da existência de normas com caráter e abrangência públicos, porém produzidos por atores privados em uma modalidade de deslocalização normativa<sup>32</sup>.

É nesse cenário que emerge a ideia de uma governança por números, em que as regras jurídicas abarcadas pelo ideal de um governo por leis e com ênfase no poder legislativo dos Estados concorre e aos poucos vai sendo suplantado por uma governança por números, marcada pela auto-regulação das sociedades e pelo ideal estatístico de quantificação e programação de comportamentos<sup>33</sup>. Isso pode ser visualizado pelo crescente uso de *rankings* e indicadores para a realização de avaliações em relação a países e aos sistemas de justiça nacionais, bem como pela crescente noção de que a normatividade perde sua dimensão vertical, na medida em que a norma se afasta da lógica dedutiva – de ser genérica e abstrata para abarcar os fatos da vida – aproximando-se da perspectiva indutiva – de partir de fatos já dados para criar legislações “programação”, como é o caso do *TISA* que se verá a seguir.

31 FRYDMAN, Benôit. *La concurrence normative européenne et globale*. Bruxelas: Centre Perelman de Philosophie du droit, 2016. Disponível em: <http://www.philodroit.be/La-concurrence-normative-europeenne-et-globale?lang=fr>. Acesso 30 jun 2016.

32 DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (III)*: La Refondation des Pouvoirs. Paris: Seuil, 2007.

33 SUPIOT, Alain. *O Espírito de Filadélfia*. A justiça social diante do mercado total. Tradução de Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014, p.70.

### 3. DA FORÇA DA REALIDADE: TISA E A GOVERNANÇA POR NÚMEROS.

Alain Supiot<sup>34</sup> afirma que o direito, assim como a técnica, a religião ou as artes é um fato da cultura, ou seja, um elemento que se insere na representação de mundo que domina determinada época. Sob essa perspectiva, em todo e qualquer momento da história, a força das coisas pode de engendrar situações capazes de alterar elementos no campo das ideias. Nesse sentido, um dos grandes exemplos dessa situação é a emergência, em meados da década de 1970 e início da década de 1980, do paradigma ultraliberal.

Este impulsiona a aceleração econômica mundial, com o crescimento do número de empresas transnacionais e de seu poder no cenário internacional frente a medidas de implantação de um Estado Mínimo diante das perspectivas de um Mercado Total. Esse é o ponto em que a força da realidade revelada pelas modificações sociais, políticas e econômicas passa a realizar mudanças no campo jurídico.

Assim, o tradicional, ocidental e moderno governo por leis passa a conviver e aos poucos ser ameaçado pela ideia da governança por números e por modelos empresariais para a gestão da esfera pública, com utilização de objetos normativos não clássicos como é o caso dos *rankings*, indicadores, metas e normas técnicas e de gestão, os quais passam a ser parâmetros para interferir nos sistemas jurídicos nacionais a fim de provocar processos de privatização e desregulamentação de atividades. Um exemplo do resultado do modelo de governança por números é o *TISA*, acordo desenvolvido a portas fechadas com a participação de países com grandes esferas de poder político e econômico em nível global e empresas transnacionais com a finalidade de estabelecer regramentos acerca da utilização de comércio de serviços em âmbito mundial.

#### 3.1. Legislação “programação” e os efeitos da governança por números.

Governo e direito são categorias que, embora não tenham sido propriamente criadas na modernidade, sofrem várias influências do racionalismo moderno de forma que, diante dos baluartes nacionais da moderni-

dade, mesmo com as vicissitudes da mundialização tornou-se complexo compreender essas categorias longe da visão de Estado e de miradas nacionais<sup>35</sup>.

Segundo Alain Supiot<sup>36</sup>, reduzir governo a exercício do poder é uma característica típica da modernidade. Assim, afasta-se deste uma dimensão real de estética da representatividade para ser visto como um instrumento de dominação, como uma grande máquina regida pelo paradigma mecanicista, permeada de jogos, pesos e contrapesos. A despeito dessa estrutura, a noção de governo implica a relação entre governantes e governados, de modo que as leis produzidas são vistas como referências normativas comuns tanto para governados quanto para governantes.

Assim, tanto sob a estrutura de um Estado liberal quanto na de um Estado social, a lógica de um governo sob tal molde engendra sua legitimidade na organização jurídica para reger as relações internas e internacionais. O racionalismo moderno se reflete no sonho da harmonia pelo cálculo no sentido de aproximar o direito das ciências matemática com o escopo de validar o próprio direito, dando-lhe caráter científico ao reger as condutas do campo do *dever ser*.

O método do direito de um governo por leis, dessa forma, seguiria a lógica dedutiva de, conforme já fora explanado, a partir de situações gerais elaborar normas abstratas capazes de regular um sem número de situações específicas. Todavia a onda ultraliberal, desenvolvida em meados da década de 1970, parte de uma lógica indutiva<sup>37</sup>, ao observar situações e casos específicos a fim de desenvolver um sem número de regras e normas. Essa é uma das diferenças entre governo por leis e governança por números.

Segundo Alain Supiot<sup>38</sup>, a governança<sup>39</sup> pelos núme-

35 BECK, Ulrich. *La mirada cosmopolita o guerra es la paz*. Traducción de Bernardo Moreno Carillo. Barcelona: Paidós, 2005.

36 SUPIOT, Alain. *La Gouvernance par les nombres*. Nantes: Fayard: Poids et mesures du monde, 2015.

37 SUPIOT, Alain. *O Espírito de Filadélfia*. A justiça social diante do mercado total. Tradução de Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014, p. 71.

38 SUPIOT, Alain. *O Espírito de Filadélfia*. A justiça social diante do mercado total. Tradução de Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014, p. 70.

39 Essa noção aproxima-se da ideia de governança apresentada por Salem Hikmat Nasser. Segundo ele, a noção de governança como significando os modos pelos quais a sociedade é regulada compreende o direito. Todavia, frequentemente, a ênfase na governança como categoria privilegiada é usada para indicar que o direito tem um papel na regulação da vida em sociedade que se encolhe progressivamente, perdendo espaço para outros tipos de meios ou

34 SUPIOT, Alain. *La Gouvernance par les nombres*. Nantes: Fayard: Poids et mesures du monde, 2015.

ros se apoia em operações de quantificação e de programação, por meio de técnicas de análise comparativa de comportamentos dos atores internacionais. Essas operações acabam possuindo relevância a ponto de ou se tornarem efetivamente normas jurídicas ou influenciarem drasticamente os ordenamentos jurídicos nos mais diversos níveis. Justamente em razão dessa situação, duas das principais características de uma governança por números são a concorrência normativa e a deslocação normativa e judiciária.

A crise do paradigma racionalista é substituída por ideais de eficiência e produtividade em prol de razões do mercado, fomentando um processo de desarticulação de poderes no seio das instituições nacionais e fragmentação em âmbito internacional, com o crescimento vertiginoso do poder de entidades privadas. Nesse sentido, Mireille Delmas-Marty<sup>40</sup> afirma que a mundialização econômica não garante qualquer legitimidade democrática aos processos ocorridos tanto dentro quanto fora do âmbito dos Estados, principalmente pelo fato de que a ciência e a tecnologia são, na estrutura de uma governança por números, introduzidas no conjunto normativo nacional e internacional, deixando de serem objetos aleatórios ou adjacentes para se tornarem centrais na esfera política.

Isso é comprovado por meio da grande força que os especialistas possuem na estrutura de uma governança por números. No século XXI, a vulnerabilidade se dá pelo desconhecimento de questões técnicas específicas em relação a temas complexos, como tecnologia<sup>41</sup> e cibernética<sup>42</sup>, por exemplo. Assim, poucos especialistas

desenvolvem muitas regras que adquirem força de leis em razão das exigências, sobretudo de mercado, sem que haja qualquer processo democrático a fim de discutir a pertinência desse regramento e sua influência para indivíduos e para a coletividade.

Um dos exemplos dessa situação são relatórios como o *Doing Business*<sup>43</sup>. Esse relatório periódico realizado por especialistas do Banco Mundial apresenta índices nas mais diversas variáveis a fim de classificar diferentes países do mundo. Essa classificação ocorre, sobretudo, com a finalidade de atender a demandas empresariais, ou seja, a partir da observação do relatório, empresas transnacionais são capazes de avaliar quais são os países que oferecem maiores vantagens para sua instalação e, essas vantagens podem ser tanto em questões de flexibilização trabalhista, como por meio de incentivos fiscais ou ainda facilidades em relação a procedimentos de licença ou licenciamento ambientais.

Tal situação demonstra uma das principais características de uma governança por números: a influência de *standards* e indicadores no procedimento de fragmentação de normas jurídicas já existentes ou construção de novas regras. Esses elementos são apresentados por Benoit Frydman<sup>44</sup> como objetos normativos não identificados (O.N.N.I) justamente em função da dificuldade em ligar sua natureza à proporção de seus efeitos e desafiam os juristas em razão da diversidade de fontes, dos efeitos e da aparência arbitrária de suas combinações.

As normas técnicas e de gestão (*standards* e indicadores) quanto à sua elaboração não são frutos de procedimento parlamentar ou de instituições públicas representativas, mas emergem da prática, de conhecimentos de especialistas e técnicos sobre determinados assuntos. Segundo Jânia Saldanha<sup>45</sup>, as normas técnicas prestam-se a especificar produtos em nome das políticas de qualidade total ou de “defeito zero”, configurando-se como

instrumentos regulatórios. NASSER, Salem Hikmat. Direito Global em pedaços: Fragmentação, Regimes e Pluralismo. In: *Revista de Direito Internacional – Brazilian Journal of International Law*. Vol. 12, nº2, 2015. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/3707/pdf>. Acesso em 14 jul 2016.

40 DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (III)*: La Refondation des Pouvoirs. Paris: Seuil, 2007, p. 28.

41 Sobre a relação da tecnologia, cidadania e direitos humanos veja-se: LIMBERGER, Têmis. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Ciber cidadania no mundo globalizado: o desafio das novas tecnologias e a concretização dos direitos humanos nas democracias contemporâneas. *Anuário de Derecho constitucional latinoamericano*. Ano XVIII. Bogotá: Fundación Adenauer, 2012, p. 215-230. Sobre a relação da tecnologia com as vulnerabilidades trazidas pelo risco de controle total em ambiente virtual, veja-se: SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Moraes; MELLO, Rafaela da Cruz. As novas tecnologias da informação e comunicação entre a promessa de liberdade e o risco de controle total: estudo da jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos. In: **Anuario mexicano de Derecho Internacional**. Vol. XVI. Jan/Dez. 2016. p. 461-498.

42 SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Os desafios do “Império

Cibernético” na era da aceleração e da informação: Um “sexto” continente de liberdade perfeita ou de controle perfeito. In: TYBUSCH, Jerônimo et al (org). **Direitos Emergentes na sociedade global**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM. Ijuí: Editora Unijuí, 2013, p. 173-220.

43 GRUPO BANCO MUNDIAL. *Doing Business*. Disponível em: <http://portugues.doingbusiness.org/>. Acesso em 01 jul 2016.

44 FRYDMAN, Benoit. Prendre les standards et les indicateurs au sérieux. In: FRYDMAN, Benoit et VAN WAEYENBERGE, Arnaud [coord]. *Gouverner par les standards et les indicateurs*: De Hume aux rankings. Bruxelles: Bruylant, 2014.

45 SALDANHA, Jânia. *Cosmopolis*. Edizioni Classi. Firenze, Parigi, Porto Alegre, 2016, p. 275.



regramentos indispensáveis para o funcionamento da economia na atualidade<sup>46</sup>. Da mesma forma, as normas de gestão aplicam-se ao campo da gerência e da organização de condutas humanas em busca de qualidade e eficiência.

Ainda conforme Jânia Saldanha<sup>47</sup> o século XXI vem acompanhado de uma sofisticação das normas procedimentais de forma global. Dessa maneira, as normas técnicas e de gestão apresentam-se no conjunto de normas procedimentais que indicam a vitória da performatividade sobre as regras, estrutura típica dos pensamentos ultraliberais.

Assim, enquanto na estrutura de um governo por leis o legislador possuía elevada distinção, no panorama de uma governança por números, esses elementos normativos não identificados e seus produtores, os técnicos e especialistas em determinadas áreas possuem relevância<sup>48</sup>, de modo que essas novas normas mesmo possuindo cariz organizacional, ou se elevam ao patamar de normas jurídicas ou modificam substancialmente essas, contribuindo para a esfera híbrida e de caos jurídico do direito na atualidade.

A produção legislativa nos mais diferentes níveis acaba por ser afetada por constatações vindas desses índices e dessas normas procedimentais. Isso é o que demonstra o processo de concorrência normativa dito anteriormente. Segundo Benôit Frydman<sup>49</sup> dois são os tipos de reação dos Estados diante da inexorável reali-

dade de concorrência: adotam medidas defensivas tanto no campo político quanto jurídico a fim de se prevenir dos efeitos nefastos da escolha do direito pelos destinatários (em geral empresas transnacionais) ou optam pela adoção de medidas ofensivas, através das quais os Estados adaptam o seu direito a fim de torná-lo mais atrativo.

Dessa maneira, Benôit Frydman<sup>50</sup> assevera que os indicadores e os *standards* têm por função anunciada conceder informações aos operadores econômicos e financeiros a fim de lhes permitir participar de um jogo de concorrências e auxiliar em decisões referentes a investimentos. Todavia, a realidade é que eles substituem uma função de governança e de disciplina dos Estados e governos, em que as performances são julgadas tanto no plano internacional quanto interno.

Isso não deixa de ser um gerenciamento dos Estados através do mecanismo dos indicadores que são disposições normativas em um ambiente não soberano. Assim, os indicadores, influenciados enormemente pelo sonho da harmonia pelo cálculo estatístico, são peças-chaves para o desenvolvimento de uma governança por números. Nesse sentido, David Restrepo Amariles<sup>51</sup> afirma que os objetos normativos não identificados como os *standards* e os indicadores são a tecnologia da governança global, ferramentas pelas quais o poder é exercido com e para além dos Estados.

Dessa forma, essa lógica da governança por números enseja dois tipos de fenômenos: a alteração de normas e de procedimentos jurídicos já existentes no âmbito dos Estados e da sociedade internacional e/ou a criação de legislações ou tratados que tenham como norte o mínimo de regulação para atividades empresariais. Dentro do primeiro tipo de fenômeno, Benôit Frydman destaca que segundo o relatório de 2015 do Banco Mundial, desde 2004, os Estados realizaram o total de 2400 reformas internas em suas legislações a fim de tornar suas ordens jurídicas mais atrativas a investidores estrangeiros. Assim, segundo ele:

(...) somente no período de um ano, de junho de 2013 a junho de 2014, 230 reformas legislativas

46 Como exemplo desse tipo de norma pode-se destacar o conjunto de normas ISSO, como a ISSO 9000 e a ISSO 14000, ambas em matéria ambiental.

47 SALDANHA, Jânia. *Cosmopolis*. Edizioni Classi. Firenze, Parigi, Porto Alegre, 2016, p. 273.

48 Da mesma forma, os referidos O.N.N.I não são publicados em órgãos oficiais, mas possuem uma espécie de rótulo, que demonstra a outros atores internacionais e nacionais que houve adesão e engajamento no respeito de norma X ou Y. É o que aconteceu, por exemplo, com as Diretrizes “Nova Abordagem e Abordagem Global”, advindas da criação do mercado interno europeu em 1992, e que se referem à regulamentação dos produtos e avaliação da conformidade destes, limitando a intervenção governamental ao essencial e adotando a Marcação CE para facilitar a circulação de mercadorias entre os Estados-Membros da União Europeia. Essas normas não foram publicadas em veículos oficiais, entretanto possuem um enorme espectro de atuação e conferem obrigatoriedade àqueles que participam da produção de produtos na União Europeia, podendo inclusive gerar ações judiciais e eventuais sanções por descumprimento.

49 FRYDMAN, Benôit. *La concurrence normative européenne et globale*. Bruxelas: Centre Perelman de Philosophie du droit, 2016. Disponível em: <http://www.philodroit.be/La-concurrence-normative-europeenne-et-globale?lang=fr>. Acesso 30 jun 2016.

50 FRYDMAN, Benôit. *La concurrence normative européenne et globale*. Bruxelas: Centre Perelman de Philosophie du droit, 2016. Disponível em: <http://www.philodroit.be/La-concurrence-normative-europeenne-et-globale?lang=fr>. Acesso 30 jun 2016.

51 AMARILES, David Restrepo. Special Issue on Legal Indicators, Global Law and Legal Pluralism. In: *The Journal of Legal Pluralism*. Vol. 47, n°1, 2015.

ou regulamentares foram registradas em 123 jurisdições. Entre elas, os Estados da Europa e da Ásia central destacam-se com 85% de Estados que procederam reformas neste ano. Mais de 50 Estados organizaram comissões especiais de reforma com vistas a melhorar sua posição na classificação dos rankings do Banco Mundial e alguns deles não hesitaram em divulgar suas performances em campanhas de publicidade<sup>52</sup>.

É no segundo tipo de fenômeno, no entanto, que se enquadra o acordo que será objeto de análise breve na sequência desse texto, o Acordo sobre Comércio de Serviços, conhecido como *TISA*, no qual alguns Estados, sob a influência e *lobby* de empresas transnacionais estão, às escuras, realizando tratativas no intuito de privatizar e desregulamentar questões vinculadas ao comércio internacional de serviços. Com base, ainda, nas poucas informações sobre as tratativas, pode-se inferir que a lógica de mercado e de naturalização do direito econômico permeia as negociações, de modo que, tentar-se-á demonstrar, neste artigo, que esse acordo pode ser compreendido enquanto manifestação do processo de governança por números.

### 3.2. TISA como demonstração da força das coisas e da realidade de uma governança por números

Na estética do caos que domina não só a paisagem jurídica em nível global, mas também as esferas econômica e política, o crescimento dos ideais ultraliberais passaram a ser observados no espectro considerável de tratados de livre comércio, acordos bi e multilaterais entre os mais diversos países versando sobre questões econômicas e fiscais, bem como pelo uso em maior escala de indicadores e *standards*, que são elementos basilares de uma governança por números para avaliar os sistemas jurídicos nos mais diferentes níveis.

É nesse contexto que surge a ideia do Acordo sobre Comércio de Serviços, mais conhecido por sua sigla em inglês *TISA*. Esse tratado, juntamente a outros como o Tratado Transpacífico (TPP) e o Tratado Transatlântico (TTIP) estabelece não só a hegemonia dos interesses de empresas transnacionais em um contexto de neoliberalismo como corrobora a premissa de concorrência

normativa seguida de tentativas de suplantação progressiva de um governo por leis por uma governança por números.

Para que se compreenda essa premissa, é necessário explicar em que consiste o *TISA*. As negociações em torno desse acordo começaram a se desenvolver em 2012 e hoje contam com a participação de 23 países-membros da Organização Mundial do Comércio (OMC) juntamente a países da União Europeia<sup>53</sup> e, sinteticamente, tratam da abertura, em âmbito global do comércio de serviços entre os Estados participantes.

A justificativa oficial<sup>54</sup> existente é a de que na ordem globalizada atual, os serviços possuem importância cada vez maior na economia internacional e configuram-se como essenciais para grande parte dos países do mundo, sendo, portanto, necessária a abertura do comércio desses serviços em larga escala a fim de romper com obstáculos como as limitações nacionais de tratamento<sup>55</sup> e as limitações ao acesso aos mercados. Segundo informações oficiais<sup>56</sup>, as negociações iniciais abarcam todos os tipos de serviços à exceção de serviços que só o Estado é capaz de prestar, como é o caso da justiça.

Diante disso surge a afirmação de Žizek<sup>57</sup> de que o referido acordo se configurará como a espinha dorsal jurídica para a reestruturação do mercado mundial,

53 Consoante dados oficiais obtidos no site da União Europeia, além dos países-membros do bloco (incluindo o Reino Unido que recentemente em plebiscito votou pela saída do bloco europeu), os seguintes Estados fazem parte das tratativas para o acordo: Austrália, Canadá, Colômbia, Coreia do Sul, Costa Rica, Chile, Estados Unidos, Hong Kong, Islândia, Israel, Japão, Liechtenstein, Maurício, México, Noruega, Nova Zelândia, Paquistão, Panamá, Paraguai, Peru, Suíça, Taiwan e Turquia.

54 Uma das justificativas oficiais encontradas para o tratado em comento encontra-se no site da Comissão Europeia, disponível no seguinte link: [http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/tisa/questions-and-answers/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/tisa/questions-and-answers/index_es.htm). Acesso 04 jul 2016.

55 Consoante explicações concedidas pela Comissão Europeia, as limitações nacionais de tratamento consistem no ato de dar aos investidores estrangeiros um tratamento diferente dos que recebem os investidores nacionais (é o que ocorre, por exemplo, quando um país somente permite a prestação de serviços de telecomunicações a empresas pertencentes a seus próprios cidadãos. As limitações de acesso ao mercado, por sua vez, consistem em limitar o nível de atividade dos investidores estrangeiros.

56 Uma das justificativas oficiais encontradas para o tratado em comento encontra-se no site da Comissão Europeia, disponível no seguinte link: [http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/tisa/questions-and-answers/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/tisa/questions-and-answers/index_es.htm). Acesso 04 jul 2016.

57 ŽIŽEK, Slavoj. How capital captured politics. In: *The Guardian*. 13 de Julho de 2014. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2014/jul/13/capital-politics-wikileaks-democracy-market-freedom>. Acesso 05 jul 2016.

52 FRYDMAN, Benoit. *La concurrence normative européenne et globale*. Bruxelas: Centre Perelman de Philosophie du droit, 2016. Disponível em: <http://www.philodroit.be/La-concurrence-normative-europeenne-et-globale?lang=fr>. Acesso 30 jun 2016.

seguindo princípios de ordem ultraliberal. Isto porque, embora a explicação formal seja a de regular a abertura do comércio de serviços, a força das coisas revela a realidade das pretensões de privatização de serviços públicos e desregulamentação em relação às atividades de empresas transnacionais, como é o caso da Walmart ou de FedEx<sup>58</sup>.

Consoante o relatório “El Acuerdo de los Auténticos Buenos Amigos de las Empresas Transnacionales”, publicado em 2014, a ideia de elaborar um Acordo sobre Comércio de Serviços partiu de experts comerciais, grupos de pressão e lobbys de empresas transnacionais insatisfeitas com o ritmo das negociações sobre serviços no âmbito da OMC. Isso somado a ondas ultraliberais provenientes de um ambiente de crise econômica fomentou a ideia de elaboração do *TISA*, o qual ainda não se converteu em acordo no âmbito da OMC, já que neste patamar continua vigente, desde 1995, o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (AGCS).

O objetivo do *TISA* é de radicalizar as proposições já existentes no AGCS. E essa radicalização tem como pressuposto a modificação ou a eliminação de regulamentações nacionais com o objetivo de facilitar as trocas de serviços no mercado mundial<sup>59</sup>. As condições, para a concorrência, passariam a ser dadas pelo próprio mercado e não pelos Estados.

Prova disso se encontra no documento disponibilizado no site *Wikileaks* com o teor da 6ª rodada de

negociações sobre o *TISA*, ocorrida em 2014<sup>60</sup>. Nessa rodada, o texto preliminar do artigo 1º do acordo apresentava a ideia de que os Estados deveriam se transformar em instituições mais transparentes para os atores comerciais globais, com o intuito de que estes pudessem averiguar riscos e possibilidades em relação a investimentos em determinados Estados. Tal premissa reflete duas das lógicas da governança por números: a presença de indicadores e índices para que as empresas possam determinar o grau de inserção e comprometimento dos países com as regras desse acordo e o fomento da inter-normatividade, a partir do momento em que um acordo internacional com forte influência de empresas é capaz de ensejar mudanças nas estruturas jurídicas internas dos países a fim de lhes deixá-los mais competitivos.

Dentre os muitos perigos desse acordo, o principal deles é a sua realização longe de qualquer cariz democrático. As tratativas vêm sendo realizadas a portas fechadas entre os Estados e sob o lobby das empresas, de modo que o conhecimento que se tem sobre esse hoje é por meio de informações oficiais esparsas, relatórios que abordam pontos polêmicos sobre temas que já foram divulgados ou por vazamentos que ocorreram por meio do *Wikileaks*<sup>61</sup>. A transparência ainda é posta em xeque pelas informações que se tem de que há cláusulas do acordo que permanecerão em sigilo, sem publicização por no mínimo cinco anos a contar da assinatura do acordo<sup>62</sup>.

Além das afrontas diretas à democracia, a noção de interesse geral das sociedades é vista meramente pela soma de alguns interesses particulares. Como bem refere o relatório anteriormente referido<sup>63</sup>, os acordos de investimento e de comércio atuais não tem tanto relação com a eliminação de tarifas para a circulação de mercadorias e serviços, mas possuem vinculação com

58 Conforme o relatório “El Acuerdo de los Auténticos Buenos Amigos de las Empresas Transnacionales”, a transnacional Walmart adotou a posição de defesa da proibição de legislação interna dos países que possuam regras rígidas acerca de venda de bebidas alcóolicas, tamanho e horário de funcionamento de lojas. A empresa FedEx, por sua vez, manifestou que espera que o *TISA* elimine as regulamentações que favorecem aos serviços públicos postais, elimine as regras acerca de licenças para provedores de serviços de entrega urgente e elimine regras que obrigam aos provedores de serviços de entrega urgente a contribuir com fundos de serviços universais. GOULD, Ellen. *El Acuerdo de los Auténticos Buenos Amigos de las Empresas Transnacionales*. Setembro de 2014. Disponível em: [http://www.world-psi.org/sites/default/files/esp\\_el\\_acuerdo\\_de\\_los\\_autenticos\\_buenos\\_amigos\\_report\\_tisa.pdf](http://www.world-psi.org/sites/default/files/esp_el_acuerdo_de_los_autenticos_buenos_amigos_report_tisa.pdf). Acesso em 10 jun 2016.

59 Importante salientar que o texto do tratado, até a elaboração desse trabalho, não havia sido finalizado, de modo que as rodadas de discussão e de negociação de cláusulas, ainda, estavam ocorrendo e os documentos oriundos dessas discussões, mantidos em sigilo. Todavia, o site *Wikileaks*, desde 03 de junho de 2015, começou a disponibilizar trechos do teor das discussões entre os países, de modo que tais trechos, em conjunto com relatórios e textos científicos embasaram a elaboração deste trabalho. Assim, no que se refere ao material do *Wikileaks*, observou-se o teor de 22 documentos, dando-se ênfase para os concernentes à transparência, serviços de entrega e regulamentação doméstica.

60 *TISA*, Anexo sobre Transparência. Disponível em: [https://wikileaks.org/tisa/document/20140416\\_Annex-on-Transparency/20140416\\_Annex-on-Transparency.pdf](https://wikileaks.org/tisa/document/20140416_Annex-on-Transparency/20140416_Annex-on-Transparency.pdf). Acesso 05 jul 2016.

61 ŽIŽEK, Slavoj. How capital captured politics. In: *The Guardian*. 13 de Julho de 2014. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2014/jul/13/capital-politics-wikileaks-democracy-market-freedom>. Acesso 05 jul 2016.

62 GOULD, Ellen. *El Acuerdo de los Auténticos Buenos Amigos de las Empresas Transnacionales*. Setembro de 2014. Disponível em: [http://www.world-psi.org/sites/default/files/esp\\_el\\_acuerdo\\_de\\_los\\_autenticos\\_buenos\\_amigos\\_report\\_tisa.pdf](http://www.world-psi.org/sites/default/files/esp_el_acuerdo_de_los_autenticos_buenos_amigos_report_tisa.pdf). Acesso em 10 jun 2016.

63 GOULD, Ellen. *El Acuerdo de los Auténticos Buenos Amigos de las Empresas Transnacionales*. Setembro de 2014. Disponível em: [http://www.world-psi.org/sites/default/files/esp\\_el\\_acuerdo\\_de\\_los\\_autenticos\\_buenos\\_amigos\\_report\\_tisa.pdf](http://www.world-psi.org/sites/default/files/esp_el_acuerdo_de_los_autenticos_buenos_amigos_report_tisa.pdf). Acesso em 10 jun 2016.



restrições a políticas que os Estados por meio de seus governos possam implementar. Dessa forma, as transnacionais hoje manifestam suas inquietudes em temas como cargas diferentes em matéria de regulamentação, influência e controle de governos em questões de mercado e restrições em relação a fluxos de informações em escala nacional e global.

No campo específico da prestação de serviços, o interesse é duplo: privatizar serviços prestados pelos Estados, como saúde, energia, educação, saneamento básico, dentre outros e exigir a desregulamentação estatal em relação a serviços já prestados por entes privados. Um dos exemplos da desregulamentação é apresentado no relatório<sup>64</sup> pela descrição da empresa Walmart que teria defendido a posição de que o *TISA* deveria proibir as restrições nacionais não só em relação ao tamanho e ao horário de funcionamento de lojas, mas também em matéria de localização geográfica das lojas, que atenta diretamente contra as faculdades de zoneamento urbano que é de competência de governos locais.

Além desse exemplo, questões específicas comprovam que o acordo nasce sob a égide de uma governança por números e de imposição de interesses de mercado sobre ordens democráticas consolidadas. Uma dessas questões é a presença de algumas cláusulas perigosas no acordo como é o caso da cláusula de “trinquete”, da cláusula de manutenção do *status quo* e do regime de *top down*<sup>65</sup>. A primeira dessas cláusulas prevê que um país não pode reintroduzir um obstáculo ao comércio já eliminado, possibilitando tornar perene e permanente qualquer experimento de desregulamentação sem possibilidade de reverter a situação.

Da mesma forma, no procedimento de manutenção do *status quo* uma vez que determinado governo de um Estado privatize certo serviço ou o desregulamente o governo sucessor será impossibilitado de rever essa situação. As políticas vigentes no momento do acordo serão perpetuadas no sentido de favorecer aos interesses do mercado. O regime de *top down* vincula-se não só à

impossibilidade de reestatização de serviços públicos já privatizados como impõe a aplicação vertical de mecanismos para que os governos submetam a maior quantidade possível de serviços ao *TISA*<sup>66</sup>.

Nesse ponto inclui-se outra prerrogativa do acordo que é a das listas negativas e da garantia da cláusula para o futuro. Em geral os acordos comerciais operam sob a lógica de listas positivas. Dessa maneira, sob essa lógica, em um acordo comercial, os Estados apresentariam listas com os serviços que gostariam que estivessem regulados pelo tratado. No entanto, a lógica do *TISA* é a de operar com listas negativas em que os Estados expõem os serviços que não gostariam de dispor para apreciação e negociação juntamente ao tratado e todos os demais passam a ser abarcados neste.

Essa lógica já serve como fundamento para a garantia de cláusula para o futuro, no momento em que todo e qualquer novo serviço que se torne comercializável como resultado da inovação técnica e tecnológica possa ser provida, internacionalmente, sem a necessidade de eventuais negociações adicionais. Assim, os Estados ficam inviabilizados de decidir se desejam ou não explorar tal serviço, uma vez que ele já recai sob o domínio do *TISA*.

Todas essas normas surgem com a finalidade de evitar qualquer fomento à indústria nacional de determinado Estado. As transnacionais, embora sejam economicamente mais pujantes quando comparadas com indústrias e serviços locais, por meio do *TISA* possuem condições legitimadas por meio de um acordo e, portanto com respaldo jurídico, para agir em paridade de condições em relação a qualquer forma de prestação de serviço nacional. E, sob esse aspecto, a lógica de governança por números, por meio da lógica indutiva de inferir a norma da medida dos fatos, que as controvérsias de direito, prioritariamente, não serão resolvidas em tribunais internacionais ou nacionais, mas por meio de painéis arbitrais independentes, seguindo a lógica da arbitragem já adotada nas controvérsias econômicas da OMC.

Por fim, no intuito de comprovar que o *TISA* se insere no contexto de uma governança por números encontra-se a prerrogativa de que neste acordo há a

64 GOULD, Ellen. *El Acuerdo de los Auténticos Buenos Amigos de las Empresas Transnacionales*. Setembro de 2014. Disponível em: [http://www.world-psi.org/sites/default/files/esp\\_el\\_acuerdo\\_de\\_los\\_autenticos\\_buenos\\_amigos\\_report\\_tisa.pdf](http://www.world-psi.org/sites/default/files/esp_el_acuerdo_de_los_autenticos_buenos_amigos_report_tisa.pdf). Acesso em 10 jun 2016.

65 ADLUNG, Rudolf. MAMDOUH, Hamid. *How To Design Trade Agreements In Services: Top Down Or Bottom Up?* Documento de la OMC ERSD-2013-08, 18 de junio de 2013. Disponível em: [https://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd201308\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201308_e.pdf). Acesso 11 jul 2016.

66 GOULD, Ellen. *El Acuerdo de los Auténticos Buenos Amigos de las Empresas Transnacionales*. Setembro de 2014. Disponível em: [http://www.world-psi.org/sites/default/files/esp\\_el\\_acuerdo\\_de\\_los\\_autenticos\\_buenos\\_amigos\\_report\\_tisa.pdf](http://www.world-psi.org/sites/default/files/esp_el_acuerdo_de_los_autenticos_buenos_amigos_report_tisa.pdf). Acesso em 10 jun 2016.

cláusula que permite que qualquer Estado membro ou qualquer empresa seja capaz de contestar uma lei nacional ou uma política pública proveniente dos Estados sob a alegação de que esta prejudica a livre concorrência que o tratado garante<sup>67</sup>. Essa denúncia não será avaliada por qualquer esfera institucional do país denunciado, mas sim pelos painéis independentes que atuam sob a lógica de soluções arbitrais.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mireille Delmas-Marty afirma que o contexto de crise em que se vive na mundialização demonstra que a força das coisas acaba revelando a incompletude de muitas ideias. Na estética do caos, as crises, radicalizações e rupturas, mais do que a incompletude das ideias, desvelam um vazio ou mais exatamente a ausência de um modelo teórico claro capaz de representar as práticas globais e de conduzir minimamente à reorganização dos poderes.

O despontar do século XXI exacerbou concepções da modernidade e, ao mesmo tempo promoveu o rompimento radical com outros elementos desse período, de modo que, diante do caos da paisagem global atual, (re)indagar conceitos deve ser uma tarefa constante. O direito passa a ser um exemplo de conjunto de estruturas a serem indagadas frente ao surgimento e consolidação de relações transnacionais. As concepções clássicas de direito e de um governo por leis passam a ser débeis para explicar as fragilidades e porosidades da atual arquitetura social, com sua pluralidade de atores.

Vive-se em um processo global profundo de transformações das formas, dos processos de regulação e, principalmente da própria natureza das regras jurídicas que se desenvolve em conjunto com a expansão de novos tipos de normatividade. Esse cenário é propício para o desenvolvimento e crescimento da estrutura de uma governança por números, e, que normas procedimentais passam a concorrer, modificar ou até mesmo suplantam normas jurídicas clássicas, fomentando fenômenos como os da internormatividade, da desregulamentação jurídica e de sujeição legal aos interesses de mercado.

67 GOULD, Ellen. *El Acuerdo de los Auténticos Buenos Amigos de las Empresas Transnacionales*. Setembro de 2014. Disponível em: [http://www.world-psi.org/sites/default/files/esp\\_el\\_acuerdo\\_de\\_los\\_autenticos\\_buenos\\_amigos\\_report\\_tisa.pdf](http://www.world-psi.org/sites/default/files/esp_el_acuerdo_de_los_autenticos_buenos_amigos_report_tisa.pdf). Acesso em 10 jun 2016.

A lógica ultraliberal, com seus vieses neoliberal e neoconservador, apresenta a naturalização do direito econômico e, com isso, índices, metas, *rankings* e demais elementos de classificação e medida de desempenho passam a ser a base para a elaboração das regras de direito a fim de beneficiar empresas e grupos transnacionais. Essa é não só a base da concorrência normativa entre Estados, como também é a base de alguns acordos de livre comércio atuais, como é o caso do *TISA*. Dessa maneira, indubitável a afirmação de que o *TISA* com suas disposições obscuras. Porém, já polêmicas, uma vez que afrontam normas produzidas, democraticamente, no seio dos Estados, insere-se nesse panorama de caos jurídico e de concorrência/passagem de um moderno governo por leis para uma perigosa e com efeitos ainda desconhecidos governança por números.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADLUNG, Rudolf. MAMDOUH, Hamid. *How To Design Trade Agreements In Services: Top Down Or Bottom Up?* Documento de la OMC ERS2013-08, 18 de junio de 2013. Disponível em: [https://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd201308\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201308_e.pdf). Acesso 11 jul 2016.

AMARILES, David Restrepo. Special Issue on Legal Indicators, Global Law and Legal Pluralism. In: *The Journal of Legal Pluralism*. Vol. 47, nº.1, 2015.

BECK, Ulrich. *La mirada cosmopolita o guerra es la paz*. Traducción de Bernardo Moreno Carillo. Barcelona: Paidós, 2005.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um Direito Mundial*. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

\_\_\_\_\_. *Les forces imaginantes du droit: Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004.

\_\_\_\_\_. *Les forces imaginantes du droit (II): Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006.

\_\_\_\_\_. *Les forces imaginantes du droit (III): La Refondation des Pouvoirs*. Paris: Seuil, 2007.

EUROPEAN COMMISSION. *Perguntas y respuestas*. Di-

ponível em: [http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/tisa/questions-and-answers/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/tisa/questions-and-answers/index_es.htm). Acesso 04 jul 2016.

FRYDMAN, Benôit. *Citoyen, Droit & Société: Les transformations du droit moderne*. Bruxelas: Fundación Roi Baudouin, 1998.

\_\_\_\_\_. Prendre les standards et les indicateurs au sérieux. In FRYDMAN, Benoit et VAN WAEYENBERGE, Arnaud [coord.]. *Gouverner par les standards et les indicateurs: De Hume aux rankings*. Bruxelles: Bruylant, 2014.

\_\_\_\_\_. *La concurrence normative européenne et globale*. Bruxelas: Centre Perelman de Philosophie du droit, 2016. Disponível em: <http://www.philodroit.be/La-concurrence-normative-europeenne-et-globale?lang=fr>. Acesso 30 jun 2016.

GOULD, Ellen. *El Acuerdo de los Auténticos Buenos Amigos de las Empresas Transnacionales*. Setembro de 2014. Disponível em: [http://www.world-psi.org/sites/default/files/esp\\_el\\_acuerdo\\_de\\_los\\_autenticos\\_buenos\\_amigos\\_report\\_tisa.pdf](http://www.world-psi.org/sites/default/files/esp_el_acuerdo_de_los_autenticos_buenos_amigos_report_tisa.pdf). Acesso em 10 jun 2016.

GRUPO BANCO MUNDIAL. *Doing Business*. Disponível em: <http://portugues.doingbusiness.org/>. Acesso em 01 jul 2016.

ISAIA, Cristiano Becker. *Processo civil e hermenêutica: crise do procedimento ordinário e o redesenhar da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito*. Curitiba: Juruá, 2012.

JESSUP, Philip C. *Direito Transnacional*. Tradução Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

LATOURE, Bruno. *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*. Paris: La Découverte/Poche, 2013.

LIMBERGER, Têmis. SALDANHA, Jânia M.L. Cidadania no mundo globalizado: o desafio das novas tecnologias e a concretização dos direitos humanos nas democracias contemporâneas. *Anuário de Derecho constitucional latinoamericano*. Ano XVIII. Bogotá: Fundación Adenauer, 2012, p. 215-230.

MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. In: *PEN-SAR: Revista de Ciências Jurídicas*. Vol. 12, nº 1, 2007. Disponível em: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/1084>. Acesso em 18 jun 2016.

NASSER, Salem Hikmat. Direito Global em pedaços: Fragmentação, Regimes e Pluralismo. In: *Revista de Direito Internacional – Brazilian Journal of International Law*. Vol. 12, nº2, 2015. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/3707/pdf>. Acesso em 14 jul 2016.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Os desafios do “Império Cibernético” na era da aceleração e da informação: Um “sexto” continente de liberdade perfeita ou de controle perfeito. In: TYBUSCH, Jerônimo et al (org). **Direitos Emergentes na sociedade global: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM**. Ijuí: Editora Unijuí, 2013, p. 173-220.

\_\_\_\_\_. *Cosmopolis*. Edizioni Classi. Firenze, Parigi, Porto Alegre, 2016, p. 276.

\_\_\_\_\_. BRUM, Márcio Morais; MELLO, Rafaela da Cruz. As novas tecnologias da informação e comunicação entre a promessa de liberdade e o risco de controle total: estudo da jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos. In: **Anuario mexicano de Derecho Internacional**. Vol. XVI. Jan/Dez. 2016. p. 461-498.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Refundación del Estado em la América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur. *Instituto Internacional Derecho y Sociedad. Programa democracia y transformación global*. Lima, 2010. Disponível em: [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Refundacion%20del%20Estado\\_Lima2010.pdf](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Refundacion%20del%20Estado_Lima2010.pdf). Acesso em 10 jun 2016.

SUPIOT, Alain. *État social et mondialisation: analyse juridique des solidarités*. In: Cours “De la gouvernement par le lois à la gouvernance par les nombres. Collège de France, 2013. Disponível em: [https://www.college-de-france.fr/media/alain-supiot/UPL2335835739398687161\\_supiot.pdf](https://www.college-de-france.fr/media/alain-supiot/UPL2335835739398687161_supiot.pdf). Acesso em 15 jun 2016.

\_\_\_\_\_. *O Espírito de Filadélfia*. A justiça social diante do mercado total. Tradução de Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

\_\_\_\_\_. *La Gouvernance par les nombres*. Nantes: Fayard: Poids et mesures du monde, 2015.

VARELLA, Marcelo. Internacionalização do Direito: superação do paradigma estatal e a insuficiência das estruturas de diálogos. In: *Revista de Direito Internacio-*



*nal – Brazilian Journal of International Law*. Vol. 9, nº4, 2012. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/2203/pdf>. Acesso em 14 jul 2016.

TISA. *Anexo sobre Transparência*. Disponível em: [https://wikileaks.org/tisa/document/20140416\\_Annex-on-Transparency/20140416\\_Annex-on-Transparency.pdf](https://wikileaks.org/tisa/document/20140416_Annex-on-Transparency/20140416_Annex-on-Transparency.pdf).

Acesso 05 jul 2016.

ŽIŽEK, Slavoj. How capital captured politics. In: *The Guardian*. 13 de Julho de 2014. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2014/jul/13/capital-politics-wikileaks-democracy-market-freedom>. Acesso 05 jul 2016.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**As diretivas europeias como  
norma reguladora do direito  
administrativo global**

The european directives as a  
standard of the regulations of  
the global administrative law

Alice Rocha da Silva

Ruth Maria Pereira dos Santos

# As diretivas europeias como norma reguladora do direito administrativo global\*

## The european directives as a standard of the regulations of the global administrative law

Alice Rocha da Silva\*\*

Ruth Maria Pereira dos Santos\*\*\*

### RESUMO

O processo de internacionalização do direito, motivado pela globalização, alterou o cenário político, econômico, social e cultural, principalmente pós-guerra fria, momento em que se verificou a modificação no cenário jurídico internacional, com a proliferação de fontes normativas e instâncias de solução de litígios, repercutindo nos ordenamentos jurídicos nacionais. Percebeu-se, portanto, a fragmentação do direito em virtude da criação de sistemas autônomos, com a igualdade de competências e, ao mesmo tempo, a criação de redes de cooperação e instituições privadas, dando origem ao direito administrativo global, permitindo uma maior interação entre os diferentes sistemas e a padronização de procedimentos e instrumentos para a realização de objetivos comuns, decorrentes da integração de atores domésticos e internacionais. Nesse contexto, o direito administrativo global se desenvolve como um instrumento de regulação administrativa para a pluralidade normativa, jurisdicional e institucional. Dessa maneira, defende-se que as diretivas europeias como instrumento regulador do direito comunitário criam um regime de *accountability* entre os Estados-Membros, realizando um enfoque de regulação bottom-up (debaixo para cima), pois se busca a participação na administração global por meio da ampliação e adaptação das ferramentas de direito administrativo nacional, garantindo a legalidade e responsabilidade dos atores nacionais. De igual modo, as diretivas europeias, em determinados momentos podem realizar regulação top-down (de cima para baixo), isto quer dizer que, em virtude do estabelecimento dos padrões decorrentes das diretivas, podem refletir no cenário internacional ou até mesmo em outros ordenamentos jurídicos nacionais alheios ao da União Europeia. A questão se corrobora completa-se com a análise do caso da OMC, WT/DS 408 e 409, que trata do confisco de medicamentos genéricos de origem indiana com destino ao Brasil, em virtude das regras europeias de proteção de propriedade intelectual.

**Palavras-Chave:** Direito Administrativo Global. Regulação Global. Diretivas europeias.

\* Recebido em 16/04/2016  
Aprovado em 28/10/2016

\*\* Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Doutora em Direito pela Université d'Aix-Marseille III, França. Mestre em Direito pelo Uniceub. Graduada em Direito pelo UniCEUB e em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. E-mail: rochaalice@yahoo.com.br

\*\*\* Doutoranda em Ciências Jurídico-Internacional e Europeia na Faculdade de Direito, da Universidade de Lisboa, Mestre em Direito das Relações Internacionais. Pesquisadora Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e Pesquisadora Voluntária do Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS). E-mail: ruthmpsantos@gmail.com



## ABSTRACT

The process of the internationalization of Law, driven by globalization, changed the political, economic, social and cultural scene, especially post-Cold War, when it was found the change in the international legal setting, with the proliferation of normative sources and solution instances disputes, reflecting the national legal systems. However, the fragmentation of the law due to autonomous systems is perceived, with equal skills and at the same time, the creation of networks of cooperation and private institutions, giving rise to global administrative law, allowing greater interaction between the different systems and the standardization of procedures and tools for the achievement of common goals, resulting from the integration of domestic and international protagonists. In this context, the global administrative law develops as a device of administrative regulation for the normative pluralism, jurisdictional and institutional. Thus, it is endorsed that the European directives, as a regulatory instrument of community law create an accountability regime between Member-States, accomplishing a focus on bottom-up regulation, because it is required the participation in global governance through the expansion and adaptation of national administrative law instruments, ensuring the legality and responsibility of the national actors. In a similar way, European directives, at certain times can perform top-down regulation. This means that due to the establishment of standards, resulting from the directives can reflect on the international scene or even in other national legal systems outside the European Union. The question corroborates through the analysis of the WTO case, WT / DS 408 and 409, which deals with the confiscation of Indian generic medicines to Brazil, due to the European rules of intellectual property protection.

**Keywords:** Global administrative law. Global regulation. European directives.

## 1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico europeu enseja uma série de dúvidas e questionamentos sobre o seu funcionamento e amplitude no contexto global, principalmente, porque está muito distante da realidade brasileira e porque não costuma ser um objeto de estudo nas universidades do

Brasil, sendo uma das razões para a realização do presente estudo. Além disso, o caráter supranacional que o Direito Europeu possui, representado aqui pelas Diretivas Europeias que desempenham um papel integrador do Direito Comunitário, demonstra a necessidade de analisar a regulamentação jurídica europeia como fonte do Direito Administrativo Global.

Nesse sentido, o Direito Administrativo Global é o ponto de partida por se tratar de um instrumento de regulação administrativa para a pluralidade normativa, jurisdicional e institucional. Consiste ainda numa construção teórica da Escola de New York, com os principais teóricos Kingsbury, Krisch e Stewart e, na Europa, Sabino Cassese. Por essa razão se faz necessário conceituar o Direito Administrativo Global diferenciando-o do Direito Administrativo Nacional e do Direito Administrativo Internacional, bem como apresentar os órgãos regulatórios globais que se realizam por meio do diálogo/cooperação entre os atores e sujeitos internacionais, estabelecendo cinco topos de administração global: a administração internacional, por redes transnacionais e acordo de coordenação; administração dispersa; administração híbrida privada-intergovernamental e a regulação por órgãos privados. Ademais, é necessário esclarecer as fontes desse direito para então chegar às diretivas europeias.

A concretização do objeto de pesquisa somente é possível diante das mudanças ocorridas no contexto internacional que refletiram no Direito Internacional após o fim da Guerra Fria que, combinado com a globalização/mundialização, provocou o processo de internacionalização do Direito, modificando a visão clássica do Direito, fazendo surgir atores internacionais, normas, além das tradicionais, também as instâncias de solução de conflito. Isto permitiu uma expansão de temas que antes não eram tratados, ou somente tinham proteção no direito interno. As Organizações Internacionais assumiram um papel importantíssimo na construção do Direito Internacional contemporâneo, assim como, os atores internacionais, como Organizações Não Governamentais, empresas privadas, centros de pesquisas, dentre outros, passaram a participar ativamente do cenário global.

Tais alterações tornaram o Direito Internacional mais complexo devido à construção normativa, com a participação de atores estatais e não estatais. Inicialmente, com a criação de valores/direitos comuns surgidos

com base nos Direitos Humanos, ou seja, com a universalização do Direito. Há, portanto, a proliferação de ramos do Direito que são internacionalizados a fim de atender as novas demandas surgidas com o processo de globalização.

Tal modificação representa uma quebra das fronteiras, pois permite um intercâmbio global a partir da interação entre pessoas físicas e jurídicas. Além disso, há, também, a redução da soberania estatal para promover a integração entre os direitos nacionais, sistemas regionais de integração e o Direito Internacional, com reorganização das competências. Paralelamente, a construção normativa não se restringe ao Estado-nação, indo além das capacidades estatais, juntamente com novas instâncias de solução de conflito.

Nessa linha, o Direito Internacional demonstra-se fragmentado, por vezes, contraditório com a sociedade global por criar sistemas autônomos, todos com igualdade de competências que atuarão em conjunto com redes de cooperação e instituições privadas. A partir dessa perspectiva é que o Direito Administrativo global surge, haja vista possuir identidade de mecanismos disponíveis no Direito Nacional e Internacional, permitindo maior interação entre os diferentes sistemas, iniciando um processo de padronização de procedimentos e instrumentos para a realização dos objetivos comuns que decorrem da integração entre atores domésticos e internacionais e também em virtude de o Direito Nacional não conseguir alcançar respostas satisfatórias às questões transfronteiriças surgidas no contexto da internacionalização do Direito.

Nesse sentido, entende-se não ser necessário debruçar-se sobre a evolução do Direito Internacional, tratando detalhadamente sobre o seu processo de fragmentação até a formação do Direito Administrativo Global, sendo interessante para o desenvolvimento deste trabalho, iniciar pela regulação normativa do GAL. Isto porque a problemática da pesquisa é analisar a diretiva europeia que pode ser considerada como uma norma reguladora do Direito Administrativo Global, não como um funcionamento unicamente no contexto do Direito Europeu.

Portanto, o problema em questão é se a diretiva europeia, sendo parte do Direito derivado da União Europeia, pode ser uma fonte de Direito Administrativo Global, de modo a realizar uma regulação que vai além do espaço que compõe a União Europeia. Isto quer di-

zer que a diretiva europeia, produzida pelos órgãos Europeus, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia, que tem o intuito de harmonizar e unificar o Direito e é direcionada a todos os Estados-Membros, de forma obrigatória (por implementação voluntária ou por meio do efeito direto) representaria uma norma reguladora do Direito Administrativo Global.

O assunto se torna importante, pois o tratamento dado ao Direito Administrativo Global ainda é muito recente, pautado, unicamente, na construção teórica doutrinária e, ao adotar esse posicionamento, aplica-se a teoria do GAL à prática. Isto porque se pode verificar que a diretiva europeia, muito embora seja uma norma de caráter regional, ter, em tese, amplitude somente nos limites intrabloco, seus efeitos podem ir além dos limites territoriais e ter repercussões globais.

Para tanto, primeiramente, serão verificadas as diferenciações entre Direito Administrativo Global, Direito Administrativo e Direito Internacional, além de enquadrar o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia como órgãos regulatórios com vocação global. Posteriormente, a sua origem normativa, que tem como base da sua justificativa jurídica o direito das gentes, será possível entender a natureza das normas que o compõem.

Desse modo, as diretivas europeias, em razão do objetivo de regular o direito comunitário, criam um regime de responsabilidade (*accountability*) entre os Estados-Membros, pois há a obrigação de inseri-la no direito interno. Nesse caso, a União Europeia atua como um operador global, por garantir a coesão e o bom funcionamento da global e a proteção dos direitos por meio dos valores democráticos. Pode-se dizer que a União Europeia, por meio das diretivas, adota um enfoque de regulação “bottom-up” (debaixo para cima), posto que, busca garantir a legalidade, a responsabilidade (*accountability*) e a participação na administração global por meio da ampliação e adaptação das ferramentas de direito administrativo doméstico.

Por outro lado, as diretivas podem atuar como “top-down” (de cima para baixo) de construção do Direito Administrativo Global em virtude do estabelecimento de padrões internacionais e se relacionam com diversos temas que são debatidos em outros ordenamentos jurídicos, bem como, pode ter repercussões externas, afetando o direito de países terceiros, inseridos em um sistema multinível.

Nessa linha é que se apresenta o caso discutido, inicialmente, na Organização Mundial do Comércio, referente ao confisco de medicamentos genéricos em trânsito (WT/DS 408 e 409), em que o Brasil e a Índia atuam como demandantes por conta das apreensões de medicamentos no aeroporto da Holanda, em virtude da diretiva 2004/48/CE, que vai de encontro com as normas da OMC e das normas de Direitos Humanos. Esse caso denota a repercussão de uma norma europeia, no caso a diretiva, no cenário global, ensejando a participação de diversos órgãos regulatórios globais, bem como atores públicos e privados na esfera global.

Portanto, verificou-se que, apesar de a diretiva europeia ser uma norma de caráter regional decorrente de um sistema regional de integração, contendo competência, apenas, para os países-membros, é possível ter repercussões para além do bloco econômico, isto porque a União Europeia integra a ordem global e seus órgãos atuam como reguladores globais, tanto da ordem comunitária para o direito nacional, quanto do ordenamento jurídico europeu para o global. A diretiva europeia apresenta, portanto, uma norma regulatória, pois tem o caráter uniformizador dos direitos nacionais com o direito europeu, fazendo surgir repercussões em direitos terceiros, como foi analisado no caso.

## 2. REGULAÇÃO NORMATIVA A PARTIR DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL

O Direito Administrativo Global emerge com o intuito de:

Criação, implementação e controle de um conjunto de relações jurídicas por diversos atores, com diferentes níveis de cogência e hierarquia, cujos conflitos são resolvidos sem coordenação entre dezenas de tribunais e mesmo sem a ausência do Estado.<sup>1</sup>

Esta administração global cresce com a ideia de promoção de uma maior responsabilidade no processo de tomada de decisões e na proliferação de mecanismos reguladores globais, uma vez que o ordenamento jurídico nacional é incapaz de solucionar as questões transfronteiriças que surgiram após o processo de internacionalização do Direito e a multiplicação de atores e temas a serem tratados.

Assim, o Direito Administrativo Global se desenvolve como um mecanismo de regulação administrativa para a pluralidade normativa, jurisdicional, institucional e de sujeitos que compõem o cenário global, de modo a encontrar instrumentos comuns para governança global. Nessa perspectiva importa analisar a regulação normativa a partir do Direito Administrativo Global, construindo o seu conceito, verificando as suas fontes e os órgãos que o integram.

### 2.1. Conceitos de Direito Administrativo Global

O Direito Administrativo Global é uma construção teórica, nascida na escola de New York, decorrente da evolução do Direito Internacional, dos efeitos da globalização no mundo jurídico, na economia, na política e na sociedade, em que se objetiva a aplicar conceitos de Direito Administrativo para a compreensão e regulação da ordem global. No entanto, importante destacar que o Direito Administrativo global não se confunde com Direito Administrativo Nacional ou Internacional, tampouco com direito global.

A ideia de um direito mundial, ou global, advém, desde o direito das gentes, em que se admitia a existência de um direito comum, aonde quer que o indivíduo estivesse. Na mesma linha, Kant defendia a existência de ordem político-jurídica mundial, ou seja, um Estado mundial, com base no direito originário universal do homem à liberdade<sup>2</sup>. Assim, Kant buscava a pacificação por meio de uma ordem mundial, que seria justa por ser uma ordem mundial jurídica, com a universalização do homem.

A filosofia kantiana descrita na “Paz Perpétua” preocupava-se em fundar uma República mundial constituída livremente por associação dos povos, em que o valor da igualdade e da liberdade estaria resguardado e em que todos os integrantes participassem da elaboração das leis, com vista a garantir a paz duradoura na sociedade. Desse modo, o republicanismo universal seria o responsável por garantir a paz perpétua, isto porque os Estados republicanos, por si só, não seriam completamente perfeitos, onde se permitiria a guerra injusta e escusada, portanto, um republicanismo de todos os Estados, com

1 VARELLA, M. D. *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2012. p. 635

2 MARTINS, Clélia Aparecida. Algumas considerações sobre o Estado e Direito em Kant. *Revista Perspectiva Filosófica*, v. 4, n. 11, p. 63-64, jan./jun. 1999.



o respeito universal a todos os povos<sup>3</sup>, seria o essencial para garantir a paz social.

Na mesma linha, Otfried Höffe, Heinhart Steiger e Hans Kung, citado por Elias Grossman, afirma que existe um déficit normativo global, porém não se pode falar em uma ausência de direito, tampouco, de um poder coercitivo global, uma vez que, além da estrutura interna do Estado, há, também, o comprometimento realizado por meio de tratados, organizações internacionais, instituições reguladoras e instrumentos de resolução de conflito, ainda que inexista uma instância superior. O corpo institucional formado no contexto internacional permite uma adequação de acordo com as necessidades globais, bem como são consideradas a base para o desenvolvimento de uma comunidade internacional dinâmica e eficiente, com ampliação dos poderes e capacidades de agir das organizações internacionais<sup>4</sup>.

Muito embora a ideia de direito mundial exista há tempos, muitos dos juristas questionam a sua existência, ao contrário do que defende Sabino Cassese. Para ele há globalização do Direito, ou seja, há a institucionalização de uma governança global, ainda que não exista um governo global, a partir da globalização do direito. Tal acepção é adotada em virtude da plurissubjetividade, normatização, administração, jurisdição, legitimação e justiça no cenário global, decorrente da interrelação entre sistema global e nacional, bem como pela dissipação de princípios comuns, que são adotados em diferentes locais do globo, constituindo, assim, ordenamentos plurais<sup>5</sup>.

Na esteira da pluralidade do direito é que se justifica, também, a existência do direito global, posto que parte-se da pluralidade de sistemas jurídicos autônomos que interagem, sendo necessário respeitar a diversidade, permitindo a harmonia global, ou seja, um pluralismo ordenado, como propõe Delmas-Marty, que vislumbra a ordenação do múltiplo por meio da coordenação,

harmonização, unificação e hibridação<sup>6</sup>. Todavia não se adentrará no estudo das referidas teorias, uma vez que foge ao escopo do trabalho.

Assim, o direito global, apesar de não se confundir com o direito administrativo global, é o que dá o embasamento teórico para a construção do segundo, uma vez que, sem os efeitos da globalização no direito e, sobretudo no direito administrativo, não seria possível falar em regulação global ou governança global. Por se tratar de acepções recentes se faz necessário diferenciar também Direito Administrativo Internacional do Direito Administrativo Global.

O Direito Administrativo Internacional não se confunde com Direito Administrativo Global, uma vez que o primeiro se refere, necessariamente, ao processo de internacionalização do direito administrativo, tendo em vista o alargamento das relações do Estado e da extensão monista do Direito, sobretudo no contexto europeu. Referem-se, portanto, às relações transnacionais estabelecidas pelo Estado que afetam as relações jurídico-administrativas internas, e nesse contexto o Direito Administrativo Nacional não é capaz de amparar todas essas situações, haja vista a perda da produção de normas pelo Estado, e passa a se vincular a normas externas<sup>7</sup>. Sobretudo no contexto da União Europeia, onde se vislumbra a criação de um direito administrativo comunitário.

Nessa linha, o direito administrativo internacional, nas palavras de Prata Roque, define-se como aquele que tem o objetivo de produzir o regime jurídico aplicável às relações jurídico-administrativas transnacionais, não se restringindo a uma extensão territorial, posto que sua origem está centrada na internacionalização do objeto da norma administrativa. Portanto, o Direito Internacional Administrativo refere-se ao conjunto de normas que visam delimitar o domínio de incidência espacial de normas administrativas, independentemente da fonte normativa da qual advém<sup>8</sup>.

Pode-se dizer que o Direito Administrativo Internacional é o corpo de normas nacionais que regem os efeitos dos atos administrativos de um Estado estran-

3 SANTOS, Leonel Ribeiro dos. Kant: da reinvenção do Republicanismo à ideia de uma “República Mundial”. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 16, p. 13-54, jul./dez. 2010. p. 37.

4 GROSSMANN, Elias. *Paz e República Mundial: de Kant a Höffe*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <[http://tede.pucrs.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=324](http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=324)>. Acesso em: 07 jul. 2015.

5 CASSESE, Sabino. *Il diritto globale: giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: EINAUDI, 2009.

6 DELMAS-MARTY, M. *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*. 2006. Disponível em: <[http://www.icim.uqam.ca/IMG/pdf/article\\_Dalloz.pdf](http://www.icim.uqam.ca/IMG/pdf/article_Dalloz.pdf)>. Acesso em: 7 jul. 2015.

7 SILVA, Suzana Tavares da. *Um novo Direito Administrativo*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010. p. 12.

8 ROQUE, Miguel Prata. *A dimensão transnacional do Direito Administrativo*. Lisboa: AAFDI, 2014. p. 473-474.

geiro em um sistema normativo do Estado. Todavia, o entendimento acerca do Direito Administrativo Global é mais extenso, pois abrange todas as regras e procedimentos que contribuem para assegurar a *accountability* da administração global, e se concentra, sobretudo, nas estruturas administrativas, na transparência, nos elementos participativos, no procedimento administrativo, nos princípios de tomada de decisões razoáveis e nos mecanismos de revisão<sup>9</sup>, estimulando a busca por ferramentas adequadas para um grupo heterogêneo de regras (do formato à origem), porém com impactos similares na realidade com a qual interagem<sup>10</sup>.

Assim, o Direito Administrativo Global se funda na conceito de que a governança global é compreendida como uma forma de administração que segue princípios de direito administrativo, que se expandiu para uma escala global, que além das funções administrativas, possui também, funções regulatórias. Com isso propõe uma aproximação das práticas divergentes, compreendendo-as como parte de um todo, a fim de inserir na esfera global procedimentos de Direito Administrativo, Nacional e Internacional, para realizar a regulação global de governança de maneira responsável<sup>11</sup>.

A partir dessa perspectiva o Direito Administrativo Global, em sentido lato, é o direito aplicável a todas as situações que ultrapassam os limites dos Estados, mas que podem ter ou têm repercussões na vida administrativa dos mesmos Estados ou dos seus indivíduos. Assim, esse direito pode ser definido como o conjunto de princípios e regras jurídicas que tem por escopo a regulação da organização administrativa pública transnacional e da atividade administrativa dos órgãos que a compõem, bem como as pessoas públicas ou privadas que são afetadas pelas atividades transnacionais<sup>12</sup>.

9 KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. El surgimiento del derecho administrativo global. *Revista de Derecho Público*, Bogotá, n. 24, p. 16, mar. 2010

10 SANCHEZ BADIN, Michelle Raton. *The Global Administrative Law Project: a review from Brazil*. October 1, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1483379>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

11 KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introdução: governança global e direito administrativo global na ordem legal internacional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13-32, set./dez. 2012.

12 RODRÍGUEZ, Libardo. *El derecho administrativo transnacional o global: un nuevo capítulo del derecho administrativo*. Disponível em: <<http://es.globallawpress.org/wp-content/uploads/derecho-administrativo-global-nuevo-cap%3%98dtulo-2015.doc>>. Acesso em: 8 jul. 2015.

Tal regulação se faz necessária devido ao entrelaçamento dos sistemas autônomos, posto que há uma diversidade de formas de regulação que irão compor o espaço administrativo global, que inclui mecanismos legais, princípios e práticas que afetam diretamente a responsabilidade dos órgãos administrativos globais, que encontrarão padrões adequados. Na esfera global, além dos instrumentos formais públicos e privados, há a inclusão de acordos institucionais informais, em algumas vezes não estatais, que serão responsáveis pela regulação global<sup>13</sup>.

Ademais, a governança global entendida como uma forma de administração, permite a reformulação das preocupações comuns acerca da legitimidade das instituições internacionais de forma mais específica e focada, proporcionando uma análise crítica do déficit democrático e dos mecanismos de *accountability*, o que permite maior interação entre as esferas públicas nacional e global. Isto porque o direito administrativo global trata com diferentes ramos do direito, que estão inseridos na administração global, e que, até então, foram tratados de forma separada<sup>14</sup>.

Além da diferenciação entre direito global e direito administrativo internacional, é necessário verificar quais são os órgãos e/ou organismos que possuem vocação global. Tal análise se faz necessária em virtude de se estabelecer mais adiante o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia como um órgão de vocação global para produzir a fonte normativa do direito administrativo global, que é a diretiva, como se verá adiante.

## 2.2. Órgãos regulatórios com vocação administrativa global

O direito administrativo global tem levado o desenvolvimento da governança em uma escala multinível, expandindo o campo de atuação das organizações internacionais e dos tratados, os quais trazem funções reguladoras que deixam de ser exclusivamente nacionais e se tornam globais. As ações internacionais são combinadas com as nacionais em redes de coordenação glo-

13 KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introdução: governança global e direito administrativo global na ordem legal internacional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13-32, set./dez. 2012. p. 18.

14 KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. El surgimiento del derecho administrativo global. *Revista de Derecho Público*, Bogotá, n. 24, p. 16, mar. 2010.

bal, bem como decisões globais podem afetar o espaço nacional ou, diretamente, pessoas e/ou empresas<sup>15</sup>.

Pode-se definir a governança global como a formação de redes de administradores, tribunais e tribunais ad hoc. A participação nesses regimes internacionais e transgovernamentais, em redes e instituições, é necessária para permitir que os governos realizem, por meio da cooperação com outros estados, o que somente era possível dentro da esfera nacional<sup>16</sup>.

Nessa perspectiva, a Administração Pública Global é constituída por um arcabouço jurídico comum a vários Estados, com origens não tradicionais (fontes do direito internacional), possuindo mecanismos próprios de efetividade e de sanção, possibilitando a solução de problemas similares em virtude do compartilhamento de informações, por meios tecnológicos, de forma rápida e eficaz. Por conseguinte, há a criação de consensos, tanto das práticas administrativas quanto da profissionalização da administração pública e privada se tornam possíveis de forma mais rápida<sup>17</sup>.

Com base no diálogo ou da cooperação, se estabelecem os cinco tipos de administração global proposta por Kingsbury, Krisch e Stewart: a administração internacional por redes transnacionais; acordo de coordenação; administração dispersa; administração híbrida privada-intergovernamental e regulação por órgãos privados. Tais tipos de administração levam à regulação global com a construção de valores e princípios globais, como veremos a seguir.

A administração internacional é realizada pelas organizações internacionais formais, ou seja, os atores administrativos são as organizações intergovernamentais criadas ao abrigo de um tratado ou acordo executivo. O segundo tipo de administração é realizado com base no diálogo entre os funcionários reguladores nacionais que atuam coletivamente em redes transnacionais de acordos de cooperação. Pode ocorrer, sem necessariamente ter base em um tratado, ou pode ser resguardado por

acordos que não são juridicamente vinculantes, porém, são efetivos, portanto verifica-se a ausência de estrutura no processo decisório e a cooperação acontece de maneira informal entre os reguladores estatais<sup>18</sup>.

A administração dispersa é aquela que se realiza por meio de reguladores nacionais com base em tratados, redes ou outros regimes cooperativos, uma vez que as agências domésticas atuam como parte do espaço administrativo global por meio de decisões que geram uma preocupação a nível global, como ocorre no contexto europeu, por meio da diretiva europeia, como se verá mais adiante. Essa atividade se refere à atuação da Administração Pública além do seu território. Isto significa que um Estado busca regular uma atividade que inicialmente se realiza em outro país. Todavia, a regulação dispersa também ocorre quando a administração nacional implementa um regime internacional<sup>19</sup>.

Outra forma de ocorrer a regulação global é por meio das entidades privadas e governamentais que realizam acordos intergovernamentais para determinados assuntos, ganhando maior amplitude, que se refere ao diálogo entre atores econômicos e científicos. Nesse processo há a participação de atores não governamentais e entidades públicas que, conjuntamente, vão promover padrões que adquirem efeitos quase que obrigatórios, como é o caso do Codex Alimentarius, que dá amparo para o Acordo de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias<sup>20</sup>, da Organização Mundial do Comércio.

Por fim, a regulação global realizada, especialmente por órgãos privados que estabelecem padrões normativos, mecanismos e instrumentos que são adotados por um grande número de países, tal como as normas ISO e SWIFT. Os atos praticados por essas instituições não são muito diferentes das espécies normativas públicas intergovernamentais de caráter não vinculante e podem ser, por vezes, mais eficazes que aquelas<sup>21</sup>.

Além de compreender os órgãos regulatórios que

15 TRIPATHI, Rajeshwar. Concept of global administrative law an overview. *India Quarterly: A Journal of International Affairs*, v. 67, p. 355, 2011. Disponível em: <<http://iqq.sagepub.com/content/67/4/355>>. Acesso em: 8 jul. 2015. p. 358.

16 SLAUGHTER, Anne-Marie. Sovereignty and Power in a Networked World Order. *40 Stan. J. Int'l L.* 283. Disponível em: <<http://www.law.upenn.edu/live/files/1647-slaughter-annemarie-sovereignty-and-power-in-a>>. Acesso em: 21 jul. 2015. p. 312.

17 VARELLA, M. D. *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade*. Brasília: Uniceub, 2012. p. 276.

18 KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. El surgimiento del derecho administrativo global. *Revista de Derecho Público*, Bogotá, n. 24, p. 11, Marzo 2010.

19 KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. El surgimiento del derecho administrativo global. *Revista de Derecho Público*, Bogotá, n. 24, p. 12, Marzo 2010.

20 KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. El surgimiento del derecho administrativo global. *Revista de Derecho Público*, Bogotá, n. 24, p. 12, Marzo 2010.

21 KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. El surgimiento del derecho administrativo global. *Revista de Derecho Público*, Bogotá, n. 24, p. 12, mar. 2010.



tem vocação global, é necessário, também, entender a fonte do Direito Administrativo Global, que devido à sua natureza, as fontes clássicas do Direito Internacional não são suficientes para justificar as origens e a autoridade normativa imposta, uma vez que tais fontes não conseguem abarcar todas as relações que o DAG envolve, porque não conseguem justificar a origem e a autoridade das normas globais, não estando adaptadas à configuração das novas regulações, tampouco o direito interno pode oferecer respostas úteis para regular os operadores globais. Por essa razão, torna-se importante verificar o embasamento jurídico do Direito Administrativo Global.

### 2.3. Fontes do direito administrativo global

Acerca das fontes do direito administrativo global, ainda não há muito certeza sobre a sua origem, uma vez que se defende a inclusão de regras e regulamentos das organizações internacionais, as fontes clássicas do direito internacional público e os princípios gerais de direito, bem como as fontes normativas internas e as cortes nacionais, regionais e internacionais, que formam o espaço global. Além disso, se faz necessário considerar o reconhecimento recíproco dos atores envolvidos, criando uma relação de confiança para compartilhar informações e adotar as soluções<sup>22</sup>.

Por essa razão, sugere-se que se adote uma versão reinventada ou pós-moderna do direito das gentes (*ius gentium*), inspirado em Grotius, que enxerga no direito natural um tipo de código moral e uma fonte independente do direito que garante a justiça, superior ao direito positivo, mas tolerante à vontade estatal<sup>23</sup>. A finalidade dessa visão do direito natural é para que se possam abranger normas emergentes entre uma ampla variedade de atores com configurações diversas, o que permitiria propagar os procedimentos legislativos em outros campos do direito para além do Estado<sup>24</sup>.

Por outro lado, o direito interno também tem influência na esfera global, isto porque também é considerado como fonte do direito administrativo global, posto que sirva de controle para a administração doméstica e para agências reguladoras nacionais, como para a aplicação do direito global ou agindo como parte da estrutura global. De igual modo, os tribunais nacionais, também, podem contribuir como mecanismos de solução de litígios, quando houver conflitos entre órgãos globais e entidades privadas. Isto contribui para garantir a *accountability* da administração global, em virtude de utilizar mecanismos de direito interno no DAG<sup>25</sup>.

Ademais, as fontes do direito administrativo global incluem também mecanismos legais, princípios e práticas que asseguram que os órgãos busquem padrões apropriados de transparência, de participação, de racionalidade e de legalidade, bem como fornecem a revisão efetiva das regras e decisões que os organismos tomam<sup>26</sup>. Isto revela a pluralidade de fontes normativas que vão além das fontes nacionais, devido a transnacionalidade das relações estatais.

Em verdade não se pode denominar uma única fonte para o direito administrativo global, uma vez que há associação espontânea de diversas fontes normativas, que podem estar associadas às fontes tradicionais ou que fogem às estruturas formais de exercício de poder público<sup>27</sup>. Assim, tanto as fontes tradicionais do direito internacional quanto as fontes de direito nacional, bem como a jurisprudência de tais ordenamentos, criam um padrão comum de referência, dando embasamento para a esfera global.

Desse modo, Tripathi apresenta três conceitos que devem fazer parte da base normativa do direito administrativo global: *accountability* intra-regime, proteção dos direitos e implementação da democracia. O primeiro refere-se à necessidade de se ter mecanismos para garantir a atividade coordenada entre os diferentes atores internacionais e nacionais de acordo com as normas do regime administrativo global, ou seja, por meio de controle

22 VARELLA, M. D. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: Uniceub, 2012. p. 277.

23 HENNEBEL, Ludovic. Penser le droit administratif global. In: BORIS, Clementine. *Un droit administratif global? Cahiers Internationaux – CEDIN*, Natterre: Pedone, 2012. p. 78-79

24 KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 15. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lcp>>. Acesso em: 10 jul. 2015. p. 29.

25 TRIPATHI, Rajeshwar. Concept of global administrative law an overview. *India Quarterly: A Journal of International Affairs*, v. 67, p. 355, 2011. Disponível em: <<http://iqq.sagepub.com/content/67/4/355>>. Acesso em: 8 jul. 2015. p. 365.

26 KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introdução: governança global e direito administrativo global na ordem legal internacional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13-32, set./dez. 2012. p. 28.

27 ROQUE, Miguel Prata. *A dimensão transnacional do direito administrativo*. Lisboa: AAFDL, 2014. p. 882.

dos atores a fim de garantir a legalidade. Dentro dessa perspectiva os mecanismos de direito administrativo interno podem desempenhar a função de controle<sup>28</sup>, como é o caso das diretivas europeias, que garantem a conformidade da lei nacional com as normas da União Europeia, com base em princípios comuns.

A proteção de direitos, associada à concepção de direitos individuais e à ideia de Estado de Direito, é o principal argumento para a criação de direitos comuns em uma escala global, pois o direito administrativo protegeria os direitos dos Estados, logo, garantiriam que os atores administrativos não ultrapassassem seus poderes nas relações com terceiros estados<sup>29</sup>. O exemplo disso é o direito da OMC, que é considerado um direito global com influência nos administradores internos e que evita o excesso de ingerência econômica de um país no outro, de modo a prejudicar as relações multilaterais estabelecidas em seu acordo constitutivo.

Por fim, a implementação dos ideais democráticos é um dos pontos mais importantes e exigentes do direito administrativo global, posto que garantisse a adesão administrativa para os estatutos legislativos, oferecendo a transparência e a participação pública no processo de tomada de decisão. Na administração global, o DAG garantiria esses ideais, haja vista se basear em uma premissa de igualdade de tratamento, não discriminação, transparência e troca de informações, ou seja, a transposição desses valores para a escala global permite a implementação da democracia na base normativa do DAG<sup>30</sup>.

Apresentada a regulação realizada pelo direito administrativo global, a partir do seu conceito, dos seus órgãos regulatórios e a sua fonte normativa, passa-se à aplicação dessas considerações às diretivas europeias e ao Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia como integrantes do DAG, como fonte e órgão regulatório. Isto para realizar a análise da repercussão das diretivas europeias no cenário global.

28 TRIPATHI, Rajeshwar. Concept of global administrative law an overview. *India Quarterly: A Journal of International Affairs*, v. 67, p. 355, 2011. Disponível em: <<http://iqq.sagepub.com/content/67/4/355>>. Acesso em: 8 jul. 2015. p. 364.

29 TRIPATHI, Rajeshwar. Concept of Global Administrative Law An Overview. *India Quarterly: A Journal of International Affairs*, v. 67, p. 355, 2011. Disponível em: <<http://iqq.sagepub.com/content/67/4/355>>. Acesso em: 8 jul. 2015. p. 364.

30 TRIPATHI, Rajeshwar. Concept of Global Administrative Law An Overview. *India Quarterly: A Journal of International Affairs*, v. 67, p. 355, 2011. Disponível em: <<http://iqq.sagepub.com/content/67/4/355>>. Acesso em: 8 jul. 2015. p. 364.

### **3. O CARÁTER TRANSNACIONAL DAS DIRETIVAS EUROPEIAS NO PLANO DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL**

O cenário internacional multifacetado permite a interação entre as estruturas, atores e procedimentos nacionais e internacionais, bem como a criação de padrões normativos, a fim de realizar a regulação global, ou seja, a administração pautada em princípios, valores e normas comuns, posto que se encontre em uma escala global. Esse novo desenho do direito exige o reconhecimento de órgãos administrativos internacionais e transnacionais que interagem de formas complexas no espaço administrativo global, que está composto das relações inter-estatais e regulamentação em diferentes níveis.

Entre o Direito Europeu e o Direito Administrativo Global não é diferente. Há uma interação com base nas diretivas que podem ser tratadas como um padrão normativo do Direito Administrativo Global, em virtude do seu caráter harmonizador, aproximando direito comunitário e direito nacional. Além disso, o Parlamento e o Conselho da União Europeia exercem um papel de órgão regulatório em virtude da integração do espaço administrativo que realizam por meio das decisões que tomam a fim de implementar o direito europeu nas administrações nacionais por meio das diretivas.

#### **3.1. A interação entre o Direito da União Europeia e o Direito Administrativo Global: diretivas europeias como padrão normativo**

Na esteira do direito administrativo global, o direito da União Europeia, em especial a formação do direito administrativo europeu, traz uma fonte de estudo valiosa, tendo em vista o desenvolvimento e a consolidação desse direito, sobretudo com influência no cenário interno. Pela primeira vez, é desenvolvido um corpo de princípios e regras destinadas a coordenar a ação dos poderes públicos da UE e ação das administrações nacionais, de modo a coordenar a Administração Pública nacional com a Europeia, com variedade de mecanismos de integração e composição das organizações e atividades nacionais e comunitárias, ambos responsáveis pela execução administrativa das normas e políticas da UE<sup>31</sup>.

31 CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio. Intro-

A relação que se forma entre o direito da UE e os direitos nacionais dos Estados membros forma um direito administrativo que funciona como controle do poder público, uma vez que há uma série de princípios comuns que são formados para dar base a este direito, tais como, transparência, acesso à informação, participação, direito de acesso a um tribunal independente, devido processo legal, direito às decisões razoáveis e bem fundamentadas. Os sistemas jurídicos europeus acrescentam proporcionalidade e confiança a esses valores comuns, o que exige uma vinculação das normas materiais e processuais<sup>32</sup>.

A relação que se forma no contexto da União Europeia que, por sua natureza, é um sistema de integração regional, é de cessão de parte de suas competências constitucionais internas a determinados órgãos a nível comunitário, que são obrigatórios nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados membros, o que afeta as autoridades públicas e os cidadãos. Esse direito que se forma é construído com base na relação de cooperação, que afetará as relações jurídicas de um Estado, bem como, as situações entre diversos Estados ou habitantes dos diferentes Estados.

O direito administrativo europeu é resultado da influência do direito comunitário no direito administrativo nacional dos Estados-membros, impondo modificações neste. Isto quer dizer que o direito comunitário influencia diretamente o direito interno dos Estados-membros, de modo a coordenar as suas normas nacionais com o direito da UE, respeitando o Princípio do primado do direito europeu. Isto representa uma “constante interação recíproca entre dois ordenamentos jurídicos e isto gera uma coerência global na dogmática dos dois sistemas<sup>33</sup>”.

Nessa linha o Princípio do Primado da União Europeia desempenha um papel fundamental frente ao direito administrativo global, haja vista ser um princípio comum e obrigatório a todos os Estados-membros, sur-

gidos de um entendimento comum formado pelos juízes do Tribunal de Justiça Europeu. É entendido como uma “exigência existencial” do direito europeu, com natureza uniformizadora, estabelecendo a hierarquia entre o direito da União com as demais ordens nacionais<sup>34</sup>. Assim, o princípio do primado atua como um regulador do direito da União Europeia com o ordenamento jurídico interno, que deve interpretar e aplicar de maneira comum o direito europeu.

Verifica-se que o princípio do primado do direito europeu, ainda que não venha disposto em nenhuma norma comunitária, atua como um valor comum hierarquicamente superior aos direitos nacionais, sendo absoluto, com força vinculante e nenhum direito nacional (entende-se todos os atos nacionais proferidos pelos poderes legislativo, executivo e judiciário) contrário às normas comunitárias, inclusive constitucionais, terá validade, devendo ser suspensa do ordenamento jurídico interno, até a sua conformação com o direito europeu.

A importância do princípio do primado para o direito administrativo global reside na atuação daquele para assegurar a *accountability* (responsabilidade/prestação de contas) da administração global por meio das estruturas administrativas europeias e nacionais. Haja vista que os princípios de direito administrativo, qual o princípio do primado se enquadra, desempenham um papel importante na jurisprudência comunitária, pois se tornam fonte do direito comunitário<sup>35</sup>, refletindo, diretamente, na esfera global, que tem a preocupação no funcionamento dos princípios existentes, das regras procedimentais, dos mecanismos de revisão e outros mecanismos relativos à transparência, participação, razoabilidade nas decisões e a garantia da legalidade da governança global<sup>36</sup>.

Resta estabelecer que o primado do direito da União Europeia é imprescindível para garantir a aplicação do direito europeu, bem como dever ser compreendido como absoluto, ou seja, “todo o Direito da União prevalece sobre todo o Direito estadual. Isto quer dizer que

duction: The Relationships Between Global Administrative Law and EU Administrative Law. In: CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio (Ed.). *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison*. Berlin: Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2011. p. 8

32 WESSEL, Ramses A.; WOUTERS, Jan. *The phenomenon of multilevel regulation: interactions between global, EU and national regulatory spheres*. Disponível em: <<http://www.utwente.nl/bms/pa/research/wessel/wessel44.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

33 QUADROS, Fausto. *A nova dimensão do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 12-26.

34 QUADROS, Fausto. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 512.

35 QUADROS, Fausto. *A nova dimensão do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 27.

36 KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 15. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lcp>>. Acesso em: 10 jul. 2015. p. 351.



ele envolve todas as suas fontes que obrigam: portanto, para além do Direito originário, os regulamentos, as diretivas, as decisões, os acordos internacionais concluídos pela Comunidade<sup>37</sup>”.

Com base no princípio do primado do direito europeu, é possível verificar a espécie de regulação global que se refere à administração por meio de reguladores nacionais abarcados por tratados, redes ou outros regimes de cooperação. Nesse caso a regulação se realiza em virtude do tratado de constituição da União Europeia, estabelecendo padrões normativos, de ordem comunitária, que devem ser implementados nos ordenamentos internos, que também podem ter repercussões para além do bloco regional.

Nessa linha, a diretiva europeia, entendida como direito derivado e prevista no artigo 288 do Tratado de Funcionamento da UE (TFUE), pode representar uma fonte de direito administrativo global, como será visto adiante. Haja vista, pois esse mecanismo de direito regional, aplicável em âmbito nacional e com repercussões internacionais, tem o caráter uniformizador de cooperação, a fim de harmonização das ordens jurídicas nacionais com o direito da União Europeia. Assim, nota-se um regime de cooperação entre as ordens nacionais e o direito europeu, que se realiza por meio do Conselho da União Europeia, entendido aqui, como órgão regulatório de direito administrativo global.

### 3.2. A regulação global por meio do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia

A contextualização do direito administrativo global pressupõe a existência de uma administração global ou transnacional, como é o caso europeu, que envolve as esferas nacionais e a esfera comunitária, a fim de coordenar e dar assistência às administrações domésticas dos Estados-membros. Isto decorre da formação do espaço administrativo multifacetado, constituído por vários e diversos tipos de instituições regulatórias administrativas e de vários tipos de entidades que são sujeitos da regulação, incluindo os Estados, indivíduos, empresas e ONGs.

O Conselho da União Europeia e o Parlamento Europeu realizam uma administração dispersa como já explicado anteriormente, pois há decisões que geram

preocupação em nível internacional ou global, integrando parte do espaço administrativo global. Por outro lado, a administração doméstica dos Estados-membros se encarregam de implementar o regime transnacional/comunitário, que ocorre por meio da harmonização da ordem jurídica da União com as ordens nacionais, a fim de estabelecer um direito comum, que tem seguido uma progressão, no sentido da “europeização dos direitos estaduais<sup>38</sup>”.

As medidas de harmonização são de competência da União, devendo ser aprovadas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia, conjuntamente, representam o principal órgão decisório da União Europeia. Por um lado, o Parlamento Europeu, com a escolha dos seus representantes por meio de eleições diretas, para exercer as responsabilidades legislativas, orçamentárias e supervisionar as políticas nacionais, a fim de exercer o controle democrático das instituições. De outro lado, o Conselho da União Europeia tem a competência para aprovar e coordenar as políticas comunitárias.

O Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia atuam como órgãos regulatórios transnacionais, posto que suas decisões têm efeitos no âmbito interno e internacional, compondo os mecanismos de *accountability* administrativa interna. Tais órgãos visam à proteção dos direitos privados ou dos Estados, por meio da coordenação do direito comunitário com os direitos nacionais e à proteção da democracia por meio do controle democrático.

A administração interna exercida pelos dois órgãos europeus para a realização da *accountability* se concentra em três pontos fundamentais: assegurar a responsabilidade dos atores do regime administrativo, a proteção dos direitos individuais e a promoção da democracia. O primeiro se refere à proteção da legalidade administrativa por meio das funções organizacionais e políticas, via legislativo e executivo, bem como, visa à integridade do regime administrativo<sup>39</sup>, que ocorre na União Europeia pelo exercício das competências do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, principalmente

37 QUADROS, Fausto. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 517.

38 QUADROS, Fausto. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 306-308.

39 KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 15. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lcp>>. Acesso em: 10 jul. 2015. p. 23

quando realizam a política de coordenação, em especial, por meio das diretivas.

O segundo objetivo do direito administrativo global que se realiza por meio da administração interna é a proteção dos direitos individuais e dos demais atores que compõem a sociedade civil. Desse modo, as ferramentas de direito administrativo europeu e nacional protegeriam o direito do Estado, assegurando que os agentes administrativos não ultrapassem suas capacidades em relação a outros Estados-membros, bem como de outros países que estão fora do contexto da União Europeia, caso que será analisado posteriormente.

Por fim, a promoção e implementação da democracia, que se realizará por meio do direito administrativo doméstico, o qual garantiria o respeito à observância do princípio da transparência e da participação pública na regulação administrativa<sup>40</sup>. O alcance dos ideais democráticos decorrerá da participação do indivíduo na esfera pública e isto somente seria possível na esfera global com base em políticas coordenadas ou por cooperação, o que já ocorre entre a União Europeia e os Estados-membros que acolhem direitos comuns em seus ordenamentos jurídicos, válidos, de maneira igual a todos os cidadãos europeus, bem como da prestação de contas de forma equânime para todos os membros do bloco.

Portanto, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia, ao aprovarem medidas de harmonização, garantem um nível mínimo de proteção aos direitos individuais, bem como, a proteção de direitos coletivos como saúde, segurança, meio ambiente, defesa dos consumidores e outros. Essa harmonização se realiza por meio das diretivas, que têm por objetivo a “aproximação das disposições legislativas regulamentares e administrativas dos Estados-membros que tenham incidência direta no estabelecimento ou no funcionamento do mercado interno”, conforme disposto no art. 115, TFUE.

Devido a essa característica harmonizadora que as diretivas possuem é que se propõe neste trabalho a sua ligação com o direito administrativo global, como fonte normativa deste. Por um lado, a diretiva tem repercussões intrabloco, ou seja, somente para aqueles países que estão inseridos na União Europeia. De outro lado, a

diretiva pode ter repercussões no direito de outros países, uma vez que estabelece padrões globais, como se verá a análise dos casos.

### 3.3. As diretivas europeias como fonte normativa do direito administrativo global

No direito administrativo global, não há nenhuma regra específica para o seu reconhecimento, pois as fontes desse direito ainda são contraditórias, pairando na ideia de um direito das gentes reinventado, como visto anteriormente. A proposta é considerar que tanto a força normativa, quanto a validade, independe da natureza daquele (órgão) que a define, mas em função das suas qualidades próprias. Assim, uma norma pode ser considerada como de DAG pelo simples fato de atender os requisitos de publicidade, intrínseco ao direito público, visando ao bem comum e ao serviço público, devendo, também, respeitar os princípios administrativos, o Estado de Direito e o direito dos homens<sup>41</sup>.

A diretiva, como direito derivado da União Europeia, tem como objetivo regular o direito comunitário, a fim de criar um regime de responsabilidade (*accountability*) entre os Estados-Membros, que devem incorporá-la no seu direito interno, a fim de respeitar, tanto as funções, como as regras internas da União Europeia, que, nesse caso, figura como operador global. É por meio da diretiva aplicada voluntariamente ou por meio do efeito direto que se garante a coesão, o bom funcionamento dessa administração global e a proteção dos direitos por meio dos valores democráticos.

Vale lembrar que a diretiva comunitária, como os outros regulamentos normativos europeus, têm prevalência de aplicação em relação à legislação estatal, no que se refere ao direito comunitário<sup>42</sup>, portanto, os Estados-membros são obrigados a interpretar o seu direito com base na diretiva e excluindo disposições contrárias. A diretiva tem o caráter de vincular os seus destinatários, devendo ser aplicada na integralidade, após a transposição para o direito interno, que fica a cargo do país, a melhor forma de incorporar a diretiva ao seu ordenamento jurídico interno.

40 KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 15. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lcp>>. Acesso em: 10 jul. 2015. p. 24

41 HENNEBEL, Ludovic. Penser le droit administratif global. In: BORIS, Clementine. *Un droit administratif global?* Cahiers Internationaux – CEDIN, Natterre: Pedone, 2012. p. 78-79.

42 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 825.

Assim, no momento da entrada em vigor da diretiva no ordenamento jurídico da União, torna-se obrigatório aos Estados a admissão de medidas internas necessárias para o cumprimento integral das obrigações decorrentes da diretiva, bem como divulgar os direitos que elas conferem aos particulares e eliminar normas divergentes. A partir desse momento, os Estados não devem praticar atos contrários ao determinado na normativa europeia, sob pena de responsabilização civil e extracontratual do Estado<sup>43</sup>.

Desse modo, o Estado-membro tem a obrigação de transpor a diretiva para o ordenamento jurídico dentro do prazo determinado e de forma legítima. Isto quer dizer que a diretiva deve acatar as ordens internas de uma mesma maneira dentro do mesmo prazo, respeitando as diferenças legislativas de cada país. O direito europeu decorrente dessa norma passa a ser o mesmo para todos os membros da União Europeia, o que representa regulação do direito da União por meio dos direitos nacionais em prol da legitimidade da estrutura global, pois há a conciliação entre administração nacional e administração regional representada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia, com repercussões na esfera global.

Importa destacar que, para manter a uniformidade das ordens jurídicas nacionais com a União, o direito europeu impõe a sanção do efeito direto, com base no art. 4, n. 3 e 288, do TFUE, que impõe o caráter obrigatório para a diretiva. A diretiva tem efeito direto quando as suas disposições são incondicionais, devem ser claras e precisas e encontrar intempestivas, esse efeito se dá por via vertical, ou seja, pode ser invocado perante a Administração Pública ou Poder Judiciário.

O princípio do efeito direto, em conjunto com o princípio do primado, afiança os particulares de se socorrerem da norma europeia junto a uma jurisdição nacional ou europeia, além de garantir a aplicabilidade e eficácia do direito europeu nos ordenamentos jurídicos internos. Posto isto, o entendimento do efeito direto permeia três noções essenciais. A primeira se refere à obrigação dos Estados-membros de aplicar direta ou imediatamente a norma europeia em suas ordens jurídicas nacionais. A segunda é o reconhecimento dos direitos subjetivos aos particulares, podendo ser requeridos no judiciário nacional. Por fim, a obrigação dada

à jurisdição nacional de garantir o exercício dos direitos dos indivíduos.

Com isto, se deduz que o princípio do efeito direto é a manifestação da garantia constitucional de aplicação imediata dos direitos traduzida no direito comunitário, de modo a proporcionar ao titular de direitos o seu exercício, independentemente se há legislação interna que concretize aquele direito ou disposição contrária<sup>44</sup>.

Nessa toada, percebe-se que a diretiva tem tomado um caráter de regulamentador, por meio do juiz europeu responsável por assegurar a plena eficácia dessa norma no ordenamento jurídico interno, bem como conferir direitos que não foram salvaguardados pela legislação nacional<sup>45</sup>. O objetivo da diretiva não é mais, simplesmente de harmonização, mas também instrumento de regulação, entendida como um mecanismo de intervenção limitada, posto que visa restringir e direcionar o comportamento dos Estados-membros de acordo com as normas estabelecidas por um órgão hierarquicamente superior<sup>46</sup>.

Esse caráter assumido pelas diretivas em face dos direitos nacionais adota um enfoque denominado “bottom-up”, ou seja, de baixo para cima, que procura assegurar a legalidade, a responsabilidade (accountability) e a participação na administração global por meio da ampliação e adaptação das ferramentas de direito administrativo doméstico. Isso ocorre quando as instituições de governança transnacionais como a União Europeia, assumem o controle de antigas funções administrativas nacionais que estavam sujeitas a mecanismos de direito administrativo interno de transparência, participação e revisão, porém, não eram exigidos.

Nesse passo, a Administração Pública doméstica, em virtude da sua própria natureza jurídica, é incapaz de gerir sozinha a nova estrutura composta pelo direito europeu. Por esta razão os órgãos regulatórios europeus, Parlamento e Conselho, assumem o papel de

44 DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e Direitos Fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 346-348.

45 VILAÇA, José Luís. A propósito dos efeitos das directivas na ordem jurídica dos Estados-membros. *Justiça Administrativa*, n. 30, nov./dez. 2001. Disponível em: <[www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/np\\_MA\\_15752.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/np_MA_15752.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2015.

46 VILAÇA, José Luís. *Directivas Comunitárias. 2010/2011*. Elaborado por MAN TENG IONG. Disponível em: <[http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/jlcv\\_MA\\_12764.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jlcv_MA_12764.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2015.

43 QUADROS, Fausto. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 475.



revisar a ação administrativa doméstica, que tem por dever implementar as decisões internacionais — e aqui entenda-se a diretiva também. Por outro lado, há, também, a participação dos administradores domésticos no processo de tomada de decisão que se verifica pela participação dos países no Conselho e a representação do cidadão europeu por meio do Parlamento<sup>47</sup>.

Além disso, o Poder Judiciário assume um papel importante, pois há ampliação do poder de revisão das cortes domésticas para incluir as decisões internacionais que afetam diretamente os indivíduos, com a possibilidade de afastar o direito nacional se infringir os padrões normativos estabelecidos em nível global<sup>48</sup>. Tal situação se concretiza com base no efeito direto, uma vez que o juiz é chamado a aplicar o direito decorrente da diretiva, que não foi transposta ou ocorreu a transposição de forma indevida, nesse caso é de competência do juiz nacional aplicar o efeito direto à diretiva, garantindo os direitos daí decorrentes.

De igual modo, o Direito da União Europeia também atua em uma abordagem “top-down” (de cima para baixo) de construção do direito administrativo global<sup>49</sup>. Isso porque estabelece padrões contemporâneos, que podem ser denominados como internacionais, e se relacionam com diversos temas que são debatidos em outros ordenamentos jurídicos, bem como, pode ter repercussões externas, afetando o direito de países terceiros, inseridos em um sistema multinível, que será o foco do tópico seguinte.

#### 4. A INFLUÊNCIA DAS DIRETIVAS EUROPEIAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL: CONFISCO DE MEDICAMENTOS GENÉRICOS VERSUS O RESPEITO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

O direito da União Europeia tem uma relação direta com o direito administrativo global, ainda pouco pes-

quisado, com literatura escassa e observado por meio do diálogo judicial. No entanto, o direito administrativo europeu é considerado como um sistema de regulação global, como fora demonstrado anteriormente. Além disso, o direito oriundo das diretivas europeias pode funcionar de modo horizontal, ou seja, entre diferentes sistemas regulatórios globais, pois a diretiva ao traçar um padrão normativo para a União Europeia reflete um entendimento único dentro de um espaço jurídico global, que interagirá com outros sistemas normativos globais, tais como a ONU, a OMC, o FMI, o Banco Mundial e outros.

De um lado, o direito europeu e os regulamentos globais podem, por vezes, ser semelhantes, convergirem e se reforçarem mutuamente, como por exemplo, nos direitos humanos, na proteção do meio ambiente e padrões técnicos. De outra via, pode existir o conflito entre os instrumentos administrativos da União Europeia com outros de natureza também global, pois podem funcionar de forma equivalente. Por fim, a interação entre a UE e o direito administrativo global pode dar origem a uma concorrência normativa, ocorrer a não cooperação, e, sobretudo, o conflito entre os dois conjuntos de leis administrativas<sup>50</sup>.

A análise dos casos será pautada no conflito entre as leis administrativas globais da União Europeia, em especial as diretivas, em virtude de seu caráter harmonizador e regulatório, conforme demonstrado outrora, e o direito da OMC. A proposta é verificar que a diretiva europeia é uma fonte normativa do direito administrativo global, posto que, apesar de ter vigência apenas para os Estados-membros, o estabelecimento de padrões comuns no território europeu, tem repercussões no ordenamento jurídico de países terceiros, que buscarão a normativa global da OMC para solucionar a divergência, posto que a administração nacional de outro país não pode invadir a esfera do outro, devendo utilizar da regulação global realizada pelo Órgão de Solução de Conflitos da OMC.

Será analisado o caso oriundo da OMC, referente aos processos WT/DS 408 e 409<sup>51</sup>, confisco de medica-

47 KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. Annex: l'urgence du droit administratif global. In: BORIS, Clementine. *Un droit administratif global?* Cahiers Internationaux – CEDIN, Natterre: Pedone, 2012. p. 348.

48 KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. Annex: l'urgence du droit administratif global. In: BORIS, Clementine. *Un droit administratif global?* Cahiers Internationaux – CEDIN, Natterre: Pedone, 2012. p. 355.

49 KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. Annex: l'urgence du droit administratif global. In: BORIS, Clementine. *Un droit administratif global?* Cahiers Internationaux – CEDIN, Natterre: Pedone, 2012. p. 357.

50 CHITI, Edoardo. GAL and EU administrative law: A research agenda. In: CASSESE, Sabino et. al. (Org). *Global Administrative Law: An Italian Perspective*. 2012. p. 81-86. Disponível em: <[http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/22374/RSCAS\\_PP\\_2012\\_04.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/22374/RSCAS_PP_2012_04.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 07 dez. 2016. p. 85.

51 Para fins didáticos utilizará somente o caso WT/DS 409, pois ambos os casos têm reclamações idênticas.

mentos genéricos em trânsito, em que a União Europeia e a Holanda são demandadas pelo Brasil e pela Índia, motivada pela diretiva 2004/48/CE. O caso denota a relação entre os regulamentos da União Europeia, e no caso do presente trabalho, importa destacar a diretiva e o direito da OMC com a repercussão em direito de terceiros.

A controvérsia iniciou, oficialmente, em maio de 2010. O Brasil e a Índia ingressaram com o pedido de consultas — primeira fase do processo na OMC —, com a União Europeia e a Holanda em virtude das diversas apreensões de medicamentos genéricos originários da Índia. Principalmente em 2008, após a retenção de 570 kg de Losartan de Potássio, medicamento destinado ao tratamento de pressão arterial, no aeroporto de Schiphol, que estava em trânsito na Índia, com destino ao Brasil. Salientou-se que, por diversas vezes, o medicamento foi confiscado (de 19 envios, 16 foram apreendidos), representando um montante considerável da mercadoria que era destruída ou devolvida para o país de origem.

As partes demandantes argumentaram que as retenções eram injustificáveis, pois descumpria o previsto no Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (ADPIC/TRIPS), uma vez que a inexistência de patentes do fármaco no Brasil e na Índia, não autorizava a Holanda confiscar o medicamento em vista da proteção patentária em seu país. Desse modo, a Índia entendeu que os confiscos foram feitos com base na “fabricação de ficção”, que significa dizer que o medicamento estava sendo tratado como se tivesse sido fabricado na Holanda,<sup>52</sup> pois os detentores da patente do Losartan eram as multinacionais Merck Sharp e Dohme (MSD) e Du Pont, por isso a lei nacional, como a lei comunitária permitia a medida.

Pautado pela Lei Europeia, em destaque a Diretiva 2004/48/CE (pois uniformiza o direito europeu com o direito nacional), em seu art. 9º, determina que os Estados-Membros, em seu ordenamento jurídico interno, devem estabelecer medidas provisórias e cautelares para garantir que as autoridades judiciais nacionais competentes decretem contra o suposto infrator uma “medida inibitória de qualquer violação iminente de direitos

de propriedade intelectual<sup>53</sup>”, bem como “ordenar a apreensão ou a entrega dos bens que se suspeite violem direitos de propriedade intelectual, a fim de impedir a sua entrada ou circulação nos circuitos comerciais<sup>54</sup>”.

No entanto, a diretiva europeia encontrava-se, de certo modo, em confronto com a disposição da OMC, ou seja, duas normas de caráter global que estabeleceram direitos e deveres divergentes. Isto porque o acordo TRIPS permite que um determinado medicamento possa ser protegido por meio de patente em um país, porém em outro não. Tal permissivo jurídico admite essa situação quando: a) não houve o pedido de depósito no país; b) o prazo da patente expirou (caiu em domínio público); c) por rejeição do pedido de patente que não atendeu os critérios nacionais de patenteabilidade; e d) o invento não era objeto de patente no ordenamento jurídico nacional. Além disso, o art. V, do GATT, determina que deva existir a liberdade de trânsito de modo que os países-membros não impeçam o comércio internacional por meio de barreiras<sup>55</sup>.

Ademais, a controvérsia demandou também a denúncia no Tribunal Permanente dos Povos (TPP), em maio de 2010 — em concorrência com a demanda na OMC, por meio das organizações da sociedade civil dos países afetados pelas apreensões, como o Brasil, Colômbia, Peru e Equador. O TPP é um tribunal de opinião, sem vinculação governamental, que surgiu no contexto dos crimes contra a humanidade que foram praticados pelos EUA na guerra contra o Vietnã, sendo, formalmente, constituído na Itália, em 1979. O tribunal é *ad hoc* e tem a competência para julgar as violações de direitos por Estados e atores internacionais (instituições mone-

52 WORLD TRADE ORGANIZATION. *European Union and a Member State: Seizure of Generic Drugs in Transit (WT/DS 409)*. 2010. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds409\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds409_e.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2015.

53 a) Decretar contra o infrator presumível uma medida inibitória de qualquer violação iminente de direitos de propriedade intelectual ou de proibição, a título provisório e eventualmente sujeita a quaisquer sanções pecuniárias compulsivas previstas na legislação nacional, da continuação da alegada violação dos referidos direitos, ou fazer depender essa continuação da constituição de garantias destinadas a assegurar a indenização do titular; pode igualmente ser decretada uma medida inibitória, nas mesmas condições, contra qualquer intermediário cujos serviços estejam a ser utilizados por um terceiro para violar direito de propriedade intelectual; as medidas inibitórias contra intermediários cujos serviços estejam a ser utilizados por terceiros para violar direitos de autor ou direitos conexos são abrangidas pela Diretiva 2001/29/CE;

54 Diretiva 2004/48/CE.

55 WORLD TRADE ORGANIZATION. *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)*. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/27-trips\\_01\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2015.

tárias e empresas transnacionais)<sup>56</sup>.

A denúncia teve o intuito de apresentar os crimes realizados pelas empresas transnacionais detentoras das patentes e os impactos decorrentes das apreensões sobre os direitos econômicos, sociais e culturais das sociedades latino-americanas e caribenhas, bem como, por violação aos direitos humanos (saúde e vida) em virtude das barreiras à entrada dos medicamentos nos países em questão<sup>57</sup>.

Apesar da decisão do TPP não ter caráter de cogência, porém representa um órgão regulatório com vocação global, denotando grande repercussão da sociedade internacional, pois os peritos e os jurados consideraram inaceitável que as políticas patentárias da UE dificultavam o acesso aos medicamentos genéricos, e solicitaram que as retenções fossem interrompidas, recomendando que a UE reconhecesse a necessidade fundamental do uso de medicamento para as populações menos providas, pois o uso do medicamento é considerado como recurso básico para uma vida digna e sua privação poderia ser qualificada como crime contra a humanidade<sup>58</sup>.

Importa destacar que a Europa praticava reiteradamente o confisco de medicamentos, na mesma situação do Losartan, como medicamentos para AIDS, tuberculose, malária, antibióticos e para colesterol, ferindo o direito humano ao acesso a medicamentos, bem como impedindo os direitos econômicos decorrentes do Acordo TRIPS.

Os desdobramentos do caso corroboram para a construção do direito administrativo global, isto porque a controvérsia parte das normas europeias, que permite o confisco de medicamentos genéricos com base na proteção da patente no referido território. Todavia, a repercussão do direito europeu não se restringiu, apenas, aos Estados-membros, violou não somente o di-

reito dos países junto à OMC, mas também, dos indivíduos de acesso a medicamentos. Ademais, envolveu diversos entes regulatórios de natureza e estatal e não estatal, posto que as ONGs<sup>59</sup> europeias, latino-americanas e caribenhas desempenharam um papel crucial, juntamente com o Grupo de Trabalho sobre Propriedade Intelectual da Rede Brasileira Pela Integração dos Povos (REBRIP)<sup>60</sup>, que levou à denúncia ao TPP.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No trabalho desincumbiu-se de verificar se as diretivas europeias, enquanto norma harmonizadora do direito derivado da União Europeia, pode representar uma fonte, ou seja, norma reguladora do direito administrativo global. Tal questionamento se torna objeto de investigação, pois a norma produzida pelos órgãos europeus, Conselho e Parlamento Europeu, e direcionada aos Estados-Membros, no contexto intrabloco, com o objetivo de uniformizar o Direito Europeu com os direitos nacionais pode, em determinados casos, exceder os limites comunitários repercutindo no cenário global.

Para isso, tratou-se a existência da regulação normativa por meio do DAG, apresentando o conceito, uma vez que o entendimento sobre o tema ainda perpassa por uma construção teórica, discutindo-se, inclusive, a fonte normativa ou a origem dessa modalidade de organização administrativa global. Além disso, demonstrou a forma de regulação global a partir dos órgãos regulatórios, que trazem consigo a característica global, adequando o Parlamento e o Conselho da União Europeia nesta qualidade.

56 ENLAZANDO ALTERNATIVA. *Empresas transnacionais europeias na América Latina: estudo de caso de transnacionais farmacêuticas no Brasil*. 2008. Disponível em: <<http://www.enlazandoalternativas.org/IMG/pdf/5-POR.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

57 ICTSD. *Apreensões de medicamentos genéricos e a condenação da UE no Tribunal Permanente dos Povos*. 2010. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/apreens%C3%B5es-de-medicamentos-gen%C3%A9ricos-e-a-condena%C3%A7%C3%A3o-da-ue-no-tribunal>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

58 ICTSD. *Apreensões de medicamentos genéricos e a condenação da UE no Tribunal Permanente dos Povos*. 2010. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/apreens%C3%B5es-de-medicamentos-gen%C3%A9ricos-e-a-condena%C3%A7%C3%A3o-da-ue-no-tribunal>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

59 IFARMA (Colômbia), Fundación Misión Salud (Colômbia), Mesa de ONGs que trabajan con VIH/Sida (Colômbia), Red Colombiana de Personas viviendo con VIH/Sida (Colômbia), Acción Internacional para la Salud - Latino America y Caribe (Peru) e Coalición Ecuatoriana de Personas Viviendo Con VIH/SIDA (Equador).

60 A REBRIP – Rede Brasileira Pela Integração dos Povos – acompanha e incide sobre a política externa brasileira desde 2001. Somos um coletivo integrado por entidades sindicais e associações profissionais, movimentos sociais, camponeses, de mulheres, ambientalistas e ONGs autônomas e pluralistas, que busca influenciar as negociações de comércio internacional e os processos de integração regional. Estamos comprometidos com a construção de uma sociedade democrática pautada no desenvolvimento ético, justo e ambientalmente sustentável, e atuamos em articulação com redes latino americanas e globais. REDE BRASILEIRA PELA INTEGRAÇÃO DOS POVOS. *Institucional*. Disponível em: <http://www.rebrip.org.br/institucional/>. Acesso em: 07 dez. 2016.



De igual modo, verificou-se a transnacionalidade das diretivas europeias no contexto do direito administrativo global, haja vista o caráter uniformizador/harmonizador que esta norma europeia possui, fazendo com que se crie um padrão normativo a ser seguido pelos Estados-Membros. Desse modo, sendo o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia órgãos de regulação global, é possível dizer que as diretivas europeias podem ser consideradas como uma fonte normativa do direito administrativo global, com repercussão extrablocos.

Isso se completa com o caso apresentado WT/DS 409, Confisco de medicamentos genéricos em contraposição aos Direitos de Propriedade Intelectual. Foi possível verificar que a existência da Diretiva Europeia n.48 estabeleceu um padrão de proteção destes direitos, impedindo o tráfico de medicamentos genéricos da Índia para Brasil de forma continuada. A repercussão global da diretiva europeia se mostra a partir do momento em que se leva a reclamação à OMC e a demanda no Tribunal Permanente dos Povos, refletindo em diversos países da América Latina, como o Brasil.

Constatou-se, portanto, que o direito administrativo global por ser um órgão de regulação administrativa, possuindo uma diversidade institucional, jurisdicional e normativa, as diretivas europeias dão origem a um regime de *accountability* entre os Estados-Membros, primeiramente com foco na regulação bottom-up (debaixo para cima), uma vez que há a participação na administração global na ampliação e adaptação dos instrumentos de direito administrativo nacional. Por outro lado, as diretivas europeias, em algumas situações, como no caso apresentado, podem realizar regulação top-down (de cima para baixo), o que significa dizer que o de padrões, decorrentes das diretivas, refletem no plano internacional ou até mesmo em outros ordenamentos jurídicos nacionais alheios ao da União Europeia.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2015.

CASSESE, Sabino. *Il diritto globale: giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: EINAUDI, 2009.

CHITI, Edoardo. GAL and EU administrative law: A

research agenda. In: CASSESE, Sabino et. al. (Org). *Global Administrative Law: An Italian Perspective*. 2012. p. 81-86. Disponível em: <[http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/22374/RSCAS\\_PP\\_2012\\_04.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/22374/RSCAS_PP_2012_04.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 07 dez. 2016.

CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio. Introduction: The Relationships Between Global Administrative Law and UE Administrative Law. In: CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio (Ed.). *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison*. Berlin: Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2011.

DELMAS-MARTY, M. *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*. 2006. Disponível em: <[http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article\\_Dalloz.pdf](http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article_Dalloz.pdf)>. Acesso em: 7 jul. 2015.

DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2013.

ENLAZANDO ALTERNATIVA. *Empresas transnacionais europeias na América Latina: estudo de caso de transnacionais farmacêuticas no Brasil*. 2008. Disponível em: <<http://www.enlazandoalternativas.org/IMG/pdf/5-POR.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

GROSSMANN, Elias. *Paç e República Mundial: de Kant a Höffe*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <[http://tede.pucrs.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=324](http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=324)>. Acesso em: 07 jul. 2015.

HENNEBEL, Ludovic. Penser le droit administratif global. In: BORIS, Clementine. *Un droit administratif global? Cahiers Internationaux – CEDIN*, Natterre: Pedone, 2012. p. 78-79.

ICTSD. *Apreensões de medicamentos genéricos e a condenação da UE no Tribunal Permanente dos Povos*. 2010. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/apreens%C3%B5es-de-medicamentos-gen%C3%A9ricos-e-a-condena%C3%A7%C3%A3o-da-ue-no-tribunal>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. Annex: l'emergence du droit administratif global. In: BORIS, Clementine. *Un droit administratif global? Cahiers Internationaux – CEDIN*, Natterre: Pedone, 2012.

- KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. El surgimiento del derecho administrativo global. *Revista de Derecho Público*, Bogotá, n. 24, mar. 2010.
- KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 15. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lcp>>. Acesso em: 10 jul. 2015.
- KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introdução: governança global e direito administrativo global na ordem legal internacional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13-32, set./dez. 2012.
- MARTINS, Clélia Aparecida. Algumas considerações sobre o Estado e Direito em Kant. *Revista Perspectiva Filosófica*, v. 4, n. 11, p. 63-64, jan./jun. 1999.
- QUADROS, Fausto. *A nova dimensão do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001.
- QUADROS, Fausto. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2015.
- RODRÍGUEZ, Libardo. *El derecho administrativo transnacional o global: un nuevo capítulo del derecho administrativo*. Disponível em: <<http://es.globallawpress.org/wp-content/uploads/derecho-administrativo-global-nuevo-cap%03%8dtulo-2015.doc>>. Acesso em: 8 jul. 2015.
- ROQUE, Miguel Prata. *A dimensão transnacional do Direito Administrativo*. Lisboa: AAFDL, 2014.
- SANCHEZ BADIN, Michelle Ratton. *The Global Administrative Law Project: a review from Brazil*. 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1483379>>. Acesso em: 21 jul. 2015.
- SANTOS, Leonel Ribeiro dos. *Kant: da reinvenção do Republicanismo à ideia de uma “República Mundial”*. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 16, p. 13-54, jul./dez. 2010.
- SILVA, Suzana Tavares da. *Sumários desenvolvidos Direito Administrativo 2º ciclo (2ª Turma)*. Disponível em: <[www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/SuzanaAdm.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/SuzanaAdm.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2014.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. Sovereignty and Power in a Networked World Order. *40 Stan. J. Int'l L.* 283. Disponível em: <<https://www.law.upenn.edu/live/files/1647-slaughter-annemarie-sovereignty-and-power-in-a>>. Acesso em: 21 jul. 2015.
- TRIPATHI, Rajeshwar. Concept of global administrative law an overview. *India Quarterly: A Journal of International Affairs*, v. 67, p. 355, 2011. Disponível em: <<http://iqq.sagepub.com/content/67/4/355>>. Acesso em: 8 jul. 2015.
- VARELLA, M. D. *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade*. Brasília: Uniceub, 2012.
- VILAÇA, José Luís. A propósito dos efeitos das diretivas na ordem jurídica dos Estados-membros. *Justiça Administrativa*, n. 30, nov./dez. 2001. Disponível em: <[www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/np\\_MA\\_15752.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/np_MA_15752.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2015.
- VILAÇA, José Luís. *Directivas Comunitárias. 2010/2011*. Elaborado por MAN TENG IONG. Disponível em: <[http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/jlcv\\_MA\\_12764.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jlcv_MA_12764.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2015.
- WESSEL, Ramses A.; WOUTERS, Jan. *The Phenomenon of Multilevel Regulation: Interactions between Global, EU and National Regulatory Spheres*. Disponível em: <<http://www.utwente.nl/bms/pa/research/wessel/wessel44.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *European Union and a Member State. Seizure of Generic Drugs in Transit (WT/DS 409)*. 2010. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds409\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds409_e.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2015.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)*. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/27-trips\\_01\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2015.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**O desenvolvimento da política  
agrícola comum da União  
Europeia**

**The development of European  
Union common agricultural  
policy**

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff



# O desenvolvimento da política agrícola comum da União Europeia\*

## The development of European Union common agricultural policy

### El desarrollo de la política agrícola común de la Unión Europea

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff\*\*

#### RESUMO

A Política Agrícola Comum – PAC – foi instituída com as Comunidades Econômicas Europeias a partir da adoção do Tratado de Roma em 1957 para a garantia da segurança alimentar no continente e é vista como um pilar básico da integração dessa região. O seu desenvolvimento decorre da própria evolução do bloco europeu, bem como da evolução do comércio internacional, exigindo outras/novas condutas por parte dos países europeus. Por isso, ao longo dos anos, a PAC sofreu diversas modificações estruturais importantes, as quais transformaram as formas em que o fomento agrícola é repassado aos agricultores, na tentativa de se tornar menos agressiva aos olhares da sociedade internacional. Assim, este artigo tem como objetivo abordar essas relações, desde a importância da agricultura para a formação da União Europeia, como também as modificações inseridas na PAC em virtude nos novos arranjos regionais e mundiais.

**Palavras-chave:** Política Agrícola Europeia; Integração; Segurança Alimentar.

#### ABSTRACT

The Common Agricultural Policy – CAP – was established with the European Economic Community by the adoption of the Treaty of Rome in 1957, in order to ensure the continent's food security, being it a basic pillar to this region's integration. Its development follows the evolution of the European Bloc as well as the changes in international trade, requiring other/new behaviors by the European countries. Thus, over the years, the CAP has undergone several significant structural changes, which have transformed the way subsidies are passed on to farmers, in an attempt to become less aggressive to the eyes of international society. Hence, this paper aims to address these topics, from the importance of agriculture to the European Union establishment to the changes inserted into the CAP due to new regional and global arrangements.

\* Recebido em 06/10/2016  
Aprovado em 07/12/2016

\*\* Doutoranda em Direito Internacional pela UFRGS (2014). Mestre em Direito Público pela Unisinos, com fomento CAPES (2012). Especialista em Relações Internacionais pela UFRGS (2015), em Direito Internacional pela UFRGS (2009) e em Língua Inglesa pela Unilasalle (2008). Pesquisadora convidada da Universidade de Toronto/Canadá. Professora de Direito Internacional e Relações Internacionais da graduação em Direito do UniRitter e da Unifin. Professora substituta da Faculdade de Direito da UFRGS. E-mail: tatiana.cardoso@ufrgs.br

**Keywords:** European Agricultural Policy; Integration; Food Security.

## RESUMEN

La Política Agrícola Común – PAC – se estableció con la Comunidad Económica Europea con la adopción del Tratado de Roma en 1957, con el fin de garantizar la seguridad alimentaria del continente, siendo un pilar básico de la integración de esta región. Su desarrollo sigue la evolución del bloque europeo, así como los cambios en el comercio internacional, los cuales requieren otros/nuevos comportamientos de los países europeos. De este modo, a lo largo de los años, la PAC ha sido objeto de varios cambios estructurales significativos, que han transformado la forma en que se transmiten los subsidios a los agricultores, en un intento de ser menos agresiva bajo los ojos de la sociedad internacional. Por lo tanto, este trabajo procura abordar estos temas, desde la importancia de la agricultura para el establecimiento de la Unión Europea hasta los cambios introducidos en la PAC debido a los nuevos acuerdos regionales y globales.

**Palabras--clave:** Política Agrícola Europea; Integración; Seguridad Alimentaria.

## 1. INTRODUÇÃO

A União Europeia (UE) intervém em vários domínios económicos, sendo a Agricultura um dos mais relevantes. Afinal, essa foi uma área bastante prejudicada com a Segunda Guerra Mundial, sendo necessária uma atuação mais forte por parte do bloco a fim de evitar os riscos decorrentes da falta de alimentos.

A política de agricultura, por força disso, foi criada para assegurar e promover a produção de alimentos, sendo considerada uma “política de reserva”, já que ela tem como objetivo proteger o mercado intrabloco por intermédio de uma série de medidas de salvaguardas em detrimento de previsões externas e/ou internacionais. Ocorre que essa política vem se modificando ao longo dos anos em virtude nos novos arranjos regionais e mundiais, impactando, diretamente, o comércio internacional, sobretudo, por manipular os preços e a própria produção.

Assim, o presente artigo tem como o objetivo explicar a criação da Política Agrícola Comum (PAC), traçando seus principais objetivos e as suas transformações ao longo dos anos culminando na atual prática aplicada no plano europeu. De modo mais explícito, as principais perguntas que permeiam o presente escrito são quais os motivos que levaram os europeus a construir uma política comunitária atinente às questões agrícolas e como se deu o seu desenvolvimento ao longo dos anos.

A fim de responder aos questionamentos propostos, o escrito será subdividido em três segmentos: o primeiro destacando a importância da agricultura para a construção da União Europeia; o segundo abrangendo a contextualização histórica da questão agrícola na Europa, a fim de ressaltar a importância do setor agrícola ao longo dos anos, bem como as suas modificações; e o terceiro contemplando o desenvolvimento da PAC em si, expondo a forma em que se dá a sua aplicação, bem como as instituições europeias envolvidas nessa atividade.

Quanto à justificativa para essa abordagem, tem-se que esta é necessária a fim de compreenderem-se os motivos que levam a Europa a adotar discursos protetivos no âmbito das negociações comerciais internacionais, como também as dificuldades atinentes ao próprio comprometimento desse bloco quando da adoção de um compromisso mais liberalizante, em função das previsões do direito comunitário. Por fim, no que diz respeito aos aspectos metodológicos, utilizando-se do método dedutivo e com o auxílio de dados econômicos, documentos institucionais e da própria literatura jurídica e político-econômica existente sobre o tema, será realizada uma análise descritiva acerca da formação e da aplicação da Política Agrícola Comum europeia.

## 2. A AGRICULTURA COMO POLÍTICA INTEGRACIONISTA DA UNIÃO EUROPEIA

O contexto em que o tema da integração emerge é, justamente, na tentativa de manter-se a paz entre as diferentes nações. Partindo-se do pressuposto kantiano de que o estado de natureza de quaisquer relações existentes é o da guerra e de que a única forma de se conter essa ameaça seria por meio da criação de estruturas jurídicas que possibilitem a segurança necessária para a vida em sociedade de forma pacífica, é impossível negar a

importância que a aproximação entre os Estados exerce para a promoção da paz.

Por conseguinte, os Estados criam regras as quais norteiam suas relações em sociedade, aproximando-se uns aos outros na tentativa de constituir uma sociedade universal pacífica. Até mesmo, a partir do arcabouço teórico elucubrado por Kant<sup>1</sup>, torna-se ainda mais plausível o comércio internacional. Como revela o referido autor, o direito cosmopolita “tem a ver com a possível união de todas as nações com vistas a certas leis universais para o possível comércio entre elas”.

E a União Europeia (UE) é a expressão desse contexto. Muito embora se trate de um número reduzido de países quando comparado à totalidade mundana, ao longo da história, é possível visualizar momentos de enorme evolução comercial quando havia paz nas relações das nações europeias, como aquele que se constrói a partir do Concerto Europeu estabelecido em 1815 ao final do Congresso de Viena.<sup>2</sup> Isso, pois, como aduz Maria Odete Oliveira, “no século XIX, a economia europeia desenvolveu interessante grau de integração, firmando tratados comerciais para resolver as discriminações entre os Estados, como de França e Grã-Bretanha”<sup>3</sup>, e pela “unificação dos territórios aduaneiros dos Estados germânicos [...], formando a *Deutscher Zollverein*” – nome atribuído à União Aduaneira constituída ainda em 1834, como ressalta Marcelo Bohkle<sup>4</sup>.

Entretanto, os períodos de guerra mostraram-se verdadeiros retrocessos a essa perspectiva integracionista, uma vez que motivados pelo nacionalismo exacerbado, acabam por promover o protecionismo e a rivalidade – fatos que vão de encontro com o processo de aproximação (pacífica) das nações. Exemplo disso são as duas guerras mundiais que assolaram a humanidade no século XX, trazendo grande prejuízo à sociedade internacional, o que inclui a economia europeia por gerarem graves crises de pagamentos e inibições ao comércio.<sup>5</sup>

Cenário esse que se transforma, novamente, com a edificação ainda em 1944 da União Aduaneira<sup>6</sup> formada por Bélgica, Holanda e Luxemburgo (BENELUX)<sup>7</sup>, bem como pela construção da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) em Paris no ano de 1951 como forma de se preservar a paz no continente<sup>8</sup>, os quais reascenderam o ideário de integração que viria a ser lapidado na Europa a partir de então.<sup>9</sup>

A partir desses desdobramentos, a proposta de integração toma outras proporções: para além da garantia da paz (propiciada pelo controle de energia – carvão e aço), busca-se “a fusão dos mercados e a expansão da produção”, fazendo com que outros acordos fossem firmados em 1957 na Itália na tentativa de aproximar ainda mais os seus membros<sup>10</sup>. Os Tratados de Roma, por conseguinte, dão origem à Comunidade Econômica Europeia (CEE) e à Comunidade Europeia da Energia Atômica (CEEA/EURATOM).<sup>11</sup>

Com essas instituições, a integração econômica deixa de ter, apenas, um caráter interestatal, passando efe-

---

pôs diversas restrições aos derrotados, como no caso alemão de perder territórios na África e de ressarcir vítimas – isso sem contar os percalços do período entre guerras que levariam a queda do liberalismo, como a Crise de 1929. Quanto a Segunda Guerra, essa deixou a Europa em frangalhos, haja vista a economia de guerra não ser voltada para suprir as necessidades comerciais domésticas. HOBBS-BAWN, Eric. **The Age of Extremes: a history of the world 1914-1991**. New York: vintage books, 1994, p. 98-99 (sobre a Primeira Guerra) e 240 (sobre a Segunda Guerra); Cf. também: JAEGER JUNIOR, Augusto. **Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 47-48.

6 União Aduaneira (UA) é o segundo nível que pode ser atingido em um processo de integração regional, onde além de oferecer concessões comerciais generalizadas, estipula-se uma Tarifa Externa Comum (TEC). Cf. BAUMANN, Renato; CANUTO, Otaviano; GONÇALVES, Reinaldo. **Economia Internacional: teoria e experiência brasileira**. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 106-107.

7 Note-se que o BENELUX entrou em vigor em meados de 1948 com a assinatura de um protocolo adicional em Haia no ano anterior (1947). BOHKLE, op. Cit., p. 22.

8 Constituída pelos integrantes do BENELUX, além de Alemanha, França e Itália (formando a “Europa dos seis”), a CECA entrou em vigor em julho de 1952. JUNQUEIRA, Bráulio. **A Institucionalização Política da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 115.

9 *Ibidem*, p.112-115; CARNEIRO, Cynthia S. **O Direito da Integração Regional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 80; JAEGER JUNIOR, op. cit., p. 47 [Para o autor, os Planos Marshall e Molotov também influenciaram a integração europeia. O primeiro por impulsionar a criação da Organização Europeia de Cooperação Econômica – OECE – em 1947; já o segundo, por ser lançado aos países do leste europeu, fomentando a divisão interna do continente, guardando relação íntima com o quinto alargamento da UE de 2004].

10 JAEGER JUNIOR, op. cit., p. 48-49.

11 CARNEIRO, op. cit., p. 81.

1 KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 194.

2 KOZOLCHYK, Boris. **Comparative Commercial Contracts: law, culture and economic development**. St. Paul: West Academic Pub., 2014, p. 379-380.

3 OLIVEIRA, Maria Odete. **União Europeia: processos de integração e mutação**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 31.

4 BOHKLE, Marcelo. **O processo de Integração Regional e a Autonomia do seu Ordenamento Jurídico**, 2002, 264 fls. Dissertação – Mestrado em Direito. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2002, p. 21.

5 Acerca da Primeira Guerra Mundial, o Tratado de Versalhes im-



tivamente a confecção de um projeto comunitário para além do Estado nacional. Acerca disso, merece destaque as palavras de Augusto Jaeger Júnior:

O momento da assinatura dos tratados representou o desejo de um bem-estar econômico, segurança e um construtivo da Europa na política mundial. [...] Criava-se, com isso, mais duas entidades supranacionais, diferentes das organizações internacionais tradicionais, pois representavam mais que uma simples cooperação interestatal.<sup>12</sup>

Com esses tratados restou “institucionalizado o programa para se criar, gradativamente, um mercado comum<sup>13</sup> na Europa Central visando a livre circulação de todos os fatores de produção: trabalhadores, mercadorias, serviços e capital”<sup>14</sup>, além da própria concorrência<sup>15</sup>. E, conforme pondera Augusto Jaeger Junior<sup>16</sup>, muito embora a CEEA possuísse uma limitação setorial (a nuclear), a CEE não estava adstrita a uma área em especial, abrangendo “todos os ramos da economia entre os Estados-membros e as suas relações com Estrados terceiros”, tendo, por isso, alcançado “um maior significado”.

Aliás, é no Tratado da Comunidade Econômica Europeia que está assentada a necessidade de criar-se uma série de políticas comunitárias voltadas aos diversos campos da economia, buscando a padronização de ações em prol da edificação de um mercado único na região.<sup>17</sup> Afinal, sem a adoção de políticas comuns específicas,

[...] o funcionamento da União Aduaneira e o exercício das liberdades consagradas nos Tratados poderiam conduzir a graves distorções, desequilíbrios nas trocas ou tensões econômicas [sic] capazes de impedir ou, pelo menos, prejudicar seriamente a realização da pretendida integração europeia.<sup>18</sup>

Dentre as Políticas Comuns estão as relativas ao Comércio (artigos 110 a 116), ao Transporte (artigos 74 a 84) e à Agricultura (artigos 38 a 47)<sup>19</sup> – essa última,

além de ser o objeto central do presente estudo, é, sem dúvida, uma das mais importantes para que se atinja um mercado único, haja vista as próprias diferenças entre os seis países europeus no que tange à produtividade agrícola, os preços e os custos de produção.<sup>20, 21</sup>

Por isso, conforme o próprio Tratado de Roma determina, a agricultura é compreendida como um vetor central para a integração europeia, a qual, ao seu turno, era imperiosa para a manutenção da paz no continente. Entretanto, a pergunta que paira a partir dessa colocação é, justamente, o porquê da agricultura figurar como um setor importante, cuja resposta está justamente na garantia da segurança alimentar – tema esse que será abordado na seção subsequente.

### 3. A IMPORTÂNCIA INICIAL DO SETOR AGRÍCOLA NO ÂMBITO COMUNITÁRIO: A GARANTIA DA SEGURANÇA ALIMENTAR

O setor agrícola foi visto como estrategicamente relevante para o bloco, uma vez que, como informa Arlindo Cunha<sup>22</sup>, a agricultura, ao final da década de 1950, representava “mais de 25% do emprego total e quase 10% do Produto Interno Bruto” (PIB). Em alguns países participantes da Europa dos seis, o número doméstico era bem expressivo, tal como na França, onde 27% da população economicamente ativa situava-se na zona rural, o que representava 11% do PIB francês; e na Itália, onde os números eram ainda maiores: 40% da população economicamente ativa estava nos campos, representando 20% do PIB italiano.<sup>23</sup>

**dade Econômica Europeia.** 1957.

20 Cf. tabelas completas em: U.S. DEPARTMENT OF AGRICULTURE. **Indices of Agriculture Production in Western Europe – 1650-1968.** Washington D.C.: US Department of Agriculture, 1969. Disponível em: <<https://archive.org/stream/indicesofagricul266unit#page/n1/mode/2up>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

21 Importante dizer que diversas políticas comuns ao longo dos anos vão surgindo, por exemplo, na área de segurança e, até mesmo, sobre pescas. Acerca dessa última, inclusive, cf. LAUREANO, Abel; RENTO, Altina. Uma sumária radiografia da política comum das pescas da União Europeia. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 3, 2012, p. 71-90.

22 CUNHA, Arlindo. **A Política Agrícola Comum na Era da Globalização.** Coimbra: Almedina, 2004, p. 13.

23 CARISIO, Maria Clara D. **A Política Agrícola Comum da União Europeia e seus Efeitos Sobre os Interesses Brasileiros nas Negociações Internacionais Sobre Agricultura.** Brasília: FUNAG, 2006, p. 22 e 27.

12 *Ibidem*, p. 50.

13 Mercado Comum é o terceiro nível que pode ser atingido em um processo de integração regional, o qual consiste em uma “UA acrescida de plena mobilidade de fatores de produção entre os países participantes”. BAUMANN; CANUTO; GONÇALVES, op. cit., p. 107.

14 CARNEIRO, op. cit., p. 81.

15 JAEGER JUNIOR, op. cit., p. 221-251.

16 *Ibidem*, p. 51.

17 OLIVEIRA, op. cit., p. 201.

18 CAMPOS, João Mota de. **Manual de Direito Comunitário.** 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 480

19 UNIÃO EUROPEIA. **Tratado Constitutivo da Comuni-**

Apesar disso, tanto os alimentos (produção e abastecimento) quanto a economia rural (infraestrutura) foram áreas fortemente atingidas pelos grandes acontecimentos da primeira metade do século XX, especialmente ao final da Segunda Guerra Mundial.<sup>24</sup> Em meio às possibilidades integracionistas que eram discutidas, a população europeia sofria com a falta de alimentos, seja ela na quantidade, na qualidade e/ou na regularidade de acesso.<sup>25</sup>

Ademais, com informa José Pedro Fernandes<sup>26</sup>, “para além da questão do autoabastecimento [sic], o déficit de produção agrícola tinha reflexos negativos na balança comercial” europeia, gerando mais dívidas ao continente que se via obrigado a importar alimentos, os quais possuam preços variáveis por força do mercado internacional. Visualizou-se, a partir desse contexto, a evidente necessidade da Europa em buscar autossuficiência alimentar, modernizar a zona rural e melhorar as condições de vida da população rural. Afinal, como exprime Maria Auxiliadora Carvalho<sup>27</sup>, “os governos reconheciam que a carência de alimentos no pós-Segunda Guerra era uma situação delicada para a sobrevivência da população”, sobretudo, em função de a história europeia estar “repleta de revoltas, conflitos, migrações e invasões causadas, em última análise, pela fome endêmica, epidêmica ou cíclica (sazonal)”, como diria Álvaro Gurgel de Alencar<sup>28</sup>.

Logo, em função da (i) importância econômica que o setor agrícola representava, (ii) do valor variável das commodities recorrentemente importadas e (iii) do impacto social que os alimentos apresentam, a agricultura não poderia restar de fora de uma estruturação regional.<sup>29</sup> A PAC, por sua vez, era o instrumento central que

viabilizaria esse objetivo. No artigo 39 do Tratado de Roma que constituía a CEE, estavam presentes os fins a serem perseguidos pela PAC, quais sejam:

- a) Incrementar a produtividade da agricultura, fomentando o progresso técnico, assegurando o desenvolvimento racional da produção agrícola e a utilização óptima dos fatores de produção, designadamente da mão-de-obra;
- b) Assegurar, deste modo, um nível de vida equitativo à população agrícola, designadamente pelo aumento do rendimento individual dos que trabalham na agricultura;
- c) Estabilizar os mercados;
- d) Garantir a segurança dos abastecimentos;
- e) Assegurar preços razoáveis nos fornecimentos aos consumidores.<sup>30</sup>

Como é possível observar, esses objetivos estabelecem mais orientações do que procedimentos e operações diretas<sup>31</sup>; porém, como aduz Maria Odete Oliveira<sup>32</sup>, eles abarcam não apenas “a agricultura propriamente dita e o comércio de seus produtos como uma política comum [...] visando ao funcionamento e desenvolvimento do mercado” agrícola como um todo, preocupando-se com a cadeia completa – desde os agricultores aos consumidores, sem olvidar da qualidade e quantidade dos alimentos disponíveis a nível intracomunitário.

Para que fossem atingidas as finalidades, transferiram-se as competências referentes à agricultura para as instituições comunitárias, especificamente as Organizações Comuns de Mercado<sup>33</sup> (OCM), fazendo com que estas pudessem tomar todas as medidas necessárias para a consecução dos objetivos delineados no Tratado, tais como (i) a regulação de preços, (ii) a implementação de subsídios à produção e à comercialização de produtos, ou, até mesmo, (iii) a criação de mecanismos para estabilizar as importações e exportações.<sup>34</sup>

24 CARVALHO, Maria Auxiliadora. Políticas Públicas e Competitividade de Agricultura. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v.21, n. 1, pp. 117-140, jan./mar. 2001, p. 124.

25 SANTOS, Francis. Perspectiva para a soberania alimentar brasileira. In: DAL SOGLIO, Fábio; KUBO, Rumi Regina (coords.). **Agricultura e Sustentabilidade**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009, p. 118.

26 FERNANDES, José Pedro. **Elementos de Economia Política Internacional**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 154.

27 SILVA, Daniel P.; FERREIRA, Grace K. A Política Agrícola Comum da União Europeia. **Fronteira**. Belo Horizonte, v. 7, n. 14, pp.65-76, 2008, p. 72.

28 ALENCAR, Álvaro Gurgel de. Do conceito estratégico de segurança alimentar ao plano de ação da FAO para combater a fome. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 44, n. 1, pp. 137-144, 2001, p. 139.

29 Vale dizer, essas três razões (somadas à impossibilidade de diferenciar produtos agrícolas e industriais) já haviam sido realçadas

no *Relatório Spaak*, apresentado ainda em 1956, o qual “lançou as bases da futura Comunidade Econômica Europeia”. CARISIO, op. cit, p. 34.

30 UNIÃO EUROPEIA. **Tratado Constitutivo da Comunidade Econômica Europeia**. 1957. Art. 39(1).

31 CARISIO, op. cit, p. 35.

32 OLIVEIRA, op. cit, p. 202.

33 Em 2007, a partir do Regulamento n.º 1234, de 16 de novembro, as 21 OCMs então existentes fundiram-se em uma única OCM. Para mais detalhes quanto a atuação e até mesmo quanto ao orçamento disponível, cf.: PARLAMENTO EUROPEU. **Fichas Técnicas sobre a União Europeia**: Primeiro pilar da PAC. Nota veiculada em mar. 2014. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_5.2.4.html](http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.2.4.html)>. Acesso em 03 fev. 2015.

34 UNIÃO EUROPEIA. **Tratado Constitutivo da Comuni-**

Note-se que, com a instituição gradativa das OCMs, o processo de integração dava passos largos, uma vez que o processo decisório era confiado à instituições supranacionais (nomeadamente à Autoridade Comunitária, isto é, à Comissão e ao Conselho criados pelo Tratado de 1957).<sup>35</sup> E, com o fito de incrementar, especificamente, a consolidação do Mercado Agrícola Comum, foi realizada, em 1958, na cidade italiana de *Stresa*, uma conferência entre os seis Estados-parte da CEE, em que as políticas de cada país quanto aos recursos e as necessidades do setor foram comparadas e debatidas.<sup>36</sup>

Dessa reunião nasceram os três princípios gerais que guiariam a aplicação da PAC a partir de 1962. São eles: (i) a *unicidade do mercado*, advogando pela livre circulação de produtos agrícolas na Comunidade, eliminando-se quaisquer tipos de barreiras comerciais existentes; (ii) a *preferência comunitária*, protegendo e fomentando o mercado interno por meio do estabelecimento de um sistema de preços fixos<sup>37</sup> para os produtos intracomunitários e da imposição de restrições (como sobretaxas aduaneiras) aos produtos importados; e (iii) a *solidariedade financeira*, criando um sistema comunitário de financiamento – o Fundo Europeu de Orientação e de Garantia Agrícola (FEOGA) – para as despesas oriundas da aplicação da política agrícola.<sup>38</sup>

**dade Econômica Europeia.** 1957. Art. 40(2) e 40(3).

35 Maria Odete de Oliveira, citando Molina Ibañez e Rodrigues Pose, exemplifica a importância da criação das OCMs para a integração a partir da OCM para os cereais (estipulada em 1962), pois, em oito anos de atuação, já detinha 87% da produção intracomunitária sob seu comando (porém, sem excluir a *colaboração* das entidades nacionais competentes). MOLINA IBÁÑEZ, M.; RODRIGUES POSE, A. **Transformaciones Agrarias em la Europa Comunitária.** Salamanca: Universidad de Salamanca, 1992, p. 699 *apud* OLIVEIRA, op. cit, p. 202.

36 Essa conferência e os seus objetivos estavam previstos no próprio Tratado de Roma. UNIÃO EUROPEIA. **Tratado Constitutivo da Comunidade Econômica Europeia.** 1957. Art. 43(1).

37 Os preços fixos, na inexistência do EURO, sofriam com as variações cambiais, sendo necessária a criação de um sistema – o *green money* – pela Comissão para compensar as taxas flutuantes. CARISIO, op. cit, p. 38.

38 CUNHA, op. cit, p. 14 e 24-25; OLIVEIRA, op. cit, p. 203-207; CARISIO, op. cit, p. 36; CAMPOS, op. cit, p. 482-484 [Cumprir destacar que esse último autor subdivide os princípios norteadores em quatro, adicionado à *política de estruturas*, a qual se referiria a criação de uma política comum de estruturas para ajudar financeiramente e intelectualmente aqueles diretamente envolvidos à atividade agrícola a fim de equiparar as condições para o desenvolvimento da agricultura, evitando-se, assim, a concorrência desleal e os custos excessivos à Comunidade. Para os outros autores, esses fins encaixam-se tanto ao princípio da *unicidade do mercado*, pois essas peculiaridades seriam barreiras ao comércio intrabloco, quanto da *solidariedade financeira*, uma vez que essa estaria dividida em duas seções – uma

Esses pressupostos, portanto, indicavam o viés protecionista europeu ao seu mercado agrícola. O cenário arquitetado não previa perdas para o agricultor e consumidor<sup>39</sup>, mas sempre um jogo de soma positiva (muito embora negativos para a comunidade em função do financiamento concedido, o qual girava na casa de 60% do orçamento<sup>40</sup>). Afinal, como explicam Jacques Loyat e Yves Petit<sup>41</sup>, era garantida a compra da produção ao produtor, o que estabilizava os preços dos produtos, eliminava quaisquer possibilidades de concorrência entre os diferentes produtores intrabloco e, ainda, fazia com que a produção aumentasse mesmo sem a demanda. Isso porque, com o sistema de preços preestabelecidos<sup>42</sup> (conhecido como *‘preço de intervenção’*), permitiam-se altos ganhos aos produtores, já que lhes era pago pela Comunidade o valor fixo acertado pelas OCMs – e não o de mercado.<sup>43</sup>

O progresso foi tamanho que a tão esperada segurança alimentar foi atingida em pouquíssimo tempo. Produtos de primeira necessidade (como cereais, batata e laticínios) eram abundantes. Nas palavras de José Eli da Veiga<sup>44</sup>, “a recuperação do setor agrícola dos países europeus foi rapidíssima”, de modo que a produção ultrapassou em 50% os níveis do pré-Segunda Guerra graças à política de sustentação de preços.

Por intermédio da PAC, portanto, é que se pode afirmar que a Europa passou a ser uma região soberana no campo alimentar, uma vez que, por meio dela, restaram definidas uma série de “políticas e estratégias sustentáveis de produção, distribuição e consumo de alimento que garantem o direito à alimentação para toda a população”, como bem apontaram Carla Rosane P.

orientada ao desenvolvimento rural e outra à garantia dos mercados, comprando excedentes e provendo subsídios para a exportação].

39 OLIVEIRA, op. cit, p. 206.

40 CARMO, Luis Antônio A. A vertente aduaneira da Política Agrícola Comum. In: TEIXEIRA, Glória. **Direito Rural** (coord.). Porto: Vida Econômica, 2013, p. 316

41 LOYAT, Jacques; PETIT, Yves. **La Politique Agricole Commune (PAC): une politique en mutation.** 3a ed. Paris: La Documentation Française, 2008, p. 12.

42 Por exemplo, o trigo era vendido 91% a mais sobre o valor da Bolsa de Chicago, o milho a 87% a mais sobre o valor da Bolsa de Chicago e o açúcar a expressivos 338% a mais que a cotação da Bolsa de Londres. ESPINOSA, Jaime L. **La Nueva Política Agraria de la Unión Europea.** Madrid: Ediciones Encuentro, 1998, p. 43.

43 *Ibidem*, p. 11-12; CAMPOS, op. cit., p. 483; CUNHA, op. cit., p. 16; FERNANDES, op. cit., p.175.

44 VEIGA, José Eli da. **O Desenvolvimento Agrícola: uma visão histórica.** 2ª ed. São Paulo: Edusp, 2007, p. 135.



Teo e Lucinada S. Gallina<sup>45</sup>. E não apenas isso, com essa segurança alimentar, a própria paz – entendida como chave para a integração – estaria garantida, pois a política agrícola aproximaria dos seis países e unificaria as suas ações para evitar outros problemas que a falta de alimentos poderia ocasionar.

Outrossim, a PAC sofreria diversas transformações ao longo dos anos, sobretudo, em razão da aproximação de outros países, os quais juntar-se-iam aos seis formando a União Europeia e do desenvolvimento do plano econômico internacional, cujas exigências cada vez mais estariam na liberalização do comércio, em detrimento de políticas protecionistas – possibilidades essas a serem debatidos na próxima subseção.

#### 4. A POLÍTICA AGRÍCOLA COMUM FRENTE AOS NOVOS ARRANJOS SOCIOECONÔMICOS REGIONAIS E MUNDIAIS: ENTRE A CONSERVAÇÃO E A REESTRUTURAÇÃO

Se, por um lado, a PAC, em seus primeiros anos, permitiu o fornecimento “de produtos de qualidade a preços acessíveis, a modernização dos meios de produção e a multiplicar a produtividade”, tal como anota Danielle Bianchi<sup>46</sup>, note-se que ela, igualmente, gerou um grande excedente de produção. Por essa razão, de acordo com Arlindo Cunha<sup>47</sup>, houve o “disparo dos custos orçamentais (que entre 1960 e 1970 foram multiplicados por seis)” pela crescente necessidade de se intervir no mercado para comprar (e estocar) o excedente e de subsidiar à exportação<sup>48</sup>.

Apesar disso, a economia mundial parecia absorver bem esse excedente, mormente em função do rápido

crescimento da população nos países em desenvolvimento e pelo crescimento econômico mundial, o qual restava na ordem de 8%.<sup>49</sup> Ocorre que, com a escalada da demanda, os preços dos produtos agrícolas diminuam internacionalmente, forçando a Europa a intervir, cada vez mais, no setor em virtude do sistema de preços preestabelecidos, seja para pagar ao produtor, seja para subsidiar a exportação das commodities.

Esse cenário preocupante fez com que o comissário responsável pela agricultura europeia no período, Sicco Mansholt, propusesse em 1968 uma série de medidas para contornar a situação, as quais restaram mais conhecidas como *Plano Mansholt*.<sup>50</sup> A seu ver, dever-se-ia (i) reduzir do número de trabalhadores agrícolas, favorecendo, inclusive, a aposentadoria; (ii) promover a formação de unidades produtivas mais eficientes, eliminando-se os intermediários; (iii) ampliar as áreas protegidas, criando-se bosques; (iv) possibilitar a qualificação dos agricultores; e, finalmente, (v) diminuir os preços para uma menor intervenção no mercado – propostas essas que foram, inicialmente, rechaçadas pelo Conselho em virtude das pressões nacionais.<sup>51</sup>

Dessas sugestões, apenas quatro obtiveram sucesso nos anos seguintes, dando origem às Diretivas de número 72/159 (atrelada à modernização das propriedades rurais), a 72/160 (relativo à possibilidade de abandono por parte dos agricultores idosos), 72/161 (ligada ao aprimoramento técnico dos agricultores) e 75/268 (promovendo a agricultura de montanha e de áreas desfavorecidas).<sup>52</sup> Muito embora não sejam classificadas como reformas, essas regras comunitárias pretendiam adaptar a PAC àquilo que se considerava ideal com base no atual cenário comunitário e internacional.

Afinal, não se pode esquecer que, no âmbito europeu, em 1971 houve o primeiro alargamento do Bloco com a inclusão de Dinamarca, Irlanda e Reino Unido, o que gerou grandes controvérsias, especialmente, em

45 TEO, Carla Rosane Paz; GALLINA, Lucinada S. Segurança Alimentar e Ambiente: a sustentabilidade como área de convergência. In: SÁ, Clodoaldo de; FERRETI, Fátima; BUSATO, Maria Assunta. *Ensaio Contemporâneo em Saúde*. Chapecó: Argos, 2013, p. 67.

46 BIANCHI, Danielle. *La Politique Agricole Commune (PAC): toute la PAC, rien d'autre que la PAC!* Bruxelles: Bruylant, 2006, p.17.

47 CUNHA, op. cit., p. 16-17.

48 Acerca da substituição de importação, cf.: FERNANDES, op. cit., p.176; ARANHA, Maria Marcele A. *A Política Agrícola Comum e a Disciplina do Apoio Interno do Acordo sobre Agricultura da Rodada do Uruguai*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007, p. 102-104; ADAM, Valérie. *La Reforme de la Politique Agricole Commune de L'Union Europeenne*. Paris: Editions L'Harmattan, 2001, p. 18.

49 ARANHA, op. cit., p. 18-19; PLATERO, Roberto Velasquez. *Inversión y Mecanismos para la Movilización de Recursos Financieros para la Agricultura*. San José: Inst. Interamericano de Coop. Para la Agricultura, 1989, p. 14.

50 OLIVEIRA, op. cit., p. 207.

51 ESPINOSA, op. cit., p. 43-44; CUNHA, op. cit., p. 17; ABEL-LÁN, Aurelio C. *Las Regiones del Sistema Mundo*. Murica: Universidad de Murica, 1993, p. 38.

52 COMISSÃO EUROPEIA. *History of the CAP: the crisis years I – the 1970s*. s/d. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/crisis-years-1970s/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/crisis-years-1970s/index_en.htm)>. Acesso em 03 fev. 2015; CUNHA, op. cit., p. 18; ESPINOSA, op. cit., p. 44.

razão da inaplicabilidade inicial do princípio da solidariedade financeira aos ingleses, afetando diretamente o orçamento do FEOGA.<sup>53</sup> Ao mesmo tempo, internacionalmente, a crise econômica<sup>54</sup> que se alastrou em meados da década de setenta acabou por fortalecer a tese do protecionismo, não sendo interessante adotar a política de preços mais flexíveis – tese principal advogada por Mansholt.<sup>55</sup>

Outrossim, com a adesão da Grécia em 1981 e dos países ibéricos em 1986 – os quais eram predominantemente agrícolas – bem como a contínua estocagem elevada<sup>56</sup> e o alto custo orçamentário<sup>57</sup> forçaram à Europa a buscar soluções mais palpáveis, mas sem desviar dos seus princípios norteadores. As tentativas iniciais englobaram a criação de cotas de produção para o açúcar e o leite em 1984, e a limitação das quantidades subsidiáveis.<sup>58</sup>

A transformação realmente substancial ocorreu apenas em 1992, com a *Reforma MacSharry*. O objetivo da reforma era reduzir o excedente de produção (e consequentemente os gastos do FEOGA), por meio do corte na sustentação dos preços dos produtos agrícolas europeus. Entretanto, para que o agricultor não restasse prejudicado, este que passaria a receber ajuda para

manter o seu rendimento, tendo como base o número de hectares cultivados (não guardando relação com o volume de produção).<sup>59</sup>

Por isso, Maria Clara D. Carisio<sup>60</sup> expõe que “a mudança maior residuiu na passagem de um sistema baseado essencialmente na sustentação de preços para o de sustentação de renda dos agricultores por meio de um sistema misto de preços e de ajuda direta”, ou seja, o foco deixou de ser o apoio ao mercado e passou a ser o apoio ao agricultor<sup>61</sup>. Noutros termos, essa alteração reestruturou a forma em que a União Europeia protegia o seu mercado agrícola, passando a trabalhar diretamente com o agricultor, garantindo-lhe um rendimento de base e subsídios compensatórios para manter a sua atividade, em detrimento de uma atuação sobre o mercado, em que, anteriormente, falseava os sinais do mercado distorcendo abertamente os preços dos produtos agrícolas.<sup>62</sup>

Ademais, influenciada pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento ocorrida em 1992 no Rio de Janeiro, mister apontar que a *Reforma MacSharry* também introduziu o pousio obrigatório de 15% das terras destinadas aos cereais, oleaginosas e proteínas vegetais – terras essas que igualmente faziam jus às ajudas diretas concedidas aos produtores.<sup>63</sup> Ao mesmo tempo, como expõe Maria Clara D. Carisio<sup>64</sup>, os Estados deveriam “impedir o abandono total e garantir a preservação da paisagem rural” das terras deixadas inativas, o que denota o comprometimento europeu para com o desenvolvimento sustentável.<sup>65</sup>

53 CUNHA, op. cit., p. 19.

54 A crise econômica em apreço levou a retração do comércio internacional (e a consequente redução no consumo). A mesma ocorreu (i) pelo rompimento do Acordo de Bretton Woods, fazendo com que emergisse outro sistema monetário no plano internacional – o da taxa de câmbio flexível, (ii) pelos choques energéticos externos provocados pelas crises do petróleo e (iii) pelas balanças comerciais negativas da América Latina. ARANHA, op. cit., p. 19; PLATERO, op. cit., 15; CANO, Wilson. **Soberania e Política Econômica na América Latina**. São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 19; EICHEGREEN, Barry. **A Globalização do Capital: uma História do Sistema Monetário Internacional**. Trad. Sergio Blum. São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 183; FIORI, José Luís; TAVARES, Maria da Conceição. **Poder e Dinheiro: uma economia política da globalização**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 108.

55 OLIVEIRA, op. cit., p. 207.

56 Jaime L. Espinosa apresenta que no início dos anos oitenta, o valor de todas as mercadorias estocadas chegava a 2.583 milhões de Unidades Monetárias Europeias (ECU – em inglês); já em 1986 esse valor subira para expressivos 11.360 milhões de ECUs. Cf. ESPINOSA, op. cit., p. 47-48.

57 Jaime L. Espinosa expõe que os gastos do FEOGA em 1980 eram na ordem de 11.016 milhões de ECUs; já em 1987, alcançaram a marca de 22.521 milhões de ECUs, e em 1990 à soma de 26.104 milhões de ECUs. *Ibidem*, p. 48-49.

58 COMISSÃO EUROPEIA. **History of the CAP: the crisis years II – the 1980s**. s/d. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/crisis-years-1980s/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/crisis-years-1980s/index_en.htm)>. Acesso em 03 fev. 2015; OLIVEIRA, op. cit., p. 208.

59 OLIVEIRA, op. cit., p. 209-210; CARISIO, op. cit., p. 81-83; CARVALHO, Maria Izabel V. Condicionantes institucionais e políticos e poder de barganha nas negociações internacionais sobre agricultura. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 49, n. 2, pp. 99-118, 2006, p. 108.

60 CARISIO, op. cit., p. 81.

61 OLIVEIRA, op. cit., p. 209.

62 ABROMOVAY, Ricardo. Subsídios e multifuncionalidade na Política Agrícola Europeia. **Economia Rural**, v. 40, n. 2, pp.235-264, abr./jun. 2002, p. 238.

63 CUNHA, op. cit., p. 35-36 e 44; CARISIO, op. cit., p. 83-84; COMISSÃO EUROPEIA. **European Farm Policy down the Years**. s/d. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/agriculture/50-years-of-cap/files/history/timeline\\_2012\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/agriculture/50-years-of-cap/files/history/timeline_2012_en.pdf)>. Acesso em 04 fev. 2015.

64 CARISIO, op. cit., p. 84.

65 Sobre o tema, cf. também: CONSELHO EUROPEU. **Regulamento nº 2078**. 1992 (relativo à compatibilidade entre os métodos de produção agrícola e as exigências da proteção ao meio ambiente); e UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Maastricht**. 1992 Art. 130-R(1): A política da Comunidade no domínio do ambiente contribuirá para a prossecução dos seguintes objetivos: (i) a preservação, a pro-

E se o escopo da dita reforma era evitar a exaustão do modelo agrícola, ela atingiu a sua finalidade, posto que os excedentes agrícolas foram sendo reduzidos ao longo dos anos<sup>66</sup>, sem que isso prejudicasse os ganhos dos agricultores e, conseqüentemente, culminasse no êxodo rural.<sup>67</sup> Todavia, de acordo com Maria Clara D. Carisio<sup>68</sup>, “a introdução dos pagamentos diretos pela *Reforma MacSharry* não impediu a continuidade das distorções causadas pelos subsídios à produção e conseqüentemente à exportação”, o que continuaria sendo visto como um ponto em desfavor à Europa nas negociações da Rodada do Uruguai que se desenrolavam desde 1986.

E, precisamente nesse âmbito, inicia-se uma nova proposta de reforma, a qual se concretiza em 1997 com a apresentação da *Agenda 2000*<sup>69</sup>. Afinal, conforme Maria Marcelle A. Aranha, tomando por base a

[...] previsão de que, a longo prazo, a demanda mundial por produtos agrícolas iria aumentar obrigava a CE [Comunidade Europeia] a fazer uma profunda revisão dos mecanismos da PAC, no sentido de reduzir a diferença entre os preços europeus e os preços internacionais, se quisesse manter uma posição competitiva no mercado internacional, já que o AARU [Acordo sobre Agricultura da Rodada do Uruguai] restringia o uso de subsídios.<sup>70</sup>

Em vista disso, a *Agenda 2000* cria o conceito de *multifuncionalidade da atividade agrícola* para “justificar” os pagamentos diretos realizados ao agricultor.<sup>71</sup> Isso,

teção e a melhoria da qualidade do ambiente; [...] (iii) a utilização prudente e racional dos recursos naturais; [...].

66 Arlindo Cunha apresenta essa diminuição em números. Os excedentes de cereais, por exemplo, diminuíram significativamente: 14.379.000 toneladas em 1990 para 1.209.000 toneladas em 1996; já a manteiga, de 333.000 toneladas em 1990 para 14.000 em 1995. Inclusive, faz-se imperioso destacar que entre 1995-1996 a quase exaustão dos cereais levou a Comissão a impor um imposto à exportação dos mesmos, na tentativa de impedir a sua falta no mercado interno – medida essa criticada por parte dos produtores. CUNHA, op. cit., p. 56-57.

67 ARANHA, op. cit., p. 105-108.

68 CARISIO, op. cit., p. 98.

69 COMISSÃO EUROPEIA. *Agenda 2000*: for a stronger and wider union. 1997. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/agenda-2000/com97-2000\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/agenda-2000/com97-2000_en.pdf)>. Acesso em 05 fev. 2015.

70 ARANHA, op. cit., p. 109. No mesmo sentido: CUNHA, op. cit., p. 83-84; LOYAT; PETIT, op. cit., p. 29.

71 ABROMOVAY, op. cit., p. 238; POTTER, Clive; BURNEY, Jonathan. Agricultural multifunctionality in the WTO: legitimate non-trade concern or disguised protectionism? *Journal of Rural Studies*, v. 18, n. 1, p. 35-47, 2002, p. 36; SWINBANK, Alan. CAP Reform and the WTO: compatibility ad developments. *European Review of Agricultural Economics*, v. 26, n. 3, pp.389-407, 1999. Para uma visão contrária a multifuncionalidade a nível internacional

pois, a função desempenhada pelo produtor rural na sociedade iria muito mais além do que a produção de alimentos, abrangendo também a prestação de serviços socioambientais (de preservação ao meio ambiente), o que justificaria a (re)compensa(ção) percebida.<sup>72</sup> Inclusive, essa medida deu ensejo a inserção de uma condição para a realização dos pagamentos, qual seja, de que as exigências ambientais comunitárias (e nacionais, caso os Estados-membros assim estipulassem) fossem cumpridas, sendo, por isso, chamada de *eco-condicionalidade*.<sup>73</sup>

Não obstante, a *Agenda*, também, pretendia debater os impactos do alargamento da União Europeia aos países centrais e do leste<sup>74</sup> à PAC, já que “se pensava na possibilidade dos novos membros trazerem consigo novamente os excedentes agrícolas e ocasionarem uma explosão nas despesas”, como exprime Maxime Habran<sup>75</sup>. Nesse aspecto, a *Agenda* previa a criação de um Programa de Acesso para a Agricultura e Desenvolvimento Rural (SAPARD – em inglês), disponibilizando a quantia de €520 milhões para que os países pudessem preencher os requisitos, sem que isso se transformasse em um retrocesso à PAC.<sup>76</sup>

Entretanto, como expôs Maria Marcelle A. Aranha<sup>77</sup>, se a finalidade da *Agenda* era justamente “preparar a PAC para enfrentar os desafios do novo milênio, sobretudo, a expansão dos mercados agrícolas mundiais”, não se logrou êxito com a implantação da mesma.<sup>78</sup> Afora a “desculpa” da multifuncionalidade, a diminuição do apoio concedido aos agricultores aprovada consistia apenas na *possibilidade* de os países adotarem-se um teto máximo de pagamento.<sup>79</sup> E, no que diz respeito ao

(“multilateral do comércio”), v. MESQUITA, Paulo E. **Multifuncionalidade e Preocupações Não-Comerciais**. Brasília: FUNAG, 2005, p. 273-279.

72 ARANHA, op. cit., p. 113; CUNHA, op. cit., p. 103.

73 *Ibidem*, p. 112; CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 99/1259**. 1999; UBACH, Andres M. Cosillas. **Regimen Juridico de la Propiedad Agraria sujeta a la nueva PAC**. Barcelona: Atelier, 2009, p. 69.

74 Trata-se de Polônia, Hungria, Republica Checa, Eslovênia, Estônia. Eslováquia, Romênia, Bulgária, Letônia e Lituânia; e na seqüência, Malta e Chipre.

75 HABRAN, Maxime. Le verdissement de la politique agricole commune (PAC): analyse d'une (r)évolution. **Cahiers de Sciences politiques de PULg**, Liege, n. 24, pp. 1-11, 2012, p. 3.

76 Cf. CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 99/1268**. 1999; CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 00/2222**. 2000.

77 ARANHA, op. cit., p. 109.

78 Essa medida também restou conhecida como *modulação* (CUNHA, op. cit., p. 91-92).

79 ARANHA, op. cit., p. 112.



alargamento, a *Agenda* tornou os novos países não elegíveis ao financiamento pleno previsto na PAC quando do seu ingresso na união<sup>80</sup>, aprovando a manutenção da dimensão e composição orçamentária da PAC à época<sup>81</sup>.

Conquanto a sua aplicação fosse projetada para ocorrer entre 2000-2006, no ano de 2003, o Conselho requereu a Comissão um relatório acerca das despesas agrícolas, onde sugerisse propostas para a adequação da PAC.<sup>82</sup> A resposta da Comissão veio em formato de uma nova reforma no ano de 2003 – a *Reforma Fischler*.

A referida reforma impunha novas bases para o repasse das ajudas diretas ao agricultor. A fim de que esse recebesse, três requisitos deveriam ser cumpridos: (i) a *desvinculação* do suporte financeiro à produção, sendo pagas em cota única por hectare explorado com base em seus ganhos do biênio 2000-2002<sup>83</sup>; (ii) a manutenção da *eco-condicionalidade*, considerando não apenas manutenção das áreas verdes, mas também a saúde da população e a animal; e (iii) a redução progressiva e obrigatória dos pagamentos diretos aos produtores, realizadas em módulos de 3% (2005), 4% (2006) e 6% (2007-2012), mais conhecida como *degressividade*.<sup>84</sup>

Com essas modificações, a *Reforma Fischler* foi considerada um grande avanço para a PAC. Com essa reestruturação, as distorções mercadológicas diminuíram em virtude da maior transparência quanto aos pagamentos realizados<sup>85</sup>; os gastos com a PAC foram reduzidos em €2 bilhões entre 2005-2013, o que corresponde a 10% do orçamento, mesmo com os novos alargamentos que

ocorreram nos anos 2000<sup>86</sup>; e o produtor rural modernizou-se, conscientizando-se quanto à importância da paisagem rural e reconhecendo seu papel na sociedade, levando, até mesmo, ao aumento da população do campo<sup>87</sup>.

Pequenas mudanças relativas a essa reforma ocorreram em 2008, quando da aprovação de um acordo político no âmbito do Conselho com vistas a realizar um “*check-up*” na saúde da PAC. As alterações incluíam a retirada de restrições na produção em virtude da crescente demanda em alguns setores como arroz, leite e carne de porco; e uma maior desvinculação dos pagamentos, na tentativa de conceder ao produtor maior flexibilidade frente ao mercado, sobretudo, em função das mudanças climáticas e outros desafios ambientais como a falta de água e a proteção da biodiversidade.<sup>88</sup>

Contudo, como o “plano” realizado pela *Reforma Fischler* vigoraria até 2013, nessa data, começou-se a discutir uma nova reforma, cuja entrada em vigor ocorreu em janeiro de 2014. Essa reforma, seguindo as mesmas linhas das discussões de 2008, tem como intuito direcionar os pagamentos diretos principalmente à adoção de práticas sustentáveis e à proteção ambiental.

Isso significa dizer que a PAC 2014, consciente dos desafios ambientais enfrentados no século XXI, reestruturaria a política agrícola europeia de modo a trabalhar mais diretamente com a terra, em detrimento do agricultor em si, adotando uma nova vertente de funcionamento – a terceira desde a sua criação.<sup>89</sup> A intenção atual é de realizar pagamentos diretos e financiar programas destinados a responder problemas alheios à atividade agrícola em si<sup>90</sup>, como (i) incentivar a transfe-

80 SILVA, Antônio M. **História da Unificação Europeia Comunitária: 1945-2010**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010, p. 243-244

81 QUELHAS, José Manuel S. A Agenda 2000 e o sistema de financiamento da União Europeia. **Temas de Integração**, v. 3, n. 5, pp. 53-109, 1998, p. 102-103.

82 CUNHA, op. cit., p. 133.

83 Os novos Estados oriundos do alargamento também estavam inseridos nessa reforma, recebendo a partir de 2004 a quantia referente a 25% dos Estados-membros da ‘Europa dos 15’, sujeitas a aumento anual na ordem de 10%. CUNHA, op. cit., p. 135.

84 CARISIO, op. cit., p. 156-162; HABRAN, op. cit., p. 6-7; NAVARRATE, Donato Fernandez. **Fundamentos Económicos de la Unión Europea**. Madrid: Thomson, 2007, p. 275; CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 03/1782**. 2003; LEIBOVITCH, Emilie H. Food Safety Regulation in the European Union. **Texas International Law Journal**. v. 43, pp. 429-452, 2007-2008, p. 450.

85 BIANCHI, op. cit., p. 4; COMISSÃO EUROPEIA. **Commissioner Fischler on Agricultural Reform: 2003 is a year of decisions**. Notícia veiculada em 16 jan. 2003. Disponível em: <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-03-65\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-03-65_en.htm?locale=en)>. Acesso em 06 fev. 2015.

86 CARISIO, op. cit., p. 174-175.

87 PIRZIO-BIROLI, Corrado. Na inside perspective on the Political Economy of the Fischler Reforms. In: SWINNEN, Johan. **The Perfect Storm: the political economy of the Fischler reforms of the common agricultural policy**. Brussels: Centre for European Studies, 2008, p. 124-125; COMISSÃO EUROPEIA. **European Farm Policy...**, op. cit., p. 1.

88 UBACH, op. cit., p. 71-73; CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 72**. 2009; CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 73**. 2009; CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 74**. 2009; COMISSÃO EUROPEIA. **History of the CAP: The 2008 CAP “Health Check”**. s/d. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/health-check/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/health-check/index_en.htm)>. Acesso em 03 fev. 2015.

89 COMISSÃO EUROPEIA. **Overview of CAP Reform: 2014-2020. Agricultural Policy Perspectives Brief**, n. 5, pp. 1-10, dec. 2013.

90 Problemas como o decréscimo (ou no mínimo a estagnação) do crescimento econômico, a volatilidade dos preços, os custos de

rência de conhecimento para a adoção de práticas rurais “mais verdes”; (ii) promover a competitividade agrícola de forma sustentável; (iii) fomentar a criação de redes de alimentos; (iv) preservar os ecossistemas, oportunizando uma agricultura verde-eficiente; e (v) exercer a inclusão social.<sup>91</sup>

Os planos, portanto, são de manter os pagamentos diretos aos agricultores europeus, destinando cerca de €277.851 bilhões de um total de €362.787 disponíveis à PAC (o que corresponde a 37,8% do orçamento comunitário) a essa atividade.<sup>92</sup> Para os investimentos no setor rural, o total destinado está estimado em €84.936 bilhões.<sup>93</sup> Com esses montantes, de acordo com Nádía Franco<sup>94</sup>, espera-se que nenhum Estado-membro “receba menos de 75% da média europeia” e que nenhum agricultor receba “menos de 60% da média nacional”, estando esse, inclusive, respaldado por um sistema de travamento, o qual “assegura que as [suas] perdas [...] não sejam superiores a 30%”.

Logo, nota-se que, ao longo de 60 anos, a PAC demonstrou voltar-se a proteção do mercado interno, do produtor rural e, mais recentemente, ao desenvolvimento rural sustentável. Para tanto, age focada nos seus interesses, a fim de que o cenário dos primeiros cinquenta anos do século XX não se repitam em âmbito europeu – atitude essa que se reflete na privilegiada posição ocupada pela União Europeia no contexto internacional de importação e exportação de produtos primários<sup>95</sup>.

produção, o aumento demográfico, a realocação de investimentos, o deterioramento do solo e da água e a própria insegurança alimentar mundial. *Ibidem*, p. 2; BIANCHI, op. cit., p. 4;

91 COMISSÃO EUROPEIA. **Overview of CAP Reform...**, op. cit., p. 7-9; CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 1305. 2013**; CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 1306. 2013**; CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 1307. 2013**; CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 1308. 2013**; COMISSÃO EUROPEIA. **History of the CAP: the CAP post-2013.** s/d. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/post-2013/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/post-2013/index_en.htm)>. Acesso em 03 fev. 2015

92 COMISSÃO EUROPEIA. **Overview of CAP Reform...**, op. cit., p. 3.

93 *Ibidem*, loc. cit.

94 FRANCO, Nádía. União Europeia aprova nova Política Agrícola Comum. **Agência Brasil**. Notícia veiculada em 16 dez. 2013. Disponível em: <<http://memoria.abc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-12-16/uniao-europeia-aprova-nova-politica-agricola-comum>>. Acesso em 06 fev. 2015.

95 “A União Europeia é o maior exportador de produtos agrícolas do mundo”, tendo sido responsável, em 2005, por 20% das exportações, equivalendo a US\$ 79 bilhões. “A União Europeia também é o maior importador de produtos agrícolas”, movimentando, em 2006, cerca de US\$ 85 bilhões. O’CONNOR, Bernard. The

Apesar disso, tal protecionismo adotado desfavorece a cooperação internacional, especialmente no que diz respeito ao desenvolvimento do comércio internacional. Inclusive, esse posicionamento destoa da “retórica liberal” adotada pelos Estados em 1944 em Bretton Woods, de modo que se mostra muito mais inclinado à manutenção do *status quo* no que diz respeito a mercado internacional (já que dominado largamente pela União Europeia), do que efetivamente a formação de um espaço voltado à troca aberta de mercadorias, pautadas na especialidade produtiva, “pode[ndo] causar, a longo prazo, efeitos perversos à soberania alimentar e ao crescimento econômico e agroindustrial” de outras nações.<sup>96</sup>

Por isso, a PAC tem sido alvo de severas críticas desde a Rodada do Uruguai, até a presente Rodada de Doha da Organização Mundial do Comércio, tomando sempre posições mais defensivas do que ofensivas nas argumentações por um comércio mais equilibrado (livre de distorções ou barreiras tarifárias e não tarifárias)<sup>97</sup>, o que poderia culminar numa nova modificação no futuro próximo se não fosse a alteração almejada – a diminuição da proteção do mercado agrícola – contrária aos próprios propósitos originários da PAC.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo tinha como objetivo central delinear o surgimento da Política Agrícola Comum da União Europeia, destacando as modificações ocorridas ao longo dos anos frente aos novos arranjos socioeconômicos regionais e mundiais. Por conseguinte, vislumbrou-se, justamente, a importância que o setor agrícola possui para o contexto integracionista europeu, sendo consi-

Food Crisis and the role of EC’s Common Agricultural Policy. *In*: KARAPINAR, Baris; HABERLI, Christian. **Food Crisis and the WTO**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p.192.

96 GOMES, Natália Fernanda. A regulação internacional dos subsídios agrícolas: a contemporaneidade do paradigma realista para a compreensão do sistema de comércio agrícola internacional vigente. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n.1, pp. 43-55, 2013, p. 46-46, 49, 53- 54 (cit.).

97 O’CONNOR, op. cit., p. 216; CARVALHO, Leonardo A. O Futuro da Agricultura. *In*: BARRAL, Welber. **O Brasil e a OMC**. Florianópolis: Ed. Diploma Legal, 2000, p. 231-232; CEDRO, Rafael Cedro. Princípios da política brasileira de segurança alimentar e o acordo sobre agricultura da OMC. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v. 5, n. 2, pp. 255-280, jul./dez. 2008, p. 264-268.

derada uma de suas principais políticas. Afinal, se para a garantia da paz era imperioso fomentar a integração e sabendo que a insegurança alimentar era um problema que poderia prejudicar esse objetivo, a inclusão da agricultura nas estruturas da comunidade europeia era inevitável.

Todavia, viu-se que, uma vez atingidos esses objetivos (de segurança alimentar), contando inclusive com um grande excedente, o enfoque passou a ser outro: o combate ao alto custo orçamentário. Isso, pois, a crescente necessidade de se intervir no mercado para comprar ou estocar o excedente, e os subsídios fornecidos à exportação de mercadorias primárias, passaram a ser um grande ponto de debate entre os Estados-membros, fomentando as suas transformações com o passar do tempo.

E a grande modificação, de não mais pagar diretamente os agricultores pelo volume de produção, mas sim subsidiar a atividade em si, fomentando as políticas ecologicamente equilibradas foi vista como um grande avanço, tanto internamente, como internacionalmente, uma vez que não apenas reduziu os gastos com o setor, como também (teoricamente) insere maior transparência nas atividades agrícolas europeias.

Outrossim, tem-se que essas modificações deveriam preocupar-se mais com as regras do comércio internacional, uma vez que as medidas contidas na PAC ainda são conflitantes com as regras desse ramo do Direito Internacional, justamente por promoverem o produto(x) europeu. Por isso, nas diversas rodadas de negociação da OMC, o bloco não propõe medidas proativas, senão apenas defensivas quando questionado por outros membros, tal como o Brasil.

Dessa feita, mesmo que as relações comerciais internacionais evoluam, o que se vislumbra é que a UE sempre dará prioridade ao mercado intrabloco, sendo essa uma política já enraizada no seio da comunidade desde 1957 e que parece não ser modificável, mesmo com as constantes reformas na PAC. Quer isto dizer que a UE parece estar disposta a continuar inserido previsões que corrompam a lógica do mercado internacional, tal como aquelas geradas pelos subsídios fornecidos aos agricultores (seja em pagamentos diretos ou direcionados ao produtor), já que o seu objetivo, de fato, ainda é a garantia da soberania alimentar.

Numa palavra, a partir das modificações estudadas, parece evidente que as alterações na PAC nunca serão,

realmente, alinhadas às do comércio internacional (situadas no âmbito da OMC), em virtude dos próprios objetivos dessa política quando da sua constituição, sendo, portanto, inevitável que países que tenham uma economia com base na agricultura – como o Brasil – sintam os efeitos protecionistas da Europa quando essa assim desejar.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Aurelio C. *Las Regiones del Sistema Mundo*. Murcia: Universidad de Murcia, 1993.

ABROMOVAY, Ricardo. Subsídios e multifuncionalidade na Política Agrícola Europeia. **Economia Rural**, v. 40, n. 2, pp.235-264, abr./jun. 2002.

ADAM, Valérie. **La réforme de la Politique Agricole Commune de L'Union Europeenne**. Paris: Editions L'Harmattan, 2001.

ALENCAR, Álvaro Gurgel de. Do conceito estratégico de segurança alimentar ao plano de ação da FAO para combater a fome. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 44, n. 1, pp. 137-144, 2001.

ARANHA, Maria Marcele A. **A Política Agrícola Comum e a Disciplina do Apoio Interno do Acordo sobre Agricultura da Rodada do Uruguai**. Coimbra: Coimbra ed., 2007.

BARRAL, Welber. **O Brasil e a OMC**. Florianópolis: Ed. Diploma Legal, 2000.

BAUMANN, Renato; CANUTO, Otaviano; GONÇALVES, Reinaldo. **Economia Internacional: teoria e experiência brasileira**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BIANCHI, Danielle. *La Politique Agricole Commune*. Bruxelles: Bruylant, 2006.

BOHKLE, Marcelo. **O processo de Integração Regional e a Autonomia do seu Ordenamento Jurídico**, 2002, 264 fls. Dissertação – Mestrado em Direito. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2002.

CAMPOS, João Mota de. **Manual de Direito Comunitário**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013.

CANO, Wilson. **Soberania e Política Econômica na América Latina**. São Paulo: Editora Unesp, 2000.

CARISIO, Maria Clara D. **A Política Agrícola Co-**



**mun da União Europeia e seus Efeitos Sobre os Interesses Brasileiros nas Negociações Internacionais Sobre Agricultura.** Brasília: FUNAG, 2006.

CARMO, Luis Antônio A. A vertente aduaneira da Política Agrícola Comum. In: TEIXEIRA, Glória. **Direito Rural** (coord.). Porto: Vida Econômica, 2013.

CARNEIRO, Cynthia S. **O Direito da Integração Regional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Maria Auxiliadora. Políticas Públicas e Competitividade de Agricultura. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v.21, n. 1, pp. 117-140, jan./mar. 2001.

CARVALHO, Maria Izabel V. Condicionantes institucionais e políticos e poder de barganha nas negociações internacionais sobre agricultura. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 49, n. 2, pp. 99-118, 2006.

CARVALHO, Leonardo A. O Futuro da Agricultura. In: BARRAL, Welber. **O Brasil e a OMC.** Florianópolis: Ed. Diploma Legal, 2000.

CEDRO, Rafael Cedro. Princípios da política brasileira de segurança alimentar e o acordo sobre agricultura da OMC. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v. 5, n. 2, pp. 255-280, jul./dez. 2008.

COMISSÃO EUROPEIA. **Agenda 2000: for a stronger and wider union.** 1997. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/agenda-2000/com97-2000\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/agenda-2000/com97-2000_en.pdf)>. Acesso em 05 fev. 2015.

COMISSÃO EUROPEIA. **Commissioner Fischler on Agricultural Reform: 2003 is a year of decisions.** Notícia veiculada em 16 jan. 2003. Disponível em: <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-03-65\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-03-65_en.htm?locale=en)>. Acesso em 06 fev. 2015.

COMISSÃO EUROPEIA. **European Farm Policy down the Years.** s/d. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/agriculture/50-years-of-cap/files/history/timeline\\_2012\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/agriculture/50-years-of-cap/files/history/timeline_2012_en.pdf)>. Acesso em 04 fev. 2015.

COMISSÃO EUROPEIA. **History of the CAP: The 2008 CAP “Health Check”.** s/d. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/health-check/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/health-check/index_en.htm)>. Acesso em 03 fev. 2015.

COMISSÃO EUROPEIA. **History of the CAP: the CAP post-2013.** s/d. Disponível em: <[\[dex\\\_en.htm\]\(#\)>. Acesso em 03 fev. 2015.](http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/post-2013/in-</a></p></div><div data-bbox=)

COMISSÃO EUROPEIA. **History of the CAP: the crisis years I – the 1970s.** s/d. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/crisis-years-1970s/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/crisis-years-1970s/index_en.htm)>. Acesso em 03 fev. 2015.

COMISSÃO EUROPEIA. **History of the CAP: the crisis years II – the 1980s.** s/d. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/crisis-years-1980s/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/crisis-years-1980s/index_en.htm)>. Acesso em 03 fev. 2015.

COMISSÃO EUROPEIA. **Overview of CAP Reform: 2014-2020. Agricultural Policy Perspectives Brief,** n. 5, pp. 1-10, dec. 2013.

CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 1305.** 2013.

CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 1306.** 2013.

CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 1308.** 2013.

CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 00/2222.** 2000.

CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 03/1782.** 2003.

CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 1307.** 2013.

CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 72.** 2009.

CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 73.** 2009.

CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 74.** 2009.

CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 99/1259.** 1999.

CONSELHO EUROPEU. **Regulamento nº 2078.** 1992.

CUNHA, Arlindo. **A Política Agrícola Comum na Era da Globalização.** Coimbra: Almedina, 2004.

EICHEGREEN, Barry. **A Globalização do Capital: uma História do Sistema Monetário Internacional.** Trad. Sergio Blum. São Paulo: Ed. 34, 2000.

ESPINOSA, Jaime L. **La Nueva Política Agraria de la Unión Europea.** Madrid: Ediciones Encuentro, 1998.

FERNANDES, José Pedro. **Elementos de Economia Política Internacional.** 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

- FIORI, José Luís; TAVARES, Maria da Conceição. **Poder e Dinheiro: uma economia política da globalização**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- FRANCO, Nádia. União Europeia aprova nova Política Agrícola Comum. **Agência Brasil**. Notícia veiculada em 16 dez. 2013. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-12-16/uniao-europeia-aprova-nova-politica-agricola-comum>>. Acesso em 06 fev. 2015.
- GOMES, Natália Fernanda. A regulação internacional dos subsídios agrícolas: a contemporaneidade do paradigma realista para a compreensão do sistema de comércio agrícola internacional vigente. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n.1, pp. 43-55, 2013.
- HABRAN, Maxime. Le verdissement de la politique agricole commune (PAC): analyse d'une (r)évolution. **Cahiers de Sciences politiques de l'ULg**, Liege, n. 24, pp. 1-11, 2012.
- HOBSBAWN, Eric. **The Age of Extremes: a history of the world 1914-1991**. New York: vintage books, 1994.
- JAEGER JUNIOR, Augusto. **Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2010.
- JUNQUEIRA, Bráulio. **A institucionalização política da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2008.
- KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.
- KOZOLCHYK, Boris. **Comparative Commercial Contracts: law, culture and economic development**. St. Paul: West Academic Pub., 2014.
- LAUREANO, Abel; RENTO, Altina. Uma sumária radiografia da política comum das pescas da União Europeia. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 3, pp. 71-90, 2012.
- LEIBOVITCH, Emilie H. Food Safety Regulation in the European Union. **Texas International Law Journal**. v. 43, pp. 429-452, 2007-2008.
- LOYAT, Jacques; PETIT, Yves. **La Politique Agricole Commune (PAC): une politique en mutation**. 3ª ed. Paris: La Documentation Française, 2008.
- MESQUITA, Paulo E. **Multifuncionalidade e Preocupações Não-Comerciais**. Brasília: FUNAG, 2005.
- MOLINA IBAÑEZ, M.; RODRIGUES POSE, A. **Transformaciones Agrarias em la Europa Comunitária**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1992, *apud* OLIVEIRA, Maria Odete. **União Europeia: processos de integração e mutação**. Curitiba: Juruá, 2005.
- NAVARRATE, Donato Fernandez. **Fundamentos Económicos de la Unión Europea**. Madrid: Thomson, 2007.
- O'CONNOR, Bernard. The Food Crisis and the role of EC's Common Agricultural Policy. *In*: KARAPINAR, Baris; HABERLI, Christian. **Food Crisis and the WTO**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- OLIVEIRA, Maria Odete. **União Europeia: processos de integração e mutação**. Curitiba: Juruá, 2005.
- PARLAMENTO EUROPEU. **Fichas Técnicas sobre a União Europeia: Primeiro pilar da PAC**. Nota veiculada em mar. 2014. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_5.2.4.html](http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.2.4.html)>. Acesso em 03 fev. 2015.
- PIRZIO-BIROLI, Corrado. Na inside perspective on the Political Economy of the Fischler Reforms. *In*: SWINNEN, Johan. F. **The Perfect Storm: the political economy of the Fischler reforms of the common agricultural policy**. Brussels: Centre for European Studies, 2008.
- PLATERO, Roberto Velasquez. **Inversión y Mecanismos para la Movilización de Recursos Financieros para la Agricultura**. San José: Inst. Interamericano de Coop. Para la Agricultura, 1989.
- POTTER, Clive; BURNEY, Jonathan. Agricultural multifunctionality in the WTO: legitimate non-trade concern or disguised protectionism? **Journal of Rural Studies**, v. 18, n. 1, p. 35-47, 2002.
- QUELHAS, José Manuel S. A Agenda 2000 e o sistema de financiamento da União Europeia. **Temas de Integração**, v. 3, n. 5, pp. 53-109, 1998.
- SANTOS, Francis. Perspectiva para a soberania alimentar brasileira. *In*: DAL SOGLIO, Fábio; KUBO, Rumi Regina (coords.). **Agricultura e Sustentabilidade**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.
- SILVA, Antônio M. **História da Unificação Europeia Comunitária: 1945-2010**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010.

- SILVA, Daniel P.; FERREIRA, Grace K. A política Agrícola Comum da União Europeia. **Fronteira**. Belo Horizonte, v. 7, n. 14, pp.65-76, 2008.
- SWINBANK, Alan. CAP Reform and the WTO: compatibility ad developments. **European Review of Agricultural Economics**, v. 26, n. 3, pp.389-407, 1999.
- TEO, Carla Rosane Paz; GALLINA, Lucinada S. Segurança Alimentar e Ambiente: a sustentabilidade como área de convergência. *In*: SÁ, Clodoaldo de; FERRETI, Fátima; BUSATO, Maria Assunta. **Ensaio Contemporâneos em Saúde**. Chapecó: Argos, 2013.
- U.S. DEPARTMENT OF AGRICULTURE. **Indices of Agriculture Production in Western Europe – 1650-1968**. Washington D.C.: US Department of Agriculture, 1969. Disponível em: <<https://archive.org/stream/indicesofagricul266unit#page/n1/mode/2up>>. Acesso em: 02 fev. 2015.
- UBACH, Andres M. Cosillas. **Regimen Juridico de la Propiedad Agraria sujeta a la nueva PAC**. Barcelona: Atelier, 2009.
- UNIÃO EUROPEIA. **Tratado Constitutivo da Comunidade Econômica Europeia**. 1957.
- UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Maastricht**. 1992.
- VEIGA, José Eli da. **O Desenvolvimento Agrícola: uma visão histórica**. 2ª ed. São Paulo: Edusp, 2007.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**A imunidade de jurisdição das organizações internacionais face ao direito de acesso à justiça**

**International organizations' immunities face to the right to access to justice**

Fernanda Araújo Kallás e Caetano

# A imunidade de jurisdição das organizações internacionais face ao direito de acesso à justiça\*

## International organizations' immunities face to the right to access to justice

Fernanda Araújo Kallás e Caetano\*\*

### RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a possibilidade de relativização das imunidades de jurisdição e de execução das organizações internacionais sob o argumento da ocorrência de uma afronta ao direito de acesso à justiça. Para tanto, utiliza-se de fontes bibliográficas e jurisprudenciais. Primeiramente, reconhecemos que a imunidade por si só não contraria o direito de acesso à justiça na medida em que ela não pretende privar o requerente de toda possibilidade de ver sua causa processada, mas, apenas, indicar que o foro escolhido é inadequado, direcionando-o a outro foro mais apropriado para o julgamento da demanda. Em seguida, partimos para a análise da possibilidade de relativização da regra da imunidade nos casos em que a organização internacional não tenha indicado vias alternativas efetivas para a solução das controvérsias. Finalmente, foi colocada em questão a relativização da imunidade da organização internacional pelas cortes de um Estado que dela seja membro. Concluímos que, apesar de a imunidade dever ser relativizada nos casos em que a organização internacional não tenha apresentado outras vias de recurso para a solução do litígio, tal medida não poderia ser tomada quando o Estado do foro venha ser dela parte pois, como membro do sistema, ele não poderia se considerar estranho a essa responsabilidade. Em tais situações, o Estado do foro deveria manter as imunidades da organização da qual é membro, arcando com o ônus que *a priori* seria da organização, a fim de conciliar o direito de acesso à justiça do particular com as obrigações estatais resultantes da lógica organizacional.

**Palavras-chave:** Imunidades de jurisdição. Imunidades de execução. Imunidades relativas. Organizações internacionais. Acesso à justiça.

\* Recebido em 09/09/2016  
Aprovado em 24/11/2016

\*\* Doutora em Direito Internacional pela PUC-MG (2016). Mestre em Direito Internacional pela Université Paris II (2006), diploma revalidado no Brasil pela UnB (2007). Professora de Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado do Centro Universitário Una, do Centro Universitário de Belo Horizonte - UniBH e da Faculdade Promove. Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito Internacional do Cedin-BH. Pesquisadora do grupo de pesquisa Empresa, Mercado e Desenvolvimento Social (UNA). Advogada. E-mail: fernanda@kallasecaetano.com.br.

### ABSTRACT

This paper aims to analyse the legal framework of international organizations' immunities of jurisdiction and of enforcement and the possibility of relativization of these immunities on the grounds of the occurrence of an affront to the right to access to justice. The study is based on bibliographic and jurisprudential sources. Firstly, we admit that the immunity by itself does not affect the right of access to justice to the extent that it does not intend to deprive the applicant of every possibility of pursuing a judi-



cial solution, but only intend to indicate that the chosen forum is inappropriate, directing the applicant to another forum more appropriate for the trial of the action. Then, we proceed to analyse the possibility of relativizing the immunity rule in cases where the international organization has not indicated effective alternative means for settlement of disputes. Finally, the relativisation of the immunity of the international organization by the courts of a State that is a member was questioned. We conclude that, although immunity should be relativized in cases where the international organization has not lodged other remedies for the settlement of the dispute, such a measure could not be taken by the State of the forum which is its party because, as a member of the system, it could not be considered unrelated to that responsibility. In such situation, the forum State should keep immunities of the Organization, bearing the burden that would be *a priori* of the organization itself, in order to reconcile the right of access to justice from the perspective of the private part to state obligations under the organizational logic.

**Keywords:** Immunities of jurisdiction. Immunities of enforcement. Relative Immunities. International organizations. Access to justice.

## 1. INTRODUÇÃO

O exercício da jurisdição figura dentre os direitos básicos do Estado. Ele tem por pressuposto que todas as pessoas e bens situados no território estatal se encontrem submetidos às leis e tribunais do Estado. Todavia, esse direito sofre limitações quando os Estados decidem viver em comunidade. Assim, as relações interestatais, como qualquer outro tipo de interação, requerem concessões e esforços. Uma dessas concessões diz respeito ao direito das imunidades. Elas são, desse ponto de vista, conjectura fundamental da manutenção das relações diplomáticas e da própria coexistência da comunidade internacional.

Conforme a máxima *par in parem non habet iudicium*, as pessoas jurídicas internacionais de igual posição não podem exercer jurisdição umas sobre as outras, ou seja, nenhum Estado soberano pode ser submetido à condição de parte perante o foro doméstico de outro Estado

contra a sua vontade.<sup>1</sup> Assim, ao impedir que os tribunais internos de um país julguem ações concernentes à soberania de um ente público externo, garante-se a não ingerência nos assuntos internos dos Estados estrangeiros. Dessa forma, a imunidade de jurisdição constitui, ao mesmo tempo, uma proteção à soberania de um Estado, que se vê protegido da possibilidade de ser subordinado a outra jurisdição que não a sua própria e uma limitação à soberania de outro, que se encontra impossibilitado de exercer jurisdição plena em seu território.<sup>2</sup>

A lógica de garantia das imunidades foi estendida aos outros sujeitos incontestáveis do direito internacional público, quais sejam, as organizações internacionais. Tais entidades, formadas pela reunião de Estados soberanos, possuem titularidade de direitos e deveres internacionais. Contudo, no caso das organizações internacionais, não há que se falar no elemento soberania. A justificativa para a concessão do privilégio é a necessidade de independência da organização internacional para a realização das funções previstas em seu tratado constitutivo, visando afastar a ingerência dos governos por meio da aplicação de seu direito interno.

Ao contrário das imunidades dos Estados estrangeiros, que são uma construção costumeira, os privilégios e imunidades das organizações internacionais estão, normalmente, previstos em três tipos de tratados: os tratados constitutivos, as convenções multilaterais e os acordos bilaterais de sede. Na maior parte dos casos, tais instrumentos dispõem sobre a imunidade das organizações internacionais em termos absolutos - como é o caso da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas da Organização das Nações Unidas<sup>3</sup>. Há, evidentemente, algumas exceções como, por exemplo, o Acordo de Sede firmado pelo Brasil com a União Latina<sup>4</sup>, bem como o Acordo de

1 REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar. São Paulo: Saraiva, 2010.

2 ABREU, Patrícia Maria Lara; RAPOSO, Rodrigo Otávio Bastos Silva. Imunidade de jurisdição do Estado e reparação civil pela prática de tortura: o caso Zahra Kazemi v. República Islâmica do Irã. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 11, n. 2, p. 412-434, 2014, p.422-423.

3 Ver Seção 4 do Art. 3 da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas da Organização das Nações Unidas, promulgada pelo Decreto nº 52.288/63.

4 Ver art. 3º do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a União Latina Relativo ao Estabelecimento, no Rio de Janeiro, de um Escritório e de seus Privilégios e Imunidades no Território Brasileiro. Paris, 15 abr. 1999, promulgado no Brasil pelo Decreto 4.099, de 23.1.2002.



Sede firmado entre o Brasil e a Organização dos Estados Ibero-Americanos para a Educação, a Ciência e a Cultura (OEI),<sup>5</sup> em que se estipulou a imunidade restrita das respectivas organizações por meio de exceções em casos de ações decorrentes de acidentes ou infrações de trânsito, ações trabalhistas, ações cíveis decorrentes de atos contratuais e atividades comerciais da organização.

Contudo, quando a imunidade absoluta das organizações internacionais é uma disposição convencional, ela não é alcançada pela costumeira distinção entre atos *jus imperii* e atos *jus gestionis* trazida ao conhecimento da doutrina nacional em 1989 por meio do célebre voto do Ministro Francisco Rezek na Apelação Cível 9.969-3/SP<sup>6</sup>, que excluiu o benefício da imunidade aos Estados estrangeiros pela prática de atos de gestão.

Ocorre que, com a proliferação das organizações internacionais, houve um aumento significativo do número de particulares que com elas mantêm relações. Essas relações englobam desde o fornecimento de mercadorias, locação de imóveis e questões resultantes de acidentes de trânsito até a prestação de serviços diversos e as relações de emprego com esses entes. Frente a essa situação, a tradicional previsão normativa da imunidade ilimitada das organizações passou a atingir um número cada vez maior de pessoas, tanto físicas quanto jurídicas.

Diante disso, a questão que este artigo pretende abordar é a de saber quando seria possível relativizar as imunidades dessas organizações, mesmo nos casos em que exista previsão convencional que disponha sobre a imunidade absoluta de tais entes, sob o argumento da ocorrência de uma afronta ao direito de acesso à justiça.

## 2. A HARMONIZAÇÃO ENTRE A IMUNIDADE DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

Há quem defenda que a regra da imunidade de jurisdição das organizações internacionais fragilizaria a

garantia de acesso à justiça<sup>7</sup>, constituindo um obstáculo processual que teria como consequência a extinção da ação sem julgamento do mérito, ou seja, sem que qualquer decisão acerca da responsabilidade seja proferida. Isso impediria que o particular pudesse se valer de um recurso efetivo perante as autoridades competentes locais contra tais entes do direito internacional.

Tal questão foi invocada por diversas vezes perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, sob os auspícios do artigo 6º, §1º<sup>8</sup>, da Convenção Europeia. Como a vasta jurisprudência resultante da aplicação desse dispositivo havia estabelecido que os particulares possuem o “direito a um tribunal”<sup>9</sup> independentemente do *status* do réu, a invocação desse artigo fundamentou uma série de demandas contrárias ao direito das imunidades.

Além disso, nos últimos anos, parte da doutrina vem defendendo a relativização do direito das imunidades nos casos em que os entes de direito internacional tenham agido em desconformidade com as normas *jus cogens*. No caso das organizações internacionais, esse conceito poderia alcançar questões relacionadas à primazia da norma mais benéfica ao trabalhador e à máxima efetividade<sup>10</sup> dos direitos sociais. Este, contudo, não é o escopo deste artigo. Tal como determinado pela Corte Internacional de Justiça na sentença proferida no caso *Imunidades jurisdicionais do Estado*<sup>11</sup>, não entendemos existir conflito entre a imunidade e as normas *jus cogens*<sup>12</sup>.

7 A discussão sobre a imunidade envolve a análise da ofensa ao direito de acesso à justiça em seu sentido mais restrito, como o direito de acesso a um tribunal.

8 Art. 6º. Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

9 Ver CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Gold-er c. Royaume-Uni*. Estrasburgo, 21 fev. 1975; CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Osman c. Royaume-Uni*. Estrasburgo, 28 out. 1998.

10 Nas lições de Canotilho, conforme o princípio da máxima efetividade, no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 7ª edição, Coimbra: Almedina, p. 1224.

11 Ver CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante))*. A Haia, 3 fev. 2012.

12 Dentro dessa mesma perspectiva, vide ABREU, Patrícia Maria Lara; RAPOSO, Rodrigo Otávio Bastos Silva. *Imunidade de jurisdição do Estado e reparação civil pela prática de tortura: o caso Zahra Kazemi v. República Islâmica do Irã*. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 412-434, 2014.

5 Ver art. 9º do Acordo de Sede entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Organização dos Estados Ibero-Americanos para a Educação, a Ciência e a Cultura (OEI). Brasília, 30 jan, 2002, promulgado no Brasil pelo Decreto n. 5.128, de 6 de julho de 2004.

6 Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível n. 9.696-3-SP. Relator: Sydnei Sanches. Diário de Justiça. Brasília, 31 maio 1989. Voto do Ministro Francisco Rezek.

Para a Corte, enquanto a regra da imunidade opera na seara processual, a regra de *jus cogens* é uma regra material. Dessa forma, ao abster-se de julgar a demanda em nome do respeito à imunidade jurisdicional de uma organização internacional, a jurisdição interna não indeferiria o pedido em desrespeito à norma de direito material *jus cogens* existente. Ao contrário, ela estaria compatibilizando ambas as regras, na certeza de que, apesar de ter-se absterido de julgar o litígio, haveria outro foro mais conveniente para o julgamento da ação indicado pela organização internacional em questão. Assim, sob essa ótica, só haveria a possibilidade de relativização da regra das imunidades nos casos de inexistência de foro alternativo possível para a resolução da controvérsia, o que teria por consequência a flagrante violação do direito de acesso à justiça.

Dessa forma, a extinção de uma ação sem julgamento do mérito fundamentada na imunidade de jurisdição da organização internacional não tem o condão de impedir qualquer ação judiciária. Ela pode, apenas, impedir, provisoriamente, o juiz estrangeiro chamado a julgar a causa de exercer sua função. Assim, ela não contraria o direito fundamental de acesso à justiça, uma vez que a imunidade não pretende privar o requerente de toda possibilidade de ver sua causa processada, mas apenas indica que o foro escolhido é inadequado.<sup>13</sup>

Uma série de decisões tanto da Corte Europeia corroboram a tese de que a disponibilidade de um foro alternativo é fundamental na decisão de conceder ou denegar a imunidade. Trata-se de uma saudável evolução, que tem como propósito assegurar o acesso à justiça enquanto preserva a independência tanto dos Estados estrangeiros quanto das organizações internacionais.<sup>14</sup>

Em duas decisões proferidas em 18 de fevereiro de 1999, referente aos casos *Waite and Kennedy* e *Beer and Regan*, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que o caráter proporcional do limite ao “direito a um tribunal” dependia da certificação da existência de outras vias razoáveis para a proteção eficaz dos direitos

garantidos pela Convenção.<sup>15</sup> Nesse sentido, para a Corte, o reconhecimento da imunidade de uma organização internacional só viola o artigo 6º, §1º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos quando inexistirem outros meios para a solução da controvérsia. É imprescindível, portanto, a comprovação da existência de outras vias para a resolução do litígio.

No caso *Waite and Kennedy c. Alemanha* a Agência Espacial Europeia havia instaurado uma comissão independente de recursos para conhecer dos litígios interpostos por seus funcionários contra a própria organização, qual seja, a Câmara de Apelação da Agência Espacial Europeia (*ESA Appeals Board*). A existência dessa comissão teve o condão de afastar o argumento de denegação do direito de acesso à justiça. Dessa ótica, uma organização internacional que indicasse uma forma de recurso jurisdicional apresentando garantias de imparcialidade e de equidade responderia às exigências de ordem pública internacional, podendo reivindicar o benefício de sua imunidade de jurisdição.

A própria Organização das Nações Unidas, em dois estudos realizados em 1967 e 1985, apontou a criação de meios alternativos de solução de controvérsias como uma forma de impedir que a sua imunidade violasse o direito à jurisdição.<sup>16</sup> Esta foi, inclusive, uma das razões que levaram algumas organizações internacionais a estabelecerem seus próprios mecanismos de solução de controvérsias, com o intuito de evitar que os tribunais nacionais fossem induzidos a assumir a jurisdição se elas viessem a se instaurar.<sup>17</sup>

13 Ver WATT, Horatia Muir. Une perspective “internationaliste-privatiste”. In: VERHOEVEN, Joe (Org.) *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?* Bruxelles: Larcier, 2004, p. 266.

14 REINISCH, August; WEBER, Ulf Andreas. In the Shadow of *Waite and Kennedy*: The Jurisdictional Immunity of International Organizations: The Individual’s Right of Access to the Courts and Administrative Tribunals as Alternative Means of Dispute Settlement. *International Organization Law Review*, Leiden, v. 1, n. 1, p. 59-110, 2004, p. 72-73.

15 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Beer e Regan c. Alemanha*, Estrasburgo, 18 fev. 1999, §58; CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Waite et Kennedy c. Alemanha*, Estrasburgo, 18 fev. 1999, §68. “Eu égard en particulier aux autres voies de droit qui s’offraient aux requérants, on se saurait dire que les restrictions de l’accès aux juridictions allemandes pour régler le différend des intéressés avec l’ASE aient porte atteinte à la substance même de leur “droit à un tribunal” ou qu’elles aient été disproportionnées sous l’angle de l’article 6 §1er, de la convention”.

16 GERSTER, Michael; ROTENBERG, Dirk. Article 105. In: SIMMA, Bruno; KHAN, Daniel-Erasmus (Orgs.). *The Charter of the United Nations: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 1.140.

17 WELLENS, Karel. *Remedies Against International Organizations: Basic Issues*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 81-82.

### 3. RELATIVIZAÇÃO DA IMUNIDADE DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS NA FALTA DE VIAS ALTERNATIVAS EFETIVAS PARA A SOLUÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS

O direito do particular a um juiz não implica o direito de escolher livremente a autoridade perante a qual ele queira se dirigir para julgamento do litígio. Da mesma forma, cabe a cada Estado determinar a competência de seus juízes e aos particulares observarem a disposição legal, sem que possam colocar em questão a opção legislativa, a imunidade de jurisdição obriga o particular a postular a ação em outro lugar, diferente daquele *a priori* pretendido, o que não significa que por isso venha lhe ser afastado o direito de acesso à justiça.

Utilizando as palavras de Verhoeven,

o importante é, basicamente, que o requerente tenha um acesso (razoável) à justiça e que o processo seja equitativo. Isso não significa que ele pode introduzir uma demanda perante qualquer juiz de sua escolha, em violação às regras do direito interno ou do direito internacional que lhe proibam de assim agir. (tradução nossa)<sup>18</sup>

Todavia, quando a imunidade resulta, concretamente, em livrar uma pessoa de toda e qualquer possibilidade de julgamento, ela acarreta *de facto* a impunidade. Assim, como bem defende Verhoeven, quando a imunidade tiver por efeito a privação do demandante do “único” juiz ao qual ele poderia ter acesso, ela deverá ser relativizada, podendo ser mantida nas demais situações:

no entanto, a imunidade deveria ser descartada se ela tivesse o efeito de privá-lo do “único” juiz ao qual ele possa ter acesso. Nós não entendemos que o direito fundamental de todo o “homem” poder demandar frente a um juiz para obter um julgamento justo deva ser totalmente sacrificado em respeito às imunidades (tradução nossa).<sup>19</sup>

18 «(...) L'important est fondamentalement que le demandeur ait un accès (raisonnable) à la justice, et que le procès soit équitable. Ce n'est pas qu'il puisse saisir tout juge de son choix, au mépris des règles du droit judiciaire national ou du droit international qui le lui interdiraient». VERHOEVEN, Joe. Sur les relations entre immunités et “jus cogens”, à la lumière de l'arrêt Allemagne-Italie du février 2012. In: Unité et diversité du droit international: écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy. Bruxelles: Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 532.

19 “Cela dit, l'immunité devrait sans doute être écartée si elle avait pour effet de priver celui-ci du “seul” juge auquel il puisse avoir accès. On ne voit pas en effet que le droit fondamental de tout “homme” à pouvoir s'adresser à un juge de manière à obtenir un procès équitable soit totalement sacrifié au respect du à l'immunité”. VERHOEVEN, Joe. Considérations sur ce qui est commun: cour

#### 3.1. A relativização da imunidade de jurisdição

Seguindo a lógica da Corte Europeia de Direitos Humanos de que a imunidade só seria uma limitação válida ao direito de acesso à justiça se comprovada a existência de outras vias de recurso interno para a solução das controvérsias, a Corte de Cassação francesa entendeu que, quando a imunidade de jurisdição tem por consequência a privação do demandante de qualquer possibilidade de agir em justiça contra uma organização internacional, ela pode ser afastada para evitar o risco de denegação de justiça.

A decisão da jurisdição francesa, proferida em 7 de outubro de 2003, tratava de um litígio envolvendo o Banco Africano de Desenvolvimento e um antigo empregado. Nesse caso, a organização internacional que arguia a sua imunidade não havia previsto em seu Estatuto qualquer tribunal competente para julgar litígios dessa natureza, razão pela qual o benefício da imunidade de jurisdição não pôde ser mantido.

Além do fato de um grande número de organizações internacionais não disponibilizarem mecanismos alternativos de solução de controvérsias nem mesmo a seus empregados e de outras atenderem, apenas, as lides laborais, deixando diversas lides fora da sua competência, há, ainda, aquelas que disponibilizam mecanismos pouco efetivos para a solução das controvérsias.

Ora, para, efetivamente, contrabalançarem a imunidade, os mecanismos de solução de controvérsias devem oferecer garantias de independência e imparcialidade comparáveis àquelas de que os demandantes se beneficiariam se pudessem ter se dirigido aos tribunais estatais.<sup>20</sup>

A grande diferença é que a organização internacional, normalmente, não dispõe de um Poder Judiciário comparável àquele em que se exprime a soberania que caracteriza toda entidade estatal. Assim, são vários os fatores que podem atentar contra a independência e a imparcialidade dos tribunais administrativos.

Primeiramente, é criticável a forma de nomeação de seus juízes. Na maioria das vezes, são os altos funcionários da organização que são escolhidos para cumprir

général de droit international public. Recueil des cours, A Haia, v. 334, p. 9-434, 2008, p. 315.

20 SILVEIRA, Rubens Curado. A Imunidade de Jurisdição dos Organismos Internacionais e os Direitos Humanos. São Paulo: LTR, 2007, p. 120.



tal função. Estes, por sua vez, podem estar mais preocupados em proteger os fundos da organização do que necessariamente em determinar uma sanção justa em caso de irregularidades.<sup>21</sup>

Para Gaillard e Pingel-Lenuzza, a intervenção de uma autoridade externa no processo de seleção dos juízes, tal como se dá na Corte Internacional de Justiça e na Corte Europeia de Direitos Humanos, ofereceria maior garantia de independência e legitimidade para os tribunais administrativos das organizações internacionais.<sup>22</sup>

Outro fator que atenta contra a imparcialidade e independência dos tribunais administrativos é a sua dependência financeira das organizações. Pode-se, por fim, criticar a irrecorribilidade das sentenças dos tribunais administrativos, o que, de certa forma, impede que a justiça seja depurada.

Diante disso, deve existir uma preocupação por parte dos tribunais estatais no momento de decidir sobre a manutenção das imunidades das organizações internacionais, posto que a mera existência de meios alternativos não pode justificá-la. Cabe aos tribunais estatais verificar se esses mecanismos atendem, razoavelmente, às garantias mínimas do direito à jurisdição, tais como a independência e a imparcialidade, sob pena de esses mecanismos servirem de mero subterfúgio à perpetuação do privilégio das organizações.<sup>23</sup>

### 3.2. A relativização da imunidade de execução

Para além da concepção tradicional do direito de acesso à justiça que engloba a necessidade de um procedimento judicial – justo e público – e uma organização judiciária – qual seja, um tribunal competente, independente e imparcial, vem sendo cada vez mais invocada a necessidade de efetividade das decisões proferidas.

Nessa esteira, a Corte de Apelação de Bruxelas, em

uma decisão de 4 de março de 2003, transpôs para a esfera executória o entendimento que havia sido consagrado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Waite e Kennedy c. Alemanha*,<sup>24</sup> de que a imunidade de jurisdição implicaria ofensa ao direito à jurisdição se a parte não tivesse ao seu dispor outro meio adequado para a solução da controvérsia. Sob essa ótica, a Corte belga construiu um raciocínio afirmando que a imunidade (agora de execução) só seria admissível se houvesse outros mecanismos capazes de conduzir à efetivação da *res judicata*, sob pena de ferir o direito universal à jurisdição.

Essa decisão foi a primeira a afastar a imunidade de execução de uma organização internacional, qual seja, o Secretariado do Grupo de Estados da África, do Caribe e do Pacífico (ACP), sediado em Bruxelas, em um litígio interposto por um empregado demitido que requeria o pagamento dos salários atrasados. A Corte de Apelação belga não se vinculou, no caso, ao acordo de sede, que conduziria à aplicação da imunidade, mas confrontou-o com o que ela considerou serem exigências da Convenção Europeia de Direitos Humanos, preferindo fazer prevalecer esta sobre aquela. Assim, na falta de um modo alternativo de resolução da controvérsia, como a arbitragem ou o recurso a um tribunal especializado, a imunidade de execução da organização foi afastada. Diante disso, a decisão, fundamentada no artigo 6º, §1º, da Convenção, entendeu que a execução de uma sentença faz parte integrante do julgamento justo na aceção da Convenção.

Esse raciocínio não deixa de ser audacioso. Contudo, a Corte belga ressaltou que ele só é possível em hipóteses como no caso em questão, em que a resolução do litígio - isto é, o pagamento dos salários em atraso - não prejudique o bom funcionamento da instituição em débito.

Verhoeven comunga do mesmo entendimento. Para ele, a imunidade de execução deve ser afastada quando o particular não dispõe de meios razoáveis para obter, se necessário, a execução forçada do julgamento que foi favorável à sua demanda. O direito humano de acesso à justiça, que envolve a ideia de “processo equitativo”, não é menos cogente que àquele da organização internacional de não ser abusivamente obstada na realização de suas funções e de seu objeto social.<sup>25</sup>

21 GAILLARD, Emmanuel; PINGEL-LENUZZA, Isabelle. International Organisations and Immunity from Jurisdiction: To Restrict or to Bypass. *International and Comparative Law Quarterly*, Oxford, v. 51, n. 1, p. 1-15, jan. 2002, p. 11-12.

22 GAILLARD, Emmanuel; PINGEL-LENUZZA, Isabelle. International Organisations and Immunity from Jurisdiction: To Restrict or to Bypass. *International and Comparative Law Quarterly*, Oxford, v. 51, n. 1, p. 1-15, jan. 2002, p. 12.

23 SILVEIRA, Rubens Curado. A Imunidade de Jurisdição dos Organismos Internacionais e os Direitos Humanos. São Paulo: LTr, 2007, p. 167.

24 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Waite et Kennedy c. Allemagne*, Estrasburgo, 18 fev. 1999.

25 VERHOEVEN, Joe. *Immunités de Jurisdiction ou d'exécution*,

Vale lembrar que, apesar de a arbitragem, também, vir sendo utilizada como mecanismo alternativo disponibilizado pelas organizações internacionais para a solução das controvérsias, a jurisdição arbitral não possui meios próprios para promover uma execução forçada da decisão proferida, competindo ao Poder Judiciário estatal suprir essa deficiência praticando uma interferência residual. Assim, impedir a execução da sentença arbitral em respeito à inviolabilidade dos bens da organização inadimplente seria negar uma das garantias inerentes ao direito à jurisdição, qual seja, a efetividade do provimento de mérito.

A respeito do tema, Silveira ousa sugerir um mecanismo que possa, efetivamente, conciliar os direitos em colisão, a saber, de um lado o direito à imunidade e de outro o direito à jurisdição. Para o autor, elaborados os cálculos, a organização internacional seria notificada sobre o prazo para o pagamento da dívida. Decorrido o prazo sem a quitação da dívida, seria autorizada a execução forçada, uma vez que a omissão impediria toda e qualquer possibilidade de efetivação do direito reconhecido, ensejando uma denegação de justiça.<sup>26</sup> Silveira não desconhece, contudo, que, nesse caso, persistiria a impossibilidade de entrada sem autorização nas repartições das organizações internacionais, razão que faria com que a maior parte das restrições fossem direcionadas aos bens externos, tais como das contas bancárias e dos veículos da organização.<sup>27</sup>

#### **4. MANUTENÇÃO DAS IMUNIDADES DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS DAS QUAIS O ESTADO DO FORO É MEMBRO, MESMO DIANTE DA AUSÊNCIA DE VIAS ALTERNATIVAS PARA A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS**

Em 25 de outubro de 2005, por meio de um acórdão do Tribunal Pleno do TRT, adotado por maioria

alternatives raisonnables et jurisprudence belge. In: KOHEN, Marcelo Gustavo; KOLB, Robert; DOMINICÉ, Christian (Orgs.). Perspectives du droit international au 21e siècle: *Liber amicorum* Professor Christian Dominicé. Leiden: Nijhoff, 2012, p. 150-151.

26 SILVEIRA, Rubens Curado. A Imunidade de Jurisdição dos Organismos Internacionais e os Direitos Humanos. São Paulo: LTr, 2007, p. 157.

27 SILVEIRA, Rubens Curado. A Imunidade de Jurisdição dos Organismos Internacionais e os Direitos Humanos. São Paulo: LTr, 2007, p. 158.

absoluta dos votos, foi adotada a tese que condicionaria o reconhecimento da imunidade à disponibilização de meios alternativos de solução de controvérsias. Segundo o verbete 17/2005:

IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ORGANISMO INTERNACIONAL. MATÉRIA TRABALHISTA. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA RECIPROCIDADE. Em respeito ao princípio da reciprocidade, não há imunidade de jurisdição para Organismo Internacional, em processo de conhecimento trabalhista, quando este ente não promove a adoção de meios adequados para solução das controvérsias resultantes dos contratos com particulares, nos exatos termos da obrigação imposta pelo art. VIII, Seção 29, da Convenção de Privilégios e Imunidades das Nações Unidas.

A aplicação desse entendimento não foi condicionada à natureza do ato em questão, afastando a imunidade das organizações internacionais, ainda, nos casos em que o ato foi praticado no estrito cumprimento de função oficial da organização internacional. O fundamento desse afastamento consiste no fato de que o princípio da reciprocidade, garantido pelo direito internacional, autorizaria o não cumprimento de uma cláusula convencional quando a outra parte não honrasse a obrigação equivalente.<sup>28</sup>

Segundo a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, em seu artigo VIII, seção 29, a ONU deverá estabelecer “processos adequados de solução” para “as controvérsias em matéria de contratos ou outras de direito privado nas quais a Organização seja parte”. Da mesma forma, o art. 9º da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas dispõe que esses organismos devem providenciar modos apropriados de resolver as “disputas resultantes de contratos ou outras disputas de caráter privado nas quais a agência especializada seja parte”.<sup>29</sup>

Para Silveira, por esses tratados, os Estados-membros se comprometeriam, por um lado, a garantir a imu-

28 SILVEIRA, Rubens Curado. A Imunidade de Jurisdição dos Organismos Internacionais e os Direitos Humanos. São Paulo: LTr, 2007, p. 105.

29 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas. Nova Iorque, 2 dez. 2004. Art. 9º - Solução de disputas. 31ª Seção – Cada agência especializada providenciará modos apropriados de resolver: a) disputas resultantes de contratos ou outras disputas de caráter privado nas quais a agência especializada seja parte; b) disputas que envolvam qualquer funcionário de uma agência especializada que, por motivo de sua posição oficial, goze de imunidade, se a imunidade não houver sido dispensada, de conformidade com as disposições da 22ª Seção.

nidade dos referidos organismos, e eles se obrigariam, por outro, a adotar meios adequados de solução das controvérsias resultantes dos contratos com particulares, estando ambos os entes vinculados, destarte, por obrigações conexas e equivalentes. Silveira defende, pois, diante de uma situação concreta, caberia ao Poder Judiciário, aplicando o princípio da reciprocidade, exigir do organismo internacional a adoção de meios alternativos de solução da controvérsia como condição para o reconhecimento da imunidade.<sup>30</sup> Acrescenta o autor que, como nenhum tribunal doméstico tem obrigação de conhecer as regras internas das organizações internacionais, a demonstração da existência de tais mecanismos ficaria a cargo delas e, sem ela, o privilégio deveria ser rejeitado.<sup>31</sup>

Silveira avança nessa linha de argumentação ao mencionar até mesmo a possibilidade de penhora das contribuições financeiras do Brasil para com as organizações das quais o país seja membro, em uma espécie de penhora de crédito junto à União.

Ocorre que o afastamento da imunidade de uma organização internacional da qual o Estado do foro é membro por ausência de meios alternativos de solução de controvérsias constituiria uma verdadeira represália contra essa organização por parte de um dos seus Estados-membros e segundo Francisco Rezek não se tem notícia que nenhum país do mundo já tenha adotado uma represália contra as Nações Unidas:

25. Suponha-se, entretanto, e só para argumentar, que as Nações Unidas deixaram de prover, conforme pactuado, meios para solução de controvérsias dessa natureza. A Organização não é, a rigor, *parte* em seu próprio tratado constitutivo — a Carta de São Francisco, firmada por dezenas de Estados entre os quais o Brasil —, nem em tratados do gênero das Convenções de 1946 e de 1947, concluídos entre os membros da Organização e a respeito de seu sistema. Sucede que em face desses tratados a Organização tampouco pode ser considerada um *terceiro*, estranho às obrigações que lhe são assinaladas no texto. Assim pensando, chegamos a que o hipotético descumprimento de uma norma do tratado, como a que manda instituir o foro, seria um *ilícito internacional* imputável, por omissão, à própria ONU. Mas para o Brasil, membro do sistema, este não é um *Estado estrangeiro* cuja

eventual conduta ilícita possa ser de todo estranha à nossa própria responsabilidade. As Nações Unidas somos nós, associados a outros cento e noventa Estados não menos soberanos. O ilícito que acaso a Organização cometesse seria, em parte, um ilícito nosso...

26. Abstraindo todas essas singularidades, e raciocinando simplesmente como se a ONU fosse um Estado estrangeiro culpado da violação de norma constante de tratado que o vincula ao Brasil, teríamos de dar o nome correto ao que sucedeu no âmbito da Justiça do Trabalho “em respeito ao princípio da reciprocidade”: uma *represália* contra a Organização das Nações Unidas. Represália é, em direito internacional, o cometimento consciente de um *ato ilícito* — qual a violação de norma expressa em tratado — que se entende justificar com a notícia de que a outra parte cometeu, antes, ilícito igual ou equivalente na escala das proporções.

27. Não se tem notícia, em plano global, da adoção de uma represália contra as Nações Unidas. Menos ainda se tem notícia de que esta República, desde sua fundação — ou seu predecessor, o Império do Brasil — tenha um dia incorporado à sua política internacional, a cargo do Governo, a metodologia da represália como reação a algum ilícito de qualquer natureza, cometido por outro Estado soberano. Para dizer o mínimo, é extraordinário que no domínio da Justiça se identifique a iniciativa.

28. Como quer que seja, a represália com que parte da Justiça do Trabalho entende dever punir as Nações Unidas, violando abertamente a imunidade do sistema e comprometendo com isso a responsabilidade internacional da República perante a própria ONU, suas agências especializadas e todos os demais Estados-membros, assenta sobre uma premissa incorreta. Por isso, quando por mais não fosse, não poderia vingar.<sup>32</sup> (grifo nosso)

Assim, nos casos em que o Estado do foro é membro da organização internacional, o resultado da relativização das imunidades diante da falta de vias alternativas para a solução das controvérsias pode parecer contrário à lógica organizacional. Face a tal situação, como membro do sistema, o Estado do foro não poderia se considerar estranho a essa responsabilidade, como faz quando condena um Estado estrangeiro por tal ilícito. Assim sendo, nessas situações, advogamos pela manutenção das imunidades, deslocando para o Estado do foro o ônus que *a priori* seria da organização da qual ele é membro.

30 SILVEIRA, Rubens Curado. A Imunidade de Jurisdição dos Organismos Internacionais e os Direitos Humanos. São Paulo: LTr, 2007, p. 108.

31 SILVEIRA, Rubens Curado. A Imunidade de Jurisdição dos Organismos Internacionais e os Direitos Humanos. São Paulo: LTr, 2007, p. 109.

32 REZEK, Francisco. A Justiça do Brasil ante a Imunidade de Jurisdição das Nações Unidas. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Orgs.). Direitos Humanos e Jurisdição Internacional. Curitiba: Juruá, 2014, p. 71-72.



#### 4.1. O ônus suportado pelo Estado do foro pela manutenção das imunidades das organizações das quais ele é membro na falta de vias alternativas para a solução de controvérsias

Diferentemente do que acontece quando está em questão uma organização internacional da qual não é membro, nos casos em que o Estado do foro for membro de uma organização internacional titular de imunidade, ele não poderá se considerar estranho à responsabilidade pela denegação de justiça ao particular diante da não promoção de vias alternativas para a solução de controvérsias.

Visando contrabalançar o direito que o particular tem de acessar a justiça para ter a sua controvérsia resolvida e a obrigação que o Estado-membro tem para com a organização internacional, entendemos que, em tais situações, o Estado do foro deveria por um lado, manter as imunidades da organização da qual é membro e por outro, arcar com a responsabilidade face às suas instâncias internas, já que não pode, em nome do cumprimento de suas obrigações internacionais, denegar justiça ao particular.

Nas conclusões finais de sua obra, Madruga Filho<sup>33</sup> argumenta que, independentemente da análise da existência de vias de recurso alternativas, o ônus suportado pelo particular que teve negado o acesso à jurisdição estatal diante do reconhecimento da imunidade de jurisdição de um sujeito de direito internacional deveria ser distribuído entre toda a sociedade, ou seja, indenizado pelo Estado do foro.

Nesses casos, Madruga Filho<sup>34</sup> defende a responsabilidade da União pelo débito judicial do Estado estrangeiro. Assim, entende que a União é responsável pela situação de ineficácia da medida executória que deixou a parte brasileira sem receber os valores devidos em razão dos compromissos internacionais que o Estado acordou com outros Estados estrangeiros ou organizações internacionais.

Tal entendimento deve, contudo, ser tomado com parcimônia: caso contrário, a União acabaria se tornando uma pagadora universal de todos os atos afetos aos

Estados e organizações internacionais com os quais ela contratou no plano internacional.<sup>35</sup> Como dissemos, não há necessidade de o Estado do foro se prestar a tal papel se existem vias de execução alternativas perante os foros estrangeiros, o que não impactaria o direito à prestação jurisdicional de maneira desproporcional.

#### 4.2. Análise do julgamento dos Recursos Extraordinários 578543/MT e 597368/MT proferidos em maio de 2014

Um recente julgado do Supremo Tribunal Federal que, em maio de 2014, deu provimento a dois recursos extraordinários para reconhecer a imunidade de jurisdição e de execução da Organização das Nações Unidas e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)<sup>36</sup> no que concerne a demandas decorrentes de relações de trabalho. Em ambos os casos, que foram julgados conjuntamente, a ONU<sup>37</sup> e a União<sup>38</sup> questionavam decisões do Tribunal Superior do Trabalho em ações envolvendo trabalhadores brasileiros que, após o término da prestação de serviços ao PNUD, requeriam a completude dos direitos trabalhistas garantidos na legislação brasileira, da anotação da carteira de trabalho ao pagamento de verbas rescisórias. Tendo as ações transitado em julgado, o TST negou provimento, na fase de execução, aos recursos ordinários em ações rescisórias julgadas improcedentes, com fundamento em que a Justiça do Trabalho seria competente para processar e julgar as demandas envolvendo organismos internacionais decorrentes de qualquer relação de trabalho. Por sua vez, a ONU e a União advogavam pela incompetência da Justiça do Trabalho com fundamento em que o PNUD, sendo um programa da ONU, possui

35 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 567.

36 O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, instituído pela Resolução 2.029 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 22.11.1965, tem particular importância para os países em desenvolvimento, mas não possui a personalidade jurídica internacional, de que se valem os organismos especializados das Nações Unidas, como a UNESCO, a FAO e a OMS. Trata-se o PNUD, formalmente, como órgão subsidiário da própria ONU, fomentador de políticas de desenvolvimento, diretamente subordinado à Assembleia-Geral e ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 578543/MT. Relatora: Ellen Gracie. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 26 maio 2014.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 597368/MT. Relatora: Ellen Gracie. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 26 maio 2014.

33 MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. A Renúncia à Imunidade de Jurisdição pelo Estado Brasileiro e o Novo Direito da Imunidade de Jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 420.

34 MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. A Renúncia à Imunidade de Jurisdição pelo Estado Brasileiro e o Novo Direito da Imunidade de Jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 420.

regras escritas, quais sejam, a Convenção sobre Privilégios e Imunidades e o Acordo de Assistência Técnica com as Nações Unidas e suas Agências Especializadas, que garantem sua imunidade de jurisdição e de execução.

No Acordo Básico sobre Assistência Técnica para a Organização das Nações Unidas e suas Agências Especializadas, promulgado pelo Decreto 59.308, de 23.09.1966, estão estabelecidos os direitos e obrigações de cada Parte na execução dos projetos de cooperação. É com base nesse diploma de direito internacional que a ONU, por intermédio do PNUD, promove a cooperação com o Brasil em empreendimentos voltados para o desenvolvimento do país. Em seu art. V, 1, *a*, há a expressa previsão de que o Governo celebrante deverá aplicar, com relação à Organização das Nações Unidas, seus bens, fundos e haveres, a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas.

Por sua vez, tal Convenção promulgada no Brasil pelo Decreto 27.784, de 16.02.1950, prevê, em sua Seção 2, que

A Organização das Nações Unidas, seus bens e haveres, qualquer que seja sua sede ou o seu detentor, gozarão de imunidade de jurisdição, salvo na medida em que a Organização a ela tiver renunciado em determinado caso. Fica, todavia, entendido que a renúncia não pode compreender medidas executivas.

Interessa-nos, nesse caso, o voto de vista em que a Ministra Cármen Lúcia abriu divergência, sendo seguida pelo Ministro Marco Aurélio. Apesar de reconhecer a imunidade da ONU, com fundamento nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a ministra se mostrou preocupada com a criação de um “limbo jurídico”, que não garantiria ao cidadão brasileiro contratado por essas organizações direitos sociais fundamentais, entre os quais o de acesso à justiça. Por tais razões, seu voto foi no sentido de responsabilizar a União pelos direitos trabalhistas decorrentes do acordo de cooperação técnica com o PNUD, que previa expressamente que o Estado custearia, entre outras coisas, os serviços locais de pessoal técnico e administrativo, de secretaria e de intérpretes. Para ela, isso permitiria conciliar a imunidade da jurisdição da ONU e o direito do cidadão brasileiro de receber direitos trabalhistas já reconhecidos em todas as instâncias da Justiça do Trabalho em ações transitadas em julgado.

Contudo, a maioria dos ministros seguiu o voto da Ministra Ellen Gracie, que se posicionou contra as deci-

sões do TST que obrigaram o PNUD ao pagamento de direitos trabalhistas por ocasião do encerramento dos contratos de trabalho. O entendimento majoritário foi no sentido de que tais decisões violavam as obrigações internacionais que foram convencionadas pelo Brasil.<sup>39</sup> Os ministros que seguiram o voto da relatora ainda destacaram que os funcionários que contrataram com a ONU, quando o fizeram, já estavam cientes de que teriam que submeter eventuais litígios trabalhistas aos seus tribunais administrativos, e não à jurisdição brasileira.

Em consonância com o defendido neste artigo, entendemos que a existência de tais tribunais afasta os questionamentos apresentados pela Ministra Carmen Lúcia acerca de uma possível ofensa ao direito de acesso à jurisdição dos litigantes, uma vez que eles terão a sua demanda julgada por um órgão de solução de controvérsias criado pela própria organização para julgar tal tipo de demanda.

Foi esse, inclusive, o entendimento do ex-Ministro Francisco Rezek em parecer datado de 20 de julho de 2007, juntado ao processo quando este se encontrava no TST:

No quadro dos programas da Organização ou de suas agências, quem quer que preste serviços às Nações Unidas ingressa conscientemente em regime determinado pela ordem jurídica do sistema, pouco importando que a sede de trabalho seja Nova York, Istambul, Brasília ou Nairóbi, e que a função seja a do vigilante, a do técnico, a do especialista, a do Secretário-Geral ou a do juiz

39 DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. DIREITO CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (ONU/PNUD). RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. CONVENÇÃO SOBRE PRIVILÉGIOS E IMUNIDADES DAS NAÇÕES UNIDAS (DECRETO 27.784/1950). APLICAÇÃO. 1. Segundo estabelece a “Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas”, promulgada no Brasil pelo Decreto 27.784, de 16 de fevereiro de 1950, “A Organização das Nações Unidas, seus bens e haveres, qualquer que seja seu detentor, gozarão de imunidade de jurisdição, salvo na medida em que a Organização a ela tiver renunciado em determinado caso. Fica, todavia, entendido que a renúncia não pode compreender medidas executivas”. 2. Esse preceito normativo, que, no direito interno, tem natureza equivalente à das leis ordinárias, aplica-se também às demandas de natureza trabalhista. 3. Recurso extraordinário provido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 578543/MT. Relatora: Ellen Gracie. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 26 maio 2014. No mesmo sentido, vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 744777/ DF. Relator: Gilmar Mender. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 21 jun. 2013.

da Corte Internacional de Justiça. Esse regime, quando não proporciona ação direta ao funcionário acaso descontente no Tribunal Administrativo das Nações Unidas, prescreve a arbitragem como meio de solução do eventual litígio, possível sempre - e já experimentado na prática - o acesso ao Tribunal para que este garanta a realização da arbitragem.<sup>40</sup>

E completa:

Nas espécies em exame, contudo, qualquer ressentimento diante da imunidade das Nações Unidas ou de suas agências seria um perfeito despropósito, seja porque não faltam mecanismos de solução de controvérsias previstos pelo sistema organizacional e pelos contratos celebrados em nosso meio, seja porque a própria Organização nunca foi a usuária final dos serviços contratados, prestados estes, sempre, aos projetos de desenvolvimento acordados com o Brasil e quase sempre geridos por órgãos da administração pública brasileira.<sup>41</sup>

Não podemos negar, contudo, estarmos diante de uma situação peculiar no caso em questão. Nele, poderíamos entender que o PNUD teria atuado como intermediador de mão de obra para a Administração Pública, o que, de certa forma, implicaria uma responsabilidade subsidiária do Estado pelo pagamento dos valores devidos aos funcionários do programa das Nações Unidas.<sup>42</sup>

Em seu estudo, Silveira faz menção a uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho em setembro de 2001 contra a União e seis organizações internacionais.<sup>43</sup> O objeto da demanda era arguição de desrespeito à regra constitucional do concurso público por meio da contratação de “consultores técnicos” pelas organizações internacionais para a prestação de serviços nos Ministérios. Essa prática, segundo o Minis-

tério Público, resultou na contratação de mais de oito mil trabalhadores sem que concurso algum tivesse sido realizado.

Em situações como essas, a Administração Pública tem se portado como uma grande tomadora dos serviços e, portanto, beneficiária final do labor dos trabalhadores.<sup>44</sup> Essa parceria entre o Estado e a organização internacional não deixa de ser, em sua essência, uma terceirização de serviços, afinal, em vez de executar seus projetos por meio de seus servidores públicos, a Administração prefere transferir o trabalho para um ente internacional. Nesse caso, conforme dispõe a Súmula 331 do TST<sup>45</sup>, reconhecida a terceirização da mão de obra, o tomador deve ser responsabilizado subsidiariamente em casos de inadimplência do prestador dos serviços. Em função disso, mesmo que reconhecida a imunidade de execução dos bens da organização internacional, o reclamante poderá pleitear a execução dos bens do tomador dos serviços, qual seja, o Estado brasileiro.

Contudo, entendemos que, para os casos em que a União não seja tomadora do serviço, ela, ainda sim,

44 Ver, por exemplo BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 3ª Vara do Trabalho de Brasília. Processo n. 942. Brasília, 27 out. 2004. Nesta ação, o reclamante foi contratado como “consultor técnico” do PNUD para prestar serviços de digitalização dentro do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, fundação pública subordinada ao Ministério do Planejamento, órgão executor do “Programa Rede de Pesquisa e Desenvolvimento de Políticas Públicas.”; Vide também BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 3ª Vara do Trabalho de Brasília. Processo n. 00048-2004-000-10-00-5 MS. Relatora: Heloísa Pinto Marques. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 26 nov. 2004. Nesse caso, a reclamante foi formalmente contratada pela UNESCO para prestar serviços de digitação no Centro de Processamento da Fundação Hospitalar do Distrito Federal.

45 BRASIL Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 331. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 27 maio 2011. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.1974). II- A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III- Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.6.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.6.1993).

40 REZEK, Francisco. A Justiça do Brasil ante a Imunidade de Jurisdição das Nações Unidas. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Orgs.). Direitos Humanos e Jurisdição Internacional. Curitiba: Juruá, 2014, p. 68-69.

41 REZEK, Francisco. A Justiça do Brasil ante a Imunidade de Jurisdição das Nações Unidas. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Orgs.). Direitos Humanos e Jurisdição Internacional. Curitiba: Juruá, 2014, p. 76.

42 SILVEIRA, Rubens Curado. A Imunidade de Jurisdição dos Organismos Internacionais e os Direitos Humanos. São Paulo: LTR, 2007, p. 162-163.

43 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 15ª Vara do Trabalho de Brasília. Ação Civil Pública n. 1.044. Brasília, 7 jun. 2002. As organizações internacionais demandadas foram a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO); a Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (FLACSO); o Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura (IICA); a Organização Internacional do Trabalho (OIT); a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).



ela poderia ser responsabilizada, desde que o respeito à imunidade de jurisdição da organização internacional da qual o Estado é membro venha implicar denegação de justiça ao particular.

Nessas situações, não seria justo que o particular fosse privado do acesso à justiça e suportasse sozinho o prejuízo decorrente de uma obrigação do Estado, a saber, a de obedecer às obrigações internacionais para com a organização da qual ele é membro. A observação dessa obrigação converte-se em benefício para toda a coletividade.

Assim, diante da impossibilidade de se valer de uma via de recurso alternativa para o processamento do feito e da indisposição do Estado do foro de afastar a imunidade da organização internacional da qual ele mesmo é membro, em respeito ao direito de acesso à justiça, entendemos que o Estado do foro deveria responder perante as suas instâncias judiciais pelos ilícitos praticados pela organização internacional em questão.

Contudo, quando o sujeito de direito internacional é uma organização internacional da qual o Estado do foro não é membro, não haveria razões para não relativizar as imunidades das quais eles venham a gozar diante da falta de indicação de vias alternativas para a solução da controvérsia. Nesse caso, ao Estado do foro seria possibilitada a relativização de sua obrigação de garantir a imunidade para que não tivesse que responder em juízo em nome de uma organização internacional que não se conformou aos ditames do princípio de direito de acesso à justiça.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, é possível concluir que as imunidades das organizações internacionais não são contrárias ao direito de acesso à justiça, dado que elas não resultam na impunidade da organização mas apenas direcionam a demanda para julgamento em um foro mais adequado que tenha sido disponibilizado pela organização internacional.

Dessa forma, a única possibilidade de relativização da regra das imunidades em nome do respeito ao direito de acesso à justiça ocorreria nos casos de inexistência de foro alternativo possível para a resolução da controvérsia, caso em que a manutenção do benefício das imu-

nidades teria por consequência a flagrante violação do direito à jurisdição.

Além da comprovação da existência de meios alternativos para a solução das controvérsias, caberia aos tribunais estatais verificar se esses mecanismos atendem, razoavelmente, às garantias mínimas do direito à jurisdição, tais como a independência e a imparcialidade, sob pena de eles servirem de mero subterfúgio à perpetuação do privilégio.

Contudo, nos casos em que o Estado do foro seja membro da organização internacional, o resultado da relativização das imunidades diante da falta de vias alternativas para a solução das controvérsias pode parecer contrário à lógica organizacional, pois ele constituiria uma verdadeira represália contra essa organização aplicada por um dos seus Estados-membros.

Entendemos que, como membro do sistema, o Estado do foro não poderia se declarar estranho a essa responsabilidade, como faz quando condena um Estado estrangeiro por tal ilícito. Face a tal situação, defendemos a manutenção das imunidades organizacionais, deslocando para o Estado do foro o ônus que *a priori* seria da organização da qual ele é membro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Patrícia Maria Lara; RAPOSO, Rodrigo Otávio Bastos Silva. Imunidade de jurisdição do Estado e reparação civil pela prática de tortura: o caso Zahra Kazemi v. República Islâmica do Irã. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 412-434, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6a edição, Coimbra: Almedina, 1993.

GAILLARD, Emmanuel; PINGEL-LENUZZA, Isabelle. International Organisations and Immunity from Jurisdiction: To restrict or to bypass. *International and Comparative Law Quarterly*, Oxford, v. 51, n. 1, p. 1-15, jan. 2002.

GERSTER, Michael; ROTENBERG, Dirk. Article 105. In: SIMMA, Bruno; KHAN, Daniel-Erasmus (Orgs.). *The Charter of the United Nations: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A Renúncia*

à Imunidade de Jurisdição pelo Estado Brasileiro e o Novo Direito da Imunidade de Jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

REINISCH, August. International Organizations Before National Courts. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

REINISCH, August.; WEBER, Ulf Andreas. In the Shadow of Waite and Kennedy: The Jurisdictional Immunity of International Organizations, The Individual's Right of Access to the Courts and Administrative Tribunals as Alternative means of Dispute Settlement. International Organization Law Review, Leiden, v. 1, n. 1, p. 59-110, 2004.

REZEK, Francisco. A Justiça do Brasil ante a Imunidade de Jurisdição das Nações Unidas. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Orgs.). Direitos Humanos e Jurisdição Internacional. Curitiba: Juruá, 2014, p. 65-76.

REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVEIRA, Rubens Curado. A Imunidade de Jurisdição

dos Organismos Internacionais e os Direitos Humanos. São Paulo: LTr, 2007.

VERHOEVEN, Joe. Considérations sur ce qui est commun: cour général de droit international public. Recueil des cours, La Haye, v. 334, p. 9-434, 2008.

VERHOEVEN, Joe. Immunités de Jurisdiction ou d'exécution, alternatives raisonnables et jurisprudence belge. In: KOHEN, Marcelo Gustavo; KOLB, Robert; DOMINICÉ, Christian (Orgs.). Perspectives du droit international au 21ème siècle: *liber amicorum* Professor Christian Dominicé. Leiden: Nijhoff, 2012, p. 147-160.

VERHOEVEN, Joe. Sur les relations entre immunités et "jus cogens", à la lumière de l'arrêt Allemagne-Italie du février 2012. In: Unité et diversité du droit international: écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy. Bruxelles: Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 527-538.

WATT, Horatia Muir. Une perspective "internationaliste-privatiste". In: VERHOEVEN, Joe (Org.) Le droit international des immunités: contestation ou consolidation? Bruxelles: Larcier, 2004, p. 265-274.

WELLENS, Karel. Remedies Against International Organisations: Basic Issues. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**O direito internacional entre o dever ético e a ação política:** Os fundamentos de um dever de cooperação internacional na filosofia política de Immanuel Kant

**The international law between ethical duty and political action:** The foundations of an international cooperation duty on the Immanuel Kant's political philosophy

Ademar Junior Pozzatti



# O direito internacional entre o dever ético e a ação política: Os fundamentos de um dever de cooperação internacional na filosofia política de Immanuel Kant\*

## The international law between ethical duty and political action: The foundations of an international cooperation duty on the Immanuel Kant's political philosophy

Ademar Junior Pozzatti\*\*

### RESUMO

O presente artigo investiga se existe um fundamento para afirmar um *dever* de cooperação internacional ou se a colaboração é, apenas, um ato de cortesia entre os Estados. Esse trabalho busca fundamentar tal dever na Teoria Moral Deontológica da tradição kantiana para mostrar que a sua concepção da razão prática impõe um dever de cooperação internacional. A hipótese deste trabalho é que existe um dever tanto moral quanto jurídico de cooperação internacional. Para a construção desse argumento, verifica-se como a ideia de dever ético se articula na direção da ação política e que é possível transpor o edifício ético kantiano para as relações internacionais por meio do desenvolvimento de um cosmopolitismo moral e jurídico. Por fim, verifica-se que o desdobramento contemporâneo de alguns desses preceitos pode sustentar um dever de cooperação internacional por parte dos Estados. A originalidade dessa abordagem está na busca das categorias da filosofia política para pensar o direito, bem como na tentativa de sedimentar a cooperação internacional em preceitos éticos.

**Palavras-chave:** cooperação internacional; direito internacional público; filosofia política; teoria normativa das relações internacionais; Immanuel Kant.

### ABSTRACT

This study investigates whether there is a basis to assert that there is a duty of international cooperation or if the collaboration among states is only an act of courtesy. This work seeks to justify that duty on the deontological moral theory of Kantian tradition to show that his conception of practical reason requires a duty of international cooperation. The hypothesis is that there is a duty both morally and legal to international cooperation. For the construction of this argument, it is verified how the idea of ethical duty is articulated in the direction of political action and how it is possible to transpose the Kantian ethical building in direction to the international

\* Recebido em 06/08/2016  
Aprovado em 07/12/2016

\*\* Professor de Direito Internacional da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), E-mail: [pozzatti@smail.ufsm.com](mailto:pozzatti@smail.ufsm.com)

relations through the development of a moral and legal cosmopolitanism. Finally, it is verified that the contemporary unfolding of some of these precepts can sustain a duty of international cooperation by States. The originality of this approach lies in the pursuit of the categories of political philosophy to think the law, as well as in an attempt to settle international cooperation on ethical principles.

**Keywords:** international cooperation; public international law; political philosophy; normative theory of international relations; Immanuel Kant

## 1. INTRODUÇÃO

Quando se fala de cooperação internacional, fala-se de um dever dos Estados ou de um mero ato de cortesia internacional? Os Estados cooperam porque querem e quando querem, ou existe um dever internacional que os obriga a cooperar? Existe algum fundamento capaz de afirmar que se trata de um dever? Para investigar essas questões, este trabalho propõe uma reflexão acerca dos fundamentos das teorias normativas que têm impacto nas relações internacionais e que poderiam fundamentar a existência de um *dever* de cooperação internacional. Assim, na esteira do ressurgimento do interesse pelas teses kantianas do direito cosmopolita, este trabalho tem por objetivo examinar a possibilidade de fundamentar o *dever* de cooperação internacional na ética prática de inspiração em Immanuel Kant.

É importante ressaltar que, neste trabalho, não se quer debater Kant, no sentido de praticar uma exegese kantiana no contexto do seu idealismo transcendental, mas tão somente quer-se discutir o uso contemporâneo das suas ideias. Ora, reconhecendo que existe uma tradição de pensamento inspirada no filósofo de Königsberg, este trabalho pretende fazer um uso instrumental de Kant segundo a sua tradição realizada por alguns dos seus comentadores. Dessa forma, frisa-se, o argumento de que existe um *dever* de cooperação internacional que não é feito por Kant, mas com base em uma inspiração kantiana – juntamente aos seus comentadores contemporâneos – este artigo vai propor tal entendimento.

O objetivo deste trabalho é responder à pergunta: em que medida existe um *dever* de cooperação internacional? Para responder a essa pergunta proceder-se-á a uma abordagem normativa do tema capaz de funda-

mentar tal *dever*. Para tanto, neste artigo, será abordada a Teoria Moral Deontológica da Tradição Kantiana para mostrar de que forma a sua concepção da razão prática, isto é, a capacidade humana racional de deliberação prática, impõe um *dever* de cooperação internacional. Nesse sentido será visto como é possível transpor o edifício ético kantiano para as relações internacionais por meio da ideia de um direito cosmopolita, que rege as relações entre Estados e indivíduos de outros Estados.

Para a construção do eixo argumentativo deste artigo, primeiramente serão delineados os elementos da tradição kantiana capazes de afirmar a existência de um *dever* ético e, em seguida, será visto o impulso dado a ele por Kant na direção da ação política (Parte 1). No segundo momento, será visto como se pode transpor o edifício ético kantiano para as relações internacionais (Parte 2) até o desenvolvimento do seu cosmopolitismo moral e jurídico (Parte 3). Por fim, será investigado se o desdobramento contemporâneo de alguns de seus preceitos pode sustentar a ideia de que existe um *dever* de cooperação internacional por parte dos Estados que seria estabelecido por um direito internacional constituído (Parte 4).

## 2. A COOPERAÇÃO ENTRE A RAZÃO TEÓRICA E RAZÃO PRÁTICA: DO DEVER ÉTICO À AÇÃO POLÍTICA

A filosofia kantiana fornece recursos conceituais de análise para questões concernentes às relações internacionais contemporâneas e, ainda mais especificamente, a partir de Immanuel Kant<sup>1</sup> se pode falar em um verdadeiro dever de cooperação internacional a partir do princípio supremo da moralidade<sup>2</sup>. Para entender isto, é necessário verificar como se dá a construção do edifício ético em Kant.

Na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*<sup>3</sup>, ao tratar da filosofia prática, da ética em geral, Kant assinala que o homem não tem somente uma fa-

1 GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia crítica e razão jurídica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

2 KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla e Discurso Editorial, 2009, p. 85.

3 KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla e Discurso Editorial, 2009. P. 86.

culdade cognoscitiva, mas que a sua moralidade se manifesta também no agir. Desse modo, aceitando a clássica distinção entre razão teórica e razão prática, e, dando primazia a essa última, ele observa que, juntamente à faculdade cognoscitiva, há, também, no homem uma faculdade racional dirigida à ação<sup>4</sup>. Com essa faculdade, o homem dispõe de um dado *a priori*, de um valor absoluto impossível de negar a existência do dever em cada ação. Trata-se de um dever ético, que é usado neste artigo para propor a fundamentação da cooperação internacional.

## 2.1. Direito e Moral em Kant

Para possibilitar essa empreitada argumentativa, inicialmente, é importante fazer a distinção entre direito e moral para poder entender se, quando se fala de dever de cooperação internacional, se fala de um dever moral ou de um dever jurídico.

É princípio fundamental da ética kantiana a autonomia da razão prática. Assim, para que uma vontade possa querer por puro dever, é necessário que não esteja submetida a uma lei estranha, mas que seja legisladora de si mesma. Destarte, só obedecerá à própria lei, que é, por seu turno, lei universal. Com isso, a autonomia da vontade torna-se princípio de todas as leis morais e dos deveres que a elas se conformam<sup>5</sup>. Da autonomia da vontade provêm a legislação moral e a legislação jurídica. As leis jurídicas referem-se às ações externas, enquanto que as leis morais dizem respeito às ações internas do homem<sup>6</sup>.

Assim, para Kant, a ética abarca todos os deveres do homem, sejam internos (moral) ou externos (direito). Ele distingue, assim, no âmbito da conduta humana, a legislação interna da legislação externa. Ambas se diferenciam pelo seu objeto: o direito se ocupa da legislação

prática externa de uma pessoa em relação às outras, na medida em que seus atos possam exercer influência uns sobre os outros.

A legislação moral tem um objetivo mais amplo do que a jurídica, uma vez que esta só prescreve, segundo Kant, atos externos, enquanto aquela prescreve, ademais, a intensão das ações<sup>7</sup>. Por isso, o direito se conforma com a mera legalidade, isto é, a concordância do ato externo com a lei sem levar em conta a sua intenção. Ao revés, a lei moral requer intenção, ou seja, o cumprimento da ação por puro (e autônomo) dever. Significa dizer: a conformidade com a ideia do dever que deriva da lei chama-se moralidade<sup>8</sup>.

Sintetiza Kant:

A conformidade ou a não conformidade pura e simples de uma ação com a lei, sem ter em conta os seus motivos chama-se legalidade ou ilegalidade. Porém essa conformidade, na qual a ideia do dever deduzida da lei é ao mesmo tempo um móvel da ação, é a moralidade da ação<sup>9</sup>.

Assim, “a legislação que de uma ação faz um dever e que ao mesmo tempo dá tal dever por motivo, é a legislação moral. No entanto, aquela que não faz entrar o motivo na lei, que, consequentemente, permite outro motivo à ideia do próprio dever é a legislação jurídica”<sup>10</sup>. Na moral exige-se uma adesão total da ação à lei moral, incluído o motivo da ação. Disso resulta que o tema da legalidade da conduta jurídica se resolve na própria ação, enquanto o tema da moralidade, na intenção da

7 “A legislação moral, ao contrário, erigindo em deveres os atos internos, não exclui os externos e sim, ao contrário, reivindica tudo o que é dever em geral. Porém precisamente porque a legislação moral contém em sua lei o móvel interno das ações (a ideia do dever) e porque essa determinação não pode absolutamente influir na legislação externa, a legislação moral não pode sê-lo, ainda que fosse a expressão da vontade divina” KANT, Immanuel. Doutrina do Direito. Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2005, p. 26.

8 Segundo Simone Goyard-Fabre, até Kant concebia-se a obrigação moral como algo ordenado por uma instância externa ao sujeito, divina ou não. Kant inovou ao interiorizar a origem da lei moral e mostra que os homens não só podem agir moralmente, mas devem fazê-lo, na medida em que a lei moral é auto-imposta. A obrigação moral, nesse sentido, não mais se apresentará como fardo ao agente, mas representará, em última instância, o completo desenvolvimento do homem como ser racional. GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37.

9 KANT, Immanuel. Doutrina do Direito. Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2005, p. 31.

10 KANT, Immanuel. Doutrina do Direito. Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2005, p. 30.

4 KANT, Immanuel. Doutrina do Direito. Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2005, p. 190.

5 Com Kant: “A autonomia da vontade é a qualidade da vontade pela qual ela é uma lei para si mesma (independentemente de toda qualidade dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto: não escolher de outro modo senão de tal modo que as máximas de sua vontade também estejam compreendidas ao mesmo tempo como lei universal no mesmo querer” KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla e Discurso Editorial, 2009, p. 285.

6 KANT, Immanuel. Doutrina do Direito. Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2005, p. 32.



ação. Entretanto, para o direito, a intenção só se torna relevante quando se exterioriza, isto é, quando se confronta com a esfera da liberdade do outro. Na legislação moral, predomina o momento interno da ação, inobstante o motivo seja, sempre, agir pela lei moral.

Observe-se que tanto a moral quanto o direito têm o mesmo objetivo: assegurar a liberdade do homem, impedindo que esse possa ser rebaixado à condição de simples meio (não sendo, pois, considerado um fim em si mesmo). Ocorre que, enquanto a moral busca a liberdade interna, a independência do sujeito em relação a todo o dever que não seja o dever autônomo, o direito realiza a liberdade do agir externo na convivência com os demais. Isso porque no direito, é fundamental que a ação se exteriorize, deparando-se com a instância do árbitro de outro ser humano<sup>11</sup>.

Daí a definição kantiana de direito como o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de cada um pode conciliar-se com o arbítrio dos demais segundo uma lei universal de liberdade<sup>12</sup>. Essa lei universal do direito é expressa da seguinte maneira: “age exteriormente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa se conciliar com a liberdade de todos segundo uma lei universal”<sup>13</sup>.

Assim, o direito consiste na relação entre dois arbítrios de modo que, o que funda o direito é a condição geral que deve convir ao mesmo tempo a todos os arbítrios. Tal condição é a liberdade. Nesse sentido, Kant afirma que:

[...] o conceito de um direito externo em geral decorre totalmente do conceito de *liberdade* na relação externa dos homens entre si e nada tem a ver com o fim, que todos os homens de modo natural têm (o direito de felicidade), nem com a prescrição dos meios para aí chegar; pelo que também este último fim não deve absolutamente mesclar-se naquela lei como princípio determinante da mesma. O *direito* é a limitação da liberdade de cada um à condição de sua consonância com a liberdade de todos, enquanto esta é possível segundo uma lei universal<sup>14</sup>.

Destarte, o direito é a forma universal da coexistência das liberdades individuais, de modo que a liberdade de cada um é limitada exclusivamente em função das liberdades das outras pessoas, com base na igualdade dos direitos de liberdade. Por serem os homens iguais e livres, faz-se necessário introduzir o elemento coerção no direito, visto que o direito não tem o dever como móbil, mas a preservação da liberdade dos indivíduos. Por isso, a coercibilidade é o instrumento por meio do qual se anulam as possibilidades de obstaculizar o uso da liberdade dos outros<sup>15</sup>.

Dessa forma, com Kant, “a coerção justifica-se para limitar a coação que o outro me exerce, contrariando a minha ação, configurando um obstáculo à minha liberdade”. O obstáculo ao obstáculo à liberdade é justo, porquanto concorda com a liberdade segundo leis universais<sup>16</sup>. Assim, o respeito do outro como pessoa é a mais profunda dimensão ética do direito, em que está ligada a noção de amor ao próximo, o que implica “pensar pondo-se no lugar de um qualquer outro”<sup>17</sup> o que pressupõe o exercício da corresponsabilidade, pois os homens estão ligados entre si porque são homens, pela sua humanidade.

É nesses termos que se pode pensar um dever de cooperação quando se trata de realizar os direitos humanos mais básicos. Trata-se do agir para com o outro da forma como eu gostaria que o outro agisse comigo. É o que Kant chama de “pensar no lugar de todo o outro”, como sendo um “pensar alargado”, em uma lógica

2009, p. 78.

15 Nas palavras de Kant: “Ora, visto que toda a restrição de liberdade pelo arbítrio de outrem se chama coação, segue que a constituição civil é uma relação de homens livres, que (sem dano da sua liberdade no todo da sua religião com os outros) se encontram, no entanto, sujeitos às leis coercitivas: porque a própria razão assim o quer e, sem dúvida, a razão que legifera a priori, a qual não toma em consideração qualquer fim empírico”. KANT, Immanuel. Sobre a expressão corrente: Isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática. In: A Paz Perpétua e outros opúsculos. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 78.

16 “É justa toda a ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais. Se, assim, a minha ação, ou em geral meu estado pode subsistir com a liberdade dos demais, segundo uma lei geral, comete uma injustiça contra mim aquele que me perturba nesse estado porque o impedimento (a oposição) que me suscita não pode subsistir com a liberdade de todos, segundo leis gerais”. KANT, Immanuel. Doutrina do Direito. Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2005, p. 46.

17 KANT, Immanuel. Crítica da faculdade do juízo. Lisboa: Imprensa Nacional e Casa da Moeda, 1998, p. 196.

11 KANT, Immanuel. Doutrina do Direito. Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2005, p. 25-27.

12 KANT, Immanuel. Doutrina do Direito. Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2005, p. 45.

13 KANT, Immanuel. Doutrina do Direito. Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2005, p. 46.

14 KANT, Immanuel. Sobre a expressão corrente: Isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática. In: A Paz Perpétua e outros opúsculos. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70,

de consciência da reciprocidade<sup>18</sup>. Ao referir-se à pessoa de mentalidade alargada, quer dizer que essa não se “importa com as condições privadas subjetivas do juízo”, e sim “reflete sobre o seu juízo desde um ponto de vista universal (que ele somente pode determinar enquanto se transpõe para o ponto de vista dos outros)<sup>19</sup>. Para ele, então, a máxima do pensar alargado nada mais é do que o exercício da “faculdade do juízo”<sup>20</sup>.

Disso se pode afirmar que a cooperação, de uma forma ampla, pode ser entendida como um dever moral e também como um dever jurídico. Trata-se de um dever moral porquanto é eticamente desejável cooperar com o outro pois se espera do outro a mesma cooperação. A cooperação será um dever jurídico quando sua norma for positivada e puder ser executada pela estrutura política institucional.

## 2.2 Imperativo categórico e dignidade humana

A ética kantiana foi construída encima da ideia de que a moralidade pode resumir-se num princípio fundamental, a partir do qual se derivam todos os deveres e obrigações da humanidade. Kant chamou esse princípio de imperativo categórico<sup>21</sup>, o qual exprimiu da

seguinte forma, em oposição ao imperativo hipotético:

Quando penso um imperativo hipotético em geral, não sei de antemão o que poderá conter. Só o saberei quando a condição me seja dada. Mas se pensar um imperativo categórico, então sei imediatamente o que é que ele contém. Porque, não contendo o imperativo, além da lei, senão a necessidade da máxima que manda conformar-se com esta lei, e não contendo a lei nenhuma condição que a limite, nada mais resta senão a universalidade de uma lei em geral à qual a máxima da ação deve ser conforme, conformidade essa que só o imperativo nos representa propriamente como necessária. O imperativo categórico é portanto só um único, que é este: *Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.*<sup>22</sup>

Esta é a fórmula básica do imperativo categórico. Trata-se de um imperativo formal, pois somente prescreve a forma e não o conteúdo (matéria) da ação<sup>23</sup>. A fórmula “não concerne à matéria da ação e ao que deve resultar dela, mas à forma e ao princípio do qual ela própria se segue, e o que há de essencialmente bom na mesma consiste na atitude, o resultado podendo ser o que quiser”<sup>24</sup>.

No entanto, na mesma obra, Kant deu outras formulações do princípio moral essencial: “Age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza”<sup>25</sup>; “Age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como

18 Quanto a esse último aspecto Otfried Höffe afirma: “o início sistemático de uma ética jurídica se forma através do dever de se reconhecer a si próprio, sob dois aspectos, como sujeito de direito: no sentido da honestidade jurídica contra outros indivíduos e no sentido da disposição original para a imputabilidade para si próprio. Porém, dispondo-se apenas desse auto reconhecimento recomposto de duas partes, ainda não se consegue chegar ao objetivo almejado. A solitude do sujeito de direito precisa ser complementada pela relação de reciprocidade entre os sujeitos de direito, e o autorreconhecimento original da complementação, através do reconhecimento alheio original. Em outros termos, cada sujeito deverá reconhecer cada outro sujeito como um ser que, enquanto parte interessada, faz parte do contrato jurídico original, levando-se em conta seu consentimento condicionado à vantagem, bem como o cumprimento de prestação recíproca. E como cada sujeito de direito é obrigado a efetuar prestações idênticas, tudo volta a girar em torno da reciprocidade” HÖFFE, Otfried. A democracia no mundo de hoje. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 93.

19 KANT, Immanuel. Crítica da faculdade do juízo. Lisboa: Imprensa Nacional e Casa da Moeda, 1998, p. 197.

20 KANT, Immanuel. Crítica da faculdade do juízo. Lisboa: Imprensa Nacional e Casa da Moeda, 1998, p. 198.

21 Kant afirma que a maneira mais adequada de identificar os imperativos seria como: “regras da habilidade ou conselhos da prudência, ou mandamento (leis) da moralidade. Pois só a lei traz consigo o conceito de uma necessidade incondicional e, na verdade, objetiva, e, por conseguinte, universalmente válida” KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla e Discurso Editorial, 2009, p. 197).

22 KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla e Discurso Editorial, 2009, p. 214-215.

23 “Se se percorrer a história da ética, contata-se que Kant aparece como uma novidade que faz dele um caso único. A ética kantiana é diferente de todas as outras. Os filósofos da época pretendem definir o que é o Bem, a matéria do Bem, que é o fim último, e, a partir dessa concepção de bem, procuram encontrar as normas a que o homem deve obedecer para se aproximar dele. [...] Chamam-se éticas materiais aquelas que definem um bem que é o fim a atingir pelo agir humano. [...] Kant, por sua vez, formulou uma ética formal. Ele não concebe a ação humana a partir do ponto de vista do desejo, isso é, do ponto de vista do fim a atingir”. BRITO, Jose Henrique Silveira. Introdução à Fundamentação da Metafísica dos Costumes de I. Kant. Porto: Contraponto, 1994, p. 39.

24 KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla e Discurso Editorial, 2009, p. 197.

25 KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla e Discurso Editorial, 2009, p. 215.

fim, nunca meramente como meio”<sup>26</sup>; e “todas as máximas, por legislação própria, devem concordar com a ideia de um reino possível dos fins, como um reino da natureza”<sup>27</sup>. Essas fórmulas evidenciam as duas características do imperativo categórico: a universalidade e o caráter de necessidade (dever) que ele impõe à ação.

Dentro dessa perspectiva, a cooperação, também, pode ser vista como um imperativo categórico, devido à sua universalidade (satisfação dos projetos alheios, que, em última análise, são os meus projetos) e a sua necessidade (primeiramente porque é condição necessária para a concretização de muitos direitos humanos, e, por isso, se trata de um dever e não de mera cortesia). Nessa perspectiva, a concretização da dignidade humana se coloca como o fundamento maior do dever de cooperação.

Ora, da crença de Kant de que a moralidade exige que as pessoas sejam tratadas “sempre como um fim e nunca apenas como um meio” vem todo o humanismo da sua obra. Esse humanismo está presente na ideia de que o valor dos seres humanos “está acima de qualquer preço”. Para Kant isso não tem apenas um efeito retórico, mas sim um juízo objetivo sobre o lugar dos seres humanos na ordem das coisas<sup>28</sup>. Assim, as pessoas têm “um valor intrínseco, isto é, dignidade”, porque são agentes racionais, ou seja, agentes livres com capacidade para tomar as suas próprias decisões, estabelecer os seus próprios objetivos e guiar a sua conduta pela razão<sup>29</sup>.

Como a lei moral é a lei da razão, os seres racionais

agem de acordo com a lei moral porque assim o devem fazer. Esse dever é a única coisa com “valor moral” para Kant, e deve ser exercido em consonância com as condições que tornam factível a moralidade assim definida. Tais condições são os chamados postulados da razão prática, dentre os quais está a liberdade. Assim, o diálogo entre a razão teórica e a prática concretiza-se através da liberdade, consubstanciada na obrigação moral<sup>30</sup>.

Por ser racional, o ser humano é moral. E dessa moralidade advém a ideia de tratar os outros de forma que tal tratamento pudesse se tornar uma lei universal. Nessa lei universal, estão inseridos a solidariedade e o “dever de hospitalidade”, conceitos que Kant empresta ao presente trabalho a fim de fundamentar o dever de cooperação. Para embasar esse dever de “hospitalidade jurídica”, urge que a jurisdição tenha uma mentalidade alargada, humanizada e não restrita ao conforto do Estado nacional.

Assim, pode-se encontrar o fundamento da cooperação na ética kantiana, de tal forma a verificar-se que, através da ideia de solidariedade, pode-se compreender a ideia de cooperação internacional. Essa compreensão é indispensável para o desenvolvimento da hipótese desse trabalho, de que a cooperação não é um ato de cortesia entre os Estados, mas um verdadeiro *dever*.

### 3. DO DEVER DAS PESSOAS AO DEVER DOS ESTADOS: UMA TRANSPOSIÇÃO POSSÍVEL?

A fim de cuidar da analogia entre a ética das pessoas e das instituições políticas, é importante a obra *À Paz Perpétua de Kant*, de Soraya Nour. A autora, na esteira de Kant, refere que, da mesma forma que se pode encontrar no conceito de pessoa um princípio fundamental, “assim, também, o Estado, a partir de uma analogia que Kant constrói entre pessoas e instituições políticas, não é considerado uma coisa da qual se pode dispor como se queira, e sim uma “pessoa moral” (...), que dispõe de soberania”<sup>31</sup>.

Portanto, da mesma forma que a liberdade de cada

26 KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla e Discurso Editorial, 2009, p. 245.

27 KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla e Discurso Editorial, 2009, p. 246.

28 Observe que se o seu valor está “acima de qualquer preço”, os seres racionais têm de ser tratados “sempre como um fim e nunca apenas como um meio”. Isto significa que se deve lutar para promover o bem-estar das outras pessoas; deve-se respeitar os seus direitos, evitar fazer-lhes mal, e, em geral, “empenhar-se, tanto quanto possível, em promover a realização dos fins dos outros”. Assim, a ideia de Kant implica quem, ao aceitar que os seres humanos são racionais, deve-se “tratá-los como fins em si”, o que significa respeitar a sua racionalidade. Assim, nunca se pode manipular as pessoas, ou usá-las, para alcançar os objetivos alheios. KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla e Discurso Editorial, 2009, p. 240.

29 BRITO. Jose Henrique Silveira. Introdução à Fundamentação da Metafísica dos Costumes de I. Kant. Porto: Contraponto, 1994, p. 40.

30 BRITO. Jose Henrique Silveira. Introdução à Fundamentação da Metafísica dos Costumes de I. Kant. Porto: Contraponto, 1994, p. 40.

31 NOUR, Soraya. À paz perpétua de Kant: Filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 29.



indivíduo não deveria ultrapassar a esfera da liberdade dos demais indivíduos, Kant passa a se preocupar com a relação da liberdade dos Estados e a sua coabitação em um espaço finito<sup>32</sup>. Assim, da mesma forma que o direito estatal deve, apenas, se limitar a garantir a liberdade dos homens, o direito cosmopolita deveria ser limitado às condições da hospitalidade universal<sup>33</sup>.

Para atingir esse ideal de relações internacionais colaborativas, Kant revigora o direito cosmopolita, discurso que já havia sido abordado por muitos pensadores de diversas matizes, desde a Antiguidade Clássica<sup>34</sup>. Porém, foi Immanuel Kant, com a obra *Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*, de 1784, quem “deu à luz científico-filosófica” ao cosmopolitismo<sup>35</sup>. Nessa obra Kant reconhece que “o maior problema para a espécie humana, a cuja solução a natureza a obriga, é alcançar uma sociedade civil que administre universalmente o direito”<sup>36</sup>. Esse problema, segundo ele, será o último a ser resolvido pela espécie humana, uma vez que a vasta maioria dos homens tem necessidade de líderes (ou senhores), que os obriguem a obedecer à vontade “universalmente válida”.

Compreendendo o “estado de natureza” como um estado de guerra, Kant acredita que a paz deva ser assegurada por estruturas jurídicas institucionais, conferindo, dessa forma, relevância ao direito público<sup>37</sup>. Kant

constata a “insociável sociabilidade dos homens, ou seja, sua tendência a entrar em sociedade que está ligada a uma oposição geral que ameaça constantemente dissolver esta sociedade”<sup>38</sup>, levando o homem ao mesmo tempo à concórdia e à discórdia.

Assim, “uma sociedade na qual a liberdade sob leis exteriores encontra-se ligada ao mais alto grau a um poder irreversível, ou seja, a uma constituição civil perfeitamente justa deve ser a mais elevada tarefa da natureza para a espécie humana”<sup>39</sup>. Mas, “o problema do estabelecimento de uma constituição civil perfeita depende do problema da relação externa legal entre Estados e não pode ser resolvido sem que este último o seja”<sup>40</sup>.

Dessa forma, a solução encontrada por Kant é a criação de uma “federação de nações”<sup>41</sup>, o que alguns comentadores vão chamar erroneamente de estado civil mundial, ou ainda, estado cosmopolita:

A mesma insociabilidade que obrigou os homens a esta tarefa [estabelecimento de uma constituição civil] é novamente a causa de que cada república, em suas relações externas – ou seja, como um Estado em relação a outros Estados –, esteja numa liberdade irrestrita, e consequentemente deva esperar do outro os mesmos males que oprimiam os indivíduos e os obrigavam a entrar num estado civil conforme leis<sup>42</sup>.

Segundo Katrin Flinkschuh, não se trata de um estado civil mundial, mas de uma federação mundial:

Tradicionalmente, os teóricos das relações internacionais tendem a associar o cosmopolitismo de Kant,

32 Nesse sentido, na obra *A paz perpétua*, Kant estabelece os seus artigos preliminares para a paz, dominados pela ideia da coexistência pacífica entre os diferentes povos da Terra, excluindo qualquer ideia de paz armada, de animosidade, de propaganda belicosa e de competição em vista da supremacia supranacional.

33 NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant: Filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 50.

34 Ainda que, como lembra Otfried Höffe, as virtudes cosmopolitas em sentido político tenham sido abordadas por Kant de forma incidental e genérica, mesmo em *À paz perpétua*, a qual será analisada a seguir. HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 393.

35 Na obra *Ideia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*, Kant relaciona o desenvolvimento e o melhoramento humano à conduta política adotada pelos indivíduos em relação uns com os outros. A adoção dessa conduta começa a desenhar-se no momento em que o homem, por um ato de vontade, utiliza todo o seu maquinário racional com a finalidade de sair do seu estado de animalidade, pautado nos impulsos sensíveis, e ascende ao estado de sociabilidade, marcado pela busca, sempre inacabada, da moralidade. Em outras palavras, ocorre a incidência da razão prática sobre a ação política. KANT, Immanuel. *Ideia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 11.

36 KANT, Immanuel. *Ideia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 10.

37 “Tendo em conta a maldade da natureza humana, que pode

ver-se às claras na livre relação dos povos (ao passo que no Estado legal-civil se oculta através do governo) é, sem dúvida, de admirar que a palavra direito não tenha ainda podido ser expulsa da política da guerra como pedante e que nenhum Estado tenha ainda ousado manifestar-se publicamente a favor desta última opinião; pois continuam, ainda, a citar-se candidamente Hugo Grócio, Pufendorf, Vattel e outros (incômodos consoladores apenas!). Embora o se código elaborado filosófica ou diplomaticamente não tenha a mínima força legal nem a possa também ter (porque os Estados enquanto tais não estão sob nenhuma coação exterior comum)” KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua*. In: *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 144.

38 KANT, Immanuel. *Ideia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 08.

39 KANT, Immanuel. *Ideia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 10.

40 KANT, Immanuel. *Ideia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 12.

41 KANT, Immanuel. *Ideia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 12.

42 KANT, Immanuel. *Ideia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 13.

ou seja, a sua ideia de ‘cidadãos do mundo’ (Weltburger), com um apelo a um Estado mundial - uma proposta que, como políticos realistas, elas foram extremamente cauteloso, não sobretudo por causa de a perda implícita de soberania do Estado.<sup>43</sup>

Assim, Katrin Flinkschuh constata a analogia que Kant faz entre indivíduos e Estados, por serem dois tipos de pessoas morais, ao mesmo tempo que esclarece a ausência de qualquer autocontradição na expressão estado federal mundial:

Uma vez que Kant faz uma analogia explícita entre indivíduos e estados como dois tipos de pessoa moral, a exigência de que estados ceder (parte da) a sua soberania, a fim de se submeter a uma autoridade superior não é mais contraditória do que a demanda de que os indivíduos desistir de sua liberdade sem lei no momento da entrada na sociedade civil.<sup>44</sup>

Entretanto, a autora argumenta que, embora existam leituras divergentes acerca de se tratar de um Estado mundial ou uma associação federativa, impõe-se uma leitura em favor desta última, não somente por uma questão pragmática (Estados simplesmente não estariam preparados para abrir mão de sua soberania), mas porque os Estados perderiam a sua liberdade ao se submeterem a um estado mundial, o que contradiria toda a construção kantiana da existência do direito. Para Katrin Flinkschuh:

Nesta leitura, a ideia de um Estado mundial contradiz as razões para a sua criação, na medida em poderes coercivos de um estado mundial minariam as possibilidades de estados associarem-se livremente uns com os outros. Unificação sob um Estado mundial seria baseado na ameaça de coerção, o que é contrário à afirmação de Kant de que uma paz duradoura mundial deve ser premissa a rejeição, em princípio, de recorrer à ameaça

ou uso da força entre os Estados.<sup>45</sup>

Então, em vez de estado mundial, esse

estado civil poderia ser chamado de estado cosmopolita, que seria uma verdadeira “federação de nações em que todo Estado, mesmo o menor deles, pudesse esperar sua segurança e direito não da própria força ou do próprio juízo legal, mas somente desta grande confederação de nações (*Foedus Amphictyonum*) de um poder unificado e da decisão segundo leis de uma vontade unificada”<sup>46</sup>.

Kant reconhece que “tão fantástica quanto essa ideia possa parecer, e embora, enquanto tal se preste ao riso no Abée de Saint-Pierre ou em Rousseau [...], é a saída inevitável da miséria em que os homens se colocam mutuamente”<sup>47</sup>. Esse movimento que levou o homem selvagem a renunciar a sua liberdade é um movimento objetivo da natureza humana, que, “depois de várias revoluções e transformações, finalmente poderá ser realizado um dia aquilo que a natureza tem como propósito supremo, um estado cosmopolita universal”<sup>48</sup>. E esse estado cosmopolita universal impõe aos Estados o dever de cooperação entre eles, como será visto a seguir.

#### 4. ALÉM DO DIREITO ESTATAL E DO DIREITO INTERNACIONAL, UM DIREITO COSMOPOLITA

O Estado cosmopolita mundial desempenha entre os Estados o papel de um imperativo categórico, cujo instrumento de realização é o direito cosmopolita, construção esta que aparece no terceiro artigo da Paz Perpétua como uma terceira condição positiva para a efetivação da paz, ao lado da existência do direito interno e do internacional.

43 FLINKSCHUH, Katrin. Kant and Modern Political Philosophy. Cambridge University Press, 2004, p. 184. Tradução livre. No original: “Traditionally, international relations theorists have tended to associate Kant’s cosmopolitanism, i.e. his idea of ‘world citizens’ (Weltburger), with a plea for a world state - a proposal which, as political realists, they were extremely wary of, not least because of the implied loss of state sovereignty”.

44 FLINKSCHUH, Katrin. Kant and Modern Political Philosophy. Cambridge University Press, 2004, p. 184. Tradução livre. No original: “Since Kant draws an explicit analogy between individuals and states as two kinds of moral person, the requirement that states cede (part of) their sovereignty in order to submit to a higher authority is no more self-contradictory than the demand that individuals give up their lawless freedom upon entrance into civil society”.

45 FLINKSCHUH, Katrin. Kant and Modern Political Philosophy. Cambridge University Press, 2004, p. 185. Tradução livre. No original: “On this reading, the idea of a world state contradicts the reasons for its establishment in so far as a world state’s coercive powers undercut the possibility of states freely associating with one another. Unification under a world state would be based on the threat of coercion, which is contrary to Kant’s claim that a lasting global peace must be premised on the rejection in principle of the threat or use of force among states”.

46 KANT, Immanuel. Ideia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 13.

47 KANT, Immanuel. Ideia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 14.

48 KANT, Immanuel. Ideia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 19.

Quanto a essa terceira condição, Katrin Flinkschuh diz que:

Kant reconhece três níveis distintos, embora relacionados, de relações jurídicas: o “Direito de um estado” especifica relações de direito entre pessoas dentro de um estado; o “Direito de nações” pertence às relações de direito entre os estados; e ‘o direito para todas as nações’ ou “Direito cosmopolita” diz respeito às relações de direito entre pessoas e Estados estrangeiros.<sup>49</sup>

Quanto a essa terceira dimensão do direito, Soraya Nour diz tratar-se do “direito dos cidadãos do mundo, que considera cada indivíduo não membro de seu Estado, mas membro, ao lado de cada Estado, de uma sociedade cosmopolita”<sup>50</sup>. Assim, o direito cosmopolita não se confunde com o direito interno ou o internacional, pois considera, ao mesmo tempo, os homens e os Estados nas suas relações externa de influência recíproca, como cidadãos de um estado cosmopolita de toda a humanidade, que não se confunde com um estado mundial<sup>51</sup>. Assim, o cosmopolitismo não pressupõe a existência de um Estado supranacional e nem confunde o direito cosmopolita com um direito supranacional.

49 FLINKSCHUH, Katrin. *Kant and Modern Political Philosophy*. Cambridge University Press, 2004, p. 184. Tradução livre. No original: “Kant recognizes three distinct though related levels of rightful relation: the ‘Right of a state’ specifies relations of Right between persons within a state; the ‘Right of nations’ pertains to relations of Right between states; and ‘the Right for all nations’ or ‘cosmopolitan Right’ concerns relations of Right between persons and foreign states”.

50 NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant: Filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 54.

51 Segundo Katrin Flinkschuh, o direito cosmopolita não perde relevância por ele não estar vinculado a um estado mundial: “Se Kant rejeita a ideia do Estado mundial como uma questão de princípio, ou se ele apenas adia a sua realização por razões pragmáticas, sem dúvida, continua a ser um ponto de algum debate. Em ambos os casos, a fluidez da política global em curso, com o desmembramento de Estados individuais, a associação semi-federativa, regional entre alguns estados, e o vasto aumento do número de agentes não-estatais fez com que três níveis de direito de Kant estão atraindo o interesse prático considerável”. Em tradução livre. No original: “Whether Kant rejects the idea of the world state as a matter of principle, or whether he merely postpones its realization for pragmatic reasons, will no doubt remain a point of some debate. In either case, the fluidity of current global politics, with the break-up of individual states, the semi-federative, regional association between some states, and the vastly increased number of non-state global agents has meant that Kant’s three levels of Right are attracting considerable practical interest today”. FLINKSCHUH, Katrin. *Kant and Modern Political Philosophy*. Cambridge University Press, 2004, p. 186.

Como não existe um estado mundial que se ocupasse do estabelecimento de uma cidadania mundial em detrimento das cidadanias locais, o direito cosmopolita agasalha uma cidadania que se soma às cidadanias nacionais. Nesse sentido:

[...] cidadãos globais são cidadãos sem um Estado mundial que mantém sua cidadania em relação aos estados individuais dos quais eles são membros. A ideia do cidadão do mundo como um cidadão sem um Estado mundial ganha cada vez mais força entre os debatedores de justiça global, seja este no contexto de uma federação europeia, o debate internacional dos direitos humanos, ou que o direito internacional em geral.<sup>52</sup>

Kant expõe, de forma mais acabada, a sua ideia de cosmopolitismo em *A paz perpétua*, de 1795, ao revelar que a premissa para as três dimensões do direito (estatal, internacional e cosmopolita) é, absolutamente, a mesma: a recíproca influência física dos homens. Ora, como a Terra não é uma superfície infinita, mas sim fechada sobre si mesma<sup>53</sup>, não se pode evitar a proximidade espacial com outras pessoas, de modo que os habitantes de toda a Terra passam a constituir um sistema em que “o ataque a um direito em um lugar da Terra é sentido em todos”<sup>54</sup>.

Kant é categórico ao afirmar o caráter jurídico do direito cosmopolita: “trata-se aqui, como nos artigos precedentes, não de filantropia, mas de direito”<sup>55</sup>. Com essa afirmação, Kant se preocupa em dotar de tangibilidade o seu projeto de paz perpétua, negando o seu caráter utópico<sup>56</sup>.

52 FLINKSCHUH, Katrin. *Kant and Modern Political Philosophy*. Cambridge University Press, 2004, p. 186. Tradução livre. No original: “global citizens are citizens without a world state who retain their citizenship in relation to the individual states of which they are members. The idea of the world citizen as a citizen without a world state has gained increasing currency among discussants of global justice, be this in the context of a European federation, of the international human rights debate, or that of international law in general”.

53 NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant: Filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 55.

54 KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua*. In: *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 151.

55 KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua*. In: *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 152.

56 “Mas dir-se-á, “jamais os Estados se submeterão a tais leis coercivas; e o projeto de um Estado universal dos povos, a cujo poder se devem sujeitar livremente todos os Estados para obedecer às suas leis, pode soar agradavelmente na teoria de um Saint. Pierre ou de



Nesse sentido, elucida Katrin Flinkschuh, afirmando que “O *status* de direito cosmopolita como um ‘direito estrito’, ou seja, quanto externamente executório, portanto, sujeito a institucionalização e implicando obrigações por parte do titular do direito”<sup>57</sup>. E segue a autora alegando serem os direitos humanos universais a materialização do discurso do direito cosmopolita:

Se alguém aceita o direito cosmopolita dos indivíduos à hospitalidade como um direito estrito, as suas obrigações e os requisitos para a aplicação da lei institucionalizada correspondentes impor restrições à agência internacional que sejam mais estritas do que o conteúdo escasso de direito cosmopolita pode, inicialmente, sugerir. Isto não é negar que a concepção de Direito cosmopolita de Kant requer alguma extensão nas condições atuais da globalização. Como já indicado, isso agora é muitas vezes feito por meio de vinculação Direito cosmopolita de Kant às disposições atuais sobre direitos humanos.<sup>58</sup>

Da mesma forma, na Doutrina do Direito, de 1797, o projeto de paz ganha maior tangibilidade: “Esta ideia racional de uma comunidade pacífica perpétua de todos os povos da Terra (mesmo quando não sejam amigos),

entre os quais podem ser estabelecidas relações, não é um princípio filantrópico (moral), mas um princípio de direito”<sup>59</sup>.

De uma forma geral, o direito cosmopolita assim como todo o edifício jurídico kantiano decorre da “coexistência inevitável” dos homens e de nenhum princípio metafísico. Isto fica claro no parágrafo 42 da Doutrina do Direito:

Do direito privado no estado de natureza surge, então, o postulado do direito público: deves, em vista da relação de coexistência inevitável com todos os outros, sair do estado de natureza para entrar num estado jurídico, quer dizer, num estado de uma justiça distributiva<sup>60</sup>.

Quanto ao conteúdo do direito cosmopolita, o terceiro artigo definitivo à paz perpétua assevera que “o direito cosmopolita deve se limitar às condições de uma hospitalidade universal”<sup>61</sup>. O direito cosmopolita é estabelecido com base no princípio de que todos, originalmente, têm o mesmo direito sobre o solo e, assim, “ninguém tem mais direito que um outro de estar em um lugar da Terra”<sup>62</sup>. Assim, do direito à liberdade

um Rousseau, mas não vale a pena para a prática: pois, foi também em todos os tempos escarnecido por grandes estadistas e ainda mais pelos chefes de Estado como uma ideia pedante e pueril, saída da escola”. Da minha parte, pelo contrário, confio na teoria, que dimanada do princípio de direito sobre o que deve ser a relação entre os homens e os Estados, e que recomenda aos deuses da Terra a máxima de sempre procederem nos seus conflitos de maneira a introduzir-se assim um tal Estado universal dos povos e a supor também que ele é possível (in praxi) e que pode existir; mas, ao mesmo tempo, confio também (in subsidium) na natureza das coisas que obriga a ir para onde de bom grado não se deseja (...). Do ponto de vista cosmopolita, se persiste também na afirmação: O que por razões racionais vale para a teoria, vale igualmente para a prática”. KANT, Immanuel. A Paz Perpétua. In: A Paz Perpétua e outros opúsculos. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 109.

57 FLINKSCHUH, Katrin. Kant and Modern Political Philosophy. Cambridge University Press, 2004, p. 187. Tradução livre. No original: “the status of cosmopolitan Right as a ‘strict right’, i.e. as externally enforceable, hence as subject to institutionalization and as entailing obligations on the part of the rights holder”.

58 FLINKSCHUH, Katrin. Kant and Modern Political Philosophy. Cambridge University Press, 2004, p. 187. Tradução livre. No original: “If one does accept individuals’ cosmopolitan rights to hospitality as a strict right, its corresponding obligations and requirements for institutionalized law enforcement impose constraints on international agency that are more stringent than the meager content of cosmopolitan Right may initially suggest. This is not to deny that Kant’s conception of cosmopolitan Right requires some extension under current conditions of globalization. As already indicated, this is now often done by means of linking Kant’s cosmopolitan Right to current human rights provisions”.

59 E segue Kant: “A natureza encerrou todos os homens juntos, por meio da forma redonda que deu ao seu domicílio comum (globus terraqueus), num espaço determinado. E, como a posse do solo, sobre o qual o habitante da Terra foi chamado a viver, só pode ser concebida como a posse de uma parte de um todo determinado. Por conseguinte, se uma parte sobre a qual cada um deles tem um direito primitivo, todos os povos estão originalmente em comunidade do solo; não em comunidade jurídica da posse (communio) e portanto de uso ou de reciprocidade desse solo; mas em reciprocidade de ação (commercium) física possível, isto é, numa relação universal de apenas um com todos os demais (relação que consiste a se prestar a um comércio recíproco); e têm o direito de fazer a experiência, sem que por isso possa um estrangeiro tratá-los como inimigo. Este direito, como a união possível de todos os povos, com relação a certas leis universais de seu comércio possível pode ser chamado de direito cosmopolita (jus cosmopoliticum)”. KANT, Immanuel. Doutrina do Direito. Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2005, p. 2001.

60 KANT, Immanuel. Doutrina do Direito. Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2005, p. 79.

61 Aqui é importante a ressalva feita por Soraya Nour. Segundo ela, a ideia kantiana de cosmopolitismo é uma severa crítica à atitude dos europeus em relação aos povos de outros continentes. Assim, Kant denuncia os métodos da colonização, em que os europeus se apropriaram de muitas terras pela força. Assim, Kant não concorda com a colonização do novo mundo e também com a primazia do comércio nas relações internacionais, reputando como inospitaleira a conduta das potências europeias. NOUR, Soraya. À paz perpétua de Kant: Filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 57.

62 KANT, Immanuel. A Paz Perpétua. In: A Paz Perpétua e outros opúsculos. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 140.

tão caro à filosofia política kantiana decorre o “direito de visita”<sup>63</sup>, ou seja, “o direito do cidadão da Terra de tentar a comunidade com todos e, para esse fim, de visitar todos os lugares da terra”<sup>64</sup> e o “direito de hospitalidade”<sup>65</sup> que é o direito de, “na tentativa de se relacionar com o outro, não ser tratado pelo estrangeiro como inimigo”<sup>66</sup>. Nas suas palavras,

[...] *hospitalidade* significa aqui o direito de um estrangeiro a não ser tratado com hostilidade em virtude de sua vinda ao território de outro. Este pode rejeitar o estrangeiro, se isso puder ocorrer sem a ruína dele, mas enquanto o estrangeiro se comportar amistosamente no seu lugar, o outro não deve confrontar com hostilidade. Não existe nenhum *direito de hóspede* (...) mas um *direito de visita*, que assiste todos os homens para se apresentar à sociedade, em virtude do direito de propriedade comum da superfície da terra, sobre a qual, enquanto superfície esférica, os homens não podem estender-se até o infinito mas devem finalmente suportar-se uns aos outros, pois originariamente ninguém tem mais direito do que outro a estar num determinado lugar da Terra<sup>67</sup>.

Observe-se que uma decorrência do fato de o direito cosmopolita ser um direito sem Estado faz com que ele tenha um conteúdo um tanto quanto restrito – de onde se poderia afirmar um dever de cooperação, mas não de intervenção:

O Rechtslehre define direito cosmopolita, ou seja, os direitos dos particulares contra um Estado estrangeiro, como ‘o direito de hospitalidade’. Cada indivíduo tem o direito de não ser maltratados ou perturbado nas suas possessões quando em território estrangeiro. De uma forma mais geral, , eles têm o direito de ‘oferta para se

envolver no comércio com o outro’, e ‘a direito para tentar estabelecer comunidade com tudo, e para este fim, para visitar todas as regiões da terra’. No entanto, o direito de hospitalidade não é o direito de um convidado para ficar o tempo que quiserem, nem é um direito de cidadania daquele Estado. O direito de hospitalidade é estritamente limitado a um direito de residência temporário e o direito de ser tratado com justiça para a duração de sua estadia.<sup>68</sup>

Mas não são só direitos que advêm da ideia de direito cosmopolita, mas também deveres, já que o direito de não ser maltratado pelos indivíduos ou governo de um estado estrangeiro engloba a obrigação de respeitar a lei da terra e de não atacar sujeitos ou o governo da do Estado ou comunidade em questão<sup>69</sup>.

Dessa forma, o ideal kantiano pressupunha um mundo de grande interação, reconhecedor da notável influência que os abalos produzidos em um Estado produzem em todos os outros Estados, o que lastreia a aplicação do pensamento kantiano no mundo contemporâneo, em que é grande a interação entre os Estados. Assim, percebe-se que muitos dos temas contemporâneos das relações internacionais são essencialmente kantianos, como a sociedade civil global, as instituições jurídicas internacionais e o cosmopolitismo. Igualmente, a cooperação internacional nos dias de hoje é, em boa medida, um tema kantiano, que pode ser entendida na esteira da ideia cosmopolita de hospitalidade.

A lógica da cooperação causa um impacto direto na ideia de autodeterminação do Estado. Ora, a independência de um Estado, ser moral, não pode ser exagerada a ponto de autorizar a violação dos direitos de outro Estado, e mais do que isto, de obstaculizar a cooperação internacional para a efetivação de direitos humanos, por exemplo. Nesse sentido deve se constatar que o *dever*

63 KANT, Immanuel. A Paz Perpétua. In: A Paz Perpétua e outros opúsculos. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 146.

64 KANT, Immanuel. Doutrina do Direito. Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2005, p. 202.

65 KANT, Immanuel. A Paz Perpétua. In: A Paz Perpétua e outros opúsculos. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 155.

66 KANT, Immanuel. Doutrina do Direito. Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2005, p. 200. Em seguida Kant afirma que “esta ideia racional de uma comunidade pacífica perpétua de todos os povos da Terra (mesmo quando não sejam amigos), entre os quais podem ser estabelecidas relações, não é um princípio filantropico (moral), mas um princípio de direito. A natureza encerrou todos os homens juntos, por meio da forma redonda que deu ao seu domicílio comum (globus terraqueus), num espaço determinado”.

67 KANT, Immanuel. A Paz Perpétua. In: A Paz Perpétua e outros opúsculos. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 148.

68 FLINKSCHUH, Katrin. Kant and Modern Political Philosophy. Cambridge University Press, 2004, p. 186. Tradução livre. No original: “The Rechtslehre defines cosmopolitan Right, i.e. the rights of individuals against a foreign state, as ‘the right of hospitality’. Individuals have a right not to be maltreated or disturbed in their possessions when on foreign territory. More generally, they have the right to ‘offer to engage in commerce with one another’, and the right ‘to try to establish community with all, and to this end, to visit all regions of the earth’. However, the right to hospitality is not the right of a guest to stay as long as they please, nor is it a right to citizenship of that state. The right to hospitality is strictly limited to a right to temporary abode and the right to being dealt with justly for the duration of one’s stay”.

69 FLINKSCHUH, Katrin. Kant and Modern Political Philosophy. Cambridge University Press, 2004, p. 186.

de cooperação impõe limites autonomia do Estado, devendo ser seguida por uma verdadeira reorganização da teoria político-jurídica da modernidade.

Note-se que esse “estreitamento” ao nacional, que deve ser superado, e o “alargamento” ao cosmopolita, que deve ser alcançado, decorrem, em boa medida, da prática da solidariedade que, pode-se dizer, radica no coração da ideia de “mentalidade alargada”, na medida em que esta, somente, se realiza em consideração ao “outro”, mas também exige um esforço de imaginação, um tipo de “pensamento nômade”.

Assim como são tantos os desdobramentos do pensamento kantiano, muitas são as suas críticas. Uma das principais censuras feitas ao pensamento kantiano é o seu idealismo. Ora, trata-se de uma das tantas disfunções da gramática realista a ser abordada nesta pesquisa, em que o - necessário - idealismo é pejorativo e não benfazejo. Preocupados com essas críticas e determinados em operacionalizar a Teoria Kantiana na atualidade, importante as considerações de Otfried Höffe e Jürgen Habermas que serão desenvolvidas a seguir.

## 5. UM DEVER DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA ATUALIDADE? REELEITURAS CONTEMPORÂNEAS DO PROJETO KANTIANO

Otfried Höffe é um autor que atualiza o pensamento kantiano aplicando-o às relações internacionais contemporâneas. Ele apresenta “a globalização como o crescimento e consolidação das relações internacionais”, o que demandaria a atualização da proposta kantiana para um cosmopolitismo multifacetado com a integração entre a esfera local e a internacional, e entre as esferas locais<sup>70</sup>. Essa perspectiva complexa e realista do cosmopolitismo é capaz de fundamentar um dever de cooperação internacional.

Ora, é inegável que a globalização afeta as premissas em que se funda o tradicional modelo de Estado e de direito. Nesse sentido, igualmente, o conceito de cidadania está modificado para abarcar a “cidadania cosmopolita”<sup>71</sup>. Dessa forma, para ser cidadão do mun-

do, não é crível que se renuncie às identidades locais. A proposta de Höffe destaca o cosmopolitismo graduado que envolva uma república mundial complementar aos Estados e refuta a ideia de um estado mundial homogêneo:

[...] o estado mundial que, como resultado do imperativo legal e político universal é confiada à humanidade em sentido jurídico-moral, deve ser estabelecido como um complemento, subsidiário e também república mundial federal. Dentro dele, seremos cidadãos do mundo, mas não sentido exclusivo, mas complementares. O conceito único responde ao que o cosmopolitismo que (...) nos coloca de estar na frente da vida política concreta; e, geralmente, um sentimento de superioridade moral, diz que não é alemão, francês ou italiano, mas só cidadão do mundo. Aqui um Estado mundial tomando o lugar dos Estados individuais aparecer, e direito cosmopolita irá substituir a lei civil nacional; nesse estado mundo globalista uniforme, você é um cidadão do mundo, em vez de um cidadão de um Estado.<sup>72</sup>

se cidadão mundial ou cosmopolita aquele que não se atém à fronteiras, que se desloca por todo o mundo, porém que se sente – mais ou menos – em casa por todas as partes por onde anda. Na medida em que conserva sua língua, sua cultura e seus costumes, mas se deixa levar pela língua franca (antigamente era o grego, hoje em dia é o inglês), não passa de um cosmopolita de primeiro grau: viajante mundial, que, mesmo no estrangeiro, não abre mão de seus vínculos locais e nacionais. Só virá a ser um cidadão mundial mais sofisticado, um cosmopolita de segundo grau, se alcançar aquela abertura para o mundo que o faça perceber o estrangeiro, reconhecendo-o com igualdade de valor. Em um sentido mais intenso, cidadão mundial é aquele que leva sua própria cultura a um outro país, mas se deixa marcar pela nova cultura e não abdica das novas características após o retorno a sua terra natal. A título de exemplo, pode-se citar um professor de Filosofia alemão Eugen Herrigel (1948), que ensinava Filosofia grega e alemã no Japão, todavia aprendia a alta arte do arco e flecha com um mestre zem-budista e continuou a praticá-la mais tarde na Alemanha. No entanto, mesmo esse cidadão mundial de terceiro grau permaneceu cidadão mundial em um sentido pré-político. Por outro lado, no entendimento político, o cidadão mundial é membro de um Estado que abrange todos os seres juridicamente capazes no mundo inteiro”. HÖFFE, Otfried. A democracia no mundo de hoje. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 394.

72 HÖFFE, Otfried. Derecho Intercultural. Traducción de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 247. Tradução livre. No original: “el Estado mundial que, como consecuencia del imperativo jurídico y político universal está encomendado a la humanidad en sentido jurídico-moral, ha de ser instaurado como una república mundial complementaria, subsidiaria y, además, federal. Dentro de ella seremos ciudadanos del mundo, mas no en sentido exclusivo sino complementario. El concepto exclusivo responde a aquel cosmopolitismo que (...) nos fija a estar frente a la vida política concreta; y, por lo regular un sentimiento de superioridad moral, dice él que no es alemán, francés o italiano, sino únicamente ciudadano del mundo. Aquí aparece un Estado mundial ocupando el lugar de los Estados

70 HÖFFE, Otfried. Derecho Intercultural. Traducción de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 120.

71 Höffe diferencia três graus de cidadania mundial: “Considere-



Mesmo se pensando o cosmopolitismo como uma utopia, Höffe apresenta-se como uma possibilidade para repensar alguns dos problemas decorrentes da crise de pertencimento e de deliberação democrática nos dias atuais, na medida em que o reconhecimento da alteridade, da dignidade e solidariedade, apresenta-se como fundamental ao futuro da humanidade. A partir desses *topoi*, se pode pensar outras composições da ideia de soberania, posições justificadas no fato de que, atualmente, os direitos humanos não têm pátria nem país, ao contrário, caracterizam-se pela universalidade. Justamente motivado por esses múltiplos pertencimentos é que Höffe propõe a ideia de múltiplas cidadanias: local, nacional e mundial. O importante é ressaltar que a cidadania mundial não exclui a cidadania de um país, mas deve conviver com ela, no que se poderia chamar de dupla natureza jurídica da cidadania<sup>73</sup>.

Nessa perspectiva, com Höffe, se poderia argumentar que, por haver direitos humanos universais, existem direitos que pertencem às pessoas independentemente de elas serem cidadãos desse ou daquele Estado. A existência desses direitos humanos universais – que dão conteúdo à cidadania cosmopolita e ao estado mundial de Höffe – exige uma determinada ação colaborativa dos Estados para a sua concretização. Mais do que isso, a governança internacional emergente da existência de direitos humanos universais exige dos Estados ações colaborativas buscando a efetivação dos mesmos. Assim, a cooperação entre os Estados - para a concretização dos direitos humanos - não seria uma mera cortesia internacionais, mas um verdadeiro *dever* dos Estados.

Outro importante filósofo contemporâneo a dar continuidade ao projeto cosmopolita kantiano é Jürgen Habermas, para quem a crescente interdependência das sociedades favoreceria a implementação da paz no mundo<sup>74</sup>. O seu pensamento político representa uma contribuição importante para a problematização de temas como a constitucionalização do direito internacional, cidadania e governança global. Diferentemente de Höffe, que defende um estado mundial federalizado, Habermas defende a criação de uma instituição mais

branda: uma aliança ou uma federação de nações.

Na época em que Kant escreveu *A paz perpétua*, ainda não havia se desenvolvido a estrutura capitalista que resultou no crescente conflito de classes sociais. Por isso Habermas diz que algumas premissas kantianas, trabalhadas no século XVIII, encontrariam dificuldades conceituais atualmente, necessitando de certas reformulações. Mas qual proposta Habermas apresenta para que o projeto kantiano da paz perpétua possa manter-se vivo após 200 anos de sua edição?

O primeiro passo para delinear uma proposta cosmopolita é a revisão de alguns dos fundamentos propostos por Kant, já que a história não demonstrou a validade de alguns dos seus principais postulados. O pacifismo das repúblicas não se sustentou face aos nacionalismos e à distinção entre soberania interna e soberania externa. A defesa kantiana da força socializante do comércio não previu que o desenvolvimento capitalista conduziria a uma oposição entre classes sociais que ameaçaria duplamente tanto a paz e a característica supostamente pacífica das sociedades liberais. Por sua vez, a ideia de um espaço público foi degenerada pela manipulação das mídias de massa e pela atomização dos indivíduos.

Além das inconsistências anteriores, Habermas aponta para a deficiência mais marcante no projeto de paz kantiano que é a ideia de uma aliança federativa entre os povos. Habermas entende que, nesse ponto, Kant fez uma concessão ao realismo estatalista. Explica-se, na visão de Kant, seria suficiente uma aliança federativa de povos em que os Estados, cientes de suas obrigações morais, abandonariam o equilíbrio de forças. Habermas não se contentou com essa assertiva e afirmou que Kant não estabeleceu a devida forma jurídica capaz de obrigar os Estados a permanecer na proposta aliança federativa. A crítica de Habermas é no sentido de que ao confiar no voluntarismo dos Estados, Kant fragilizou qualquer possibilidade de um direito público verdadeiramente internacional<sup>75</sup>.

Ainda Habermas denuncia uma lacuna conceitual no projeto kantiano por não definir se trata-se de uma república mundial ou de uma federação de Estados livres. Para Habermas – acompanhando Katrin Flinkschuh - não é viável pensar um Estado mundial a partir do

particulares, y el derecho cosmopolita viene a sustituir el derecho civil nacional; en ese Estado mundial homogéneo, globalista, se es ciudadano del mundo en lugar de ciudadano de un Estado”.

73 HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 398.

74 HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro*. Estudios de Teoría Política. Tradução de Juan Carlos Velasco. Barcelona: Paidós, 2012, p. 154.

75 HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro*. Estudios de Teoría Política. Tradução de Juan Carlos Velasco. Barcelona: Paidós, 2012, p. 159.

estudo do constitucionalismo e da análise das diferenças existentes entre a domesticação do poder no âmbito interno dos Estados, nas relações internacionais e nas relações entre os Estados e os cidadãos.

A dificuldade essencial seria transportar para o nível das relações internacionais o mesmo raciocínio contratualista que pode ser desenvolvido no âmbito doméstico<sup>76</sup>. Então, para tratar da questão da superação do voluntarismo dos Estados na ordem internacional Habermas desenvolve uma concepção de constitucionalização do direito internacional “que leve em conta o equilíbrio federativo e a disseminação do poder em mecanismos procedimentalizados de participação cívica”<sup>77</sup>. Segundo ele, “adotando o ponto de vista de uma constitucionalização dos direitos das gentes, o qual, para além do *status quo*, aponta com Kant para um futuro estado jurídico cosmopolita”<sup>78</sup>, seria uma forma de perquirir a existência de uma ordem jurídica internacional. E essa ordem jurídica imporá um *dever* de cooperação internacional entre os Estados.

Nas suas palavras, a “constitucionalização do direito internacional não pode ser entendida como a continuação lógica da domesticação de um poder estatal que surgiu naturalmente”, já que “o ponto de partida para a juridificação pacificadora das relações internacionais é constituído de um direito internacional que, do ponto de vista da sua forma clássica, inverte a relação entre Estado e constituição”<sup>79</sup>.

Essa inversão reside na assimetria de poder entre os Estados que, embora formalmente iguais, não se relacionam como sujeitos livres e iguais na mesma forma dos cidadãos no âmbito interno. Ademais, há a ausência de um poder de polícia supranacional capaz de impor aos Estados soberanos a realização das possíveis regras tal como ocorre no plano doméstico<sup>80</sup>. Quanto à constitucionalização do direito internacional:

O direito internacional clássico já é uma espécie de

constituição na medida em que produz uma comunidade jurídica entre as partes que formalmente têm direitos iguais. Traços essenciais desta proto-constituição do direito internacional a distinguem da constituição republicana. Não é composta por sócios jurídicos individuais, mas por atores coletivos; também não tem a função de constituir governos, mas sim formar poderes. Além disso, para ser uma constituição, em sentido estrito, falta à comunidade dos sujeitos do direito internacional a força do compromisso das obrigações jurídicas recíprocas<sup>81</sup>.

Nesse ponto, Habermas não confia, apenas, no voluntarismo dos Estados. No argumento de Habermas, é o direito que produz o fechamento da abóbada do edifício moral kantiano. Para o direito regular, as ações da comunidade cosmopolita, os Estados devem abandonar o exercício irrestrito de sua soberania para submeterem-se as leis públicas elaboradas em uma comunidade politicamente constituída. Nas palavras de Habermas:

[...] com a declaração voluntária da proscrição das guerras de agressão, os membros de uma liga de povos já satisfazem uma auto-obrigação que, mesmo sem um poder coercitivo supraestatal, gera um compromisso mais forte do que o de costumes jurídicos ou acordos interestatais<sup>82</sup>.

Assim, a “liga dos povos” se ampara no compromisso de abolir a guerra para fundamentar o direito internacional, sendo este o fundamento último do cosmopolitismo. A liga de Estados necessita de uma complementaridade jurídica num plano transnacional que se encarregue da criação de órgãos e aplicação do direito, bem como da possibilidade de impor sanções aos membros da comunidade federativa. É justamente nesse ponto que Habermas aprimora o pensamento kantiano com a ideia de um constitucionalismo no plano global<sup>83</sup>. Para exemplificar como aconteceria esse adensamento de juridicidade das relações internacionais, Habermas cita três instituições que demonstram o desenvolvimento de uma ordem global sem Estado mundial: a Organização das Nações Unidas, a Organização Mundial do Comércio e a União Europeia<sup>84</sup>.

76 HABERMAS, Jürgen. O Ocidente dividido. Tradução de Luciana Villas Boas. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2006, p. 134.

77 HABERMAS, Jürgen. La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política. Tradução de Juan Carlos Velasco. Barcelona: Paidós, 2012, p. 158.

78 HABERMAS, Jürgen. Sobre a constituição da Europa: um ensaio. São Paulo: Ed. Unesp, 2012, p. 39.

79 HABERMAS, Jürgen. O Ocidente dividido. Tradução de Luciana Villas Boas. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2006, p. 135.

80 HABERMAS, Jürgen. O Ocidente dividido. Tradução de Luciana Villas Boas. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2006, p. 136.

81 HABERMAS, Jürgen. O Ocidente dividido. Tradução de Luciana Villas Boas. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2006, p. 136.

82 HABERMAS, Jürgen. O Ocidente dividido. Tradução de Luciana Villas Boas. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2006, p. 135.

83 HABERMAS, Jürgen. O Ocidente dividido. Tradução de Luciana Villas Boas. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2006, p. 136.

84 “Logo após o malogro da Liga das Nações e desde o final da Segunda Guerra Mundial – tanto com a fundação da ONU como

A partir desses exemplos, ele denota a existência de uma ordem política mundial sem governo mundial caracterizado pela descentralização, ausência de um poder estatal e a multidimensionalidade<sup>85</sup>. A sua proposta demanda o aprimoramento da relação de atores diferentes em diversos níveis para a sedimentação dessa ordem mundial. Em primeiro lugar, é necessário o estabelecimento de um parlamento mundial que se converta em uma espécie de congresso federal. Nesse parlamento, os povos estariam representados como totalidade dos cidadãos do mundo, mas não por seus governos, e sim por representantes diretamente eleitos<sup>86</sup>. Em segundo lugar, está a construção de atores multilaterais que conduziriam a formação de processos de regulação a nível mundial e regional em temas como ecologia, imigração, desenvolvimento e cooperação regional<sup>87</sup>. Em terceiro lugar, está a superação da dicotomia entre a soberania interna e a externa, a adequação da tomada de suas decisões no âmbito interno aos compromissos internacionais, e o reconhecimento de que suas decisões podem afetar os

com o início do processo de unificação europeu – instituiu-se, nas relações internacionais, uma juridificação que aponta para além da tímida tentativa de delimitar a soberania estatal com base no direito das gentes (ao menos *in bello*). O processo civilizador, que tendeu a acelerar logo após o final da Guerra Fria, pode ser descrito a partir de dois pontos de vista complementares: a domesticação da violência interestatal se orienta imediatamente para uma pacificação dos Estados, mas mediadamente, isto é, com a contenção da concorrência anárquica pelo poder e com a exigência de cooperação entre os Estados, essa pacificação possibilitou de maneira simultânea a construção de novas capacidades de ação no âmbito supranacional. Pois apenas com tais capacidades transnacionais de controle podem ser domesticados os poderes sociais naturalizados que se desencadeiam no plano transnacional, vale dizer, as coerções sistêmicas que transgridem impassivelmente as fronteiras nacionais (hoje, em especial, as coerções oriundas do setor bancário global)”. HABERMAS, Jürgen. Sobre a constituição da Europa: um ensaio. São Paulo: Ed. Unesp, 2012, p. 47-48.

85 HABERMAS, Jürgen. O Ocidente dividido. Tradução de Luciana Villas Boas. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2006, p. 138.

86 Na proposta de reforma da ONU, Habermas salienta a necessidade da criação de uma Corte Internacional com jurisdição em todo o mundo e com capacidade de editar sentenças vinculantes, diferentemente do que acontece atualmente no Tribunal de Haia, limitado a meras funções de um tribunal arbitral. Outra proposta é uma adaptação do Conselho de Segurança de forma a retratar de forma igualitária as relações efetivas do cenário internacional. Habermas defende seja suprimida a obrigatoriedade do voto unânime entre os membros permanentes e seja substituída por regulamentações de maioria HABERMAS, Jürgen. La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política. Tradução de Juan Carlos Velasco. Barcelona: Paidós, 2012, p. 218.

87 HABERMAS, Jürgen. La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política. Tradução de Juan Carlos Velasco. Barcelona: Paidós, 2012, p. 219

demais Estados e indivíduos de outros Estados<sup>88</sup>.

Na visão de Habermas, é necessário redesenhar as instituições para a constitucionalização do direito internacional. Feito isso, a formação de uma ordem mundial cosmopolita deve, ainda, estar atrelada a legitimação democrática, que pode se dar através dos canais já existentes nos Estados e também através de uma opinião pública mundial<sup>89</sup>. Daí a importância da construção de uma esfera pública mundial que teria função acessória à esfera pública estatal. Um dos argumentos mais difíceis de ser rebatido pelos adversários no discurso habermasiano é que, amparada em uma esfera pública mundial, a sociedade cosmopolita não precisará das exigências de valorações éticas, pautadas em “traços pré-políticos”<sup>90</sup>.

É elemento essencial de uma legitimação verdadeiramente democrática a distinção entre soberania popular e soberania estatal. Nesse sentido, Habermas afirma que “o ceticismo mais persistente em relação a uma juridificação democrática da dominação política, que aponta para além das fronteiras nacionais, nutre-se, contudo, de uma incompreensão coletiva ao confundir soberania popular e soberania do Estado”<sup>91</sup>.

Habermas advoga pela prevalência da soberania popular, dando ênfase na pessoa humana, denotando o quão comprometido ele está com o projeto cosmopolita kantiano. Entretanto, a ênfase no indivíduo não negligencia o papel do Estado na construção da ordem cosmopolita. Se referindo ao Estado-nação, Habermas afirma que “só com ele é que se constrói uma simetria entre a ordenação jurídica do trânsito social e político, para além e para quem das fronteiras do Estado”<sup>92</sup>. Daí o caráter derivativo da constitucionalização do direito internacional:

A constitucionalização do direito internacional, que restringe a dominação, mas é destituída de Estado, só poderá satisfazer as condições de legitimação de um ‘estado cosmopolita’ quando, seja no plano da ONU,

88 HABERMAS, Jürgen. La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política. Tradução de Juan Carlos Velasco. Barcelona: Paidós, 2012, p. 219.

89 HABERMAS, Jürgen. O Ocidente dividido. Tradução de Luciana Villas Boas. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2006, p. 143.

90 HABERMAS, Jürgen. O Ocidente dividido. Tradução de Luciana Villas Boas. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2006, p. 147.

91 HABERMAS, Jürgen. Sobre a constituição da Europa: um ensaio. São Paulo: Ed. Unesp, 2012, p. 54.

92 HABERMAS, Jürgen. La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política. Tradução de Juan Carlos Velasco. Barcelona: Paidós, 2012, p. 232.



ou no dos sistemas de negociação transnacional, tiver algum “respaldo” de processos democráticos de formação da vontade e opinião. Processos estes que – independentemente da complexidade destes Estados federativamente construídos e de dimensão continental – só poderão ser plenamente institucionalizados em Estados constitucionais de direito. A constitucionalização fraca, desprovida de Estado não pode prescindir da legitimação concedida pelas ordens constitucionais centradas em Estados.<sup>93</sup>

É justamente isto que Habermas chama de ordem internacional multifacetada, já que “os Estados nacionais formariam, ao lado dos cidadãos do mundo, o segundo sujeito constituinte da comunidade mundial”<sup>94</sup>. Essa ordem “não pode ser alcançada pelo caminho de uma moralização, mas apenas pela regulamentação jurídica das relações internacionais”<sup>95</sup>. Daí a proposta habermasiana de amparar essa constelação pós-nacional na solidariedade cosmopolita (direito e política internacional) em vez de fazê-lo em elementos morais, pré-políticos<sup>96</sup>.

Assim, o direito internacional não decorre de uma concepção jusnaturalista. Antes, a “força civilizadora da juridificação democrática”<sup>97</sup> se funda na solidariedade e reciprocidade. Essa solidariedade cosmopolita pode - e *deve* - ser entendida como o fundamento maior de um *dever* de cooperação internacional.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que medida existe um *dever* de cooperação internacional? Esta foi a pergunta que norteou o desenvolvimento desta pesquisa. Após trilhar o percurso investigativo, se concluiu que se pode sustentar que existe um *dever* de cooperação internacional e este *dever* tem uma dimensão tanto moral quanto jurídica. Essa resposta foi possível com base em uma abordagem normativa do

tema capaz de fundamentar tal *dever*.

Esse trabalho fundamentou o *dever* de cooperação internacional na teoria moral deontológica da tradição kantiana para mostrar que a sua concepção da razão prática impõe um *dever* de cooperação internacional. Para a construção desse argumento, este trabalho foi dividido em quatro partes, cada uma delas correspondendo a uma parte do eixo argumentativo proposto. Primeiramente, foi visto como a ideia de *dever* ético se articula na direção da ação política, e, em seguida, foi visto que é possível transpor o edifício ético kantiano para as relações internacionais por meio do desenvolvimento de um cosmopolitismo moral e jurídico capaz de afirmar a existência de uma federação mundial.

Por fim, foi verificado que o desdobramento contemporâneo de alguns desses preceitos pode sustentar a ideia de que existe um *dever* de cooperação internacional por parte dos Estados. E este *dever* tem um caráter moral e jurídico, conforme a argumentação de Otfried Höffe e Jürgen Habermas, respectivamente. No argumento habermasiano, é o direito que produz o fechamento da abóbada do edifício moral kantiano, de forma que, para o direito regular, as ações da comunidade cosmopolita, os Estados devem abandonar o exercício irrestrito de sua soberania para submeterem-se às leis públicas elaboradas em uma comunidade politicamente constituída – e verdadeiramente democrática. Ao ressaltar a fragilidade da bondade, Habermas afirma que essa ordem não pode ser alcançada pelo caminho de uma moralização, mas, apenas, pela regulamentação jurídica das relações internacionais – o que ele chama de constitucionalização do direito internacional.

Assim, restou evidente que existe um *dever* de cooperação internacional que se desdobra em uma imposição moral e jurídica. Entretanto, os desafios à implementação de um cosmopolitismo esbarram em uma sedimentada gramática estatalista. Enquanto o Estado for o astro-rei no espaço global, a cooperação internacional não conseguirá romper com o paradigma estatalista, já que sua efetividade esbarra no nacionalismo exacerbado dos Estados. Nesse sentido, a perspectiva kantiana ajuda a perceber que são os indivíduos que estão por detrás de todas as movimentações estatais e internacionais, exigindo a solidariedade cosmopolita.

93 HABERMAS, Jürgen. O Ocidente dividido. Tradução de Luciana Villas Boas. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2006, p. 145.

94 HABERMAS, Jürgen. Sobre a constituição da Europa: um ensaio. São Paulo: Ed. Unesp, 2012, p. 95.

95 HABERMAS, Jürgen. O Ocidente dividido. Tradução de Luciana Villas Boas. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2006, p. 107.

96 HABERMAS, Jürgen. Après l'État-nation: une nouvelle constellation politique. Paris: Arthème Fayard. Tradução de Rainer Rochlitz. Paris: Librairie Arthème Fayard, 2000, p. 118.

97 HABERMAS, Jürgen. Sobre a constituição da Europa: um ensaio. São Paulo: Ed. Unesp, 2012, p. 41

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRITO, Jose Henrique Silveira. *Introdução à Fundamentação da Metafísica dos Costumes de I. Kant*. Porto: Contraponto, 1994.
- FLINKSCHUH, Katrin. *Kant and Modern Political Philosophy*. Cambridge University Press, 2004.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia crítica e razão jurídica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *Más allá del del Estado Nacional*. Traducción de Manuel Giménez Redondo. Madrid: Trotta, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Après l'État-nation: une nouvelle constellation politique*. Paris: Arthème Fayard. Tradução de Rainer Rochlitz. Paris: Librairie Arthème Fayard, 2000.
- \_\_\_\_\_. *A Constelação pós-nacional*. Ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001.
- \_\_\_\_\_. *O Ocidente dividido*. Tradução de Luciana Villas Boas. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2006.
- \_\_\_\_\_. *La inclusión del otro*. Estudios de Teoría Política. Tradução de Juan Carlos Velasco. Barcelona: Paidós, 2012a.
- \_\_\_\_\_. *Sobre a constituição da Europa: um ensaio*. São Paulo: Ed. Unesp, 2012b.
- HÖFFE, Otfried. *Derecho Intercultural*. Traducción de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.
- \_\_\_\_\_. *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade do juízo*. Lisboa: Imprensa Nacional e Casa da Moeda, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Doctrina do Direito*. Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Sobre a expressão corrente: Isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática*. In: *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2009a.
- \_\_\_\_\_. *A Paz Perpétua*. In: *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2009b.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla e Discurso Editorial, 2009c.
- \_\_\_\_\_. *Ideia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- NOUR, Soraya. *A paz perpétua de Kant: Filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Extensão e fragmentação no  
contexto da jurisdição penal  
internacional**

**Extension and Fragmentation  
in the Context of International  
Criminal Jurisdiction**

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira



# Extensão e fragmentação no contexto da jurisdição penal internacional\*

## Extension and Fragmentation in the Context of International Criminal Jurisdiction\*

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira\*\*

### RESUMO

Neste trabalho são abordados os problemas inerentes à jurisdição penal internacional no contexto do Direito Internacional contemporâneo, duplamente caracterizado pela extensão e pela fragmentação. No primeiro tópico, é discutido o tema relativo à ambiguidade do conceito de jurisdição, para, logo após, enfrentarem-se os principais temas conceitual, institucional e histórico do desenvolvimento da jurisdição penal internacional. Por fim, são abordados os problemas da extensão e da fragmentação em referido contexto. A título de conclusão provisória, assenta-se a resposta a ditos problemas na necessidade de se implementar e aperfeiçoar a cooperação penal internacional entre os Estados.

**Palavras-chave:** Jurisdição Penal Internacional. Extensão. Fragmentação. Cooperação Internacional em Matéria Penal.

### ABSTRACT

In this paper we discuss the problems of the international criminal jurisdiction in the context of contemporary international law, doubly characterized by the extension and fragmentation. On the first topic, we discussed the ambiguity of the concept of jurisdiction, for shortly after address the main issues of international criminal jurisdiction - conceptual, institutional and historical development - to finally face the extension and fragmentation problems in this context. As an interim conclusion, we indicate the need for the international criminal cooperation is increasingly implemented.

**Keywords:** International Criminal Jurisdiction. Extension. Fragmentation. International Cooperation in Criminal Matters

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O CONCEITO DE JURISDIÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL

São de experiência universal estas cousas simples e profundas: 1º - Os homens dissentem mais em virtude da equívocidade da linguagem que usem, do que pelas concepções que tenham das realidades em si. 2º - O conhecimento exato dos fenômenos sociais fará mais pela ordem jurídica e pela paz, do que o temor das forças motorizadas. 3º - Quando o povo ignora

\* Recebido em 27/10/2016  
Aprovado em : 21/12/2016

\*\* Professor Adjunto de Direito Internacional da Universidade Federal de Rondônia Mestre (UFSC) e Doutor (UERJ) em Direito Membro do Grupo de Pesquisas em Teoria Política Contemporânea

os grandes princípios do Estado, a liberdade que ainda tenha é precária, ou já em ruínas.<sup>1</sup>

Essas lições de A. Sampaio Dória, proferidas no ano de 1946, não perderam nada de seus viços, pelo que se as toma como norte para a dilucidação do tema que será discutido neste trabalho, a jurisdição (penal) internacional.

Com efeito, a Ciência Jurídica Contemporânea reconhece como um traço constitutivo de sua epistemologia dois fatos importantes<sup>2</sup>: a) o direito “é” linguagem, e onde esta vige não se busca a “essência” das coisas, mas o “uso” social das palavras. Em outros termos, desde a “*linguistic turn*” sabe-se que a vida “é” linguagem, na qual não existem “coisas”, mas fatos e usos linguísticos por meio dos quais a comunidade de viventes busca atribuir significados e diretrizes para o seu agir; b) sendo o “uso” linguístico o referencial que se toma para a compreensão e a fixação de normas para o agir humano (a essência é uma consequência do uso linguístico, e não o seu suposto<sup>3</sup>), o traço mais próprio da linguagem humana é, em nível semântico, a ambiguidade, e que se levado a seu extremo pode desaguar na inexpressividade, dita anfibologia. Se, naquela, a comunidade de falantes experencia o fato de que uma determinada palavra pode identificar duas ou mais realidades distintas, esta se caracteriza como uma impossibilidade de comunicação e ou predicação<sup>4</sup>.

Assim, a primeira tarefa que cabe à Ciência do Direito é enfrentar a ambiguidade constitutiva de sua própria linguagem (sendo por isso caracterizada como uma metalinguagem), para, a partir disso, construir, racional e objetivamente, o significado jurídico-normativo dos conceitos, tornando possível a correta aplicação das

normas jurídicas segundo seus próprios fundamentos. Com isto quer afirmar-se que, embora a linguagem do direito padeça das mesmas características semânticas da linguagem ordinária, ao discurso juridicamente significante, é possível e necessário perseguir e atribuir o seu *telos* jurídico-institucional e, com isso, evitar-se a anfibologia (o que, em último caso, levaria ao *non liquet*), pois à função interpretativa não é dissociada da função aplicativa, que nada mais é do que reconhecer, no momento mesmo de imputar as consequências jurídicas a um comportamento, humano ou institucional, que o “[...] ordenamento jurídico estabelece a realidade de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores”<sup>5</sup>.

Esses fundamentos epistemológicos são tão ou mais válidos para o Direito Internacional quanto para o Direito Nacional, na medida em que naquele, mais do que neste, a eficácia e a concretização de suas normas está condicionada, ora mais ora menos, aos interesses, historicamente, situados de seus principais atores, os Estados<sup>6</sup>. Conforme Pastor Ridruejo<sup>7</sup>,

comparado com os Direitos internos dos Estados, o Direito Internacional Público se nos apresenta como uma disciplina especialmente problemática, caracterizada por umas denunciadas carências institucionais que causam incertezas e relativismos no plano normativo, graves insuficiências na prevenção e na sanção de [sua] violação e uma politização alargada – ainda que não absoluta – na solução de controvérsias, quando não na impossibilidade de sua resolução.

Por suposto, a própria organização da Sociedade Internacional é a principal condicionante desses “problemas” do Direito Internacional<sup>8</sup>, mas também, o fato de

1 DÓRIA, A. Sampaio. **Curso de Direito Constitucional (Os Direitos do Homem)**, t. 1, 2 ed., São Paulo: Cia Editora Nacional, 1946, Prefácio.

2 FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo direito: técnica decisão dominação**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2001, pp. 34-39.

3 Em outros termos, é o uso de tópicos axiológicos que atribui a uma determinada realidade o *status* de essência, e não o contrário. “1.1 Die Welt ist die Gesamtheit der Tatsachen, nicht der Dinge [...] 3.11 Wir benutzen das sinnlich wahrnehmbare Zeichen (Laut – oder Schriftzeichen etc.) des Satzes als Projektion der möglichen Sachlage. Die Projektionsmethode ist das Denken des Satz-Sinnes”. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**, Londres: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co, 1922, pp. 93/99.

4 AGAMBEN, Giorgio. **Nota introdutória sobre o conceito de democracia**, trad. Marcus Vinícius Xavier de Oliveira, in DANNER, Fernando, DANNER, Leno, KONZEN, Paulo Roberto. **Democracia, política, representação: ensaios filosóficos**, Porto Alegre, FI, 2014, pp. 11-15.

5 ÁVILA, Humberto. **Teorias dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26.

6 Nesse sentido: “Apesar do aumento da gama de atores e participantes no sistema jurídico internacional, os Estados permanecem, de longe, como as pessoas coletivas mais importantes e, apesar do aumento da globalização e de tudo o que isso implica, os Estados mantêm a sua atração como o principal foco da atividade social humana e, portanto, do Direito Internacional” SHAW, Malcolm. **International law**, 6<sup>th</sup> ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 197 (livre tradução).

7 PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales**, 18 ed., Madri: Tecnos, 2014, p. 23 (livre tradução).

8 Para ficarmos na mais óbvia, a Sociedade Internacional é organizada horizontalmente (“*tertio supra partes non datum*”), enquanto que as sociedades nacionais são, por definição, verticais, na medida em que o Estado concentra os poderes políticos fundamentais em sua própria estrutura institucional. Nesse sentido, BOBBIO, Norberto,

a sua estrutura fundamental encontrar-se em um largo processo de transformação na qual ainda se encontra os traços caracterizadores do modelo westfaliano — uma estrutura justaposta de Estados independentes que se coordenam entre si —, e o do modelo inaugurado pela Carta das Nações Unidas, dito Sistema da Carta<sup>9</sup>, que tende a conformar-se em uma estrutura de cooperação, vale dizer, em que a institucionalização normativa e orgânica da Sociedade Internacional tende(ria) a se sobrepôr ao puro interesse dos Estados<sup>10</sup> e, quiçá, conformar-se numa Comunidade Internacional constitucionalmente organizada<sup>11</sup>.

De qualquer modo, seja qual tenha sido, tenha ou venha a ter a estrutura da Sociedade Internacional, é certo que a jurisdição se constitui em um dos conceitos fundamentais do Direito Internacional, na medida em que através dele se identificam pelo menos três de seus institutos essenciais, a saber: 1) o conjunto de competências político-jurídicas nele contidos e atribuídos a um determinado órgão, 2) a soberania do Estado e 3) a competência jurisdicional atribuída pelo Direito Internacional aos diversos sistemas e regimes de soluções de controvérsias internacionais.

Que jurisdição abarque pelo menos três desses institutos fundamentais do Direito Internacional constitui-se em prova de que, nesse contexto, a Ciência do Direito Internacional se depara e opera com e na ambiguidade, sendo, pois, sua função, dilucidar os sentidos e aclarar os significados deste “[...] *protean concept*”<sup>12</sup>.

---

POLITO, Pietro (Org.). **O terceiro ausente**: ensaios e discursos sobre a guerra e a paz, trd. Daniela Versiani, São Paulo: Manole, 2009, pp. 287-290.

9 “La Charte des Nations Unies, en second lieu, qui a substitué au “modèle de Wetphalie”, caractérisé par la force comme principale source de légitimité, le “modèle de la Charte” (ou “droit des Nations Unies”) qui refuse toute légitimité au recours à la force”. WEIL, Prosper. **Le droit international en quête de son identité**, Cours général de droit international public, RCAD vol. 237/1992, pp. 09-370 (p. 28).

10 Nesse sentido, PASTOR RIDRUEJO, **Curso de derecho internacional público...**, pp. 48-49.

11 O que pressupõe, entre outros requisitos, a necessidade de que as jurisdições internacionais possam ser exercidas para além dos senões impostos pelos Estados. Conforme Thomas Kleinen: “Zentrale Elemente dieser dogmatischen Dimension der Konstitutionalisierungsthese sind die Hierarchisierung völkerrechtlicher Normen, die Herausbildung einer objektiven universellen Ordnung zum Schutz von Gemeinschaftsgütern und die Rechtsbindung der Ausübung von Hoheitsgewalt jenseits des Staates” KLEINEN, Thomas. **Konstitutionalisierung im Völkerrecht**: einer idealistischen Völkerrechtslehre, Heildeberg: Springer, 2012, p. 315.

12 BERMAN, Sir Franklin. **Jurisdiction**: the State, in CAPPSS,

No que concerne ao primeiro sentido, que se atribui ao conceito de jurisdição, o vocábulo identifica os fundamentos, contornos e limites para o exercício de uma competência jurídico-política. Para Patrick Capps, Malcolm Evans e Stratos Konstadinidis, a “Jurisdição” é uma forma de poder jurídico ou competência<sup>13</sup>. Assim, a existência de uma jurisdição é precedida por uma decisão política fundamental pela qual se cria e se estabelecem as formas, modos e limites para o seu exercício, mas, principalmente, a sua atribuição para um órgão. Em outras palavras, a decisão política precede à atribuição jurídica da jurisdição porque, em última instância, é essa decisão que cria e confere legitimidade para o seu exercício. Com efeito, é competente — detém jurisdição — não quem assim o deseja, mas o órgão a quem a norma jurídica atribua o poder jurídico para agir.

Para compreender essa asserção, é preciso, mesmo que sinteticamente, aclarar que o vocábulo jurisdição é um conceito jurídico que abrange três espécies de competências político-jurídicas distintas, que podem, ou não, ser atribuídas a um mesmo órgão<sup>14</sup>:

**1)Legislativa** (*prescriptive jurisdiction*), que é conjunto de competências político-jurídicas pertinente à capacidade legiferante, isto é, ao poder de criação de normas jurídicas;

**2)Executiva** (*executive jurisdiction* ou *enforcement jurisdiction*), que identifica o conjunto de competências político-jurídicas de autogoverno e legitimidade para perseguir a imputação das sanções jurídicas; e

**3)Judiciária** (*adjudicative jurisdiction*), que identifica o conjunto de competências político-jurídicas atribuídas aos órgãos de soluções de controvérsias para solver uma determinada lide.

Assim, *e.g.*, quando se afirma que o Conselho de Segurança das Nações Unidas (doravante CSONU) é o órgão internacional que detém jurisdição internacional

---

Patrick, EVANS, Malcolm, KONSTADINIDIS, Stratos. **Asserting jurisdiction**: international and european legal approaches, Portland: Hart Publishing, 2003, p. 3.

13 CAPPSS, EVANS, KONSTADINIDIS, **Asserting jurisdiction...**, p. xix.

14 CAPPSS, EVANS, KONSTADINIDIS, **Asserting jurisdiction...**, xxi-xxiv; JANKOV, Fernanda F. F. **Direito Internacional penal**: mecanismos de implementação do Tribunal Penal Internacional, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 66-83; AKERURST, Michael, MALANCZUK, Peter (org.). **Akehurt's modern introduction to international law**, 17 ed., New York: Routledge, 1997, pp. 109-110. SHAW, **International law**, pp. 645-650.



para manter a segurança e a paz internacionais (*enforcement jurisdiction*) (artigo 24, 1 da Carta das Nações Unidas, doravante CONU), devendo os Estados Membros das Nações Unidas acatar e executar as Resoluções desse Órgão (*prescriptive jurisdiction*) no cumprimento de seu mandato internacional (artigo 25 da CONU)<sup>15</sup>, tal não se deve porque, assim, o querem os Estado Membros do CSONU, mas porque a atribuição dessa jurisdição foi precedida por um processo de deliberação política — a aprovação da CONU — em que os Estados acordaram em atribuir a esse órgão referida competência. De semelhante forma, quando se afirma que o Tribunal Penal Internacional (doravante TPI) detém competência *ratione materiae* para exercer a persecução penal e julgar (*enforcement jurisdiction* e *adjudicative jurisdiction*) os autores dos crimes internacionais previstos no artigo 5, 1, a, b, c e d c/c artigos 6, 7 e 8 de seu Estatuto (nomeadamente, os crimes de agressão, genocídio, contra a humanidade e de guerra), mas não, *v.g.*, o terrorismo internacional ou o tráfico internacional de estupefacientes<sup>16</sup> e que, ademais, a competência *ratione materiae* para a persecução do crime de agressão está submetida a uma cláusula suspensiva (artigo 5, 2 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (doravante ETPI)), isto se deve, em outros termos, ao fato de que, no curso do processo deliberativo que antecedeu à sua criação, os Estados envolvidos escolheram submeter à jurisdição do TPI determinados crimes (sem qualquer dúvida, os mais graves, e por isso mesmo denominados de *core crimes*), e outros não, bem como decidiram, em razão das enormes controvérsias

políticas pertinentes ao crime de agressão, mormente, por seu estreito liame com a competência do CSONU, aguardar que novas condições políticas se manifestassem para a tipificação de dito crime<sup>17</sup>.

Já em sua segunda acepção, o termo jurisdição identifica no Direito Internacional o conjunto de poderes político-jurídicos por ele **assegurado** para que os Estados, no exercício de sua independência, possam se autogovernar, interna e externamente. Em outros termos, jurisdição é sinônimo de soberania. E aqui se encontra, talvez, uma das maiores polêmicas política, jurídica e doutrinária no âmbito da história das ideias. Conforme afirmado alhures,

Não parece existir um tema mais polêmico no plano das relações entre Direito Nacional e Direito Internacional do que o relativo à soberania, polêmica que opõe em polos distintos soberanistas e internacionalistas, oposição, ademais, que parece excluir uma via conciliatória, bastando lembrar, para fins de pontuação, a oposição entre monistas e dualistas no que diz respeito às relações entre Direito Internacional e direito interno.

Convém perceber, entretanto, que o termo polêmica (do gr. *Polemikós* (πολεμικός)), tal como aqui empregado, se reporta em seu étimo a *Pólemos* (Πόλεμος, derivado de *pelomai* – πελομαι -, do qual se originaram, por exemplo, *to bustle*, alvoroço, controvérsia etc) – que originalmente indicava ao *daimon* da guerra e da discórdia, e que por derivação metonímica, passou a nomear o próprio fato da discórdia, da guerra.

Faz-se essa digressão linguística para pôr em questão o próprio fato de sua origem, e que somente pode ser encontrada no âmbito da discórdia discursiva entre soberanistas e internacionalistas [...]¹⁸.

Para ficar no contexto do Direito Penal Internacional, essa polêmica se manifesta de forma muito insti-

15 Trata-se, como sabido, das únicas Resoluções de Organização Internacional com eficácia cogente. AKEHURST, **Akehurt's moderns introduction...**, pp. 52-53.

16 A referência a estes dois crimes internacionais não é aleatória. Com efeito, a convocação da Conferência de Roma foi precedida, em 1989, pela discussão havida na Assembleia Geral da ONU (doravante ASONU) sobre o tráfico internacional de drogas, na qual a delegação de Trinidad e Tobago sugeriu a criação de um tribunal penal internacional com competência para a persecução desse crime. Tendo referida sugestão sido acatada pela AGONU, esta solicitou à Comissão de Direito Internacional (doravante CDI) que elaborasse o projeto de referido órgão. O resto, como se sabe, desaguou na criação do TPI, no qual nem se cogitou, no anteprojeto ou mesmo na conferência diplomática, em submeter este crime à jurisdição da corte. Nesse sentido, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 81 e ss. Já que no diz respeito ao crime de terrorismo, Antonio Casse afirma que no curso da Conferência de Roma se chegou a cogitar de submeter o terrorismo internacional à jurisdição do TPI mas, ante a falta de consenso sobre a própria tipificação do crime, referido projeto foi rechaçado. CASSE, Antonio. **Lineamenti di diritto Internazionale penale I: diritto sostanziale**, Bolgna: Il Molino, 2005, pp. 167-168.

17 O crime de agressão, desde a vigência do ETPI em 2002, estava submetido à cláusula suspensiva de vigência contida no artigo 5º, 2 do ETPI, que permitia o exercício jurisdicional do TPI sobre esse crime somente após a tipificação de seus elementos, o que foi feito, em parte, por ocasião da Conferência de Revisão do ETPI ocorrida em Kampala, Uganda, entre 31 de março e 11 de junho de 2010, restando, no entanto, a sua confirmação pela Assembleia dos Estados Partes do TPI a ocorrer em 2017. Consultar, nesse sentido, o Regulamento do TPI sobre os elementos dos crimes já revisado, disponível em <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesS-PAWeb.pdf>, acessado em 20/08/2011, às 14:31:00.

18 DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de Oliveira. **Direito penal internacional, estado constitucional e o problema da mitigação da soberania na persecução dos crimes internacionais próprios**, in DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Temas escolhidos sobre a internacionalização do direito penal**, Porto Alegre: FI, 2015, pp. 19-20.

gante nas duas narrativas abaixo reproduzidas:

[...] Antonio Cassese narra um diálogo por ele travado com um parlamentar de um Estado europeu logo após a criação do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia – do qual ele foi o primeiro presidente – [...]. Disse o parlamentar a Antonio Cassese: “As Comunidades Europeias estão expropriando nosso poder legislativo! E agora, vocês vêm, com esse Tribunal Internacional, retirar-nos o último bastião de nossa soberania: o poder de punir. Se as coisas continuarem assim, o Estado soberano acabará por se dissolver.”

Mas o mesmo se passa na seara dos penal-internacionalistas, conforme, jocosamente, expressa Robert Cryer: “Quando a soberania aparece na área de estudo do Direito Internacional Penal, comumente vem vestida com chapéu e capa. Um cheiro de enxofre permeia o ar. Geralmente os estudiosos do Direito Penal Internacional vêm a soberania como inimiga. Ela é vista como irmã da *realpolitik*, frustrando a justiça penal internacional em cada rodada.”<sup>19</sup>

Nesse ponto tem-se, entretanto, e reduzindo-se a questão àquela primeira aproximação linguística, um manifesto mal-entendido, senão, má-fé, o que é válido para muitos casos, com enormes efeitos político-jurídicos no contexto do Direito Internacional. Um mal-entendido porque soberania é somente o conceito empregado pelas diversas disciplinas que se deparam com o problema político-jurídico da independência dos Estados *vis-à-vis*, mas que não se reporta nunca ao do Direito Internacional<sup>20</sup>. Má-fé porque, no contexto do Direito Internacional, soberania pode significar muitas coisas, mas jamais um poder acima do Direito Internacional e dos interesses dos demais Estados<sup>21</sup>.

Para solver qualquer mal-entendido — e espancar a má-fé — é preciso frisar que aquilo que em outras disciplinas se denomina soberania, no Direito Internacional é designado por jurisdição, isto é o conjunto de competências internacionalmente por ele asseguradas para que os Estados possam exercer os poderes necessários para,

conforme Vaughan Lowe “[...] **criar, aplicar e executar as regras de conduta aos indivíduos**. Relaciona-se, essencialmente, à extensão do direito do Estado de regular a conduta e as consequências dos eventos”<sup>22</sup> (grifos nossos), ou conforme Celso D. de A. Mello “O Estado tem o direito de exercer **sua jurisdição** sobre todas as pessoas e coisas no seu território nacional. As restrições à **jurisdição** estatal são impostas pelo DP”<sup>23</sup> (grifos nossos). Com efeito, o artigo 2, 7 da CONU assegura que nenhum Estado ou organismo internacional poderá intervir “[...] em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado [...]”, com o qual se conforma a moldura da chamada soberania interna a partir do princípio da não intervenção em assuntos de jurisdição interna. O o artigo 2, 1 assegura o princípio da igualdade de todos os Estados, com o qual se fixa os limites da soberania externa. Em outros termos, as competências para legislar, governar e julgar que os Estados detêm enquanto entidades internacionais independentes são asseguradas pelo Direito Internacional, sendo, além disso, mais do que indubitado, que a soberania nunca foi concebida, internacionalmente, contra o Direito Internacional<sup>24</sup>, pois é, a partir dele, e não contra ele, que eles logram exercer plenamente suas jurisdições.

Por fim, o terceiro significado que se pode atribuir ao

22 Citado por JANKOV, **Direito Internacional Penal...**, p. 69.

23 MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, t. I, 11 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 428.

24 Esta é a concepção que se pode recolher entre os clássicos do Direito Internacional moderno: BODINO, Juan. **Los seis libros de la Republica**, t. I, trd. Gaspar de A. Isunza, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 267 ess; GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**, vol. I, trd. Ciro Mioranza, Ijuí: Editora Unijui, 2044, pp. 175 e ss; DE VATTTEL, Emer. **O direito das gentes**, trd. Vicente Marotta Rangel, Brasília: IPRI/Editora da UNB, 2004, pp. 1 e ss. Markus Kotzur chama à atenção para o fato de que a tríade caracterizadora da soberania na obra de Vattel ainda hoje orienta a compreensão da CIJ em sua jurisprudência: “[...] E. de Vattel tencionou fazer uma interpretação ampla da soberania estatal e estabeleceu uma diferenciação com base nas seguintes características: autogoverno, independência de outros Estados e vinculação direta ao Direito Internacional. A tríade de de Vattel marcou, e marca ainda hoje, a doutrina internacional sobre a soberania, a atuação dos Estados e a jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional, primeiro, e logo depois da Corte Internacional de Justiça. Consequentemente, um Estado é soberano quando não está submetido a nenhuma autoridade que não seja o Direito Internacional, quando pode adotar decisões obrigatórias últimas sobre os seus súditos em seu território (soberania interna) e quando é independente externamente, longe de todo influxo proveniente de outros Estados”. KOTZUR, Markus. **A Soberania Hoje**. Palavras-Chave para um Diálogo Europeu Latino-Americano Sobre um Atributo do Estado Constitucional Moderno, trd. Marcus V. X. de Oliveira e Gabriel G. de Godói, Revista *Questio Iuris*, Rio de Janeiro, 2012, pp. 1-19.

19 DE OLIVEIRA, **Direito Penal Internacional, Estado Constitucional...**, p. 44.

20 “Uma palavra que se repete frequentemente nos escritos dos seguidores de Vattel é “soberania”, e é duvidoso que qualquer outra palavra tenha causado tanta confusão intelectual e conflito [lawlessness] internacional”. AKERURST, **Akehurt’s modern introduction...**, p. 17.

21 “[...] a palavras ainda carrega uma tonalidade emotiva de poder ilimitado, acima da lei, e isso deu uma imagem totalmente enganosa das relações internacionais. O fato de um governante poder fazer o que ele quer em seus próprios assuntos não significa que ele possa fazê-lo, em questões de direito ou de poder político, a outros Estados”. AKEHURST, **Akehurt’s modern introduction...**, p. 17.

conceito de jurisdição no Direito Internacional decorre do fato de que determinados organismos internacionais detêm competência adjudicativa para a solução de controvérsias internacionais, abarcando uma pluralidade de sujeitos processuais bastante variados, isto é, desde os Estados e Organizações Internacionais, passando pela pessoa humana e chegando às empresas (o ICSID talvez seja o caso mais interessante nesse último caso). Em outros termos, jurisdição, tal como empregada nesse contexto, teria a mesma conotação atribuída no Direito Nacional para identificar os órgãos do poder judiciário.

Contudo, é interessante perceber que a constituição de um órgão com competência adjudicativa é precedida tanto pelo exercício coletivo de competência legislativa (de titularidade dos Estados envolvidos através de suas capacidades para celebrar tratados internacionais – *jus tractuum*), como do asseguramento de competência de autogoverno, *u.g.*, mediante a atribuição de personalidade jurídico-internacional, dotação orçamentária, regime de tomada de decisões coletivas, delimitação de competência *ratione materiae* etc. Em outros termos, os órgãos adjudicativos internacionais estão inseridos, com relativa autonomia, em, ou constituem-se elas, *de per se*, em organizações internacionais, sendo o traço mais característico desse fato não a perda, mas a mitigação da soberania estatal, pois, se antes da constituição de referidos órgãos era assegurado aos Estados jurisdição exclusiva sobre a matéria, com a criação de organismo adjudicante para solver controvérsias, os Estados se submetem, facultativa ou obrigatoriamente, à sua jurisdição internacional (*pacta sunt servanda*), devendo cumprir suas decisões de boa-fé (*bona fide*)<sup>25</sup>.

Em conclusão parcial, é importante frisar a circunstância de que, contemporaneamente, o Direito Internacional tem experienciado o fenômeno de sua extensão normativa, isto é, uma contínua e ininterrupta regulação internacional de matérias que antes se submetiam à exclusiva jurisdição estatal, fenômeno este que tem causado não poucas perplexidades teóricas no contexto da disciplina. Com efeito, conforme Michael Akehurst,

hoje o Direito Internacional cobre vastas e complexas áreas de interesses transnacionais, incluindo tópicos tradicionais, como a posição, sucessão e responsabilidade dos Estados, paz

e segurança, o direito da guerra, o direito dos tratados, o direito do mar, o Direito Internacional dos cursos d'água e das relações diplomáticas, bem como novos tópicos, tais como as organizações internacionais, economia e desenvolvimento, energia nuclear, direito aéreo e outras atividades espaciais, o uso dos recursos em alto-mar, o meio-ambiente, comunicações e finalmente, mas não menos importante, a proteção internacional dos direitos humanos. Este desenvolvimento resultou em um incremento da especialização acadêmica [...].<sup>26</sup>

O campo específico deste artigo, a jurisdição internacional em matéria penal, envolve não poucas perplexidades frente ao Direito Internacional tradicional, seja porque toca num tema central de sua estrutura — a jurisdição para a persecução de crimes, tradicionalmente atribuídas aos Estados —, seja no que toca à complexa tessitura institucional e princiológica de relações entre Estados ou entre estes e organizações internacionais, seja, por fim, na afirmação de seu princípio fundamental, o da responsabilidade penal direta do indivíduo perante o Direito Internacional, tópicos estes que serão enfrentados a seguir.

## 2. BREVE PERCURSO SOBRE O DESENVOLVIMENTO DA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL

Para compreender o percurso histórico da jurisdição penal internacional, é preciso, antes de qualquer coisa, compreender o significado da expressão crime internacional, porque é a partir desse conceito e das articulações entre jurisdição nacional e jurisdição internacional em matéria penal, que se pode, concretamente, aferir o seu desenvolvimento.

Denomina-se crime internacional qualquer comportamento humano a que uma norma internacional, convencional ou consuetudinária<sup>27</sup>, atribua, como uma consequência de sua realização, uma sanção penal, sendo que a persecução penal poderá ser exercida pelos próprios Estados, de conformidade com os seus orde-

25 KOTZER, A soberania hoje..., *passim*. No tocante às organizações internacionais, KLABBERS, Jan. **An introduction to international institutional Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 1-16 e pp. 253-277.

26 AKEHURST, **Modern introduction...**, p. 7 (livre tradução).

27 “Os aspectos penais do Direito Internacional derivam das “convenções”, “costumes” e “princípios gerais do direito”, todos os quais são uma das fontes dessa disciplina jurídica tal como enunciado no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça”. BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to international criminal law**, 2th edition, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 9 (livre tradução).



namento jurídicos, seja pelos tribunais penais internacionais. Três grandes problemas exsurgem dessa confluência entre Direito Penal e Direito Internacional.

A primeira alude não ao fato de que o Estado legisle sobre a matéria, mas que os Estados, no exercício de suas jurisdições internacionais, o façam. Em relação a esse fato, tem-se o pressuposto bastante evidente de que o comportamento humano de relevância jurídico-penal-internacional ofende, cumulativa ou alternativamente, ou a interesses comuns ou a interesses intrínsecos da Comunidade Internacional.

O segundo ponto problemático, especificamente grave para o Direito Penal de matriz liberal-garantista, decorre do fato de se considerar os costumes como fontes jurídicas de fatos impuníveis, na medida em que para este paradigma político-criminal, a única fonte legítima seria a lei formal<sup>28</sup>, e no Direito Internacional, os Tratados Internacionais.

Por fim, o terceiro foco de problemas respeita à circunstância de que a pessoa humana, e não o Estado seja sujeito passivo de uma sanção internacional, mais especificamente de caráter penal que, sem qualquer dúvida, é a forma mais grave de restrição à liberdade humana. Em outros termos, que o Direito Penal Internacional imponha uma sanção de caráter individual (à pessoa humana), e não coletiva (ao Estado)<sup>29</sup>.

Contudo, ao se analisar referidos problemas em seu devido contexto, verifica-se que:

a) A criação de normas jurídico-penais no âmbito da Sociedade Internacional não é nem fato novo nem extraordinário. Com efeito, o crime internacional *par excellence* ainda no âmbito do Direito Internacional westfaliano foi o de pirataria, podendo-se remontar a sua incriminação ao século XVI, tendo como fundamento

doutrinário tanto a concepção ciceroniana de que o pirata se constituía em *hostis humanis generis*, como na doutrina de inúmeros internacionalistas da época (Alberico Gentili, Balthasar de Ayala e Hugo Grotius), para quem ela decorria de uma norma consuetudinária do Direito Internacional Geral, pela qual todo Estado detinha o poder-dever de persecução penal<sup>30</sup>.

b) No que toca, doutro giro, a se considerar o costume internacional como fonte legítima para a incriminação internacional não resta qualquer dúvida de que, à luz do paradigma liberal-garantista, ocorre, sim, violação ao postulado *nullum crimen sine lege scripta*. Contudo, nem a Sociedade Internacional é um super Estado, nem o princípio *rule of law* se aplica, integralmente, na conformação de seu ordenamento jurídico. Os costumes internacionais ainda são fontes por excelência do Direito Internacional<sup>31</sup> — ao lado dos Tratados Internacionais. Mormente, no que toca aos *core crimes*, a acusação de violação ao postulado do princípio da legalidade em Direito Penal foi, satisfatoriamente, colmatado com a aprovação do ETPI e do seu Regulamento dos Elementos dos Crimes<sup>32</sup>.

c) Por fim, no que concerne ao princípio da responsabilidade direta do indivíduo perante o Direito Penal Internacional, uma clara dissonância em relação ao instituto da responsabilidade coletiva, é importante notar que ela se estabeleceu, com os Julgamentos de Nuremberg e Tóquio, como uma norma aceita pela Sociedade Internacional, mormente após a aprovação, pela

30 BASSIOUNI, M. Cherif. **Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice**, *Virginia Journal of International Law*, n. 42, v. 81, fall 2001, pp. 13-14.

31 GUGGENHEIM, Paul. **Contribution à l'histoire des sources du Droit des Gens**, RCADI, vol. 94 (1958-II), p. 36 : « [...] la coutume, au point de vue de la doctrine, est la source originair et la plus importante. C'est d'elle que la seconde des sources, la convention tira sa validité [...] »

32 Nesse sentido, AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración gomática**, trd. Ezequiel Malarino, Berlin/Montvideu: Konrad-Adenauer Stiftung, 2005, pp. 35-37. Já M. Cherif Bassiouni defende, sem meias palavras, a legitimidade dos costumes internacionais, mormente porque, no Direito Penal Internacional, ele não é nem pode ser dissociado da prática nacional dos Estados no tocante à persecução dos crimes, como por ser o costume internacional uma fonte primária do Direito Internacional, muito embora ele ponha um acento excessivamente dissonante na *opinio juris* sobre o *usus*. “The binding character of customary international law is not only based on state practice, but also evidenced by states’ intentions to be bound by certain practices, *opinio juris*?”. BASSIOUNI, M. Cherif. **Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application**, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. xi/xxvii-xix.

28 Para ficarmos em um de seus mais renomados teóricos “O primeiro destes elementos é o convencionalismo penal, tal como resulta do princípio da legalidade estrita, na determinação abstrata do que é punível. Este princípio exige duas condições: o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio [...]. O desvio punível [...] É aquele formalmente indicado pela lei como pressuposto necessário para a aplicação de uma pena, segundo a clássica fórmula *nullum poena et nullum crimen sine lege* [...] A primeira condição equívale ao princípio da reserva legal em matéria penal e da consequente submissão do *juiz* à lei [...]. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, 2 ed., trd. Juarez Tavares *et al.*, São Paulo: RT, 2006, pp. 38-39.

29 KELSEN, Hans. **Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?**, *International Law Quarterly*, v. 1, n. 2, summer 1947, pp. 15-171.

AGONU, da Resolução sobre os Princípios do Direito Internacional Reconhecidos pela Carta do Tribunal de Nuremberg, de 1950, segundo o qual, em seu artigo 1º “Qualquer pessoa que cometer um ato que constitua um crime sob o Direito Internacional é [por ele] responsável e passível de ser julgado”<sup>33</sup>, pelo que hoje não remanesce nenhuma dúvida quanto à sua legalidade e legitimidade<sup>34</sup>.

Se, portanto, crime internacional é todo fato impunível criado pela ação coletiva dos Estados, remanesce o problema de se definir o como do exercício das jurisdições penais de persecução e adjudicação, vale dizer, o modo pelo qual os Estados e/ou os organismos internacionais exercem a persecução penal dos autores dos crimes internacionais. Para responder a este problema é preciso considerar que o exercício dessas competências leva em conta dois critérios distintos. A primeira diz respeito à *distingo* entre crimes internacionais próprios e crimes internacionais impróprios, também denominados de crimes internacionais transnacionais. A segunda se reporta à conformação internacional entre a persecução penal de competência nacional, dita *indirect enforcement*, e a persecução penal de competência internacional, dita *direct enforcement*, sendo que a prática contemporânea do Direito Penal Internacional criou uma terceira variante, os tribunais internacionais mistos.

Com relação àquela primeira distinção, denominam-se crimes internacionais próprios, ou também *core crimes*, *international crimes stricto sensu*, *crimes against international law*, *jus cogens international crimes*, dentre outros<sup>35</sup>, aos fatos impuníveis internacionais de maior gravidade no Direito Internacional, posto que ofendem os interesses, direitos e princípios fundamentais da Sociedade Internacional. Por isso são os crimes nucleares (*core crimes*) e, passados largos anos desde Nuremberg e Tóquio (os primeiros tribunais penais internacionais), foram definitivamente submetidos à jurisdição penal do TPI, muito embora vários desses crimes, também, sejam, internacionalmente, regulados por convenções internacionais específicas<sup>36</sup>. Assim, o crime de agressão, os crimes con-

tra a humanidade, o genocídio e os crimes de guerra são fatos impuníveis internacionais porque, à luz da atual conformação da Sociedade Internacional, é inadmissível que os seus autores fiquem impunes, mormente porque esta impunidade é, por definição, fática, e não jurídica. Fática porque, nada obstante ser mais do que claro o rechaço político e jurídico de tais práticas, bem como a tipificação da maior parte destes crimes pelos próprios Estados e pelo Direito Internacional, a persecução penal em nível interno ainda se condiciona, em muitos casos, à ineficiência deliberada, querida e ilícita de quem esteja exercendo o poder, de fato ou de direito<sup>37</sup>.

Já os crimes internacionais impróprios, também denominados de *international crimes largo sensu*<sup>38</sup> ou crimes transnacionais<sup>39</sup>, são os fatos impuníveis internacionais que violam a determinados interesses da Comunidade Internacional, sejam eles pertinentes, *vg.*, à prevenção de um determinado comportamento de caráter econômico (tráfico internacional de drogas, corrupção, criminalidade organizada etc.) ou mesmo à violação de direitos humanos (tráfico internacional de pessoas, pornografia infantil etc) e que, por conveniência política, se ajustaram formas de prevenção geral e especial de dito comportamento mediante a cooperação penal internacional entre os Estados. São, sem qualquer sombra de dúvida, os mais numerosos, muitos deles de manifesta conotação econômica, pelo que, também, ocorreu a incriminação internacional da lavagem de capitais, forma de criminalidade financeira que atravessa, por assim dizer, todos os demais crimes transnacionais<sup>40</sup>.

A distinção entre crimes internacionais próprios e impróprios é fundamental para a compreensão do como do exercício da jurisdição penal internacional na medida em que, sinteticamente, a prática de crimes in-

---

Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados, sendo que estes dois últimos crimes internacionais são também punidos na forma de crimes contra a humanidade, *ex vi* do artigo 7º do ETPI.

37 Por todos, AMBOS, Kai, KARAYAN, Monica. **Impunidad y Derecho Penal Internacional**, 2 ed., Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, pp. 33-60.

38 BASSIOUNI, **Introduction to International Criminal Law...**, p. 142.

39 GIL-GIL, Alicia. **Derecho Penal Internacional**, Madri: Tecnos, 1999, pp. 35-36.

40 Sobre o tema, **A internacionalização do direito penal: uma aproximação a partir do crime de lavagem de capitais**, in DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Temas escolhidos sobre a internacionalização do direito penal**, Porto Alegre: FI, 2015, pp. 130-163.

33 ONU. “Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgement of the Tribunal”, Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II, p. 97 (livre tradução).

34 AMBOS, **La parte general...**, pp. 34-35.

35 BASSIOUNI, **Introduction to International Criminal Law...**, p. 142.

36 *V.g.* Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou

ternacionais próprios enseja a possibilidade de exercício de várias formas de jurisdição penal, seja pelos Estados — **jurisdição penal concorrente** entre competência territorial e jurisdição penal extraterritorial decorrente do princípio da justiça universal — e isso em razão da regra de conexão da incriminação internacional<sup>41</sup>, seja por Tribunais Penais Internacionais, em especial o TPI, que se orienta pelo princípio da complementariedade, nos termos dos artigos 1 e 17 do ETPI.<sup>42</sup>

Já os crimes internacionais impróprios ensejam, somente, a persecução penal de caráter nacional, territorial e/ou extraterritorial, inclusive na forma da jurisdição universal pelos demais Estados, em concorrência

41 Colha-se o seguinte trecho da decisão do Tribunal Constitucional espanhol nos autos do Sentença 237/2005: “El principio de subsidiariedad no aparece recogido en nuestro Derecho positivo, ni en la LOPJ ni en el Convenio sobre genocidio, que efectivamente no prohíbe la jurisdicción universal respecto de ese delito, existiendo de hecho diversos países que la han establecido en sus legislaciones. La jurisdicción universal «no se rige por el principio de subsidiariedad, sino por el de concurrencia, pues precisamente su finalidad es evitar la impunidad», aplicándose el principio de no necesidad de intervención cuando está actuando la jurisdicción territorial. Esto no faculta para exigir la acreditación plena de la inactividad de dicha jurisdicción territorial para admitir la querrela, sino la aportación de indicios razonables de que los crímenes denunciados no han sido hasta la fecha perseguidos de modo efectivo, lo que se desprende en este caso de la documentación aportada. Por ello la estimación del recurso de casación en relación con la aplicación del principio de subsidiariedad debió determinar la admisión de la querrela en los términos del Auto dictado por el Juzgado Central, y puesto que la subsidiariedad constituía la única fundamentación del Auto de la Sala de la Audiencia Nacional, que es considerada incorrecta por la mayoría, lo consecuente habría sido casar el Auto recurrido.”

42 É importante frisar: o princípio da complementariedade se aplica ao TPI. Com relação ao Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (doravante ICTY) e ao Tribunal Penal Internacional de Ruanda (doravante ICTR), segundo William Schabas é regido pelo “[...] regime [...] conhecido por primazia, segundo o qual os tribunais *ad hoc* podem assumir a jurisdição de direito, sem a necessidade de demonstrar a falha ou insuficiências do sistema nacional [...]”. SCHABAS, William A. **An introduction to the International Criminal Court**, 4 ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 190-191. Com efeito, mencionados tribunais, em seus respectivos Estatutos, estabelecem o princípio da primazia de suas jurisdições sobre as jurisdições dos Estados nacionais, conforme, respectivamente, os artigos 1º e 9, 1 do EICTY, de 25 de maio de 1993 e os artigos 1º e 8, 1 do ECTIR, de 08 de novembro de 1994. No mesmo sentido BAZELAIRE, Jean-Paul, CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional**: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia, trd. Luciana P. Venâncio, Bauru: Manole, 2004, pp. 95-97. Sobre os referidos Tribunais *ad hoc* consultar as excelentes monografias de HAGAN, John. **Justice in the Balkans**: prosecuting war crimes in the Hague Tribunal, Chicago: Chicago University Press, 2003 e CRUVILLIER, Thierry. **Court of remorse**: inside the International Criminal Court for Rwanda, trd. Chari Voss, Madison: University of Wisconsin Press, 2006.

ou não. Em outros termos, nenhum crime transnacional está submetido à jurisdição de um Tribunal Penal Internacional.

Nisso se caracteriza, portanto, a conformação da jurisdição penal internacional em matéria penal a partir dos conceitos de *direct enforcement* e *indirect enforcement*.

O regime da *direct enforcement* legitima que a persecução penal dos autores dos crimes mais graves no Direito Internacional sejam indiciados, julgados e, eventualmente, condenados pelos tribunais internacionais. Historicamente são três os princípios de fixação da jurisdição penal internacional direta dos tribunais internacionais<sup>43</sup>:

A) **Da exclusividade**: orientou a competência dos Tribunais Penais de Nuremberg e Tóquio, dado que os Estatutos dessas cortes estabeleceram a jurisdição direta sobre os sujeitos passivos do processo de incriminação com total exclusão da jurisdição dos tribunais nacionais<sup>44</sup>.

B) **Da primazia**: foi o princípio adotado pelo CSO-NU quando da criação dos Tribunais Penais *Ad Hoc* da Ex-Iugoslávia e de Ruanda, em razão da qual, havendo conflito jurisdicional entre ditos tribunais e competência *ratio loci* ou *ratio personae* dos tribunais nacionais, prevalece a dos tribunais internacionais. No entanto, por juízo discricionário do tribunal internacional, é possível que o caso seja transferido para a competência do tribunal nacional competente.<sup>45</sup>

C) **Da complementariedade**: é o princípio organizativo do ETPI, pelo qual este tribunal somente poderá exercer sua jurisdição caso se comprove que, ou o Estado competente não pode ou não quer exercer a persecução penal, ou, caso a tenha exercido, tenha ocorrido julgamento simulado.<sup>46</sup>

A diversidade de princípios que fixam a competência adjudicativa desses diversos tribunais penais internacionais decorre essencialmente do contexto histórico em que eles foram criados. Se Nuremberg e Tóquio foram, apesar dos avanços significativos que representaram para a criação e consolidação da jurisdição penal inter-

43 BASSIOUNI, **Introduction to international criminal law...**, pp. 28 *et seq.*

44 WERLE, Gerhardt. **Principles of International Criminal Law**, 2<sup>th</sup> edition, Hague: T M C Asser Publishers, 2009, p. 81.

45 WERLE, **Principles of International Criminal Law...**, p. 82.

46 SCHABAS, **An introduction to the International Criminal Court...**, p. 190 *et seq.*; WERLE, **Principles of International Criminal Law...**, pp. 83 *et seq.*



nacional, verdadeiros julgamento de vencedores sobre os vencidos<sup>47</sup>, os Tribunais *Ad Hoc* tiveram origem em resoluções do CSONU, sendo certo, portanto, que somente o TPI passou pelo crivo do difícil e custoso processo de deliberação político-internacional para a sua criação sendo, nesse sentido, não a criação de um poder externo ou, no caso do CSONU, prevaemente aos Estados, mas da Sociedade Internacional<sup>48</sup>.

Já o regime *indirect enforcement*, aplicável aos crimes internacionais próprios e transnacionais, é aquele em que a persecução penal dos autores dos crimes internacionais é exercida pelos próprios Estados por meio das competências territorial e extraterritorial. Nesse caso, é condição necessária e inafastável para que referida persecução ocorra que os Estados tipifiquem, em seus respectivos ordenamentos jurídicos, os crimes internacionais, o que envolve, noutro passo, o surgimento da complexa tessitura decorrente da internacionalização do direito<sup>49</sup>. Como afirmado noutro lugar,

os diversos modos pelos quais o Direito Nacional e o Direito Internacional se intersectam nessa complexa tessitura normativa denominada de internacionalização do direito comporta, conforme Mireille Delmas-Marty, três modos básicos, sempre operados através de tratados internacionais, a saber:

a) unificação: trata-se da hipótese identificada por Jacob Dolinger sob a rubrica do direito

uniformizado (ou direito uniforme espontâneo), pelo qual os Estados ajustam um tratamento unificado de determinados institutos jurídicos que deverão ser regulados, em âmbito interno de acordo com o estabelecido pelo Direito Internacional.

b) uniformização: busca estabelecer um tratamento uniforme a determinados institutos jurídicos no bojo dos ordenamentos estatais, que deverão, conforme a sua cultura jurídica e os seus princípios fundamentais, dar eficácia interna às normas internacionais. Nesse sentido, é comum que os tratados internacionais, diversamente do que ocorre na unificação, regule a matéria através de princípios ou regras gerais que permitam aos Estados adequar as suas legislações ao regramento internacional.

c) harmonização: nessa hipótese, por fim, buscase, na melhor medida do possível, uma harmonia entre o que é assegurado internacionalmente e aquilo que é vivido em âmbito nacional diante do pluralismo político e cultural que viceja nas mais diversas nações. Trata-se, portanto, da constatação da impossibilidade de uniformização e pela busca de um compromisso que permita um grau mínimo de coesão acerca de determinada matéria, servindo-se o Direito Internacional, mais uma vez, de mandados de internalização das matérias mediante regras e princípios gerais.<sup>50</sup>

Essas última asserção insere o presente trabalho em dos dois temas mais complexos do Direito Internacional contemporâneo, expansão e fragmentação, e que serão enfrentados no próximo tópico.

Por fim, a prática contemporânea do Direito Penal Internacional, também, se tem utilizado do regime misto instituído pelos tribunais nacionais internacionalizados<sup>51</sup>, ou “*mixed models of Internacional Criminal Justice*”<sup>52</sup>.

Nesse regime híbrido, iniciado com a criação da Corte Especial para Serra Leoa, constituída pelo acordo forjado entre este Estado e o CSONU<sup>53</sup>, é conformado segundo os mesmos princípios dos Tribunais Internacionais *Ad Hoc*, vale dizer, o princípio da primazia

47 Hans Kelsen indicava, como condição de justiça internacional, a necessária reciprocidade internacional, ou seja, quem quer julgar deve dispor-se a ser julgado. KELSEN, Hans. **A paz garantida pela responsabilização individual por violações do Direito Internacional**, in **A paz pelo direito**, trad. Lenita A. do Nascimento, São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 106. Já M. Cherif Bassiouni é mais incisivo ao discutir a questão a partir do conflito entre o caráter *erga omnes* do Direito Penal Internacional e a *realpolitik*, quando afirma que “Os processos pós Segunda Guerra Mundial eram basicamente para os derrotados [...] Nenhum membro das forças aliadas jamais foi processado por um crime de guerra. Ninguém levantou a questão de crimes de guerra ou crimes contra a humanidade sobre o bombardeamento deliberado da cidade de Dresden, que não tinha nenhum valor militar, e que resultou na morte de 35.000 civis. Não se questionou muito sobre os bombardeamentos atômicos das cidades civis Hiroshima e Nagazaki, que resultaram em uma estimativa de 250.00 vítimas que morreram em decorrência do ataque [...]”. BASSIOUNI, M. Cherif. **The perenial conflict between international criminal justice and realpolitik**, in Miller Lecture, Georgia State College of Law, 2006. Disponível em [www.law.gsu.edu/Miller\\_Lecture/2006/MillerLecture-S06-BassiouniDraft.pdf](http://www.law.gsu.edu/Miller_Lecture/2006/MillerLecture-S06-BassiouniDraft.pdf), acessado em 30/10/2011.

48 Sobre a “luta” para a aprovação do ETPI no curso da Conferência Diplomática de Roma entre os dias 15 de junho a 17 de julho de 1998, consulte a narrativa de JAPIASSÚ, **O Tribunal Penal Internacional...**, pp. 112-116.

49 DELMAS-MARTY, Mireille.. **Trois défis pour un droit mondial**, Paris: Éditions du Seuil, 1998, p. 118 e ss.

50 DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **A internacionalização do direito da execução penal: em que(quais) sentido(s)?**, in DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Temas escolhidos sobre a internacionalização do direito penal**, Porto Alegre: Fi, 2014, pp. 274-306.

51 WERLE, **Principles of Internacional Criminal Law...**, p. 101-106.

52 BASSIOUNI, **Introduction to Internacional Criminal Law...**, pp. 721-784.

53 “The Agreement was signed on 16 January 2002 and can be found in the appendix of the Report of the Planning Mission on the Establishment of the Special Court for Sierra Leone Transmitted by the Secretary-General to the President of the Security Council by letter Dated 6 March 2002 of 8 March 2002”. WERLE, **Principles of Internacional Criminal Law...**, pp. 102-103.

sobre os demais órgãos jurisdicionais do Estado, detendo competência para julgar fatos que antecederam à criação da Corte. A composição do Tribunal é mista — juízes nacionais e estrangeiros, sendo estes indicados pelo Secretário Geral da ONU, tendo por competência a persecução penal dos autores dos *core crimes* praticados no curso da guerra civil ocorrida no país, sejam seus autores nacionais ou estrangeiros.

À Corte Especial de Serra Leoa se seguiram outros tribunais internacionais mistos — Kosovo, Bósnia e Herzegovina, Timor Leste, Camboja, Líbano —, sendo a maior deles constituídos mediante Acordo entre estes Estados e o CSONU<sup>54</sup>, não existindo, entretanto, uma unidade no que concerne à jurisdição *ratione materiae*, já que o direito aplicável por essas Cortes é tanto o Direito Penal Internacional como o próprio Direito Nacional dos Estados, do que exsurge uma pluralidade contenciosa de normas penais irredutíveis a uma sistematização<sup>55</sup>.

### 3. JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL: ENTRE EXTENSÃO E FRAGMENTAÇÃO

A compreensão do fenômeno da jurisdição penal internacional está atrelada ao contínuo processo de alargamento normativo e institucional pelo qual tem passado o Direito Internacional contemporâneo, e que resta melhor compreendido a partir dos conceitos expansão e fragmentação.

Por expansão do Direito Internacional compreende-se a contínua ampliação da regulação internacional de matérias que, sob a perspectiva do Sistema Westfaliano, se encontravam sob a exclusiva jurisdição dos Estados, ou quando muito, eram reguladas internacionalmente por meio de tratados bilaterais.

Assim, desde o surgimento do Sistema da Carta, e mais ainda com o término da Guerra Fria e o fenômeno da globalização econômica, o Direito Internacional tem passado a regular um conjunto cada vez mais amplo de matérias que passam a influir e modificar, de forma decisiva, não somente a própria estrutura do sistema internacional, mediante, *e.g.*, a constituição de inúmeras

organizações e regimes internacionais e o espocar de múltiplos tratados-normativos multilaterais, universais e/ou regionais, mas também, e principalmente, na forma como os próprios Estados, no exercício de suas jurisdições, tomam decisões políticas, seja para adequar os seus sistemas normativos nacionais a essas contínuas influências de normas internacionais e, a partir delas, dirigir as suas políticas internacionais, seja para rechaçá-las<sup>56</sup>.

Qual *Janus*, o Estado, no exercício de suas jurisdições, é dotado de dois “rostos”, um que olha para aquilo que lhe externo — as relações internacionais —, e outro que olha para dentro — o governo livre e desimpedido de seu território e população, segundo o seu próprio ordenamento jurídico — em outras palavras, soberania interna e soberania externa. Se antes este duplice olhar e governar se encontravam imunes, juridicamente falando, a intervenção internacional quase de forma absoluta, hoje não mais, podendo-se falar numa contínua mitigação da soberania, interpretável a partir do conceito de Estado Constitucional Cooperativo<sup>57</sup>. Sendo a soberania (*rectius*: a jurisdição estatal) assegurada e delimitada pelo Direito Internacional, ali onde este se expande, aquela tende a se retrair, sendo a sua contínua mitigação, mediante o surgimento e a ampliação de formas de atuação internacional cooperativa, nas quais os Estados compartilham entre si as jurisdições sobre determinadas matérias<sup>58</sup>, um dado da realidade que não pode ser afastado por quem deseja compreender a intersecção entre Direito Nacional e Direito Internacional<sup>59</sup>.

Por seu turno, entende-se por fragmentação do Direito Internacional, também denominada de “diferen-

56 LOCK, Grahame. **Ringing the changes**: mutations in the idea of political change, in KERSBERGEN, Kees van *et al* (Orgs.). **Expansion and fragmentation**: internationalization, political change and the transformation of the Nation State, Amsterdam: Amsterdam University Press, 1999, pp. 23-42.

57 KOTZUR, Markus. **A soberania hoje**: palavras-chave para um diálogo europeu-latino-americano sobre um atributo do Estado Constitucional moderno...; HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**, trad. Héctor Fix-Fierro, Ciudad de Mexico: UNAM, 2003; HÄBERLE, Peter, KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común**: palabras clave para un diálogo europeu-latinoamericano, trad. Héctor Fix-Fierro, Ciudad de Mexico: UNAM, 2003; HÄBERLE, Peter. **O Estado Constitucional Cooperativo**, trad. Marcos A. Maliska e Elisete Antoniuk, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

58 KOTZUR, **A soberania hoje**...

59 DE OLIVEIRA, **Direito Penal Internacional, Estado constitucional e o problema da mitigação da soberania na persecução dos crimes internacionais próprios**..., p. 60 e ss.

54 A exceção é a de Timor Leste, instituído pela Resolução 2000/11 da UNTAET, de 06 de março de 2000.

55 BASSIOUNI, **Introduction to International Criminal Law**..., pp. 721-784.

ciação funcional<sup>60</sup>, o fenômeno normativo-estrutural decorrente de sua expansão, e que tem por uma de suas características mais proeminentes a quebra dos princípios sistemáticos da unidade e da coerência no âmbito desse ramo jurídico. Se no sistema westfaliano o Direito Internacional era, essencialmente, de caráter geral e consuetudinário, hoje, com o sistema da carta, ele se dispersa normativamente numa série de regramentos universais e regionais; em Direito Internacional Geral, ainda, majoritariamente, consuetudinário, e direitos internacionais especializados instituídos por tratados-normativos multilaterais, com regimes jurídicos e sistemas de solução de controvérsias próprios<sup>61</sup>, em face dos quais os usais critérios de solução de conflitos normativos aplicáveis no Direito Internacional — especialidade e cronológico — parecem não render efeitos concretos para a solução de muitos conflitos, ocorrendo, no mais das vezes, uma sobreposição de normas e sistemas de solução de controvérsias autônomos *vis-à-vis*, pondo em risco a própria ideia de sistema normativo no contexto do Direito Internacional<sup>62</sup>.

Conforme Marcelo D. Varella e Vitor E. T. de Oliveira<sup>63</sup>,

[...] o fenômeno da diferenciação funcional ou fragmentação resume-se no aparecimento de normas, complexos de normas, instituições jurídicas ou esferas de práticas jurídicas igualmente especializadas e relativamente autônomas [...]” sendo que “[...] a produção destas normativas e instituições tende a ocorrer de forma não paralela com os conhecimentos e práticas gerais do Direito Internacional, gerando conflitos entre normas ou sistemas de normas, bem como a perda de uma perspectiva geral do direito, resultando também, indubitavelmente, em uma diminuição da almejada segurança jurídica, haja vista que não é mais possível prever a reação de instituições oficiais e planejar atuações de acordo com ela. A fragmentação

do Direito Internacional é fruto da expansão da atividade normativa e jurisdicional internacional em diversos novos campos, bem como a diversificação de seus objetos e técnicas.

Birgit Schlütter<sup>64</sup>, em seu estudo sobre o desenvolvimento do Direito Internacional consuetudinário a partir da jurisprudência da CIJ e dos ICTY e ICTR, compartilha a opinião de diversos autores do Direito Penal Internacional de que esse ramo está, profundamente, imbricado nesse contexto fragmentário, principalmente em razão de que as suas inúmeras especificidades tem-no afastado, cada vez mais, dos fundamentos (“*roots*”) do Direito Internacional Geral, seja no que concerne à matéria regulada (*v.g.*, o princípio da reponsabilidade penal direta do indivíduo segundo o Direito Internacional, já que, no regime do Direito Internacional westfaliano, a regra era a da responsabilidade coletiva, isto é, dos Estados), seja no que diz respeito a uma específica concepção das fontes normativas que o regulam, seja, por fim, pela existência de diversos regimes de implementação da persecução penal, e cita, como espeque dessa compreensão, as lições de Ruiz-Fabri, para quem

D’un point de vue systémique, l’impression qui en résulte est celle d’une concrétisation de la fameuse «fragmentation» du droit international. Certes, c’est en des termes limités puisqu’il ne s’agit pas de nier l’existence de la règle, simplement son accessibilité et son applicabilité. Mais, comme tout raisonnement fondé sur la spécificité, il tend à séparer, l’argument trouvant toutefois sa limite dans l’objection qu’il faudrait démontrer sa préexistence d’une quelconque unité du droit international.<sup>65</sup>

Portanto, é sobre esse pano de fundo do atual sistema internacional que se deve compreender o fenômeno da expansão da jurisdição penal internacional, bem como as exigências político-jurídicas decorrentes da expansão do Direito Internacional sobre essa matéria.

Com efeito, tanto a expansão como a fragmentação se apresentam como características constitutivas desse campo especial do Direito Internacional contemporâneo.

No que respeita à expansão, essa característica fica comprovada pelo fato de que entre os anos de 1815 e 1999 o sistema internacional produziu um conjunto de

60 KOSKENNIEMI, Martti. **Fragmentation of international law**: difficulties arising from the diversification and the expansion of International Law - Report of the Study Group of the International Law Commission. **INTERNATIONAL LAW COMMISSION**, Fifty-eighth session, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006, p. 11.

61 GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional público**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 17-27.

62 Sobre o tema a partir da ciência do direito, CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**, 2 ed., trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

63 VARELLA, Marcelo D., de Oliveira, Vitor Eduardo Tavares. “Da unidade à fragmentação do Direito Internacional: o caso Mox Plant”, *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, jan/jun 2009, pp. 119-140 (128-129).

64 SCHLÜTTER, Birgit. **Developments in customary International Law**: theory and the practice of the International Court of Justice and the International *ad hoc* Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia, Leiden: Martinus Nijhoff, 2010, p. 116.

65 Citado por SCHLÜTTER, **Developments in customary International Law...**, p. 116.



27 categorias de crimes internacionais através da promulgação de 276 convenções internacionais<sup>66</sup>, instituindo formas bastante variadas para a persecução desses crimes, desde a atribuição de competência penal extraterritorial para os Estados, até a constituição de Tribunais Penais Internacionais, próprios ou de caráter misto.

M. Cherif Bassiouni<sup>67</sup>, buscando sistematizar essas diversas categorias de crimes internacionais a partir dos bens jurídicos tutelados (*ratione materiae*), forjou uma classificação quadripartida assim constituída<sup>68</sup>:

**A) Proteção à paz e segurança internacionais:**

- Crime de Agressão.

**B) Proteção a interesses humanos não associados a outros interesses internacionalmente protegidos**

- Genocídio;

- Crimes contra a humanidade;

- Crimes de guerra;

- A posse, o uso, o armazenamento e o comércio ilegais de armas, incluídas as armas nucleares;

- Terrorismo nuclear;

- Apartheid;

- Escravidão, redução à condição análoga à escravidão

e tráfico de pessoas humanas;

- Tortura e outras formas de tratamento cruel, desumano ou degradante ou punição;

- Experimentação humana ilegal;

- Desaparecimento forçado e execuções extrajudiciais;

- Mercenarismo.

**C) Proteção a interesses humanos associados a outros interesses internacionalmente associados**

- Pirataria e atentados contra a segurança da navegação marítima e a segurança das plataformas em alto mar;

- Tomada de reféns e atentados contra a segurança da segurança aérea;

- Ameaça e/ou o uso de força contra sujeitos internacionalmente protegidos e servidores das Nações Unidas;

- O sequestro de civis;

- Uso de explosivos;

- Financiamento do terrorismo;

- O uso ilegal dos meios de comunicação internacional, em especial correio;

**D) Proteção de interesses sociais e culturais**

- Tráfico ilícito de drogas e substâncias estupefacientes;

- Crime organizado;

- Destruição ou roubo de tesouros nacionais;

- Atos ilegais contra determinados interesses internacionalmente protegidos relacionados ao desenvolvimento;

- Tráfico internacional de material obsceno;

- Falsificação e contrafação;

- Interferência ilícita nos cabos submarinos internacionais;

- Corrupção e suborno de servidores públicos estrangeiros.

Embora não tenha sido citado por Bassiouni, o crime de lavagem de capitais toma parte nessa última classificação, posto que se constitui em ilícito internacional previsto em diversos Tratados Internacionais que

66 BASSIOUNI, M. Cherif. **Universal jurisdiction for international crimes...**, p. 13. É importante frisar que o recorte histórico fixado por Bassiouni neste trabalho foi o ano de 1999. Contudo, já no ano de 2000 foram aprovados diversos tratados internacionais sobre a matéria, a saber: a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (doravante, Convenção de Palermo), e seus dois Protocolos Adicionais, o primeiro Relativo ao Tráfico de Migrantes por via Terrestre, Marítima e Aérea e o segundo para a Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças; dois protocolos facultativos à Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989, o primeiro referente à Venda de Criança, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil, e o segundo Relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Já em 2005 foi aprovada a Convenção Internacional para a Repressão dos Atos de Terrorismo Nuclear, dentre outros tratados internacionais.

67 BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law...**, pp. 142-143 *usque* 150-216.

68 Mormente porque na literatura em Direito Penal Internacional não existe um critério unívoco para se compreender o que sejam e quais são os crimes internacionais. "The writings of scholars are uncertain, if not tenuous, as to what they deem to be the criteria justifying the establishment of crimes under international law". BASSIOUNI, **Introduction to International Criminal Law...**, p. 142.

regulamentam diversos crimes transnacionais de caráter econômico<sup>69</sup>. Como já afirmado em outro momento<sup>70</sup>:

[...] o crime de lavagem de capitais é um delito previsto nas principais convenções internacionais pactuadas no sistema das Nações Unidas (doravante ONU) em matéria de Direito Penal - Tráfico de Entorpecentes, o Crime Organizado, Contra a Corrupção e Contra o Financiamento do Terrorismo-, no que resta evidenciado o seu caráter transnacional, conforme, aliás, é reconhecido na Exposição de Motivos da Lei 9613/1998 (Lei de Lavagem de Capitais), que se reporta expressamente ao cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro quanto à persecução desse delito.

Agora, para compreender este fenômeno da expansão do Direito Penal em matéria penal é importante lembrar que até 1815 o único crime reconhecido como de transcendência internacional era a pirataria, decorrente dita incriminação de normas consuetudinárias do Direito Internacional Geral. Somente em 1958 ocorreu a sua positivação internacional através da Convenção de Genebra sobre o Alto Mar, *ex vi* de seus artigos 18-19. O mesmo se repetiu com a aprovação da Convenção das Nações sobre o Direito do Mar, de 1982, que, em seus artigos 100-107, estabelece uma ampla regulação da matéria, assegurando a todos os Estados o poder-dever de apresamento de navios ou aeronaves envolvidos em atos de pirataria, remetendo a persecução penal à regulação nacional do Estado apresador.

No que concerne, doutro giro, à fragmentação, esta característica também se encontra presente como elemento constitutivo do Direito Penal Internacional. M. Cherif Bassiouni, ao analisar as 281 Convenções Internacionais que regulam, atualmente, a matéria, encontrou 931 elementos penais comuns, mas que, numa análise isolada, chegam a 2.810<sup>71</sup>. Essa variação contudística é ocasionada pelo fato, nada banal no âmbito do Direito Internacional, de que:

69 Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 162/1991, Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 231/2003, Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 348/2008, Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 769/2005.

70 DE OLIVEIRA, A **internacionalização do direito penal: uma aproximação a partir do crime de lavagem de capitais...**, pp. 130-163.

71 BASSIOUNI, **Introduction to International Criminal Law...**, p. 145.

A) O Direito Penal Internacional não é codificado<sup>72</sup>, fato este que gerou uma ausência de uniformização na regulação internacional da matéria<sup>73</sup>, mormente se se considerar que ele

B) tem sido criado ao longo de vários anos – mais especificamente, desde 1815 -, sem que haja uma política criminal, pelo que determinados campos passaram por um processo de aperfeiçoamento mais evidente (*ng.*, os crimes internacionais próprios pós o ETPI), enquanto outros não. Contudo, todos eles ainda estão submetidos ao humor dos atores internacionais<sup>74</sup>, seja no que concerne à sua criação – *e.g.* a prevalência do interesse do Estado em detrimento da adoção de uma regulação comum -, seja no que diz respeito à sua execução<sup>75</sup>;

C) Demais, diferentemente do que ocorre no âmbito de grande parte dos Estados, o processo legislativo internacional ainda é conformado pelas fontes que lhe são inerentes, isto é, os tratados internacionais, os costumes internacionais e os princípios gerais do direito, do que segue a circunstância de que a contínua formação do Direito Penal Internacional é no mínimo “[...] aleatório e, pode-se mesmo dizer, incoerente”<sup>76</sup>.

Se a formação normativa do Direito Penal Internacional está submetida a essa “incoerência”, o que *de per se* é suficiente para comprovar o fenômeno da diferenciação funcional, o conflito real entre os sistemas de solução de controvérsia *vis-à-vis* — que é o traço mais marcante desse fenômeno normativo — também se faz presente.

O exemplo mais significativo nesse sentido pode ser extraído da controvérsia que se manifestou no que toca ao crime de genocídio no contexto das guerras na Ex-

72 BASSIOUNI, **Introduction to International Criminal Law...**, p. 141.

73 BASSIOUNI, **Introduction to International Criminal Law**, p. 219.

74 BASSIOUNI, **Introduction to International Criminal Law**, pp. 139-141.

75 Sobre o tópico, no qual entra em questão o conflito entre a concretização do Direito Internacional em geral, e do Direito Penal Internacional em particular, e a *realpolitik*, BASSIOUNI, M. Cherif. **The perennial conflict between international criminal justice and realpolitik...**; DANNER, Allison Marsten, SIMMONS, Beth. **Sovereignty costs, credible commitments, and the International Criminal Court**. Disponível em [www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/DannerSimmons07.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/DannerSimmons07.pdf), acessado em 10/06/2013, às 17:00:00; AMBOS, Kai. **Processando crimes internacionais em nível nacional e internacional: justiça x Realpolitik**, in JAPIASSÚ, Carlos E. Adriano (Org). **Direito Penal Internacional estrangeiro e comparado**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 86-88.

76 BASSIOUNI, **Introduction to International Criminal Law...**, p. 253.

-Iugoslávia<sup>77</sup>.

A constituição do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia por Resolução do CSONU foi precedido pelo trabalho de uma Comissão de Expertos composta por Frits Kalshoven – Presidente, M. Cherif Bassiouni (Egito), William J. Fenrik (Canadá), Kéba M'baye (Senegal) e Torkel Opsahl (Noruega)<sup>78</sup>, cujos trabalhos sofreram inúmeros percalços para serem levados a termo, mormente em razão do conflito político que se estabeleceu entre os grupos inseridos ideologicamente naquilo que se pode identificar como “mudanças políticas no liberalismo jurídico” (“*change politics of liberal legalism*”)<sup>79</sup> e os defensores do modelo tradicional de solução diplomática<sup>80</sup>. Se, para aqueles, a função política do Direito Penal Internacional é a de “[...] remover do negociador político a capacidade de jogar a carta da justiça” (“*to remove from the political negotiator the ability to play the card of justice*”)<sup>81</sup>, para estes, a solução negociada diplomaticamente, representada, no caso, pelo Plano de Paz Owen-Vance<sup>82</sup>.

77 A rigor, a Guerra da Ex-Iugoslávia ou Guerra dos Balcãs, se constituiu em várias guerras civis envolvendo, de um lado, a luta pela independência de comunidades políticas com orientação étnica, e de outro lado, a tentativa de a República da Sérvia, confirmada etnicamente pela maior etnia, em exercer o domínio sobre parte do território mediante a prática daquilo que se cunhou como limpeza étnica. Os diversos conflitos se iniciaram com a proclamação da independência pela Eslovênia, em 1991, e seguiu, em diversos conflitos até a independência da Macedônia, em 2001. As diversas guerras podem ser assim sistematizadas: 1) guerra da independência da Eslovênia (1991); 2) guerra da independência da Croácia (1991-1995); 3) guerra da Bósnia (1992-1995); 4) guerra do Kosovo (1996-1999); 5) conflito no sul da Sérvia (2000-2001); 6) conflito na Macedônia (2001). A OTAN, em cumprimento das Resoluções 713 (1991) e 757 (1992) do CSONU, executou pela primeira vez na história, as seguintes intervenções internacionais de caráter humanitário: 1) Operação Força Deliberada (contra a República Srpska, 1995-1996) e 2) Operação Força Aliada (contra a Iugoslávia, 1999).

78 Esta Comissão foi instituída pelo CSONU através da Resolução n. 780, de 06 de outubro de 1992. JAPIASSÚ, **O Tribunal Penal Internacional...**, pp. 95-96.

79 HAGAN, **Justice in the Balkans...**, p. 35-38.

80 Esse conflito é muito bem retratado no “embate” discursivo havido entre M. Cherif Bassiouni e o diplomata inglês Lord David Owen a respeito das investigações então feitas pela Comissão de Expertos em Vukovar, fatos que estes envolvidos na realização da “[...] exumação de duas centenas de ex-pacientes levados em novembro de 1991 do hospital da cidade croata de Vukovar [...]” e “[...] transportados para uma fazenda próxima a Ovcara, onde eles foram mortos e enterrados em foças coletivas. **Vukovar foi uma das primeiras cidades da antiga Iugoslávia a ser vitimadas pela limpeza étnica sérvia**” (grifamos). HAGAN, **Justice in the Balkans...**, pp. 34-35.

81 A expressão é de M. Cherif Bassiouni. HAGAN, **Justice in the Balkans...**, p. 35.

82 Em síntese, o Plano de Paz Owen-Vance propunha a pacifi-

Nada obstante, tendo a Comissão de Expertos terminado o trabalho de investigação e o apresentado para o CSONU<sup>83</sup>, restou comprovado tanto em dito relatório, como nos relatórios preliminares de 09 de fevereiro de 1993<sup>84</sup> e de 05 de outubro de 1993<sup>85</sup>, que, no curso das diversas guerras havidas na Ex-Iugoslávia, os lados da refrega praticaram, de forma sistemática, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio, razão pela qual o EICTY, em seus artigos 2 a 5 estabeleceu a competência *ratione materiae* do ICTY para a persecução dos autores desses crimes<sup>86</sup>.

Os crimes internacionais próprios exigem, para a sua tipicidade, a comprovação de que tenham sido praticados no contexto daquilo que se denomina de macrocriminalidade política<sup>87</sup>, vale dizer, que os crimes praticados tenham sido praticados a partir de uma decisão política estatal dirigida, *e.g.*, ao genocídio, à limpeza étnica, à violação sistemática das normas do direito humanitário etc<sup>88</sup>, e somente isso justifica, à luz do Direito Internacio-

ção do conflito mediante a criação unidades políticas étnicas o que redundou, como consequência, a intensificação da prática do genocídio entre as etnias envolvidas, objetivando o fortalecimento de suas respectivas posições e domínios antes da divisão. LEROUX-MARTIN, Phillipe. “Lições sobre a negociação da Bósnia” **ES-TADÃO**, disponível em <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,liceos-da-negociacao-sobre-a-bosnia,1121639>, acessado em 20/02/15, às 10:00.

83 O relatório foi submetido ao CSONU através da Carta do Secretário Geral da ONU ao Presidente do CSONU de 24 de maio de 1994. Disponível em [http://www.icty.org/x/file/About/OTP/un\\_commission\\_of\\_experts\\_report1994\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf), acessado em 20/01/2010, às 15:00.

84 A evidência da ocorrência desses crimes era tão significativa que o CSONU não aguardou a conclusão dos trabalhos da Comissão, tendo resolvido, já com a apresentação do primeiro relatório preliminar de 09 de fevereiro de 1993 pela criação do ICTY. JAPIASSÚ, **O Tribunal Penal Internacional...**, p. 96.

85 JAPIASSÚ, **O Tribunal Penal Internacional...**, p. 96.

86 Uma questão muito importantes na tipificação dos crimes de competência do ICTY foi o fato de o seu Estatuto ter arrolado, pela primeira vez, o estupro entre os crimes contra a humanidade (art. 5, “g”), no que foi seguido pelo ETPIR (art. 3, “g”) e o ETPI (art. 7, “g”). Sobre o tema, HAGAN, **Justice in the Balkans...**, pp. 51-53.

87 **AMBOS, A parte geral do Direito Penal Internacional...**, pp. 54-59.

88 Nesse sentido, BASSIOUNI, M. Cherif. **Crimes against humanity...**, p. 14 *et seq*; sob uma perspectiva criminológica, KELMAN, Herbert C. **The policy context of international crimes**, in NOLLEKAEMPER, André, DER WILT, Harmen van. **System criminality in international law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 26-41. O TPIIug, no caso Popovic et all (caso Srebrenica), consignou esta exigência de forma muito clara: “Furthermore, according to Professor Schabas, the language of the Elements of Crimes of the ICC Statute (“ICC Elements of Crimes”) – requiring for genocide that “the conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group



nal Penal, a legitimidade tanto do indiciamento de dirigentes políticos<sup>89</sup>, como também a condenação de várias pessoas pelo cometimento de genocídio pelo Tribunal.

Entretanto, a CIJ, em duas ocasiões em que julgou a ocorrência de violação às normas da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948, reconheceu que, muito embora seja incontestável que nos Conflitos dos Balcãs tenham sido praticados atos de genocídio, os Estados envolvidos não poderiam ser responsabilizados internacionalmente, porquanto não restou comprovado o elemento “*state policy*”.

Assim, no caso *Bósnia e Hergovina vs Sérvia e Montenegro*<sup>90</sup>, a CIJ rechaçou o pedido de condenação internacional da Sérvia por violação à Convenção sobre Genocídio sob o argumento de que esse Estado não foi, direta nem indiretamente, responsável pelo genocídio praticado no território da Bósnia-Herzegovina. A responsabilidade internacional, entretanto, restou caracterizada na forma omissiva, na medida em que as tropas sérvias não haviam impedido, quando possível, a prática de atos de genocídio por grupos paramilitares, nem o Estado cooperado internacionalmente com o ICTY para exercer a persecução criminal de seus autores. Somente o então Vice-Presidente da CIJ, Awn Shawkat Al-Khasawneh, em seu voto dissidente, consignou que “[...] o envolvimento da Sérvia, como autor principal ou cúmplice, no genocídio ocorrido em Srebrenica é confirmada pela evidência maciça e convincente”.

Já no caso *Croácia vs Sérvia*<sup>91</sup>, em que ambos os

Estados buscaram a imputação de responsabilidade internacional pela violação à Convenção sobre Genocídio, a CIJ decidiu que, embora tenham ocorridos fatos gravíssimos caracterizados como genocídio e crimes contra a humanidade *vis-à-vis*, não restou comprovado o “*state policy*” para a tipificação do genocídio, tendo a Corte concitado os Estados a continuarem na cooperação internacional para apurar as responsabilidades dos autores de crimes e o destino das vítimas ainda desaparecidas, bem como reparar adequadamente as vítimas e seus herdeiros, além de buscarem a consolidação da paz regional.

Essa contradição — a constituição de um tribunal penal internacional com competência para a persecução dos autores de genocídio, o que pressupõe, como já dito, o elemento da decisão política —, e a “absolvição” pela CIJ dos Estados envolvidos no que concerne à obrigação internacional decorrente da Convenção sobre Genocídio, mais do que um problema, meramente, acadêmica, põe em questão um dos elementos fundamentais do Direito Penal Internacional em matéria de *core crimes*, a saber, a relação essencial entre responsabilidade estatal e responsabilidade individual<sup>92</sup>.

Assim, não resta qualquer dúvida quanto ao caráter expansivo e fragmentário da jurisdição penal internacional, sendo que estas duas características podem ser interpretadas a partir de dois paradigmas distintos.

O primeiro seria a assunção de uma postura derrotista, no sentido de que, para reportar àquela concepção jurídico-liberal, os atores estatais ainda têm um poder ilimitado de “jogar as cartas da justiça” em suas respectivas relações de poder e interesses internacionais; a segunda a de uma postura idealista, mas não o idealismo transcendental que não logra tocar os pés no chão, mas aquele que, com um olho na realidade histórica e outro na luta pela consolidação da justiça internacional, logra perceber, dialeticamente, os avanços e retrocessos a que qualquer projeto político está submetido. Mais explicitamente, reconhecer que<sup>93</sup>

[...] estamos desenvolvendo gradualmente o conceito do Direito a serviço da humanidade.

or was conduct that could itself effect such destruction” – implicitly supports the State policy requirement, thus rejecting the lone génocidaire theory. Professor Schabas also contends the additional requirement of “manifest pattern” spelled out in the ICC Elements of Crimes “is strong evidence that it is implicit in customary international law””. ICTY. Trial Chamber II. Case Prosecutor vs POPOVIC, Vujadin et all (Srebrenica Case), disponível em <http://www.icty.org/x/cases/popovic/tjug/en/100610judgement.pdf>, acessado em 10/01/2012, às 14:45, p. 335.

89 ICTY. Apell Chamber. Case Prosecutor vs Radovan Karadzic, disponível em [http://www.icty.org/x/cases/karadzic/acjug/en/130711\\_judgement\\_rule98bis.pdf](http://www.icty.org/x/cases/karadzic/acjug/en/130711_judgement_rule98bis.pdf), acessado em 10/01/2012, às 14:30; ICTY. Apell Chamber. Case Prosecutor vs Ratko Mladic, disponível em <http://www.icty.org/x/cases/mladic/tjug/en/140415-summary.pdf>, acessado em 30/06/2014, às 23:00.

90 CIJ. Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro), judgement of 26 February of 2007, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>, acessado em 20/01/2012, às 15:35.

91 CIJ. Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), judgement of 3 February 2015, disponível em <http://www.>

[icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=73&case=118&code=cry&p3=4](http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=73&case=118&code=cry&p3=4), acessado em 01/03/2015, às 12:30.

92 BONAFE, Beatrice I. **The relationship between state and individual responsibility for international crimes**, Leiden: Martinus Nijhoff, 2009, pp. 21 *et seq.*

93 JENKS, citado por PASTOS RIDRUEJO, **Curso de derecho internacional publico...**, p. 34.

Existem provas amplas destas tendências em cada página da história contemporânea. Elas mostram de maneira concludente que somente sendo idealistas impenitentes podemos ser realistas para a solução dos problemas atuais e aliviar nossos descontentamentos presentes.

O passo decisivo, entretanto, não está na infirmação das jurisdições nacionais, mas, antes, na consolidação dos processos de cooperação internacional em matéria penal, mormente no momento atual em que vários Estados africanos deram início aos processos de denúncia do ETPI sob os mais variados argumentos, em especial a acusação o da “africanização” do TPI.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hannah Arendt, em seu livro *A Condição Humana*, afirma que, entre os gregos, a partir do momento em que se constituíram as *poleis*, ao homem livre era dado duas ordens de vivência. A *oikia*, a casa, e a *polis*, a cidade. Naquele vivia-se o que era próprio a qualquer pessoa (*idion*), e nessa aquilo que era comum (*koinon*) a todos os homens livres: a vida livre e igualitária propiciada pela política<sup>94</sup>.

*Mutatis mutandi*, aos Estados também se assegura, pelo Direito Internacional, uma dupla existência: uma interna e própria, que é o seu autogoverno livre e desimpedido, e outra, igualitária e comum, que é a vida na Sociedade Internacional.

Que as palavras não nos enganem. De *idion* derivou *idiota*, que para os gregos seriam aqueles homens incapazes de transcenderem a vida do lar e viverem a vida comum da *polis*.

Nesse sentido, qualquer tentativa de enfrentamento da macrocriminalidade internacional pelo Estado, e não pelos Estados, será, por definição, *idiota*, isto é, infrutífera por não se perceber que somente a execução dos programas internacionais de cooperação internacional em matéria penal poderá ensejar o seu enfrentamento, ou como dito desde já há algum tempo por Celso D. de Mello, “A luta contra o crime somente será eficaz com a cooperação internacional”<sup>95</sup>. Mais concretamente, e

para ficarmos no *topos* idealismo-realismo, que sejamos realistas e tentemos o impossível.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Nota introdutória sobre o conceito de democracia**, trd Marcus Vinícius Xavier de Oliveira, in DANNER, Fernando, DANNER, Leno, KONZEN, Paulo Roberto. **Democracia, política, representação**: ensaios filosóficos, Porto Alegre, FI, 2014, pp. 11-15.

AKERURST, Michael, MALANCZUK, Peter (org.). **Akehurt's modern introduction to international law**, 17 ed., New York: Routledge, 1997.

AMBOS, Kai, KARAYAN, Monica. **Impunidad y derecho penal internacional**, 2 ed., Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**: bases para una elaboración dogmática, trd. Ezequiel Malarino, Berlin/Montvideo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2005.

AMBOS, Kai. **Processando crimes internacionais em nível nacional e internacional**: justiça x *Realpolitik*, in JAPIASSÚ, Carlos E. Adriano (Org). **Direito Penal Internacional estrangeiro e comparado**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**, trd. Roberto Raposo, 10 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teorias dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, São Paulo: Malheiros, 2003.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Universal jurisdiction for international crimes**: historical perspectives and *contemporary practice*, *Virginia Journal of International Law*, n. 42, v. 81, fall 2001.

BASSIOUNI, M. Cherif. **The perennial conflict between international criminal justice and realpolitik**, in Miller Lecture, Georgia State College of Law, 2006. Disponível em [www.law.gsu.edu/Miller\\_Lecture/2006/MillerLecture-S06-BassiouniDraft.pdf](http://www.law.gsu.edu/Miller_Lecture/2006/MillerLecture-S06-BassiouniDraft.pdf), acessado em 30/10/2011.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Crimes against humani-**

94 ARENDT, Hannah. **A condição humana**, trd. Roberto Raposo, 10 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, pp. 32-35.

95 MELLO, **Curso de direito internacional público**, t. II, 11 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 976.

- ty: historical evolution and contemporary application, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to international criminal law**, 2th edition, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- BAZELAIRE, Jean-Paul, CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia**, trd. Luciana P. Venâncio, Bauru: Manole, 2004.
- BERMAN, Sir Franklin. **Jurisdiction: the State**, in CAPPSS, Patrick, EVANS, Malcolm, KONSTADINIDIS, Stratos. **Asserting jurisdiction: international and european legal approaches**, Portland: Hart Publishing, 2003.
- BOBBIO, Norberto, POLITO, Pietro (Org.). **O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a guerra e a paz**, trd. Daniela Versiani, São Paulo: Manole, 2009.
- BODINO, Juan. **Los seis libros de la Republica**, t. I, trd. Gaspar de A. Isunza, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- BONAFE, Beatrice I. **The relationship between state and individual responsibility for international crimes**, Leiden: Martinus Nijhoff, 2009.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**, 2 ed., trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CASSESE, Antonio. **Lineamenti di diritto Internazionale penale I: diritto sostanziale**, Bolgna: Il Molino, 2005.
- CRUVELLIER, Thierry. **Court of remorse: inside the International Criminal Court for Rwanda**, trd. Chari Voss, Madison: University of Wisconsin Press, 2006.
- DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de Oliveira. **Direito penal internacional, estado constitucional e o problema da mitigação da soberania na persecução dos crimes internacionais próprios**, in DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Temas escolhidos sobre a internacionalização do direito penal**, Porto Alegre: FI, 2015, pp. 19-88.
- DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **A internacionalização do direito penal: uma aproximação a partir do crime de lavagem de capitais**, in DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Temas escolhidos sobre a internacionalização do direito penal**, Porto Alegre: FI, 2015, pp. 130-163.
- DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **A internacionalização do direito da execução penal: em que(quais) sentido(s)?**, in DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Temas escolhidos sobre a internacionalização do direito penal**, Porto Alegre: FI, 2014, pp. 274-306.
- DE VATTEL, Emer. **O direito das gentes**, trd. Vicente Marotta Rangel, Brasília: IPRI/Editora da UNB, 2004.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Trois défis pour un droit mondial**, Paris: Éditions du Seuil, 1998.
- DÓRIA, A. Sampaio. **Curso de Direito Constitucional (Os Direitos do Homem)**, t. 1, 2 ed., São Paulo: Cia Editora Nacional, 1946.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, 2 ed., trd. Juarez Tavares *et al.*, São Paulo: RT, 2006.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo direito: técnica decisão dominação**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- GIL-GIL, Alicia. **Derecho penal internacional**, Madri: Tecnos, 1999.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional público**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**, vol. I, trd. Ciro Mioranza, Ijuí: Editora Unijui, 2004.
- GUGGENHEIM, Paul. **Contribution a l'histoire des sources du Droit des Gens**, RCADI, vol. 94 (1958-II).
- HÄBERLE, Peter, KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeu-latinoamericano**, trad. Héctor Fix-Fierro, Ciudad de Mexico: UNAM, 2003.
- HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**, trad. Héctor Fix-Fierro, Ciudad de Mexico: UNAM, 2003.
- HÄBERLE, Peter. **O Estado Constitucional Cooperativo**, trad. Marcos A. Maliska e Elisete Antoniuk, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HAGAN, John. **Justice in the Balkans: prosecuting war crimes in the Hague Tribunal**, Chicago: Chicago University Press, 2003.
- JANKOV, Fernanda F. F. **Direito Internacional penal:**



- mecanismos de implementação do Tribunal Penal Internacional, São Paulo: Saraiva, 2009.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- KELMAN, Herbert C. **The policy context of international crimes**, in NOLLKAEMPER, André, DER WILT, Harmen van. **System criminality in international law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- KELSEN, Hans. **A paz garantida pela responsabilização individual por violações do Direito Internacional**, in **A paz pelo direito**, trad. Lenita A. do Nascimento, São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- KELSEN, Hans. *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?*, **International Law Quarterly**, v. 1, n. 2, summer 1947.
- KLABBERS, Jan. **An introduction to international institutional Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- KLEINEN, Thomas. **Konstitutionalisierung im Völkerrecht: einer idealistischen Völkerrechtslehre**, Heildeberg: Springer, 2012.
- KOSKENNIEMI, Martti. **Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and the expansion of International Law - Report of the Study Group of the International Law Commission. INTERNATIONAL LAW COMMISSION**, Fifty-eighth session, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006.
- KOTZUR, Markus. **A Soberania Hoje**. Palavras-Chave para um Diálogo Europeu Latino-Americano Sobre um Atributo do Estado Constitucional Moderno, trd. Marcus V. X. de Oliveira e Gabriel G. de Godói, *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, 2012, pp. 1-19.
- LEROUX-MARTIN, Phillipe. “Lições sobre a negociação da Bósnia” **ESTADÃO**, disponível em <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,licoesda-negociacao-sobre-a-bosnia,1121639>, acessado em 20/02/15, às 10:00.
- LOCK, Grahame. **Ringing the changes: mutations in the idea of political change**, in KERSBERGEN, Kees van *et al* (Orgs.). **Expansion and fragmentation: internationalization, political change and the transformation of the Nation State**, Amsterdam: Amsterdam University Press, 1999.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, t. I, 13 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, t. II, 13 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ONU. Carta do Secretário Geral da ONU ao Presidente do CSONU de 24 de maio de 1994. Disponível em [http://www.icty.org/x/file/About/OTP/un\\_commission\\_of\\_experts\\_report1994\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf), acessado em 20/01/2010, às 15:00.
- ONU. “**Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgement of the Tribunal**”, Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales**, 18 ed., Madri: Tecnos, 2014.
- Regulamento do TPI sobre os elementos dos crimes já revisado, disponível em <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>, acessado em 20/08/2011, às 14:31:00.
- SCHABAS, William A. **An introduction to the International Criminal Court**, 4 ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- SCHLÜTTER, Birgit. **Developments in customary international law: theory and the practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia**, Leiden: Martinus Nijhoff, 2010.
- SHAW, Malcolm. **International law**, 6<sup>th</sup> ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- VARELLA, Marcelo D., de Oliveira, Vitor Eduardo Tavares. “**Da unidade à fragmentação do Direito Internacional: o caso Mox Plant**”, *Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte*, n. 54, jan/jun 2009.
- WEIL, Prosper. **Le droit international en quête de son identité**, Cours général de droit international public, RCAD vol. 237/1992, pp. 09-370.
- WERLE, Gerhardt. **Principles of international cri-**

**iminal law**, 2<sup>th</sup> edition, Hague: T M C Asser Publishers, 2009.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**, Londres: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co, 1922.

## DECISÕES JUDICIAIS

CIJ. Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro), judgement of 26 February of 2007, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>, acessado em 20/01/2012, às 15:35.

CIJ. Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of

Genocide (Croatia v. Serbia), judgement of 3 February 2015, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=73&case=118&code=cry&p3=4>, acessado em 01/03/2015, às 12:30.

ICTY. Apell Chamber. Case Prosecutor vs Radovan Karadzic, disponível em [http://www.icty.org/x/cases/karadzic/acjug/en/130711\\_judgement\\_rule98bis.pdf](http://www.icty.org/x/cases/karadzic/acjug/en/130711_judgement_rule98bis.pdf), acessado em 10/01/2012, às 14:30.

ICTY. Apell Chamber. Case Prosecutor vs Ratko Mladic, disponível em <http://www.icty.org/x/cases/mladic/tjug/en/140415-summary.pdf>, acessado em 30/06/2014, às 23:00.

ICTY. Trial Chamber II. Case Prosecutor vs POPOVIC, Vujadin et all (Srebrenica Case), disponível em <http://www.icty.org/x/cases/popovic/tjug/en/100610judgement.pdf>, acessado em 10/01/2012, às 14:45.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**A definição jurídica da  
"comunidade"**

**A definition of the concept of  
"community"**

Nitish Monebhurrun

Michelle Lucas Cardoso Balbino

Fernanda Castelo Branco Araujo

Othon Pantoja

Maíra Bogo Bruno

Cândida Dettenborn Nóbrega



# A definição jurídica da “comunidade” \*

## A definition of the concept of “community”

Nitish Monebhurrin\*\*

Michelle Lucas Cardoso Albino\*\*\*

Fernanda Castelo Branco Araujo\*\*\*\*

Othon Pantoja\*\*\*\*\*

Maíra Bogo Bruno\*\*\*\*\*

Cândida Dettenborn Nóbrega\*\*\*\*\*

### RESUMO

Esse trabalho, fruto de uma pesquisa efetuada no âmbito do Grupo de Pesquisa “Novas tendências do Direito Internacional”, busca sintetizar os elementos de definição jurídica do conceito de “comunidade”. Para saber quais comunidades devem ser, previamente, consultadas, por exemplo, em casos de obras públicas ou privadas, a definição da comunidade deve ser sabida. A prática revela, entretanto, que os textos jurídicos e a jurisprudência, seja no plano nacional brasileiro ou na esfera internacional, não permitem traçar, facilmente, uma definição técnica. Esse trabalho de pesquisa elencou os parâmetros de definição no âmbito nacional e internacional ao categorizá-los de forma de a poder propor um método para identificar tecnicamente (e mais facilmente) uma comunidade. Para tanto, foram estudados os textos normativos no nível federal, estatal e internacional; da mesma forma, a jurisprudência nacional — federal e estatal foi perscrutada junto com a jurisprudência internacional. Com base disso, o trabalho oferece um guia para facilitar a identificação de uma comunidade.

**Palavras-chave:** Definição; comunidade; estudo do Direito nacional e Internacional.

### ABSTRACT

This paper, the result of a research carried out within the scope of the Research Group “New trends in international law”, synthesizes the elements of a legal definition of the concept of “community”. In order to know which communities must be previously consulted, for example in cases of public or private investments, the definition of “community” must be mastered. Practice shows, however, that both legal texts and case law, whether on the Brazilian national level or within the ambit of international law, do not provide for an easily accessible technical definition. This paper demonstrates how national and international parameters of definition were categorized so as to propose a method to technically (and more easily) identify a community. For such purposes, the normative texts were studied at the Federal and State level, and also at the international level; similarly, the natio-

\* Artigo convidado.

\*\* Doutor em Direito Internacional (Escola de Direito de Sorbonne Paris); Professor de Direito no Programa de Graduação e Pós-Graduação do Centro Universitário de Brasília (Uniceub); Professor Visitante no Programa de Mestrado em Direito Internacional da Universidade da Sabana, Bogotá, Colômbia. E-mail: nitish.monebhurrin@gmail.com

\*\*\* Doutoranda em Direito pelo Uniceub. Mestre em Sustentabilidade Socioeconômico e Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP); Especialização em Direito, Impacto e Recuperação Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP); Pós-Graduação em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Coordenadora e Professora do Curso de Direito da FACTU. Advogada. E-mail: michellebalbino@hotmail.com

\*\*\*\* Doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília / Universidade Aix-Marseille, França. E-mail: nandacba@gmail.com

\*\*\*\*\* Mestrando pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub). E-mail: othon.pantoja@gmail.com

\*\*\*\*\* Mestranda pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub). E-mail: mairabogo@gmail.com

\*\*\*\*\* Mestranda pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub). E-mail: candidaad1@hotmail.com

nal — Federal and State — case law has been examined along with the international jurisprudence. Resultantly, the paper provides a guide to facilitate the legal identification of a community.

**Key words:** Definition; community; study of national and international law.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho não é um artigo científico no sentido clássico do termo: não busca a apresentação de uma reflexão ou a demonstração de uma tese; não é a defesa de uma opinião científica e tampouco a explicação de um pensamento crítico. Trata-se, mais simplesmente, de um relatório de pesquisa. Este foi elaborado no âmbito do Grupo de Pesquisa “Novas tendências do Direito Internacional” do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília como produto e resultado de uma pesquisa prática.

A pesquisa prática é o método adotado pelo Grupo de Pesquisa e consiste em tratar problemáticas jurídicas práticas. Por esse método, a pesquisa não se limita a uma abstração livresca, mas visa responder a uma demanda social: é um trabalho de pesquisa a serviço da sociedade que confere, doutra feita, à universidade a sua função social. Ora, é um esforço que tem como intuito contribuir ao esclarecimento técnico de determinadas problemáticas sem ter a pretensão de (sempre) poder resolvê-las.

Para tanto, um primeiro passo consiste em identificar e em qualificar, tecnicamente, ditas problemáticas. Eis algo que se realiza pelas colaborações que o Grupo de Pesquisa estabelece com organizações públicas ou privadas. Por exemplo, uma dessas colaborações concerne um projeto que se tem com o Programa Mundial de Alimentos das Nações Unidas e pelo qual o Grupo de Pesquisa trabalha sobre as questões do direito alimentar e da segurança alimentar e nutricional. O presente relatório emana de um trabalho feito em colaboração com a organização não governamental Instituto SocioAmbiental [ISA] sobre a responsabilidade social corporativa. Em uma das consultas prévias de comunidades locais, o ISA informou ao Grupo que, na sua atuação, havia muitas vezes um grande desentendimento sobre a definição jurídica do termo ‘comunidade’ e, logo, sobre as ‘comunidades’ que são juridicamente protegidas

e cuja consulta está prevista por lei, por exemplo, antes de estabelecer empreendimentos no ou perto do seu território. Por comunidade, entende-se aqui uma coletividade reconhecida e protegida como tal legalmente no Brasil: recebe uma atenção especial do arcabouço jurídico por necessitar uma proteção diferenciada e particular; infere uma certa fragilidade, uma certa ameaça. Diferencia-se, por exemplo, da ‘comunidade nacional’, mas poderia abarcar uma quantidade relativamente ampla de categorias: indígenas, quilombolas, pescadores, trabalhadores, mulheres, crianças, deficientes, pequenos agricultores, agrovilas, consumidores... Embora tenha um elo de fragilidade que una esses grupos, cada um tem as suas características próprias e nem todos entram no bojo do requerimento jurídico da consulta prévia.

Foi justamente sobre essa problemática atinente à própria delimitação e definição jurídica da ‘comunidade’ potencialmente afeitada por empreendimentos que o Grupo de Pesquisa foi consultado. Esse relatório é uma sistematização dos elementos de definição que os pesquisadores encontraram — de forma dispersa —, e examinaram pelo estudo dos textos normativos e da jurisprudência referente às ‘comunidades’ no âmbito do Direito nacional e do Direito internacional aplicável ao Brasil. Foram, dessarte, perscrutados os textos normativos no nível internacional, federal e estatal e o mesmo método foi empregado para o estudo jurisprudencial.

Sendo assim, a pesquisa revelou que a autoidentificação é o critério principal de definição da ‘comunidade’ (**Capítulo 2**). Esse critério, por ser muito subjetivo e relativamente amplo, pode *in fine* complicar o processo de definição uma vez que várias coletividades poderiam *in abstracto* identificar-se ao utilizar o elemento da fragilidade. Por isso, a pesquisa elaborou um teste de autoidentificação para confirmar a existência de uma comunidade já autoidentificada: é um conjunto de critérios jurídicos cuja presença infere uma certa vulnerabilidade de determinadas coletividades (**Capítulo 3**).

## 2. A AUTOIDENTIFICAÇÃO COMO CRITÉRIO PRINCIPAL DE DEFINIÇÃO DA ‘COMUNIDADE’

A autoidentificação como parâmetro para definir o conceito de “comunidade” está prevista tanto no Direito brasileiro (2.1.) quanto no Direito Internacional (2.2.).

## 2.1. Um critério presente no direito brasileiro

Esse critério está visível nos textos normativos do Brasil (2.1.1.) e foi confirmado pela jurisprudência (2.1.2.).

### 2.1.1. Um critério visível nos textos normativos

O Brasil, em seus textos normativos, traz como principal critério para o reconhecimento de comunidades tradicionais, a autoidentificação. O sistema jurídico nacional segue, portanto, a Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho, incorporada à legislação brasileira pelo Decreto Legislativo 143/2002 e Decreto Nº 5.051/2004.

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 215 e 216, garante a proteção da manifestação cultural de grupos participantes do processo civilizatório nacional, assim como considera patrimônio nacional bens materiais ou imateriais que compõem grupos formadores da sociedade brasileira. O Estado brasileiro é, portanto, reconhecido como multiétnico e multicultural, buscando assegurar aos vários grupos sociais o direito de manter sua cultura, o que compreende formas de expressão e modos de criar, fazer e viver de povos e comunidades tradicionais<sup>1</sup>.

A fim de prover um conceito legal para os povos e as comunidades tradicionais brasileiros de modo geral, a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (Decreto nº 6.040/2007) prioriza o critério da autoidentificação, ao colocar o reconhecimento como tal enquanto primeiro critério definidor, em seu art. 3º, I<sup>2</sup>. Da mesma forma, faz a Lei nº 13.123/2015, que regulamenta a Convenção da Diversidade Biológica no que concerne ao acesso ao patrimônio genético e conhecimento tradicional associado, bem como à repartição dos benefícios dele decorrentes.<sup>3</sup>

1 Artigo 216 II da Constituição Federal de 1988.

2 Art. 3º, I: “Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição”.

3 Art. 2º, IV: “comunidade tradicional: grupo culturalmente diferenciado que se reconhece como tal, possui forma própria de organização social e ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e

Em termos específicos, somente as comunidades remanescentes de quilombos são conceituadas pelo ordenamento jurídico pátrio. A Instrução Normativa nº 57, do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária Especificamente (IN-INCRA nº 57/2009), também, os define com base na identificação do próprio grupo étnico-racial, ao lado de critérios de especialidade, conforme os artigos 3º e 6º.

Os textos normativos estaduais brasileiros, como nos textos normativos federais, não distinguem os termos povo de comunidade tradicional e trazem como critério fundamental para definição desses termos o da autoidentificação. Como por exemplo a Lei Estadual nº 21.147, de 14 de janeiro de 2014, do Estado de Minas Gerais (Institui a Política Estadual para o Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais) e Decreto nº 15.634, de 06 de novembro de 2014, do Estado da Bahia (Institui a Política Estadual para o Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais). Enquanto o texto normativo mineiro no seu artigo 2º, I<sup>5</sup>, define comunidade tradicional como “grupo culturalmente diferenciado que se reconhece como tal”, o texto normativo baiano no seu artigo 3º, I<sup>6</sup>, define comunidade como grupos culturalmente diferenciados que se reconhecem “a partir de seu

econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição”.

4 Art. 3º: “Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-definição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida”; art. 6º: “A caracterização dos remanescentes das comunidades de quilombos será atestada mediante autodefinição da comunidade”.

5 “(...) povos e comunidades tradicionais os grupos culturalmente diferenciados que se reconhecem como tais e possuem formas próprias de organização social, ocupando territórios e utilizando recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica e aplicando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição; (...)”

6 “(...) povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados, tais como povos indígenas, povos ciganos, povos de terreiro, comunidades quilombolas, geraizeiros, marisqueiras, comunidades de fundos e fechos de pasto, pescadores artesanais, extrativistas que ocupam ou reivindicam seus territórios tradicionais, de forma permanente ou temporária, tendo como referência sua ancestralidade e reconhecendo-se a partir de seu pertencimento baseado na identidade étnica e na autodefinição, que conservam suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, línguas específicas e relação coletiva com o meio ambiente, que são determinantes na preservação e manutenção de seu patrimônio material e imaterial, através da sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando práticas, inovações e conhecimentos gerados e transmitidos pela tradição; (...)”



pertencimento baseado na identidade étnica e na auto-definição”.

A autoidentificação também foi encontrada como critério para definição de comunidade quilombola na Lei nº 12.910, de 11 de outubro de 2013, do Estado da Bahia (Dispõe sobre a regularização fundiária de terras públicas estaduais, rurais e devolutas, ocupadas tradicionalmente por Comunidades Remanescentes de Quilombos e por Fundos de Pastos ou Fechos de Pastos e dá outras providências) que em seu art. 1º, §1º, estabelece que “são consideradas Comunidades Remanescentes de Quilombos os grupos étnico-raciais, segundo critérios de autoatribuição”<sup>7</sup>.

Quanto às comunidades indígenas os textos normativos estaduais analisados, em regra, partiram do princípio de que todos conhecem sua definição<sup>8</sup>, com exceção da Lei nº 14.453, de 07 de julho de 2004, do Estado do Paraná que nos incisos I e II, do §1º, do seu art. 1º, distingue comunidade indígena de povos indígenas da seguinte forma:

I povos indígenas: as coletividades que se distinguem entre si e no conjunto da sociedade nacional em virtude de seus vínculos históricos com populações de origem pré-cabraliana;

II comunidade indígena: o grupo humano local, parcela de um povo indígena organizada segundo seus usos, costumes e tradições e localizadas no território nacional independentemente da situação das terras que ocupem;

Referida lei traz também o critério da autoidentificação ao definir a palavra índio no inciso III, do do §1º, do seu artigo 1º como “o indivíduo originário de um povo ou comunidade indígena, que se reconhece e é reconhecido como tal”.

7 “(...) Para os fins desta Lei, são consideradas Comunidades Remanescentes de Quilombos os grupos étnico-raciais, segundo critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas e com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida, e reconhecimento obtido pela Fundação Cultural Palmares, do Ministério da Cultura, nos termos da Lei Federal nº 7.668, de 22 de agosto de 1988. (...)”

8 Vide Decreto nº 52.645, de 21 de janeiro de 2008, do Estado de São Paulo, que dispõe sobre as diretrizes estaduais de atenção aos povos indígenas, o Conselho estadual dos povos indígenas e o comitê intersetorial de assuntos indígenas e dá providências correlatas. Vide também, Lei nº 11.897, de 16 de março de 2010, do Estado da Bahia, que cria o Conselho Estadual dos Direitos dos Povos Indígenas do Estado da Bahia - COPIBA e dá outras providências.

Já quanto às comunidades pesqueiras, os textos normativos estaduais analisados se preocuparam apenas em tratar de aspectos socioeconômicos e ambientais da atividade de pesca artesanal e não se referiram à definição da comunidade propriamente dita<sup>9</sup>.

Esse critério da autoidentificação foi confirmado pela jurisprudência nacional.

### 2.1.2. Um critério confirmado pela jurisprudência nacional

Verificou-se que a jurisprudência pátria, em sua maioria, elege o critério da autoidentificação como caracterizador primordial das comunidades. A pesquisa foi efetuada com base na busca por termos correspondentes às comunidades em geral, às comunidades indígenas, quilombolas e pesqueiras. Foram analisadas decisões dos Tribunais Superiores (STF, STJ, TSE, STM e TST), dos Tribunais Regionais Federais (1 ao 5) e de Tribunais de Justiça Estaduais (Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo e Goiás).

No âmbito dos Tribunais Superiores, constatou-se que o Supremo Tribunal Federal não tem decisões que apresentem uma definição para as comunidades em geral, tampouco para as pesqueiras. No caso dos indígenas, a emblemática decisão no bojo do caso Raposa Serra do Sol (Petição nº. 3.388), que tratou da demarcação de terras tradicionalmente ocupadas por etnias indígenas em Roraima, não citou expressamente a autoidentificação para reconhecer uma ocupação indígena, mas utilizou parâmetros de especialidade, os quais serão delimitados em tópico subsequente<sup>10</sup>. Por outro lado, a posição do STF a respeito dos quilombolas consagra o reconhecimento da autoidentificação, que, ao ver da corte, deve ser presumida de boa-fé.<sup>11</sup>

9 Vide Lei nº 14.181, de 17 de janeiro de 2002, do Estado de Minas Gerais, que dispõe sobre a política de proteção à fauna e à flora aquáticas e de desenvolvimento da pesca e da aquicultura no Estado e dá outras providências. Vide também, Decreto nº 48.407, 29 de setembro de 2011, do Estado do Rio Grande do Sul, que institui o Programa de Desenvolvimento Sustentável da Pesca Artesanal e da Aquicultura Familiar – RS PESCA E AQUICULTURA, cria o Comitê Gestor e dá outras providências.

10 Vide Pet 3.388, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 19-3-2009, Plenário, DJE de 1º-7-2010.

11 Nesse sentido: “A autoatribuição como critério de determinação da identidade quilombola não se ressentiria de ilegitimidade perante a ordem constitucional. Destacou que se deveria presumir a boa-fé e que a ninguém se poderia recusar a identidade a si mesmo

No que concerne ao STJ, também não foram encontradas decisões que apresentassem definições de comunidades nos três aspectos ora em destaque, relacionados à autoidentificação<sup>12</sup>. Elementos ligados à especialidade e à vulnerabilidade foram encontrados, contudo, e serão especificados no item oportuno.

No Superior Tribunal Militar (STM), as pesquisas para comunidades quilombolas e pesqueiras não geraram resultado. Para as comunidades em geral, observou-se que a caracterização atribuída se relaciona à sociedade como um todo, ou relacionada a um grupo social, como os moradores de um complexo habitacional.<sup>13</sup> Semelhante foi o comportamento verificado no Tribunal Superior do Trabalho (TST) e no Tribunal Superior Eleitoral (TSE)<sup>14</sup>.

A pesquisa, também, se debruçou sobre os cinco Tribunais Regionais Federais. No TRF da 1ª Região (TRF 1), foram pesquisadas as decisões dos últimos cinco anos. Verificou-se que várias das decisões pesquisadas que proferiram algum posicionamento em relação ao termo comunidade no aspecto geral apontava relação com a “comunidade da vida”, cuja definição diz respeito à intergeracionalidade<sup>15</sup>. Quanto aos quilombolas, são

---

atribuída e, para a má-fé, o direito administrativo disporia de remédios apropriados” (Informativo nº 779: ADI 3239/DF; rel. Min. Cezar Peluso, 25.3.2015. - ADI-3239 - Voto-Vista da Ministra Rosa Weber) 12 A pesquisa, efetuada em abril de 2016, resultou em 1.382 acórdãos com o termo genérico, 56 com o termo “comunidade indígena” ou “de índios”, 3 com os termos “comunidade quilombola” ou comunidade de remanescente de quilombo” e 5 com “comunidade pesqueira” ou “comunidade de pescadores”.

13 Vide os seguintes acórdãos: 0000093-34.2014.7.01.0201 UF: RJ Decisão: 17/03/2016 - Proc: AP - APELAÇÃO Cód. 50 Data da Publicação: 22/04/2016 Vol: Veículo: DJE; penúltimo parágrafo. Num: 0000245-64.2014.7.01.0401 UF: RJ Decisão: 27/11/2014 Proc: RSE - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Cód. 310 Data da Publicação: 09/12/2014 Vol: Veículo: DJE; primeiro parágrafo e 0000194-22.2014.7.00.0000 UF: RJ Decisão: 03/02/2015 Proc: HC - HABEAS CORPUS Cód. 180; Data da Publicação: 12/02/2015 Vol: Veículo: DJE; primeiro parágrafo.

14 Corroboram o afirmado as seguintes decisões: AIRR - 3260-60.2010.5.02.0000, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/04/2011. AIRR - 10600-57.2009.5.01.0343 Data de Julgamento: 11/05/2011, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/05/2011, no âmbito do TST e AgR-AI - Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 55888 - São João Evangelista/MG; 558-88.2012.613.0257; Acórdão de 23/06/2015; Relator(a) Min. LUCIANA CRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO; Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 02/10/2015, no TSE.

15 A título exemplificativo: “Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz,

definidas pelos julgados em função da preservação dos valores socioculturais, relações com a terra, o parentesco, o território, a ancestralidade, as tradições e práticas culturais sociais e econômicas próprias.<sup>16</sup> Encontrou-se apenas um julgado que aponta a comunidade pesqueira. Nesse caso o relator vinculou a questão da comunidade à violação do sentimento coletivo<sup>17</sup>. Nos TRFs da 2ª e 3ª Regiões, os resultados não apresentaram referência direta à autoidentificação.

No Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4, a pesquisa do termo “comunidade” no aspecto geral verificou-se que a maioria dos julgados utiliza o termo de forma genérica para abordar sociedade (população). Em relação à “comunidade pesqueira”, não restou nada conceituado, sendo a pesquisa inócua em relação a qual-

---

com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que “o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável. (Processo: Numeração Única: AC 0001965-96.2011.4.01.3804 / MG; APELAÇÃO CIVEL - Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE - Publicação: 01/04/2016 e-DJF1 - Data Decisão: 09/03/2016)

16 Nesse sentido: “3. Os quilombolas são uma comunidade que se se autodefinem, “remanescente de quilombo”, a partir das relações com a terra, o parentesco, o território, a ancestralidade, as tradições e práticas culturais próprias. Estas comunidades, em regra, trabalham como artesãos ou pequenos produtores rurais e que atuam em regime de economia familiar, portanto, se enquadrando na legislação previdenciária como segurados especiais. Sendo que em posse de início de prova do exercício de tal labor possam, os homens quilombolas, ter direito à aposentadoria por idade ao completarem 60 anos, e, as mulheres, aos 55 anos”. (Processo Numeração Única: 0015808-66.2009.4.01.4300 - AC 2009.43.00.007547-1 / TO; APELAÇÃO CIVEL Relator DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES - Órgão QUINTA TURMA Publicação 30/07/2015 e DJF1 P. 1086 - Data Decisão 17/06/2015).

17 A título exemplificativo: “De qualquer sorte, o prejuízo difuso e coletivo deve estar evidenciado nos autos. Se o prejuízo moral não estiver demonstrado, e ausente indicação de violação do sentimento coletivo da comunidade, não há que se falar em responsabilização por danos morais. Caso em que o Autor/Apelado deixou de demonstrar objetivamente que o fato praticado pela Ré/Apelante tenha gerado um sentimento de dor, constrangimento, desgosto, infelicidade ou angústia na comunidade respectiva”. (Processo: Numeração Única: 0006026-70.2001.4.01.3700 - AC 2001.37.00.006057-6 / MA; APELAÇÃO CIVEL - Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES - Publicação: 15/10/2007 DJ - P. 78 - Data Decisão: 31/08/2007)

quer conceito. Já em relação a ‘comunidade indígena’, verificou-se o emprego do termo significando território de determinada etnia e conjunto de pessoas tidas como índios. Por fim, em relação ao termo ‘comunidade quilombola’, foi conceituado como movimento negro unificado.

No TRF da 5ª Região, a autoidentificação foi usada, expressamente, em um acórdão que tratavam de comunidades pesqueiras, testada com o critério de vulnerabilidade,<sup>18</sup> bem como em decisão que trata de comunidades indígenas<sup>19</sup>.

Para a verificação da autoidentificação como critério para definição de povos ou comunidades na jurisprudência dos Tribunais de Justiça Estaduais, foram pesquisados os termos povos, comunidade e suas derivações em relação às comunidades indígenas, pesqueiras e quilombolas nos Tribunais de Justiça dos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo e Goiás.

Sobre povos ou comunidades indígenas, foram encontrados julgados, apenas, aqueles que se referiam a processos criminais, para expressar a origem dos réus, em postulações para redução de pena de apelantes que se declararam indígenas, sem nenhuma ligação com a definição de povos ou comunidade indígenas<sup>20</sup>, que se referiam aos critérios para ser reconhecido como membro da comunidade<sup>21</sup> e, por fim, que se referiam às ques-

tões fundiárias como isenção de tributos e disputas pela posse ou propriedade de terras supostamente indígenas<sup>22</sup>, mas nenhum se referia aos critérios de definição de povos ou comunidades indígenas.

Sobre comunidades pesqueiras, foram encontrados apenas julgados sobre uso dos recursos hídricos<sup>23</sup>, preservação ambiental<sup>24</sup> e questões socioeconômicas ligadas à atividade de pesca artesanal<sup>25</sup>, mas nenhum dos julgados se referiu à definição da comunidade pesqueira propriamente dita.

Sobre comunidades quilombolas, foram encontrados apenas julgados que se referem a processos de demarcação e titulação das terras ocupadas por comunidade remanescente de quilombo<sup>26</sup>, cujas demandas possessórias dessas áreas envolvem nítido interesse federal, razão pela qual a competência é da Justiça Federal no seu processamento e julgamento, mas nenhum se referia aos critérios de definição de comunidades quilombolas.

A jurisprudência dos tribunais estaduais não traz definição específica de povos, comunidade tradicional, indígena, pesqueira ou quilombola. Os acórdãos analisados partiram do princípio de que todos conhecem a definição de povos ou comunidades e suas derivações em relação às comunidades indígenas, pesqueiras e quilombolas.

Já, o Direito Internacional apresenta mais contundência no que concerne o critério de autoidentificação.

## 2.2. Um critério constatado no Direito Internacional

Esse critério verifica-se nos próprios textos normativos (2.2.1.) e confirma-se na jurisprudência internacional (2.2.2.).

18 “In casu, o Grupo de Trabalho da aludida CNPCT enquadrava a Comunidade de Aritingui, localizada no Município de Rio Tinto, interior do Estado da Paraíba, como tradicional, em vista da primazia conferida à autodefinição como tal do povo ali existente, tendo sido constatado elevado grau de vulnerabilidade social, econômica e fundiária”. (PROCESSO: 00086224720114058200, APELREEX32826/PB, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO, Terceira Turma, JULGAMENTO: 08/10/2015, PUBLICAÇÃO: DJE 15/10/2015 - Página 98)

19 “As preliminares de ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e de falta de interesse de agir não merecem guarida, pois a Nota Técnica nº 01/12 (fls. 15-27 da AC 576068-CE) comprova o despejo de moradores no Boqueirão da Arara - Caucaia/CE, comunidade em processo de autoidentificação como remanescente de quilombos, caracterizando uma situação de caráter transindividual e indivisível, constituído por um grupo étnico hipossuficiente” (PROCESSO: 00089123720124058100, AC576032/CE, DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO (CONVOCADO), Quarta Turma, JULGAMENTO: 20/01/2015, PUBLICAÇÃO: DJE 22/01/2015 - Página 200).

20 Vide Acórdão nº 16.612, Apelação Criminal nº 0002919-71.2013.8.01.0011 e Acórdão nº 8.967, Apelação Criminal nº 2009.002778-0, Tribunal de Justiça do Estado do Acre.

21 Vide Mandado de Segurança nº 0019291-83.2014.8.05.0000, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

22 Processo: 20110112196116APC e Processo: 20120111734496APC, Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal.

23 Apelação cível 0448092-05.2000.8.06.0000 do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

24 Agravo de Instrumento Nº 0003521-20.2015.8.08.0004 do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

25 Apelação Civil nº 0003863-31.2015.8.08.0004 do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

26 Embargos de Declaração nº 0040990-42.2013.8.06.0064 do Tribunal de Justiça do Ceará e Agravo de Instrumento nº 0001686-61.2015.8.08.0015 do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.



### 2.2.1. Um critério identificado nos textos normativos internacionais

No Direito Internacional, a Convenção no. 169 da OIT sobre os Povos Indígenas (27/06/1989) — ratificado no Brasil em 2004<sup>27</sup> — estabelece uma diferença entre os povos tribais e os povos indígenas, definindo os primeiros como aqueles “ (...) *cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros segmentos da comunidade nacional e cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação ou regulações especiais*”<sup>28</sup>. Estatui, doutra feita, que os povos indígenas são assim considerados “ (...) *pelo fato de descenderem de populações que viviam no país ou região geográfica na qual o país estava inserido no momento da sua conquista ou colonização ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais e que, independente de sua condição jurídica, mantêm algumas de suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou todas elas*”<sup>29</sup>.

Essas disposições devem ser lidas em consonância com o artigo 1(2) da Convenção no.169 da OIT que prevê a **autoidentificação** como critério fundamental para qualificar os determinados grupos como sendo tribais ou indígenas. Logo, determinadas comunidades podem autoidentificar-se como tribos ou como indígenas com base dos parâmetros estabelecidos nos artigos 1 (1) (a) e 1 (1) (b) da Convenção no. 169: comprovar condições socio-econômicas e culturais, costumes, tradições e leis diferentes do resto da população de um país para as tribos; comprovar os elos ancestrais com as populações que moravam em uma determinada região geográfica no período da colonização territorial e autenticar a manutenção de instituições econômicas, sociais, culturais e políticas próprias — no sentido de uma comunidade auto-regulada — para os indígenas. O Guia da Organização Internacional do Trabalho para a Convenção no. 169 classifica esses critérios em categorias objetivas e subjetivas. Os critérios objetivos são aqueles que são descritos nos artigos 1 (1) (a) e 1 (1) (b) da Convenção, relacionados *grosso modo* com a forma de viver das comunidades ou com o elo territorial. O critério subjetivo é a identificação de alguém com os critérios objetivos e a comunhão de uma coletividade ao identificar-se com estes<sup>30</sup>, isto é, o sentimento de per-

tencer a uma comunidade.

E, nesse sentido, o Direito brasileiro, decerto, ecoa o Direito Internacional, vez que a Convenção faz parte integrante da ordem jurídica brasileira<sup>31</sup>. No Brasil, esse método de (auto)identificação é, por exemplo reconhecido pelo Ministério Público Federal<sup>32</sup>. Destarte, juridicamente, trata-se da pedra angular do conceito de ‘comunidade’, pedra angular que, no entanto, injeta uma certa dose de dificuldade no trabalho, pois não se tem, sempre, todos os dados ou todas as provas para averiguar uma determinada ‘autoidentificação’. É algo que requer uma perícia antropológica ou etnológica. Ora, os critérios genéricos do artigo 1 da Convenção no. 169 permitem, também, inferir a amplíssima proteção que as partes queriam outorgar às comunidades indígenas e tribais — no sentido do *pro homine*. Isso significa que a prova contrária deve ser trazida pela parte que contesta uma ‘autoidentificação’. Logo, o princípio é a autoidentificação pelas comunidades e a jurisprudência da Corte Interamericana corrobora isso.

### 2.2.2. Um critério confirmado pela jurisprudência internacional

Está claro pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que nem ela e tampouco os Estados podem intervir no lugar das comunidades indígenas ou tribais para estatuir sobre a sua identidade étnica<sup>33</sup>. Aplica-se, por princípio, a autoidentificação por ser um fato social e histórico<sup>34</sup>. A influência da Convenção no. 169 da OIT está aqui palpável; foi o mecanismo para incorporar o princípio da autoidentificação no sistema interamericano de Direitos Humanos. A própria Convenção Americana permite uma referência a con-

*Peoples' Rights in Practice. A Guide to ILO Convention no. 169*, Programme to promote ILO Convention no. 169 (PRO 169). International Labour Standards Department, 2009, pp.9-10. Ver também: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights over their Ancestral Lands and Natural Resources: Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 2009 p.10.

31 Ver seção 1.1.1. *supra*.

32 Ministério Público Federal, *Territórios de Povos e Comunidades Tradicionais e as Unidades de Conservação de Proteção Integral. Alternativas para o Asseguramento de Direitos Socioambientais*, Brasília: Série Manual de Atuação, 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, 2014, p.92.

33 Ver por exemplo: Comunidade Indígena Xákmok kásek indigenous community c. Paraguay, CIADH, Sentença (24/08/2010), §37; Povo Saramaka c. Suriname, CIADH, Sentença (28/22/2007), §164

34 Comunidade Indígena Xákmok kásek indigenous community c. Paraguay, CIADH, Sentença (24/08/2010), §37.

27 Ver Decreto no. 5.051 (19/04/2004).

28 Artigo 1 (1) (a) da Convenção no.169 da OIT.

29 Artigo 1(1) (b) da Convenção no.169 da OIT.

30 Organização Internacional do Trabalho, *Indigenous and Tribal*

venções alheias<sup>35</sup>, o que justificou a incorporação da Convenção da OIT no âmbito das discussões sobre as comunidades indígenas e tribais<sup>36</sup> — que tem o valor de *lex specialis* sobre o assunto. Por conseguinte, embora a Convenção americana não tenha disposições específicas sobre as comunidades indígenas ou tribais, é o espírito da Convenção no. 169 que se aplica.

Ora, o princípio da autoidentificação, embora fundamental, não basta por si só para delimitar eficientemente o conceito de comunidade. Pois, alguns critérios — como aqueles referentes à cultura particular ou aos costumes específicos —, podem aplicar-se a inúmeras coletividades, religiosas, por exemplo. Nesse sentido, a Comissão Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos utiliza, por exemplo, um terceiro critério de índole social: considera, em especial sobre as comunidades declaradas indígenas, que deve haver um critério de exclusão social, de dominação, de marginalização, de subjugação e de discriminação em relação a um modelo socioeconômico dominante<sup>37</sup>. Esse fator coaduna-se com os critérios objetivos e subjetivos elencados acima. Significa nada menos que o princípio da autoidentificação aplica-se dentro de **uma delimitação específica**. Aquelas comunidades que se autoidentificam como indígenas ou tribais devem poder demonstrar que cumprem alguns critérios, o que foi aqui chamado de **teste de autoidentificação**.

### 3. A APLICAÇÃO DO TESTE DA AUTOIDENTIFICAÇÃO PARA CONFIRMAR A EXISTÊNCIA DE UMA ‘COMUNIDADE’

A análise do Direito brasileiro e do Direito internacional revelou a existência de um conjunto de indicadores úteis que facilitam o processo de autoidentificação para comprovar a existência de uma ‘comunidade’. Esses indicadores foram categorizados em critérios de especialidade (3.1.) e de vulnerabilidade (3.2.).

35 Artigo 29 (b).

36 Comunidade indígena Sawhoyamaya c. Paraguay, CIADH, Sentença (29/03/2006), §117.

37 Comissão Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos, *Opinião consultiva sobre a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas* (2007), p.4.

### 3.1. Os critérios de especialidade para comprovar a existência de uma comunidade

Os critérios de especialidade verificam-se em ambos o Direito brasileiro (3.1.1.) e no Direito internacional (3.1.2.).

#### 3.1.1. Os critérios de especialidade no Direito brasileiro

O exame do arcabouço normativo por um lado (i) e jurisprudencial por outro (ii) demonstrou que alguns parâmetros como leis e costumes próprios ou uma relação mais metafísica com a propriedade caracterizam, especialmente, algumas comunidades.

(i) Os critérios de especialidade nos textos normativos

Em análise aos textos normativos brasileiros, verificam-se 04 (quatro) critérios de especialidade para definição de comunidade. O primeiro critério de especialidade é a necessidade de **legislações especiais e próprias** para dada comunidade, o que marca o diferencial, ou seja, o ponto de segregação entre as comunidades protegidas e todo o restante da população. Importante ressaltar que, este critério não permite o direito de escolha do regime jurídico aplicado ou não, já definido em lei. O segundo critério de especialidade é o **modo de vida tradicional**, definido por questões de ancestralidade, costumes e hábitos diversos do restante da população. O terceiro critério de especialidade é a necessidade de uma **organização social própria com estrutura definida**, considerando a lógica e hierarquia interna dos componentes da comunidade. E, por fim, o quarto critério de especialidade é a definição da comunidade através do conceito de **propriedade**, assim, a comunidade com base da terra, da área habitada, do território ocupado.

No pertinente à legislação federal, aponta-se, em relação ao primeiro critério de especialidade, que aos índios é dedicado um Capítulo próprio, dentro do título VIII da Constituição Federal (Da Ordem Social), assim como há, no ordenamento pátrio, desde 1973, o Estatuto do índio (Lei nº 6.001). Por outro lado, no âmbito infraconstitucional, é válido destacar a existência de política própria direcionada às comunidades tradicionais em geral (Decreto nº 6.040/2007).

A Constituição Federal, ao assegurar aos indígenas

os direitos de “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”<sup>38</sup>, consagra, também, os modos de vida, a organização própria e a ocupação tradicional do território como critérios diferenciadores destes na sociedade brasileira. Por outro lado, quando o artigo 68 dos ADCTs reconhece, expressamente, o direito ao território de comunidades de remanescentes de quilombos, observa-se a expressão do critério da territorialidade, que é complementado pela IN-INCRA n.º 57/2009, a qual entende-se expressar os critérios de modo de vida tradicional e de territorialidade<sup>39</sup> para que essas comunidades sejam caracterizadas como quilombolas.

Quanto às comunidades pesqueiras, observou-se inexistir legislação específica que as defina, muito embora tramite no Congresso um Projeto de Lei de Iniciativa Popular que busca promover o reconhecimento legal, a proteção e a garantia do seu território tradicional, a partir da autoidentificação.

Já em relação a legislação estadual, a existência de legislações especiais e próprias (primeiro critério de especialidade que comprova a existência de uma comunidade) é confirmado pela existência de legislações especiais que garantem o caráter especial das comunidades. Como exemplo tem-se a Lei Estadual n.º 12.910, de 11 de outubro de 2013, do Estado da Bahia (que regula as terras de Comunidades Remanescentes de Quilombos) e a Lei Estadual n.º 21.147, de 14 de janeiro de 2014, do Estado de Minas Gerais (que aborda políticas sustentáveis de povos e comunidades tradicionais no estado).

Em relação ao segundo critério de especialidade que comprova a existência de uma comunidade (modo de vida tradicional diverso do restante da população), as legislações estaduais descritas acima, definem de forma clara<sup>40</sup> que, para serem considerados “comunidade”, (conforme cada legislação específica<sup>41</sup>), torna-se imprescindível a consideração da trajetória histórica da população (transmitidos pela tradição). Ou seja, a influência da ancestralidade na definição cultural, social, religiosa

e econômica das práticas realizadas pela comunidade.

A organização social própria e com estrutura bem definida é outro critério (terceiro em análise) presente nas legislações estaduais, tendo como ponto para sua diferenciação a definição própria de organização social, podendo esta ser feita com relação a parentesco, compadrio ou solidariedade comunitária associada à preservação de tradições e práticas sociais<sup>42</sup>.

O quarto e último critério encontrado na legislação estadual que contribui para a comprovação da existência do conceito jurídico de comunidade é o critério da propriedade. Nesse critério as legislações deixam claro que as comunidades possuem seu vínculo diretamente com a terra<sup>43</sup>, podendo ser de forma permanente ou temporária<sup>44</sup>, não considerando para tanto a necessidade de regularização da propriedade<sup>45</sup>, podendo ser por meio de posse efetiva ou propriedade<sup>46</sup>.

Verifica-se, outrossim, que alguns desses critérios de especialidade foram confirmados pela jurisprudência nacional.

(ii) Os critérios de especialidade confirmados pela jurisprudência nacional

Ao analisar a jurisprudência nacional, 02 (dois) critérios de especialidade foram recorrentes nos tribunais pesquisados, quais sejam: **costumes e tradições ancestrais** (modo de vida tradicional, também confirmado como critério de especialidade nos textos normativos) e a **propriedade**, a relação da comunidade com a terra (conceito de propriedade, mais uma vez apresentando a consonância entre os textos normativos e a jurisprudência na definição de um critério de especialidade).

42 A definição da necessidade de organização social própria pode está presente no art. 2º, incisos II e III da Lei Estadual n.º 12.910/2013 da Bahia e art. 2º, inciso I da Lei Estadual n.º 21.147/2014 de Minas Gerais.

43 Territórios tradicionalmente ocupados, conforme dispõe o art. 4º, inciso IX da Lei Estadual n.º 21.147/2014 de Minas Gerais.

44 Art. 2º inciso II da Lei Estadual n.º 21.147/2014 de Minas Gerais.

45 A regularização está presente tanto no preâmbulo como no *caput* do art. 2º Lei Estadual n.º 12.910/2013 da Bahia, bem como no art. 4º, inciso VI da Lei Estadual n.º 21.147/2014 de Minas Gerais, quando aponta que a legislação tem como objetivo “garantir aos povos e comunidades tradicionais o uso de seus territórios por meio de sua posse efetiva ou propriedade, mediante regularização e titulação das terras, assegurando-se o livre acesso aos recursos naturais necessários à sua reprodução física, cultural, social e econômica”.

46 Art. 4º, inciso VI da Lei Estadual n.º 21.147/2014 de Minas Gerais.

38 Cf art. 231, CF.

39 Vide art. 6º retromencionado.

40 Tal questão está presente no art. 1º, §1º da Lei Estadual Baiana n.º 12.910/2013 e art. 2º, incisos I e II da Lei Estadual Mineira n.º 21.147/2014

41 Legislação Baiana restrita as Comunidades Remanescentes de Quilombos e a Legislação Mineira englobando povos e comunidades tradicionais de forma mais genérica.



Com relação à pesquisa realizada em cada um dos Tribunais Superiores, devem ser relatados os resultados do STF e do STJ. No âmbito do STF, encontrou-se como resultado principal<sup>47</sup> o acórdão do Caso da Reserva Raposa Serra do Sol, para as comunidades indígenas. Nele a especialidade foi usada como critério sob dois aspectos: o da territorialidade, sendo que sua caracterização foi mitigada pela ocupação anterior à Constituição Federal de 1988, e o do modo de vida tradicional, manifestado pela particular organização social das etnias indígenas do local<sup>48</sup>. Quanto aos quilombolas, a especialidade foi encontrada em acórdão que aplicou o critério dos costumes e tradições ancestrais<sup>49</sup>. Na pesquisa realizada no STJ, por sua vez, foi possível identificar critérios de especialidade em decisões relacionadas a comunidades indígenas, por meio da territorialidade, representada pela ocupação anterior à CF/88<sup>50</sup> e a quilombolas, também com a territorialidade, comprovada pela habitação histórica do grupo remanescente de quilombo<sup>51</sup>.

Nas buscas realizadas nos Tribunais Regionais Federais, são importantes os resultados encontrados na jurisprudência referente à 1ª, 3ª e 5ª regiões. No TRF 1, resultados que expressam o critério da especialidade foram encontrados na busca por termos relativos a comunidades indígenas, atrelado às tradições culturais<sup>52</sup> ou às

terras, tradicionalmente, ocupadas por esses grupos<sup>53</sup>. No TRF 3, em um caso atinente às comunidades remanescentes de quilombos, verificou-se acórdão que trazia o modo de vida tradicional combinado com a territorialidade, aplicada conforme o marco temporal da CF/88 usada nos casos de comunidades indígenas.<sup>54</sup> Por fim, no TRF 5, para os indígenas, encontrou-se a territorialidade, comprovada por laudo étnico-anropológico<sup>55</sup>,

---

não é um bem econômico, mas dom gratuito de Deus e de seus antepassados que nela descansam, um espaço sagrado com o qual precisam de interagir para manter a sua identidade e os seus valores.” (Processo Numeração Única: 0020317-44.2006.4.01.0000 - AG 2006.01.00.020154-8 / GO; AGRAVO DE INSTRUMENTO - Relator

DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE – Órgão QUINTA TURMA – Publicação 28/08/2015 e-DJF1 P. 1286 - Data Decisão - 19/08/2015).

53 “A perícia judicial antropológica concluiu que o imóvel em questão está encravado em terras tradicionalmente ocupadas pelos índios Rikbaktsa (Área Indígena Escondido). Não há como negar que antes mesmo de ser transferida mediante título dominial ao apelante, a área litigiosa era e continua sendo habitada em caráter permanente por aquela comunidade indígena, que já a utilizava de maneira legítima, segundo seus usos e costumes” (Processo Numeração Única: 0003067-62.2006.4.01.3600 - AC 2006.36.00.003067-5 / MT; - APELAÇÃO CIVEL – Relator DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES – Órgão - TERCEIRA TURMA – Publicação - 05/12/2014 e-DJF1 P. 2747 - Data Decisão - 25/11/2014).

54 “A regularização fundiária tem um marco temporal específico: as áreas possuídas pelo grupo tribal no momento da promulgação da norma constitucional. Os trechos ocupados no passado, sem desdobramentos recentes, ou que o forem após aquela data ficam à margem do processo. VII. É necessário também que os espaços condicionem a manifestação cultural da comunidade quilombola, representando não apenas um meio de subsistência, mas também um elemento de identificação étnico-racial. VIII. O fato de a ocupação precisar ser contemporânea à promulgação da CF de 88 não barra o direito de quem continua a cobiçar culturalmente o território e não consegue reconquistá-lo devido ao esbulho renitente dos atuais ocupantes” (Apelação Reexame Necessário. 0002213-78.2009.4.03.6002).

55 O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet 3.388 (Rel. Min. Carlos Britto, Dje 1º/07/2010), estabeleceu como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição da República, em 05 de outubro de 1988. 4. No caso, à vista do conjunto probatório acostado aos autos, especialmente o laudo judicial, constata-se que a área em questão não sofreu a descontinuidade da etnia potiguara, a justificar transferências de propriedade com base na alegação de os aldeamentos indígenas estavam extintos. Há provas de que, mesmo antes de haver a demarcação da área por determinação Decreto Presidencial nº 267, de 29/10/1991, havia renitentes conflitos entre índios e não índios, o que configura situação de inconformismo, de disputa possessória no “Sítio do Melo” que persistiu ao longo de várias décadas, até a data da promulgação da Lei Maior. (PROCESSO: 00022329619904058200, AC573012/PB, DESEMBARGADOR FEDERAL EDÍLSON NOBRE, Quarta Turma, JULGAMENTO: 27/10/2015, PUBLI-

---

47 A especialidade, também, foi testada por meio da forma diferenciada de queimar cana-de-açúcar e verificada no seguinte acórdão: STJ - AgRg 1.094.873 - 2.ª Turma - j. 4/8/2009 - v.u. - julgado por Humberto Martins - Dje 17/8/2009 - Área do Direito: Ambiental.

48 Nesse sentido: “A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas”. (Pet 3.388, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 19-3-2009, Plenário, DJE de 1º-7-2010).

49 Nesse sentido: “Os chamados quilombolas, povos tradicionais cuja contribuição histórica à formação cultural plural do Brasil somente fora reconhecida na Constituição de 1988, embora não fossem propriamente nativos, como os povos indígenas, ostentariam, à semelhança desses, traços étnico-culturais distintivos marcados por especial relacionamento sociocultural com a terra ocupada: se tornaram nativos e se incorporaram ao ambiente territorial” (REsp 931.060/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, Dje 19/03/2010)

50 STJ - MS 15.822 - j. 12/12/2012 - julgado por Castro Meira - Dje 1/2/2013 - Área do Direito: Administrativo

51 REsp 931.060/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, Dje 19/03/2010

52 “Neste sentido, é indispensável prestar uma atenção especial às comunidades aborígenes com as suas tradições culturais. Não são apenas uma minoria entre outras, mas devem tornar-se os principais interlocutores, especialmente quando se avança com grandes projetos que afetam os seus espaços. Com efeito, para eles, a terra

assim como o modo de vida tradicional<sup>56</sup>. Da mesma forma, a autoidentificação foi testada, em julgados de comunidades quilombolas, sob o critério da territorialidade, por meio de laudo<sup>57</sup>.

A jurisprudência dos tribunais estaduais, também, confirma os 02 (dois) critérios de especialidade, quais sejam: modo de vida tradicional e a propriedade das comunidades. Foram pesquisados o termo comunidade e suas derivações em relação às comunidades indígenas, pesqueiras e quilombolas nos Tribunais de Justiça dos seguintes Estados: Maranhão; Mato Grosso; Mato Grosso do Sul; Minas Gerais; Pará; Paraíba; Paraná; Pernambuco e Piauí.

CAÇÃO: DJE 29/10/2015 - Página 194); No mesmo sentido: PROCESSO: 200783040001745, APELREEX31111/PE, DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (CONVOCADO), Primeira Turma, JULGAMENTO: 06/08/2015, PUBLICAÇÃO: DJE 12/08/2015 - Página 45 e (PROCESSO: 00003665319904058200, AC518793/PB, DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO (CONVOCADO), Primeira Turma, JULGAMENTO: 26/06/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 29/06/2012 - Página 174)

56 Nesse sentido: 3. Considera-se índio ou silvícola como “o indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”. Art. 3º, I, da Lei 6.001/73. [...] 6. Trata-se de comunidade formada por pessoas nascidas na aldeia, sejam estas ameríndias, negras ou brancas. Assim, em virtude da existência de mestiçagem, existem diferenças internas na tribo. Embora se encontrem plenamente integrados à comunhão nacional, preservam sua indianidade pelo ritual do Ouricuri. (PROCESSO: 00045201820124058500, AC567608/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, Quarta Turma, JULGAMENTO: 15/04/2014, PUBLICAÇÃO: DJE 24/04/2014 - Página 207)

57 Nesse sentido: “3. In casu, afigura-se devida a realização de laudo antropológico para que seja definida a natureza do grupamento que atualmente ocupa a região, porquanto, na hipótese de virem a ser reconhecidos como quilombolas, não poderão ser expulsos do seu território tradicional, cabendo à Fundação Cultural Palmares e ao INCRA adotarem medidas para garantir a demarcação da área e o uso sustentável dos recursos naturais, compatibilizando o território quilombola com a finalidade do tombamento. Em contrapartida, caso não haja o reconhecimento da etnia quilombola, a comunidade ali estabelecida deverá ser reassentada, salvo entendimento contrário da Fundação Cultural Palmares e do IPHAN, que deverão comprometer-se a adotar providências no sentido de orientar os ocupantes a compatibilizarem sua permanência a finalidade do tombamento. 4. A circunstância de a constatação da situação irregular em que vivem as famílias ter sido feita ainda em 2006, não conduz à conclusão alvitrada pelo magistrado singular, no sentido de que inexistente urgência no pleito ministerial. Ao revés, deve-se considerar que tal estado de coisas merece a pronta resposta do Poder Judiciário para que os direitos da população ali existente - quilombolas ou não - deixem de ser vulnerados e recebam o correto equacionamento conferido pelo ordenamento pátrio” (PROCESSO: 08053729020154050000, AG/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO, 3ª Turma, JULGAMENTO: 17/03/2016).

O primeiro Tribunal analisado foi o **Tribunal de Justiça do Maranhão**, neste foram localizados processos apenas em reação a comunidades pesqueiras e quilombolas<sup>58</sup>, sendo observadas as ligações diretas com o modo de vida tradicional e a propriedade das comunidades quilombolas<sup>59</sup> e pesqueiras. Com relação à existência de uso diferente dos termos comunidades, povo e aldeia, no Tribunal de Justiça do Maranhão verificou-se vários processos utilizando o termo colônia. Que conforme processo n.º 0329832011 (publicado em 22/03/2013) “as colônias de pescadores foram equiparadas aos sindicatos propriamente ditos, passando a gozar, por conseguinte, das denominadas prerrogativas sindicais”.

No **Tribunal de Justiça do Mato Grosso** foram encontrados julgados apenas de quilombolas<sup>60</sup>. Nesses processos foram identificados vários pontos que indicam o uso dos critérios de especialidade, principalmente em relação a critério propriedade, como exemplo tem-se o caso do Agravo de Instrumento n.º 0001656-87.2015.8.11.0000 - 1656/2015 com decisão publicada em 06/02/2015, que negou seguimento ao agravo de instrumento, porque não foi demonstrado indícios mínimos de que o imóvel em litigioso faz parte da comunidade remanescente de quilombo “Jacaré dos Pretos”. Cabe registrar que nesse Tribunal o termo comunidades indígenas foi encontrado em vários processos criminais, contudo apenas para expressa a origem dos réus, sem nenhuma ligação com a definição de comunidade indígena.

No **Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul**, por sua vez, houve o registro apenas do termo comunidade indígena. Quanto ao critério de especialidade foram encontradas ligações diretas com o modo de vida tradicional e a propriedade das comunidades<sup>61</sup>. Com relação a existência de uso diferente dos termos comunidades, povo e aldeia no Tribunal de Justiça do Mara-

58 Em relação às comunidades indígenas nesse Tribunal formam encontrados somente processos criminais e sem nenhuma ligação com a definição de comunidade indígena.

59 Como por exemplo Agravo de Instrumento n.º 0214632010. São Luís: 24/11/2010 e Agravo de Instrumento n.º 0045102014. São Luís: 15/07/2014.

60 Agravo de Instrumento n.º 0001656-87.2015.8.11.0000. Cuiabá: 06/02/2015 e Agravo de Instrumento n.º 0128031-75.2011.8.11.0000. Cuiabá: 20/06/2012.

61 Como por exemplo no Habeas Corpus n.º 2012.009917-6. Campo Grande: 14/05/2012; Ação Civil Pública n.º 2011.011536-7. Campo Grande: 08/05/2012; Apelação Cível n.º 2011.021804-1. Campo Grande: 25/01/2012e n.º Apelação Cível n.º 2010.026428-9/0000-00. Campo Grande: 11/01/2011.

nhão não foram encontrados registros utilizando novos termos.

No **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, foram encontradas decisões que abordam o conceito de comunidade, tanto no aspecto geral, como em relação às comunidades pesqueiras e quilombolas. Assim, em relação ao TJMG encontraram-se os seguintes apontamentos sobre o termo comunidade – aspecto geral: o conceito de comunidade em termos gerais é apontado quando da existência de desequilíbrio ambiental que pode causar prejuízos irreversíveis ao meio ambiente e a comunidade. Nos processos a figura da ação civil pública é vista como o instrumento legal de tutela jurisdicional de interesses essenciais de uma comunidade. E, por fim, é apontado a necessidade de configuração de repercussões negativas na coletividade em virtude da degradação ambiental, em caso contrário não estaria prejudicando a comunidade<sup>62</sup>. Por fim, em relação às comunidades quilombola, apesar da competência federal na matéria, encontraram-se três julgados que apontam nesse sentido, expondo, ainda, a questão do reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas para configuração da comunidade quilombola ou comunidade remanescente de quilombola<sup>63</sup>.

No **Tribunal de Justiça do Pará**, foram encontrados julgados apenas de comunidades indígenas<sup>64</sup> e quilombolas<sup>65</sup>. Nesses processos foram identificados vários pontos que indicam o uso dos dois critérios de especialidade, modo de vida tradicional e propriedade.

62 Os processos encontrados foram: Agravo de Instrumento n.º 1.0388.15.001489-1. Belo Horizonte, 17/11/2015; Apelação Cível n.º 1.0151.11.002102-0/001. Belo Horizonte, 29/09/2015; Agravo de Instrumento n.º 1.0090.14.002201-4. Belo Horizonte, 01/09/2015; Reexame Necessário n.º 1.0118.10.000501-6. Belo Horizonte: 07/10/2015 e Apelação Cível n.º 1.0103.08.008493-4. Belo Horizonte, 08/10/2015.

63 Agravo de Instrumento-Cv 1.0607.15.000106-5/001; Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.13.217356-8/003 e Agravo de Instrumento-Cv 1.0223.07.214984-0/001.

64 Em relação aos indígenas foram encontrados os seguintes processos: Desaforamento de Julgamento n.º 0000204-18.2011.8.14.0112. Belém: 25/11/2013; Agravo de Instrumento n.º 0002839-12.2015.8.14.0000. Belém: 14/04/2015; Embargos de Declaração n.º 0029873-97.2013.8.14.0301. Belém, 09/04/2015.

65 Os processos que mencionam são: Apelação n.º 0000165-69.2013.8.14.0020. Belém, 17/12/2015; Agravo de Instrumento n.º 0068721-18.2015.8.14.0000. Belém, 23/10/2015; Mandado de Segurança n.º 0000542-32.2015.8.14.0000, Belém, 23/01/2015 e Agravo de Instrumento n.º 0002313-91.2012.8.14.0051. Belém, 01/02/2013.

Já no **Tribunal de Justiça da Paraíba**, foram localizados processos, apenas, em reação a comunidades indígenas, apontando na especialidade tanto os critérios modo de vida tradicional, como a propriedade das comunidades indígenas<sup>66</sup>. Não foram encontrados outros termos para definir comunidade, diverso dos já mencionados: povo e aldeia.

No **Tribunal de Justiça do Paraná**, foram localizados processos em reação a comunidades indígenas<sup>67</sup>, pesqueiras<sup>68</sup> e quilombolas<sup>69</sup>. Observa-se, mais uma vez, os critérios de modo de vida tradicional e propriedade reconhecidos nesses casos. Ponto interessante que merece destaque é a morosidade para o reconhecimento da comunidade quilombola, veja: “[...] o procedimento necessário a conceder a titularidade de terras aos descendentes de quilombolas trata-se de processo complexo e moroso e que não pode esperar ser concluído para ser ou não reintegrado na posse de suas terras” (Processo n.º 848034-6 - publicado em 13/03/2012). Com relação à existência de uso diferente dos termos comunidades no Tribunal de Justiça do Paraná, verificaram-se vários processos utilizando o termo território, mais uma vez fazendo referência à questão territorial.

No **Tribunal de Justiça de Pernambuco**, não foram encontrados processos com análise de comunidade

66 Como por exemplo Notícia Crime - Processo n.º 999.2006.000.391-3/001. João Pessoa: 30/04/2008 e Ação de Destituição n.º 05820040012336001. João Pessoa: 14/12/2006, este último discute situação familiar de silvícola.

67 Como por exemplo Apelação Cível n.º 1345336-4Curitiba, 03/03/2016; Apelação n.º 1432779-6. Curitiba, 11/12/2015; Agravo de Instrumento n.º 1451919-2. Curitiba, 14/10/2015; Apelação Cível n.º 1317630-6. Curitiba, 28/07/2015; Agravo de Instrumento n.º 1167846-5. Curitiba, 17/07/2015; Agravo de Instrumento n.º 1.186.838-5. Curitiba, 04/08/2015; Agravo de Instrumento n.º 1.196.065-5. Curitiba, 04/08/2015; Agravo de Instrumento n.º 1.165.097-4. Curitiba, 17/07/2015; Conflito de Competência n.º 1.179.308-1. Curitiba, 17/03/2014; Apelação Cível n.º 947736-3. Curitiba, 08/08/2013; Agravo Regimental n.º 582998-7/01. Curitiba, 17/06/2009; Ação Civil Pública n.º 558486-7. Curitiba, 12/05/2009; Agravo Regimental n.º 582998-7. Curitiba, 17/06/2009; Recurso em Sentido Estrito n.º 92978-8. Curitiba, 17/08/2000.

68 Em relação às comunidades pesqueiras foram encontrados os seguintes processos: n.º Agravo de Instrumento n.º 1.166.998-0. Curitiba, 24/09/2014; Apelação Cível n.º 1.203.731-7. Curitiba, 24/07/2014; Apelação Cível n.º 1.220.950-6. Curitiba, 29/05/2014 e Apelação Cível n.º 1.187.677-6. Curitiba, 24/04/2014.

69 Em relação aos quilombolas foram verificados os seguintes processos: Agravo de Instrumento n.º 848034-6. Curitiba, 08/03/2012; Apelação Cível n.º 1390447-7. Curitiba, 28/01/2016. Apelação Cível n.º 1390447-7. Curitiba, 28/01/2016; Agravo de Instrumento n.º 1.444.275-4. Curitiba, 30/09/2015 e Embargos de Declaração Cível n.º 1196654-2. Curitiba, 23/07/2014.



quilombola e nem pesqueira, sendo apenas localizados o conceito de comunidade indígenas. Foram observados a existência dos dois critérios de especialidade: modo de vida tradicional e a propriedade<sup>70</sup>.

Por fim, o **Tribunal de Justiça do Piauí**, possui uma peculiar questão, pois não foram encontrados processos que utilizaram o conceito de comunidade indígenas, nem quilombola e pesqueira. Porém, verificou-se a discussão do termo comunidade local, analisado a partir dos dois critérios de especialidade. Contudo, no processo, o Tribunal não considerando a vaquejada como festa cultural de interesse coletivo, afirmando ser, apenas, uma festividade municipal de cunho cultural<sup>71</sup>.

Observa-se que, em vários julgados em relação às comunidades indígenas e quilombola, não foram encontrados processos nos Tribunais pesquisados. Acredita-se que a ausência de decisões é devido à competência federal de assuntos ligados aos indígenas e quilombolas.

A presente pesquisa revelou que os critérios de especialidade averiguados no Direito brasileiro encontram-se igualmente no Direito internacional. Na verdade, muitos destes decorrem originalmente do próprio Direito internacional.

### 3.1.2. Os critérios de especialidade no Direito Internacional

Com base do mesmo método ora aplicado, os critérios de especialidade foram extraídos dos textos normativos internacionais (i) e da jurisprudência internacional (ii).

(i) Os critérios de especialidade nos textos normativos

A especialidade é, antes de tudo, jurídica. Os grupos, as comunidades devem evidenciar que são, de veras, regidos por costumes, tradições ou por legislações especiais e próprias. É uma exigência da Convenção no.169 da OIT<sup>72</sup> — que foi internalizada no Brasil pelo Decreto 5051 do 19 de abril de 2004. É um critério robusto que marca uma diferença e, até certo ponto, uma separação

entre as comunidades protegidas e o resto da população — que não possui esse direito de escolher o regime jurídico aplicável a ela. Existe, portanto, para as comunidades protegidas, uma articulação entre a legislação nacional aplicável a todos e um direito consuetudinário comunitário próprio no sentido de uma *lex generalis* e de uma *lex specialis*.

O outro indicador da especificidade é o modo de vida tradicional, embasado num legado ancestral que torna muitos dos hábitos cotidianos e dos costumes das comunidades diferentes do resto da população. Diferentes, também, são, por exemplo, as línguas, as religiões, as práticas religiosas e os conhecimentos transmitidas de geração à geração pela tradição<sup>73</sup>, o que implica ou induz, importantemente, uma transmissão num sistema de oralidade. É uma organização social própria com a sua estrutura, sua lógica e sua hierarquia interna. Para as comunidades indígenas, é também preciso demonstrar que são oriundas de uma continuidade histórica em uma determinada região na qual viviam os seus ancestrais antes de um processo de invasão, de açambarcamento ou de colonização<sup>74</sup>.

A jurisprudência complementou a base textual ao construir esse critério da especialidade.

Os critérios de especialidade corroborados na jurisprudência internacional

Ditos critérios de especialidade são parâmetros muito similar que os tribunais nacionais utilizam: costumes e tradições ancestrais que determinam a forma de viver e a forma de compreender a sociedade ou a relação interpessoal; uma preocupação em preservar essas tradições, pois sem estas, despoja-se todo o sentido da vida, ou seja preservar os hábitos ancestrais para preservar a vida. Ora, o critério de especialidade talvez mais importante para esse trabalho é **a propriedade**, isto é, a relação que se tem, comunitariamente, com a terra: a comunidade existe e se realiza enquanto comunidade só por uma lógica de propriedade coletiva<sup>75</sup>. Em ambas as decisões nacionais e internacionais, é algo que aparece fortemente de forma a induzir uma definição da comunidade com base da terra. Para as comunidades tribais e indígenas, o sentido de propriedade está

70 Agravo n.º 0000538-35.2015.8.17.0380. Recife, 10/12/2015; Apelação n.º 0000033-44.2015.8.17.0380. Recife, 25/11/201; Agravo de Instrumento n.º 0001656-87.2015.8.11.0000. Cuiabá: 06/02/2015 e Apelação n.º 0000510-38.2013.8.17.0380. Recife, 22/07/2015.

71 Apelação Cível n.º 201100010004647. Teresina: 15/03/2016.

72 Ver artigo 1(a) da Convenção no. 169 da OIT.

73 Ver artigo 1 da Convenção e ver anexo.

74 Artigo 1(b) da Convenção no. 169 da OIT. Ver também o artigo 231 da Constituição brasileira de 1988.

75 Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, CIADH, Sentença (31/08/2001), §149.

intimamente ligado à vida (a poder viver) e ao exercício da sua espiritualidade assim como da sua cultura: a cultura, as tradições, os costumes e a própria espiritualidade transmitem-se às gerações pela relação que se tem com a terra; logo a manutenção desta implica a garante daqueles<sup>76</sup>. Por conseguinte, sem o território ancestral, solapa-se, indiretamente, o Direito à vida. As comunidades indígenas são aquelas cujos ancestrais sempre ocuparam determinado território. As comunidades tribais são aquelas cujos ancestrais vieram em uma região de um outro lugar; no entanto, essa segunda categoria de comunidades — os quilombolas por exemplo —, desenvolveu uma relação espiritual e ancestral com o seu determinado território, o que os equipara, no entendimento da Corte interamericana, às comunidades indígenas<sup>77</sup>.

A territorialidade e o sentido não material, mas espiritual da propriedade são, portanto, elementos fundamentais para poder diferenciar — e daí, definir ou ao menos identificar — comunidades protegidas do resto da população<sup>78</sup>. É, também, desse elemento da territorialidade que decorre em parte o critério da vulnerabilidade como se verá embaixo.

### 3.2. Os critérios de vulnerabilidade para confirmar a existência de uma comunidade

A única territorialidade não basta para permitir a identificação de uma comunidade (índigena ou tribal, por exemplo). A pesquisa mostrou um outro fio condutor comum entre as comunidades examinadas: a vulnerabilidade. As comunidades que beneficiam de uma proteção jurídica encontram-se, geralmente, em uma situação de fragilidade por serem potencialmente ameaçados<sup>79</sup>. A ameaça pode, por exemplo, decorrer de uma

colonização ou de um açambarcamento das suas terras — fato que revela mas comumente essa vulnerabilidade na prática. Entender mais especificamente o teor e as ramificações da vulnerabilidade demandou um estudo do critério no Direito brasileiro (3.2.1.) e no Direito internacional (3.2.2.).

#### 3.2.1. Os critérios de vulnerabilidade no Direito brasileiro

Ambos os textos normativos (i) e a jurisprudência (ii) nacionais revelaram que um segmento da população de um determinado país — chamado aqui de comunidade —, está em uma situação jurídica diferenciada e especial por sofrer historicamente de uma discriminação e de uma ameaça cultural ou mesmo física.

(i) Os critérios de vulnerabilidade nos textos normativos

Em relação à vulnerabilidade, os textos normativos brasileiros apontam a existência de 02 (dois) critérios que confirmam a existência de uma comunidade. O primeiro critério é a existência de um **tratamento diferenciado** a um certo grupo e a necessidade de uma **proteção jurídica especial**, não conferida aos outros segmentos da população.

A existência, na Constituição Federal, de um capítulo próprio para tratar dos direitos indígenas, juntamente com o Estatuto do Índio e uma série de dispositivos em legislações federais<sup>80</sup> que os dotam de proteção jurídica específica, demonstra, além do critério da especialidade, o reconhecimento da vulnerabilidade desse grupo étnico. Do mesmo modo ocorre com os quilombolas, por meio do artigo 68 do ADCT, o Decreto nº 4.887/2003 e a IN nº 57/2009. Já para as comunidades de pescadores, a vulnerabilidade expressa-se, apenas, na Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca, prevista na Lei nº 11.959, que traz o desenvolvimento socioeconômico, cultural e profissional como um dos objetivos gerais, em seu art. 1º, IV.

dencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología”, in, Laurence Burgogue-Larsen *et al.*, *Derechos Humanos y Políticas Públicas: Manual*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, p.197 *et seq.*

80 Alguns exemplos de diplomas legais que possuem dispositivos próprios para indígenas: Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 03.10.1941), Código de Mineração (Decreto-Lei nº 227, de 28.02.1967) e Código Florestal (Lei nº 12.651/2012).

76 Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, CIADH, Sentença (31/08/2001), §149; Caso Yakye Axa c. Paraguay, CIADH, Sentença (17/06/2005), §§146-147; Caso Xákmok Kásek c. Paraguay, CIADH, Sentença (24/08/2010), §§85-87.

77 Ver: o Caso do Povo Saramaka c. Suriname, CIADH, Sentença (28/11/2007), §79.

78 Ver: Comunidade Indígena Maya do Distrito de Toledo c. Belize, Comm. IADH, Caso 12.053, Relat. no. 40/04 (12/10/2004), §155; Comunidade indígena Sawhoyamaya c. Paraguay, CIADH, Sentença (29/03/2006), §131; Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, CIADH, Sentença (31/08/2001), §149; Caso Yakye Axa c. Paraguay, CIADH, Sentença (17/06/2005), §§146-147; Caso Xákmok Kásek c. Paraguay, CIADH, Sentença (24/08/2010), §87; Caso do Povo Saramaka c. Suriname, CIADH, Sentença (28/11/2007), §164

79 Rosemerlin Estupiñan-Silva, “La vulnerabilidad en la jurisprudencia

Ademais, o Decreto nº 7.272, de 25 de agosto de 2010 que institui a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – PNSAN define em seu art. 3º, inciso IV que uma das diretrizes do Plano Nacional é a promoção, universalização e coordenação das ações de segurança alimentar e nutricional voltadas para quilombolas e demais povos e comunidades tradicionais de que trata o artigo 3º, inciso I, do Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007 que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Referido decreto aponta que povos e Comunidades Tradicionais são:

Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais

Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição; [...]

A PNSAN aponta, em seu artigo 19, a existência de tratamento diferenciado dos grupos populacionais em situação de vulnerabilidade e de insegurança alimentar e nutricional (inciso V), considerando nessa diferenciação a diversidade social, cultural, ambiental, étnico-racial e a equidade de gênero.

Já no artigo 15 da PNSAN o tratamento diferenciado, também, é encontrado na definição de “estratégias para adequar a cobertura das ações, sobretudo visando ao atendimento da população mais vulnerável” (inciso I). A mesma Política Nacional aponta no § 6º do artigo 21 que o sistema de monitoramento e avaliação da PNSAN será feito considerando desigualdades sociais, étnico-raciais e de gênero, ou seja, levará em consideração o tratamento diferenciado de cada grupo (vulnerabilidade).

Da mesma forma, a vulnerabilidade constata-se nos textos normativos estaduais. O primeiro critério de vulnerabilidade que define a existência de uma comunidade é o tratamento diferenciado. Como exemplo aponta-se normas estaduais de São Paulo (Decreto nº 49.808, de 21 de julho de 2005), Minas Gerais (Lei nº 21.147, de 14 de janeiro de 2014) e Rio de Janeiro (Lei nº 7126, de 11 de dezembro 2015).

O Decreto nº 49.808, de 21 de julho de 2005 que estabelece Diretrizes Estaduais de Atenção aos Povos Indígenas, dispõe sobre o Conselho Estadual dos Povos Indígenas e o Comitê Intersetorial de Assuntos Indígenas define em seu artigo 4º, incisos I, II e III o tratamento diferenciado dos povos indígenas no Estado de São Paulo, pois estabelecem ações e diretrizes para atuação do Conselho Estadual dos Povos Indígenas para o aprimoramento da implantação das políticas de saúde e a promoção de programas, projetos e ações nas áreas de cultura, habitação, segurança alimentar, meio ambiente, proteção ao patrimônio material e imaterial.

Já a Lei nº 21.147, de 14 de janeiro de 2014, que institui a política estadual para o desenvolvimento sustentável dos povos e comunidades tradicionais no Estado de Minas Gerais descreve no inciso VIII do artigo 4º que existe tratamento diferenciado aos povos e comunidades tradicionais assegurando a permanência em seus territórios e o pleno exercício de seus direitos individuais e coletivos, sobretudo nas situações de conflito ou ameaça à sua integridade. Ainda confirma no inciso XXVI do mesmo artigo que é assegurada a “proteção e assistência a representantes, grupos ou instituições que atuem na promoção e defesa dos direitos dos povos e comunidades tradicionais e que, em razão de sua atividade, sejam expostos a situações de risco”. Ou seja, referida legislação concede de forma diferenciada tratamento a estas comunidades, caracterizando, assim, o primeiro critério de vulnerabilidade que confirma a existência de uma comunidade.

Por fim, no ano de 2015, foi promulgada a Lei nº 7.126, de 11 de dezembro 2015, que institui o plano estadual de promoção de igualdade racial do Estado do Rio de Janeiro. Nesta legislação o critério de tratamento diferenciado está presente nos pressupostos e princípios das linhas de ação do Plano Estadual, ao reconhecer que existem fatores que diferenciam a comunidade, apontando a vulnerabilidade como um desses fatores (alínea “e”, inciso I do art. 2º). No mesmo inciso, mas na alínea “i”, a norma estadual ainda garante tratamento diferenciado as comunidades, especialmente para a juventude negra, indígena e cigana, ao promover elementos de emancipação dos grupos vulneráveis.

Já o segundo critério, que confirmam a existência de uma comunidade, é a proteção jurídica especial das comunidades, que, também, possui representatividade nas normas estaduais. Essa proteção jurídica especial está



definida principalmente na elaboração de políticas públicas, programas, projetos, planos e ações firmadas nas normas estaduais.

A título de exemplo, o Decreto nº 49.808, de 21 de julho de 2005 que estabelece diretrizes estaduais de atenção aos povos indígenas e dispõe sobre o Conselho Estadual dos Povos Indígenas e o Comitê Intersetorial de Assuntos Indígenas aponta no inciso V do artigo 4 que, dentre as atribuições do Conselho Estadual dos Povos Indígenas, está a definição de “ações de colaboração com o Governo Federal na assistência emergencial às comunidades indígenas mais vulneráveis no Estado de São Paulo”. Observa-se a existência de ações específicas para os povos indígenas no Estado de São Paulo, caracterizando a proteção jurídica especial desta comunidade.

A Lei nº 21.147, de 14 de janeiro de 2014, do Estado de Minas Gerais que institui a política estadual para o desenvolvimento sustentável dos povos e comunidades tradicionais também aponta para a existência desse segundo critério de vulnerabilidade. A lei descreve que no XIV do artigo 4 a participação das comunidades (através de seus representantes) em deliberação, fiscalização e controle social das ações governamentais representa a construção de uma proteção jurídica especial destas comunidades. E ainda conforme no inciso XV do mesmo artigo a necessidade de otimização de ações e programas sociais com enfoque diferenciado voltado a inserção dos povos e comunidades tradicionais.

Outro exemplo é o Plano Estadual De Promoção De Igualdade Racial Do Estado Do Rio De Janeiro (Lei nº 7.126, de 11 de dezembro 2015) que relata como um dos seus objetivos gerais a implementação de políticas públicas (proteção jurídica especial das comunidades) voltadas para a garantia do direito à vida e à segurança das comunidades tradicionais, grupos raciais e étnicos e em situação de vulnerabilidade (inciso VII do artigo 4). E, ainda, confirma no artigo 5, inciso II que a implantação de programas e projetos de ações afirmativas é um dos objetivos específicos do Plano Estadual, visando à promoção e ao desenvolvimento grupos raciais e étnicos em situação de vulnerabilidade social e programática. Nota-se a estruturação de uma rede de ações e programas que garantam a proteção jurídica normativa dessas comunidades.

Normalmente, outorgam-se direitos diferenciados com o intuito de reestabelecer uma justiça social, e para tanto, aplicam-se determinadas políticas públicas, ou

utiliza-se instrumentos jurídicos. A proteção jurídica especial das comunidades em comparação com o resto da população e o tratamento diferenciado apresentam-se assim como instrumentos utilizáveis rumo a uma *correção* da situação de vulnerabilidade, instrumentos estes que foram consolidados pela jurisprudência nacional.

(ii) Os critérios de vulnerabilidade consolidados na jurisprudência nacional

Em relação aos critérios de vulnerabilidade, em compatibilidade com os critérios normativos, também na jurisprudência nacional, 02 (dois) critérios foram recorrentes nos tribunais pesquisados, quais sejam: **tratamento diferenciado e proteção jurídica especial**.

No campo das decisões emanadas pelos Tribunais Superiores (STF, STJ, STM, TST e TSE), de relevo mencionar o resultado do STJ quanto a comunidades pesqueiras, em que se encontrou julgado cujo acórdão reconheceu as deficiências alarmantes de educação e saúde, e ausência quase absoluta de serviços de infraestrutura básica como elementos que demonstram a vulnerabilidade do grupo.<sup>81</sup>

Na esfera dos Tribunais Regionais Federais, os TRFs da 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Regiões não demonstraram resultados que trouxessem a vulnerabilidade como critério para testar a autoidentificação comunitária. No TRF 5, por sua vez, esta foi comprovada em seus aspectos social, econômico e fundiário por comunidades pesqueiras<sup>82</sup>.

Em se tratando da jurisprudência estadual, tanto o tratamento diferenciado como a proteção jurídica especial foram encontradas nos tribunais estaduais pesquisados e de forma recorrente. Ressalta-se que os tribunais ao apontarem esse critério de vulnerabilidade aplicam os mesmos como sendo complementares, ou seja, um diretamente interligado com o outro.

Exemplo foi o **Tribunal de Justiça do Maranhão** que apontou em dois julgados a consideração da área ocupada por Comunidade Quilombola, assegurando a proteção jurídica dessa comunidade e o tratamento diferenciado tanto na fase de reconhecimento de área de comunidades quilombolas, como em áreas que possuem o reconhecido já definido por órgão Federal das comunidades quilombolas<sup>83</sup>.

81 STJ - REsp 1.187.097 - j. 16/4/2013 - julgado por Marco Aurélio Gastaldi Buzzi - DJe 25/4/2013

82 Vide nota de rodapé nº 17.

83 Como por exemplo os processos n.º 0214632010 (publicado

No **Tribunal de Justiça de Pernambuco**, não foram encontrados processos com análise de comunidade quilombola e nem pesqueira, sendo apenas localizados o conceito de comunidade indígenas. Interessante apontar que no Processo de Apelação 0000510-38.2013.8.17.0380, publicado em 03/08/2015 não foi resguardado o foro privilegiado a indígena, ou seja, não se aplicou a vulnerabilidade no presente caso (não considerando nem o critério tratamento diferenciado, nem o critério proteção jurídica especial), pois considerou não ser devida a aplicação da competência prevista no art. 109, XI da Constituição Federal quando o feito envolve apenas o interesse particular de um silvícola, sem nenhuma repercussão na comunidade indígena.

No **Tribunal de Justiça do Minas Gerais**, também, foram encontrados os dois critérios da vulnerabilidade. Em relação ao critério de tratamento diferenciado, quando abordadas as comunidades pesqueiras, o conceito de comunidade foi utilizado como ponto diferenciador desta comunidade em relação às demais, pois as condições de pesca que envolvem uma cidade e comunidade de pescadores não representa a mesma que outra cidade enfrenta, o que justifica a diferenciação dos valores recebidos por grupos de pescadores de uma ou outra região. Veja o trecho do julgado: As condições de pesca que envolvem uma cidade e comunidade de pescadores não representam a mesma que outra cidade enfrenta, o que justifica a diferenciação dos valores recebidos por grupos de pescadores de uma ou outra região (Apelação Cível 1.0011.06.013791-3/001).

Em comparação, percebe-se que o critério de vulnerabilidade foi mais destrinchado no âmbito internacional, especialmente pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

### 3.2.2. Os critérios de vulnerabilidade no Direito Internacional

No Direito internacional, os critérios de vulnerabilidade encontrados nos textos normativos (i) corroboraram-se na jurisprudência (ii).

(i) Os critérios de vulnerabilidade nos textos normativos

Embora não implicitamente mencionado na Convenção 169 da OIT, o elemento da vulnerabilidade está

não só em filigranas do texto, mas está, também, embutido na própria existência deste: a convenção existe justamente para oferecer uma proteção jurídica a grupos vulneráveis e frágeis, — aqui comunidades tribais e indígenas —, assim como existem convenções sobre a proteção das crianças<sup>84</sup> ou sobre a eliminação de discriminação contra as mulheres<sup>85</sup>. São convenções cujo objeto é a proteção de grupos fracos, historicamente discriminados, potencialmente marginalizados — logo, vulneráveis. Na Convenção da OIT, a vulnerabilidade está revelada pela necessidade de oferecer um tratamento diferenciado aos ditos grupos tribais ou indígenas; há a necessidade de uma proteção jurídica especial, não conferida aos outros segmentos da população. O preâmbulo da Convenção 169 dispõe nesse sentido que “em diversas partes do mundo esses povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram e que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido erosão frequentemente<sup>86</sup>”. O artigo 4 da Convenção prevê a adoção de “medidas especiais”, sob consulta dos povos relevantes, para “salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados<sup>87</sup>”. Pela experiência histórica, notadamente aquela da colonização, sabe-se que o contato cultural dessas comunidades com outras civilizações pode ser detrimetoso ou fatal a sua própria cultura, ao seu senso comunitário e, logo, a sua existência<sup>88</sup>. O próprio contato com outras formas de vida — o contato com civilizações cuja base é o mercado por exemplo —, torna, potencialmente, a sua existência vulnerável. Por isso, a Convenção 169 outorga uma margem de autodeterminação cultural<sup>89</sup>, econômica<sup>90</sup>, e, até certo ponto, jurídica<sup>91</sup> às comunidades tribais e indígenas — claramente, dentro do quadro legal dos Estados. Essa preocupação encontra-se, outrossim, na relação sagrada que muitas comunidades têm com a terra ancestral, isto é, o território terrestre no qual as suas linhagens sempre

84 Convenção sobre os direitos das crianças (20/11/1989)

85 Convenção sobre a eliminação de todas as discriminações contra as mulheres (18/12/1979)

86 Ver preâmbulo da Convenção 169 da OIT, parágrafo 6.

87 Convenção 169 da OIT, artigo 4 (1), (2).

88 Marc Ferro, Histoire des colonisations. Des conquêtes aux dépendances XIIIe – Xxe siècle, Paris, Seuil, 1994, p.273 et seq.; Darcy Ribeiro, O povo brasileiro. A formação e o sentido do Brasil, São Paulo, Companhia das Letras, 1995, p.144 et seq.

89 Convenção 169 da OIT, artigo 7, artigo 8.

90 Convenção 169 da OIT, artigo 7.

91 Convenção 169 da OIT, artigos 9, 10.

em 24/11/2010) e 0045102014 (publicado em 15/07/2014).

viveram<sup>92</sup>. Para muitas comunidades, o único deslocamento das suas terras tradicionais significa um atentado à vida<sup>93</sup>. Significa, destarte, que sem o acesso às suas terras ancestrais, podem padecer de uma vulnerabilidade física e mental<sup>94</sup>. A relação íntima esculpida entre esses grupos e a “terra” demonstra, por exemplo, um modo de viver diferenciado e diferente ao comparar com o resto da população. Por essa razão, a Convenção 169 dedica um capítulo inteiro ao enquadramento jurídico da terra das comunidades indígenas e tribais<sup>95</sup>. O artigo 13 dispõe que “[a]o aplicarem as disposições desta parte da Convenção [sobre a terra], os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios”<sup>96</sup>. No mesmo sentido, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas estatui, no seu artigo 25, que “[o]s povos indígenas têm o direito de manter e de fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente possuem ou ocupem e utilizem, e de assumir as responsabilidades que a esse respeito incorrem em relação às gerações futuras”<sup>97</sup>. Uma cultura e tradições frágeis, malgrado enraizadas, e uma equiparação entre a terra e a vida, eis as razões principais da vulnerabilidade das comunidades, uma vez que os seus contatos com a *sociedade de mercado* afeitam potencialmente a sua cultura e as suas terras — por exemplo, nos casos dos grandes empreendimentos<sup>98</sup>. Na realidade, a proteção das terras ancestrais permite a proteção da cultura tradicional<sup>99</sup>. São, dessarte, duas formas, dois critérios para identi-

car uma comunidade vulnerável. Percebe-se que esses critérios são também considerados na jurisprudência internacional, notadamente da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

(ii) Os critérios de vulnerabilidade constatados na jurisprudência internacional

Na jurisprudência da Corte Interamericana sobre os Direitos Humanos, a vulnerabilidade foi relacionada com a propriedade, com a terra, mormente dos povos indígenas<sup>100</sup>. Esse critério foi atrelado ao artigo 21 da Convenção América sobre os Direitos Humanos, disposição esta que prevê a proteção do direito à propriedade. A Corte interpretou o artigo 21 de forma a considerar que este protege não só a terra dos povos indígenas, mas, outrossim, a relação espiritual e sagrada que se tem com a terra. Nesse entendimento, a propriedade não é individual, mas coletiva e, é nessa comunhão que muitos desses povos logram sobreviver como uma comunidade. A terra deve, nesse caso, ser vista como algo mais complexo que um espaço terrestre delimitado: pois, é, além do mais, uma delimitação territorial que permite preservar os recursos naturais, as tradições, a cultura, os costumes e a espiritualidade necessários para a sobrevivência das comunidades. A terra e os seus recursos atuam como uma protetora da identidade cultural<sup>101</sup> — um direito fundamental para os povos indígenas<sup>102</sup> —, e tem, para os povos indígenas, o seu valor apenas na interconexão com esses outros parâmetros<sup>103</sup>. Eis algo que foi também reconhecido pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas no seu Comentário Geral no. 23 sobre os direitos das minorias<sup>104</sup>. A vulnerabilidade está constituída considerando que um óbice impedindo ou limitando o acesso às suas terras originais às comunidades indígenas pode implicar uma violação do Direito à vida: ocorre, diretamente, pela falta de acesso aos recursos alimentares ou medicinais imprescindíveis para a sua sobrevivência e, indiretamente, pela exposição a doenças, epidemias

92 James G. Cowan, *The Elements of Aborigine Tradition*, Shaftesbury, Dorset, Element Eds., 1992, p.16 et seq.

93 Ross Terrill, “Aborigines and the Land”, in, Ross Terrill, *The Australians: The Way We Live Now*, Sydney, DoubleDay, 2000, p.231 et seq.

94 A jurisprudência a ser examinada na próxima seção ilustra isso.

95 Ver a Parte II da Convenção.

96 Convenção 169 da OIT, artigo 13.

97 Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, artigo 25.

98 Vinodh Jaichand, Alexandre Andrade Sampaio, “Dam and Be Damned: The Adverse Impacts of Belo Monte on Indigenous Peoples in Brazil”, *Human Rights Quarterly*, vol.35, 2013, pp.408-447; Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Indigenous and Tribal Peoples’ Rights over their Ancestral Lands and Natural Resources: Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 2009 p.13.

99 Perícia dos antropólogos Rodrigo Villagra e Víctor López Acevedo — no caso *Comunidade indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, CI-ADH, Sentença (27/06/2012), §154 —, diante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esse ponto será explorado na próxima parte referente à jurisprudência internacional.

100 *Caso do povo indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, Decisão, 27/06/2002, §145.

101 *Caso do povo indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, Decisão, 27/06/2002, §120; *Caso da Comunidade Indígena Maya do Distrito de Toledo c. Belize*, Relatório, Com.IADH (12/10/2004), §155.

102 *Caso do povo indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, Decisão, 27/06/2002, §217.

103 *Caso do povo indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, Decisão, 27/06/2002, §§145-146.

104 Comitê de Direitos Humanos da ONU, Comentário Geral no. 23: Direito das minorias (art. 27), CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (08/04/1994), ver §7.



e situações de exclusão social com condições de sobrevivência desumanas — o que a Corte qualifica de extrema vulnerabilidade<sup>105</sup>. Talvez seja por isso que, no entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o direito à terra das comunidades indígenas é consuetudinário<sup>106</sup>. A terra significa, logo, segurança e sobrevivência. Por isso, o Estado deve garantir um uso e uma fruição permanente dos seus territórios às comunidades indígenas, delimitando-os, quando precisar, seguindo uma devida consulta prévia<sup>107</sup> com base das próprias tradições indígenas<sup>108</sup>. Interessantemente, se nos casos comuns, percebe-se que é o respeito do Direito à vida que permite uma fruição dos outros direitos fundamentais protegidos, nos casos das comunidades indígenas é a proteção da terra que garante a proteção da vida. Nesse sentido, as comunidades que correm o risco de ser fatalmente afetadas por uma desapropriação são qualificáveis de vulneráveis, pois não poderão mais existir como uma coletividade, o que seria detrimoso à possibilidade de existir como um indivíduo e a possibilidade de perpetuar-se. As razões são de cunho metafísicas, porém são razões que a Corte considera devidamente e cabalmente. Ademais, percebe-se que é sobretudo para grupos vulneráveis — crianças, mulheres, comunidades indígenas ou tribais — que a Corte se refere a outros acordos além do Pacto de San José. São casos de uma sensibilidade de tal cunho que a referência a um texto mais especializado se torna necessário. A Corte refere-se, por exemplo, à Convenção 169 da OIT<sup>109</sup>.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa demonstrou que ao critério de autoidentificação coadunam-se outros parâmetros que permitem

105 *Caso do povo indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, Decisão, 27/06/2002, §147; *Comunidade Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay*, CIADH, Decisão, §183, §189.

106 *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, Decisão, 31/08/2001, §140 (d).

107 *Caso do povo Saramaka c. Suriname*, CIADH, Decisão, 28/11/2007, §115.

108 *Caso do povo Saramaka c. Suriname*, CIADH, Decisão, 28/11/2007, §133; *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, Decisão, 31/08/2001, §164.

109 Por exemplo: *Caso do povo indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, Decisão, 27/06/2002, §160; *Caso do povo Saramaka c. Suriname*, CIADH, Decisão, 28/11/2007, §92; *Comunidade Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay*, CIADH, Decisão, §157.

esclarecer a identificação de uma comunidade. Em filigranas destes aparece contundentemente a questão da vulnerabilidade. A vulnerabilidade está, em si, intimamente ligada à relação que determinadas coletividades têm com a terra e com a propriedade. O valor que se confere à terra e a sua propriedade não é só material: é a relação histórica com a terra que permite a essas coletividades viver segundo os seus costumes, as suas tradições e desenvolver a sua cultura de forma livre e autodeterminada. São, destarte, vulneráveis pois que o seu Direito à vida está, muitas vezes, embutido na possibilidade de se manter em um determinado território; a vulnerabilidade decorre consoantemente das ameaças das quais sofrem quando há previsão de construção de obras e de empreendimentos no ou perto do seu território. São ameaças de deslocamento, mas também de poluição ou de aculturação. A comunidade se define, portanto, como uma coletividade que tem a capacidade jurídica de se autoidentificar, por exemplo, como tribal ou indígena, mas que vive, outrossim, de forma vulnerável por ultradepender, historicamente, de um determinado território terrestre e dos seus componentes dos quais tira o seu Direito à vida.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

##### I. Textos normativos

###### Nacional

- Constituição Federal de 1988
- Lei Federal nº 7.668, de 22 de agosto de 1988
- Lei Estadual Mineira n.º 21.147/2014
- Lei Estadual Baiana n.º 12.910/2013
- Lei nº 12.651/2012
- Lei nº 11.897, de 16 de março de 2010 do Estado da Bahia
- Lei nº 14.181, de 17 de janeiro de 2002, do Estado de Minas Gerais
- Decreto nº 48.407, 29 de setembro de 2011, do Estado do Rio Grande do Sul
- Decreto nº 52.645, de 21 de janeiro de 2008
- Decreto no. 5.051 (19/04/2004)

- Decreto-Lei nº 227, de 28.02.1967
- Decreto-Lei nº 3.689, de 03.10.1941
- Decreto-Lei nº 2.848/1940

### Internacional

- Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (13/09/2007)
- Convenção sobre os direitos das crianças (20/11/1989)
- Convenção no.169 da OIT (27/06/1989)
- Convenção sobre a eliminação de todas as discriminações contra as mulheres (18/12/1979)

## **II. Jurisprudência**

### Nacional

- Acórdão 0000093-34.2014.7.01.0201 UF: RJ Decisão: 17/03/2016 - Proc: AP - APELAÇÃO Cód. 50 Data da Publicação: 22/04/2016 Vol: Veículo: DJE
- AC 0001965-96.2011.4.01.3804 / MG; APELAÇÃO CÍVEL - Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE - Publicação: 01/04/2016 e-DJF1 - Data Decisão: 09/03/2016
- Acórdão 08053729020154050000, AG/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO, 3ª Turma, JULGAMENTO: 17/03/2016)
- Acórdão 0000194-22.2014.7.00.0000 UF: RJ Decisão: 03/02/2015 Proc: HC - HABEAS CORPUS Cód. 180; Data da Publicação: 12/02/2015 Vol: Veículo: DJE
- Acórdão 00089123720124058100, AC576032/CE, DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO (CONVOCADO), Quarta Turma, JULGAMENTO: 20/01/2015, PUBLICAÇÃO: DJE 22/01/2015
- Acórdão 00086224720114058200, APELREEX32826/PB, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO, Terceira Turma, JULGAMENTO: 08/10/2015, PUBLICAÇÃO: DJE 15/10/2015
- AGRAVO DE INSTRUMENTO – Relator DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE – Órgão QUINTA TURMA – Publicação 28/08/2015 e-DJF1 P. 1286 - Data Decisão - 19/08/2015
- Acórdão 0015808-66.2009.4.01.4300 - AC 2009.43.00.007547-1 / TO; APELAÇÃO CÍVEL Relator DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES - Órgão QUINTA TURMA Publicação 30/07/2015 e DJF1 P. 1086 - Data Decisão 17/06/2015
- Acórdão 00022329619904058200, AC573012/PB, DESEMBARGADOR FEDERAL EDÍLSON NOBRE, Quarta Turma, JULGAMENTO: 27/10/2015, PUBLICAÇÃO: DJE 29/10/2015
- Acórdão 200783040001745, APELREEX31111/PE, DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (CONVOCADO), Primeira Turma, JULGAMENTO: 06/08/2015, PUBLICAÇÃO: DJE 12/08/2015
- ADI 3239/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 25.3.2015. - ADI-3239 - Voto-Vista da Ministra Rosa Weber
- Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 55888 - São João Evangelista/MG; 558-88.2012.613.0257; Acórdão de 23/06/2015; Relator(a) Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO; Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 02/10/2015, no TSE
- Agravo de Instrumento Nº 0003521-20.2015.8.08.0004 do Tribunal de Justiça do Espírito Santo
- Apelação Civil nº 0003863-31.2015.8.08.0004 do Tribunal de Justiça do Espírito Santo
- Acórdão 0000245-64.2014.7.01.0401 UF: RJ Decisão: 27/11/2014 Proc: RSE - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Cód. 310 Data da Publicação: 09/12/2014 Vol: Veículo: DJE
- APELAÇÃO CÍVEL – Relator DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES – Órgão - TERCEIRA TURMA – Publicação - 05/12/2014 e-DJF1 P. 2747 - Data Decisão – 25/11/2014
- Acórdão 00045201820124058500, AC567608/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, Quarta Turma, JULGAMENTO: 15/04/2014, PUBLICAÇÃO: DJE 24/04/2014
- Mandado de Segurança nº 0019291-83.2014.8.05.0000, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
- Embargos de Declaração nº 0040990-42.2013.8.06.0064 do Tribunal de Justiça do Ceará
- STJ - MS 15.822 - j. 12/12/2012 - julgado por Castro Meira - DJe 1/2/2013

- Acórdão 00003665319904058200, AC518793/PB, DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO (CONVOCADO), Primeira Turma, JULGAMENTO: 26/06/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 29/06/2012
- Acórdão nº 16.612, Apelação Criminal nº 0002919-71.2013.8.01.0011
- Processo: 20110112196116APC e Processo: 20120111734496APC, Tribunal de Justiça do Distrito Federal
- AIRR - 3260-60.2010.5.02.0000, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/04/2011
- AIRR - 10600-57.2009.5.01.0343 Data de Julgamento: 11/05/2011, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/05/2011
- Pet 3.388, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 19-3-2009, Plenário, DJE de 1º-7-2010
- REsp 931.060/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 19/03/2010
- Apelação Reexame Necessário. 0002213-78.2009.4.03.6002
- STJ - AgRg 1.094.873 - 2.ª Turma - j. 4/8/2009 - v.u. - julgado por Humberto Martins - DJe 17/8/2009
- Acórdão nº 8.967, Apelação Criminal nº 2009.002778-0, Tribunal de Justiça do Estado do Acre
- APELAÇÃO CIVEL - Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES - Publicação: 15/10/2007 DJ - P. 78 - Data Decisão: 31/08/2007
- Acórdão Numeração Única: 0006026-70.2001.4.01.3700 - AC 2001.37.00.006057-6 / MA
- Apelação cível 0448092-05.2000.8.06.0000 do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 186**. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. Alegada Ofensa Aos Arts. 1º, Caput, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, Liv, 37, caput, 205, 206, caput, I, 207, caput, e 208, V, Todos da Constituição Federal. Ação Julgada Improcedente. ADPF 186/DF. Relator (A): Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 26/04/2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239** Distrito Federal. Relator (a): Min. Rosa Weber. Julgado em 25/03/2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n.º 30.675 - AM. Recurso n.º 2009/0200796-2**. Ação Penal. Indígena. Assistência da Funai. Relator (a): Min. Gilson Dipp, Julgado: 22/11/2011.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Agravo de Instrumento n.º 2005.01.00.073780-7/MA**. Julgado em 07/08/2006.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Agravo de Instrumento n. 2008.01.00.005090-6**. Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado. Julgado em 25/05/2012.
- MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Maranhão. **Agravo de Instrumento n.º 0214632010**. Processual Civil. Agravo de Instrumento. Compra de Área Para a Exploração de Jazidas. Imissão de Posse. Comunidade Quilombola em Fase de Reconhecimento. Indeferimento da Tutela Antecipada. Agravo Improvido. Relator: Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz. São Luís, 24/11/2010.
- MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Maranhão. **Agravo de Instrumento n.º 0045102014**. Agravo de Instrumento. Ação de reintegração de posse. Liminar Deferida. Ausência de Elementos para a Reforma da Decisão. Relator: Jorge Rachid Mubárack Maluf. São Luís, 15/07/2014.
- MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Ação Civil Pública n.º 2011.011536-7**. Ação Civil Pública - Ato de Improbidade Administrativa - Prefeito Municipal - Contratação Temporária - Interesse Público Excepcional- Ausência de dolo nas contratações temporárias, posto que destinadas a suprir as deficiências e vagas existentes - realização, pelo prefeito municipal, de quatorze concursos públicos para preenchimento de vagas criadas por lei - necessidade de manutenção da máquina administrativa funcionando, pena de ocasionamento de caos na ordem administrativa, com prejuízo à municipalidade e à população - circunstâncias, ademais, excepcionais, referentes



à contratação de professores para ensino nas reservas indígenas, os quais não aceitam professores de outra etnia que não a da própria aldeia - Alegação de contratação de mão de obra por intermédio de cooperativa, com finalidade de frustrar a lei e à constituição federal - demonstração de que a cooperativa era cessionária de direitos decorrentes de empresa que venceu concorrência pública, cessão autorizada pela Lei 8.666/93 - Inexistência de ato de improbidade administrativa - Sentença Reformada para Julgar Improcedentes todos os pedidos contidos na inicial - Recurso Provido. Relator: Des. Paschoal Carmello Leandro. Campo Grande, 08/05/2012.

• MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Apelação Cível n.º 2011.021804-1**. Apelação Cível - Ação de Reintegração de Posse - Loteamento da Emha - Área destinada à habitação de indígenas - aquisição do imóvel por meio de contrato verbal - Posse Comprovada - Invasão do Imóvel - Meio Ilícito de Reivindicar A Ocupação Apenas Por Indígenas - Recurso Não Provido. Relator: Des. João Maria Lós. Campo Grande, 25/01/2012.

• MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Apelação Cível n.º 2010.026428-9/0000-00**. Apelação Cível - Ação Indenizatória - Recurso contra a sentença que extinguiu a ação sem resolução do mérito - Capacidade Civil - Indígena em pleno gozo de seus direitos - Existência - Nova Ótica Constitucional de Valorização da Pluralidade Étnica e Cultural - Recurso Provido. Relator: Des. Luiz Carlos Santini. Campo Grande, 11/01/2011.

• MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Habeas Corpus n.º 2012.009917-6**. Habeas Corpus - Furto Qualificado - Aventada Incompetência do Juízo Estadual - Disputa Sobre Direitos Indígenas - Inocorrência - Delito que não Possui Motivação Em Interesse da Comunidade Indígena - Competência Estabelecida pelo inc. XI do art. 109 da CF não Aplicável - Incidência da Súmula 140 do STJ - Constrangimento Ilegal Inexistente - Ordem Denegada. Relator: Des. Francisco Gerardo de Sousa. Campo Grande, 14/05/2012

• MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. **Agravo de Instrumento n.º 0001656-87.2015.8.11.0000**. Regimental - Agravo de Instrumento - seguimento negado - Ação de Reintegração de Posse - Ausência de demonstração mínima de que o imóvel faz parte da comunidade remanescente

do quilombo “jacaré dos pretos” - Cumprimento de sentença transitada em julgado - Decisão fundamentada - artigo 5º, XXXVI, CRFB/1988 - Aplicação - Recurso manifestamente improcedente - Decisão Mantida. Relator: Des. Luiz Carlos da Costa. Cuiabá, 06/02/2015.

• MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. **Agravo de Instrumento n.º 0128031-75.2011.8.11.0000**. Relator: Des. Marcos Machado. Cuiabá: 20/06/2012.

• MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento n.º 1.0388.15.001489-1**. Agravo de instrumento - Ação Civil Pública - Dano ambiental - deferimento liminar para apresentação e execução de projeto de contenção do processo erosivo e risco de rompimento de açude- Intervenção em área de preservação permanente pelo proprietário e risco iminente de rompimento do açude- configuração- Risco de dano ambiental e prejuízo à coletividade - Presença dos requisitos autorizadores da medida de urgência- recurso desprovido. Relator(a): Des.(a) Sandra Fonseca. Belo Horizonte, 17/11/2015.

• MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento n.º 1.0090.14.002201-4**. Agravo de Instrumento - Ação Civil Pública - Regularização de Loteamento - Prazo exíguo para implementar as medidas solicitadas - Recurso não Provido. Relator(a): Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Belo Horizonte, 01/09/2015

• MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n.º 1.0151.11.002102-0/001**. Ambiente. Prescrição. Inocorrência. Copasa. Serviços de abastecimento de água. Inobservância ao art. 2º da Lei Estadual n.º 12.503/97. Necessidade de investimento na proteção e preservação ambiental da bacia hidrográfica em que ocorreu a exploração para prestação dos aludidos serviços. Obrigação devida. Manutenção da condenação. Honorários advocatícios. Art. 17 da Lei n.º 7.347/1985. Interpretação teleológica. Precedentes do STJ. Má-fé não configurada. Sentença confirmada. Recursos desprovidos. Relator(a): Des.(a) Armando Freire. Belo Horizonte, 29/09/2015.

• MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n.º 1.0103.08.008493-4**. Apelação Cível. Ação Civil Pública. Direito Constitucional e Ambiental. Extração de Minério. Lavra Clandestina. Cessão Parcial de Exploração Minerária. Ausência de Aver-

bação. Valoração da Prova. Dano Ambiental Configurado. Danos Ambientais. Indenização por danos ambientais. Descabimento. Recuperação da Área Degradada. Relator(a): Des.(a) Heloisa Combat. Belo Horizonte, 08/10/2015.

• MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Reexame Necessário n.º 1.0118.10.000501-6**. Reexame necessário - Ação Popular - Ajuizamento por particular - alegação de uso indevido da máquina administrativa - construção de rede de esgoto em imóvel particular - Inocorrência - Obra para adequação do empreendimento à legislação ambiental - construção de caixa de retenção para separação dos resíduos - Obrigação do ente público - Solução que visa atender ao interesse coletivo - aperfeiçoamento do sistema de coleta de esgoto - Dever da municipalidade - Ausência de desvio de finalidade - improcedência do pedido - Manutenção da decisão. Relator(a): Des.(a) Sandra Fonseca. Belo Horizonte, 07/10/2015.

• PARÁ. Tribunal de Justiça do Pará. **Agravo de Instrumento n.º 0002839-12.2015.8.14.0000**. Agravante: Vale S.A. Advogado (A): Dr. Pedro Bentes Pinheiro Filho OAB/PA N.º 3210. Agravadas: Associação Indígena Gavião Kykatêjê Amtati, Associação Indígena Pyti Kykatêjê E Associação Indígena Kuxware Warhyé Gavião. Advogada: Dr.ª. Cristine De Menezes Vieira Bline. OAB/PA N.º 10.199 Relatora: Desa. Célia Regina De Lima Pinheiro. Belém, 14/04/2015.

• PARÁ. Tribunal de Justiça do Pará. **Agravo de Instrumento n.º 0002313-91.2012.8.14.0051**. Processual Civil. Agravo De Instrumento. Efeito Translativo. Liminar concedida em ação de interdito proibitório de imóvel localizado em Área de Várzea utilizada Por Comunidade Quilombola. Impossibilidade. Questão a ser analisada por juízo de variação agrária. Seja Por Se Tratar De Litígio Coletivo Pela Posse Seja Em Razão Da Qualidade Da Parte. Incompetência Absoluta. Questão de Ordem Pública. Nulos Os Atos Decisórios. Remessa Do Processo Ao Juiz Competente nos Termos do art. 113, caput e § 2º do CPC. Rel. Leonardo de Noronha Tavares. Belém, 01/02/2013.

• PARÁ. Tribunal de Justiça do Pará. **Agravo de Instrumento n.º 0068721-18.2015.814.0000**. Agravo De Instrumento Comarca De Castanhal Agravante: Vale S/A. Advogado (a): Dra. Denise de Fátima de Almeida e Cunha - OAB/PA n.º 9158 e outros. Agravados: Manoel De Almeida, Maria Do Carmo Cuimar Araújo, Edi-

carlos Da Silva Gomes E Outros E Fundação Cultural PALMARES. Advogado (a) (s): Dr. Flávio César Canela Ferreira - Defensor Público Agrário e Dra. Nívea Sumire da Silva Kato - Procuradora Federal. Relatora: Desa. Célia Regina De Lima. Belém: 23/10/2015.

• PARÁ. Tribunal de Justiça do Pará. **Apelação n.º 0000165-69.2013.8.14.0020**. Associação. Criação. Requisitos. Devidamente Preenchidos. Rerratificação Do Estatuto. Imprescindível. Adequação Às Normas Constitucionais. Desafetação Da Área Da Comunidade Quilombola Flexinha. Matéria Não Suscitada E Nem Debatida No Juízo De Piso. Recurso Parcialmente Conhecido E, Nesta Parte, Provido. Rel. Jose Roberto Pinheiro Maia Bezerra Junior - Juiz Convocado. Belém, 17/12/2015.

• PARÁ. Tribunal de Justiça do Pará. **Desaforamento de Julgamento n.º 0000204-18.2011.8.14.0112**. Pedido De Desaforamento. Dúvida Sobre A Imparcialidade Dos Jurados Não Demonstrada. Especulação Em Torno Do Comportamento Da População Local, Predominantemente Indígena. Ausência De Comprovação De Influência Política. Medida Excepcional. Alegações Não Demonstradas Em Elementos Concretos. Desaforamento Denegado. Decisão Unânime. Rel. Joao Jose Da Silva Maroja. Belém, 25/11/2013.

• PARÁ. Tribunal de Justiça do Pará. **Embargos de Declaração n.º 0029873-97.2013.8.14.0301**. Embargos De Declaração. Inexistência De Omissão, Contradição E Obscuridade. Tentativa De Rediscussão Da Matéria. Alegação De Omissão Quanto A Tese De Inexistência De Solidariedade Entre A Municipalidade E Estado Do Pará. Alegação De Que A Responsabilidade Pelo Tratamento Do Terceiro Interessado Seria Do Estado. Questões Devidamente Analisadas Na Decisão Embargada. Não Há Omissão A Ser Sanada. Decisão Colegiada Mantida Inclusive Para Fins De Prequestionamento. Unânime. Rel. Diracy Nunes Alves. Belém: 09/04/2015.

• PARÁ. Tribunal de Justiça do Pará. **Mandado de Segurança n.º 0000542-32.2015.8.14.0000**. Ato Judicial. Reconsideração Da Decisão Que Deferiu Efeito Suspensivo. Não Demonstração De Ilegalidade Ou De Abuso De Poder Ou Teratologia Da Decisão. Ausência De Direito Líquido E Certo A Ser Amparado Pela Via Mandamental - Indeferimento Da Inicial. Decisão Monocrática. Rel. Maria de Nazaré Saavedra Guimaraes. Belém, 23/01/2015.

• PARAÍBA. Tribunal de Justiça da Paraíba. **Ação de**

**Destituição n.º 05820040012336001.** Processual Civil Ação de Destituição do Pátrio Poder Silvícola. Ingresso da Funai na Lide. Competência da Justiça Federal para pronunciar eventual existência de interesse. Provimento do Recurso. Relator: José Ferreira Ramos Júnior. João Pessoa, 14/12/2006.

• **PARAÍBA.** Tribunal de Justiça da Paraíba. **Notícia Crime - Processo n.º 999.2006.000.391-3/001.** Denúncia. Prefeito Municipal. Preliminar de incompetência da justiça comum suscitada oralmente. Rejeição. Invasão de domicílio e demolição parcial de imóvel. Obra edificada em área de proteção ambiental e reserva indígena. Embargos administrativos dos órgãos competentes. Exercício regular do Poder de Polícia. Ausência de prova do efetivo domicílio. Improcedência da acusação. Rel. Des. Mario-Zam Belmiro. João Pessoa, 30/04/2008.

• **PARANÁ.** Tribunal de Justiça do Paraná. **Ação Civil Pública n.º 558486-7.** Ação civil pública. Danos causados ao meio ambiente. Demanda que objetiva o isolamento e reflorestamento de área de preservação permanente - mata ciliar - proprietário do imóvel - irrelevância de culpa - obrigação propter rem que se liga ao titular do direito de propriedade ou aquele que possui o imóvel - limitação administrativa - indenização - impossibilidade - atividade pecuária desenvolvida. Prazo de isolamento da área suficiente - sentença mantida - recurso conhecido e desprovido. Relator: Luiz Mateus de Lima. Curitiba, 12/05/2009

• **PARANÁ.** Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de Instrumento n.º 1451919-2.** Agravo de Instrumento. Decisão que declina competência para Justiça Federal porque a União Federal manifestou interesse no Processo. Remessa dos Autos da Ação à Justiça Federal. Incidência da Súmula 150 Do STJ e art. 109, inc. I, da CF. Não cabe à Justiça Estadual Afastar Potencial Interesse da União Federal. Recurso não conhecido. Relator: Fábio André Santos Muniz. Curitiba, 14/10/2015.

• **PARANÁ.** Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de Instrumento n.º 1167846-5.** Agravo de instrumento. Decisão que declina competência para justiça federal. Interesse da caixa econômica federal manifestado no processo. Lei 13000/2014, art. 2º. Ordem de remessa dos autos da ação à Justiça Federal. Incidência da Súmula 150. Não cabe à justiça estadual afastar potencial interesse da caixa econômica Federal. Recurso não conhecido. Relator: Fabio André Santos Muniz. Curitiba, 17/07/2015.

• **PARANÁ.** Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de Instrumento n.º 848034-6.** Agravo de instrumento. Ação de reintegração de posse. Decisão que determina a remessa dos autos à justiça federal. Interesse do INCRA. Área localizada em território quilombola. Decisão mantida. Precedentes do STJ. Artigo 557, caput do código de processo civil. Negativa de seguimento ao recurso. Relator: José Carlos Dalacqua. Curitiba, 08/03/2012.

• **PARANÁ.** Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de Instrumento n.º 1.186.838-5.** Decisão que declina competência para Justiça Federal porque haveria interesse da CEF porque a apólice seria do ramo público - 66. Reconhecido pelos agravantes a comprovação de comprometimento do FCVS. Lei 13000/2014, art. 2º. Ordem de remessa dos autos da ação à Justiça Federal. Incidência da Súmula 150. Não cabe à justiça estadual afastar potencial interesse da Caixa Econômica Federal. Recurso não conhecido. Relator(a): Fábio André Santos Muniz. Curitiba, 04/08/2015.

• **PARANÁ.** Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de Instrumento n.º 1.196.065-5.** Decisão que declina competência para Justiça Federal porque haveria interesse da CEF porque a apólice seria do ramo público - 66. Reconhecido pelos agravantes a comprovação de comprometimento do FCVS. Lei 13000/2014, art. 2º. Ordem de remessa dos autos da ação à Justiça Federal. Incidência da Súmula 150. Não cabe à justiça estadual afastar potencial interesse da Caixa Econômica Federal. Recurso não conhecido. Relator(a): Fábio André Santos Muniz. Curitiba, 04/08/2015.

• **PARANÁ.** Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de Instrumento n.º 1.165.097-4.** Decisão que declina competência para Justiça Federal porque haveria interesse da CEF porque a apólice seria do ramo público - 66. Reconhecido pelos agravantes a comprovação de comprometimento do FCVS. Lei 13000/2014, art. 2º. Ordem de remessa dos autos da ação à Justiça Federal. Incidência da Súmula 150. Não cabe à justiça estadual afastar potencial interesse da Caixa Econômica Federal. Recurso não conhecido. Relator(a): Fábio André Santos Muniz. Curitiba, 17/07/2015.

• **PARANÁ.** Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de Instrumento n.º 1.166.998-0.** Art. 557, § 1º-A, CPC. Execução provisória. Recurso especial ao qual negado seguimento. Agravo. Impossibilidade. Milhares de precedentes. Precedente do STJ no sentido de que compete



ao tribunal de justiça apreciar a matéria. Levantamento independente de caução. Possibilidade. Relator(a): José Sebastião Fagundes Cunha. Curitiba, 24/09/2014.

• PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de Instrumento n.º 1.444.275-4**. Relator(a): Des. Pericles Bellusci de Batista Pereira. Curitiba, 30/09/2015.

• PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo Regimental n.º 582998-7/01**. Decisão monocrática. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Conversão em agravo retido. Art. 527, parágrafo único, do código de processo civil. Decisão irrecorrível. Recurso não conhecido. Manifestamente inadmissível. Relator: Luiz Mateus de Lima. Curitiba, 17/06/2009.

• PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível n.º 1.187.677-6**. AÇÃO ordinária de indenização. Acidente ambiental. Rompimento de poliduto, denominado “OLAPA”, na serra do mar e consequente vazamento de óleo combustível. Interrupção da atividade pesqueira decorrente de proibição por autoridades ambientais (IAP e IBAMA). Parcial procedência do pedido. Inconformismos formalizados. Cerceamento de defesa. Requerimento de prova documental. Inexistência. Dano ambiental. Fato notório. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco integral. Dever de indenizar presente. Efetiva interdição da pesca e proibição de comercialização de produtos marinhos. Danos materiais devidos em virtude da interdição da pesca. Lucros cessantes caracterizados. Indenização devida pelo período de 06 (seis) meses. Juros de mora e correção monetária alterados de ofício, com incidência a partir do vencimento de cada parcela mensal devida, sendo que a primeira será considerada como vencida 30 (trinta) dias após o sinistro. Dano moral caracterizado. Valor indenizatório. Mantido. Juros moratórios. Termo inicial. Data do evento danoso. Súmula nº 54 do STJ. Manutenção da sucumbência. Não verificação de litigância de má fé da apelante. Decisão monocrática que dá parcial provimento ao recurso de apelação. Relator(a): Des. Jurandyr Reis Júnior. Curitiba, 24/04/2014.

• PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível n.º 1.203.731-7**. Ação ordinária de indenização. Acidente ambiental. Rompimento de poliduto, denominado “OLAPA”, na Serra do Mar e consequente vazamento de óleo combustível. Interrupção da atividade pesqueira decorrente de proibição por autoridades ambientais (IAP e IBAMA). Procedência do pedido. Inconformismos formalizados. I. Apelo da ré.

Conhecimento parcial. Pedido de incidência dos juros de mora a contar da data do arbitramento. Ausência de interesse em recorrer. Configuração. II. Nulidade da sentença. Não caracterização. Manifestação do julgador monocrático. Decisão em consonância com as provas do evento danoso. Dano ambiental. Fato notório. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco integral. Dever de indenizar presente. Efetiva interdição da pesca e proibição de comercialização de produtos marinhos. Dano moral caracterizado. Valor indenizatório. Majorado. Correção monetária. Readequação. *Ex officio*. Termo inicial. Data do novo arbitramento dos danos morais. Juros moratórios. Termo inicial. Alterado. Data do evento danoso. Súmula nº 54 do STJ. Manutenção da sucumbência. Não verificação de litigância de má fé da apelante/ré. Decisão monocrática que dá parcial provimento ao recurso de apelação da parte autora e conhece parcialmente do recurso de apelação da ré e, na parte conhecida, nega-lhe seguimento. Relator(a) Des. Jurandyr Reis Júnior. Curitiba, 24/07/2014.

• PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível n.º 1.220.950-6**. Ação ordinária de indenização. Abalroamento entre navio tanque (NT-Norma) e Pedra da Palangana. Manobra de desatracação mal sucedida. Derramamento de nafta nas baías de Paranaguá e Antonina. Dano ambiental. Legitimidade ativa. Configurada. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco integral. Dever de indenizar configurado. Efetiva interdição da pesca e proibição de comercialização de produtos marinhos. Atos do IBAMA e dos municípios de Paranaguá e Morretes, tendo como causa o acidente em questão. Dano material. Ocorrência. Valor indenizatório. Danos materiais. Valor majorado para 01 (um) salário mínimo vigente à época do acidente. Retificação, de ofício, do valor fixado na sentença. Juros de mora e correção monetária alterados de ofício, com incidência a partir do vencimento da parcela, ou seja, a partir do 30º (trigésimo) dia a contar do acidente. Dano moral. Caracterizado. Indenização mantida. Juros moratórios. Termo inicial. Data do evento danoso. Súmula nº 54 do STJ. Honorários advocatícios. Manutenção. Sucumbência. Decaimento mínimo. Descabimento da condenação da ré ao pagamento de multa por litigância de má fé. Decisão monocrática que nega seguimento ao recurso de apelação e dá parcial provimento ao recurso adesivo. Relator(a): Des. Jurandyr Reis Júnior. Curitiba, 29/05/2014.

• PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação**

**Cível n.º 1317630-6.** Apelação Cível. Ação Previdenciária. Sentença de Improcedência. Seguradora Especial Indígena. Vive em Reserva Indígena. Trabalhadora Rural desde a Infância. Qualidade de Seguradora Especial Reconhecida. Pleito de Aposentadoria Por Invalidez. Requisitos Preenchidos. Laudo Pericial Comprobatório. Sentença Reformada. Inversão Ônus Sucumbencial. Recurso Conhecido e Provido. Relator: D'artagnan Serpa As. Curitiba, 28/07/2015

• PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível n.º 1345336-4.** Apelação Cível - Responsabilidade Civil - Relação De Consumo - Recusa de crédito a consumidora indígena em razão de sua origem - Legitimidade passiva do estabelecimento comercial e da financeira - Relação jurídica evidenciada - solidariedade - prática abusiva e discriminatória - Artigo 39, Inciso II, do CDC - Dever de Indenizar - Dano Moral In Re Ipsa - Manutenção do Quantum Indenizatório - Observância dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade - Termo Inicial dos Juros de Mora - Citação (Artigo 405 Do Código Civil) - Correção, De Ofício - Recursos Desprovidos. Relator: Marcos S. Galliano Daros. Curitiba, 03/03/2016.

• PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível n.º 1390447-7.** Apelação Cível - Interdito Proibitório Convertido Em Reintegração de Posse - Sentença de Procedência - Autarquia Federal (INCRA) que requer a intervenção no feito - área improdutiva suscetível de desapropriação para fins de reforma agrária - Ação Ordinária em trâmite perante o TRF da 4ª região - competência da Justiça Federal - Súmula 150, do STJ, e artigo 109, I, da CF - precedentes desta Câmara e da Corte - remessa dos autos ao juízo competente - Estado do Paraná 2 Poder Judiciário Tribunal de Justiça Cód. 1.07.030 Nulidade da sentença reconhecida de ofício - recursos prejudicados - decisão monocrática do relator (art. 557, caput, do CPC). Relator: Fabian Schweitzer. Curitiba, 28/01/2016.

• PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível n.º 947736-3.** Apelação Cível. Indenização por danos morais. Recurso 1. Publicação de carta-manifesto na internet com críticas ao laudo antropológico elaborado pelas autoras sobre instalação de usinas hidrelétricas pela Copel no Rio Tibagi. Empreendimento de grande afetação à comunidade e área indígena. Interesse da coletividade. Amplo debate público sobre a questão. Relevância do tema. Liberdade de expressão. Ausência de excesso ou abuso. Dano inexistente. Re-

curso 2. Honorários sucumbenciais. Majoração. Descabimento. Fixação equitativa. Inteligência do artigo 20º, §4º do código de processo civil. Sentença mantida. Recursos conhecidos e desprovidos. Relator: Arquelau Araújo Ribas. Curitiba, 08/08/2013.

• PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação n.º 1432779-6.** Ações de Rescisão de contrato cumulada com restituição de bem e indenização por perdas e danos e Cautelar de Busca e Apreensão. Procedência Parcial. Dispensa de Oitiva de Testemunhas em Audiência. Decisão não agravada na forma do Art. 523, § 3º, do Código de Processo Civil. Apelação do Réu alegando apenas cerceamento de defesa. Matéria Preclusa. Recurso Manifestamente Improcedente. Seguimento Negado. Relator: Luiz Cezar Nicolau. Curitiba, 11/12/2015

• PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Conflito de Competência n.º 1.179.308-1.** Relator(a): Des. Sônia Regina de Castro. Curitiba, 17/03/2014.

• PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Embargos de Declaração Cível n.º 1.460.968-4/01.** Fazenda Pública, Acidentes Do Trabalho, Registros Públicos E Corregedoria Do Foro Extrajudicial, Juizado Especial Cível E Juizado Especial Da Fazenda Pública Embargante: Araupel S/A Embargados: Claudio Cordeiro E Outros Interessado: Instituto Nacional De Colonização E Reforma Agrária - Inkra Relator: Des. Marcelo Gobbo Dalla Dea decisão Monocrática. Embargos De Declaração Cível. Ausência De Contradição, Obscuridade Ou Omissão Na Decisão. Pretensão De Nova Avaliação Da Matéria. Impossibilidade. Mero Inconformismo. Manifestação De Interesse Do Inkra Na Lide. Competência Da Justiça Federal Para Decidir Seu Ingresso Na Demanda E Em Qual Posição Processual O Será, Se Autora, Ré, Assistente Ou Oponente. Inteligência Da Súmula 150 Do STJ. Precedentes Deste Egrégio Tribunal Sobre A Matéria. Embargos Rejeitados. Relator: Marcelo Gobbo Dalla Dea. Curitiba, 06/11/2015.

• PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Embargos de Declaração Cível n.º 1196654-2.** Embargos De Declaração Cível. Agravo De Instrumento. Manutenção Da Decisão Que Declina Competência Para A Justiça Federal, Ante A Manifestação Do INCRA Apontando Interesse Na Lide. Área Supostamente Localizada Em Território Quilombola. Arguida Omissão. Inocorrência. Questões Suficientemente Dirimidas. Rediscussão Do Julgado, Com Efeitos Infringentes. Impossibilidade. Excepcionalidade Que Autoriza A Medida Não Evi-

denciada. Embargos Rejeitados. Relator: Luis Espíndola. Curitiba, 23/07/2014.

• PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Recurso em Sentido Estrito n.º 92978-8**. Recurso Em Sentido Estrito - Pronúncia - Homicídio Simples - Indígena - Competência Da Justiça Estadual Para Apreciar E Posteriormente Julgar O Feito - Exegese Da Súmula 140 Do Superior Tribunal De Justiça - Imputabilidade Reconhecida Face A Integração Do Acusado À Civilização - Legítima Defesa Não Demonstrada Estreme De Dúvidas - Impossibilidade Do Seu Reconhecimento - Inteligência Do Artigo 408 Do Código De Processo Penal - Recurso Desprovido. Relator: Oto Luiz Sponholz. Curitiba, 17/08/2000.

• PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Agravo n.º 0000538-35.2015.8.17.0380**. Direito Civil, Processual Civil E Consumidor. Recurso De Agravo Interposto Contra Decisão Terminativa Proferida Em Sede De Apelação. Ação Declaratória De Nulidade De Débito Cumulada Com Indenização Por Danos Morais E Materiais. Preliminar De Coisa Julgada. Afastada. Inscrição Indevida Nos Cadastros De Proteção Ao Crédito. Demandada Que Não Comprovou O Cumprimento Integral Do Acordo E A Notificação Prévia Da Devedora. Ilegitimidade Das Cobranças E Da Negativação. Danos Morais In Re Ipsa. Quantum Indenizatório Reduzido Para R\$ 5.000,00. Consonância Com Os Padrões Desta Corte. Recurso De Agravo A Que Se Nega Provisão. Relator(a): Márcio Fernando de Aguiar Silva. Recife, 10/12/2015.

• PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Apelação Cível n.º 0001656-80.2014.8.17.0380 (0408293-5)**. Direito do consumidor. Responsabilidade civil. Coisa julgada. Ausência de identidade de pedido e causa de pedir. Inclusão indevida no rol dos maus pagadores. Dano moral. Cabimento. Pretensão de redução do valor da indenização. Razoabilidade do valor arbitrado na instância inferior. Relatora Substituta: Des. Paula Maria Malta Teixeira do Rego. Recife, PE. Julgamento: 25/11/2015.

• PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Apelação n.º 0000033-44.2015.8.17.0380**. Apelação Cível. Fornecimento De Energia Elétrica À Aldeia Indígena. Direito Do Consumidor. Cobrança Indevida. Inexistência De Contrato. Danos Morais. Relator(a): José Viana Ulisses Filho. Recife, 25/11/2015.

• PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Apelação n.º 0000510-38.2013.8.17.0380**. Apelação

Cível - Demanda Indenizatória - Preliminar De Incompetência Da Justiça Estadual - Interesse Particular De Índio - Rejeição - Preliminar De Coisa Julgada - Rejeição - Mérito: Inscrição Em Cadastro De Inadimplentes - Ausência De Comprovação Quanto À Existência De Medidor Instalado E Em Funcionamento - Ilegitimidade Da Dívida - Negativação Indevida - Dano Moral “In Re Ipsa” - Quantum Indenizatório Exacerbado - Redução - Recurso Parcialmente Provido. Relator(a): Bartolomeu Bueno. Recife, 22/07/2015.

• PIAUÍ. Tribunal de Justiça do Piauí. **Apelação Cível n.º 201100010004647**. Apelação Cível – Mandado De Segurança - Direito Público - Serviços Públicos – empresa concessionária de serviço público – energia elétrica - Inadimplemento Do Município - Suspensão Do Fornecimento – Possibilidade – Mera Festividade Municipal, Vaquejada – Recurso Improvido. Relator: Des. Brandão de Carvalho. Teresina, 15/03/2016.

#### Internacional

– Comunidade Indígena Xákmok kásek indigenous community c. Paraguay, CIADH, Sentença (24/08/2010)

– Povo Saramaka c. Suriname, CIADH, Sentença (28/22/2007)

– Comissão Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos, *Opinião consultiva sobre a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas* (2007)

– Comunidade indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay, CIADH, Sentença (29/03/2006)

– Caso Yakye Axa c. Paraguay, CIADH, Sentença (17/06/2005)

– Comunidade Indígena Maya do Distrito de Toledo c. Belize, Comm. IADH, Caso 12.053, Relat. no. 40/04 (12/10/2004)

– *Caso do povo indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, Decisão, 27/06/2002

– Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, CIADH, Sentença (31/08/2001)

#### **III. Doutrina e Relatórios**

– Ministério Público Federal, *Territórios de Povos e Comunidades Tradicionais e as Unidades de Conservação de Proteção*



*Integral. Alternativas para o Asseguramento de Direitos Socio-ambientais*, Brasília: Série Manual de Atuação, 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, 2014

– Rosemerlin Estupiñan-Silva, “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología”, *in*, Laurence Burgogue-Larsen *et al.*, *Derechos Humanos y Políticas Públicas: Manual*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014.

– Vinodh Jaichand, Alexandre Andrade Sampaio, “Dam and Be Damned: The Adverse Impacts of Belo Monte on Indigenous Peoples in Brazil”, *Human Rights Quarterly*, vol.35, 2013

– Organização Internacional do Trabalho, *Indigenous and Tribal Peoples’ Rights in Practice. A Guide to ILO Convention no. 169*, Programme to promote ILO Convention no. 169 (PRO 169). International Labour Standards Department, 2009.

– Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Indigenous and Tribal Peoples’ Rights over their Ancestral Lands and Natural Resources: Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 2009.

– Ross Terrill, “Aborigines and the Land”, *in*, Ross Terrill, *The Australians: The Way We Live Now*, Sydney, Doubleday, 2000

– Darcy Ribeiro, *O povo brasileiro. A formação e o sentido do Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 1995

– Marc Ferro, *Histoire des colonisations. Des conquêtes aux indépendances XIIIe – Xxe siècle*, Paris, Seuil, 1994

– Comitê de Direitos Humanos da ONU, Comentário Geral no. 23: Direito das minorias (art. 27), CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (08/04/1994)

– James G. Cowan, *The Elements of Aborigine Tradition*, Shaftesbury, Dorset, Element Eds., 1992

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Comparative Study on Chinese  
Local Legislation of Science and  
Technology Progress**

LI Xiaoming

LI Yihan

VOLUME 13 • N. 3 • 2016  
DIREITO TRANSNACIONAL



# Comparative Study on Chinese Local Legislation of Science and Technology Progress\*

LI Xiaoming\*\*

LI Yihan\*\*\*

## ABSTRACT

With the amendments of the “Scientific and Technological Progress Law of the People’s Republic of China” in 2007, People’s Congress at all levels that have legislative power have revised and created new ordinances in line with the law. Comparing the local scientific and technological progress ordinances that have been subsequently revised, discussing the merits and defects of the composition and content in each and summarizing how to make guiding ideology, revised main body, legislation technique, clause content and ordinance composition, has a significant positive impact on the implementation of national law and for the achievement of valid and rational local legislation.

**Key Words:** Science and Technology Progress, Local Regulations, Scientific and Technological Progress Ordinance

## 1. INTRODUCTION

Prior to December 29, 2007, there were 48 science and technology progress ordinances in China.<sup>12</sup> From this date to Sept. 30<sup>th</sup>, 2015, there have been 23 ordinances legislated or revised by the People’s Congress at the provincial level and 13 at the city level. These authors suggest that amending and upgrading ordinances is beneficial to scientific and technological progress.

This article compares, and analyzes the advantages and disadvantages of the content differences among these 36 ordinances to supply the reference for future legislative experiences.<sup>3</sup>

The People’s Congress, at both the provincial and city levels, utilized

---

1 All the data of revised laws and regulations in this thesis are collated and selected by the authors, according to the website: “China law info.” (Oct. 30<sup>th</sup>, 2015) <http://www.chinalawinfo.com/>. In this thesis, all statistics are not included for Hong Kong, Macao or Taiwan.

2 The 48 science and technology progress ordinances in China had been legislated or revised by local People’s Congress, before the amendments of “Scientific and Technological Progress Law of the People’s Republic of China” (hereinafter referred to as “Scientific and Technological Progress Law”) on Dec. 29<sup>th</sup>, 2007.

3 On the one hand, there are 32 People’s Congresses at the provincial level, of which nine legislative institutions have not revised regulations about scientific and technological progress. On the other hand, the Legislation Law of the People’s Republic of China (2015 Amendment, March 15) has enlarged the number of the cities, which have local legislation authority, from 49 to more than 280. This means that more than 200 People’s Congresses at the city level would develop the regulations about promoting scientific and technological progress.

\* Recebido em 17/12/2016  
Aprovado em 21/12/2016

\*\* Li Xiaoming, lecturer of Xi’an Jiaotong University School of Law Post-doctoral Researcher, and post-doctoral researcher of the Research Center of Business Administration in Xi’an Jiaotong University School of Management.

\*\*\* Li Yihan, graduate student of Renmin University of China, who has obtained bachelor’s degree in Law and double bachelor’s degree in economics of Xi’an Jiaotong University. E-mail: Li, Xiaoming” <li549@ju.edu



two methods to develop scientific and technological progress laws.<sup>4</sup> One is to make amendments to the primary scientific and technological progress law. Xiamen revised the “Scientific and Technological Progress in Xiamen Special Economic Zone Ordinance” through implementation of the “Scientific and Technological Progress Law” on July 1<sup>st</sup> 2008, obtaining a higher evaluation of the both technology and legal domain. This harmonization between the old lower-level law and the new higher-level law increased validly. Shenyang, Hefei, Hubei and some other Provinces utilized this same approach. Another situation is creatively formulating regulations of science and technology out of an urgent need to develop new local science and technology policies. Three examples are implementation of the “Shenzhen Special Economic Zone Scientific and Technological Innovation Promoting Regulations” (effected from October 1<sup>st</sup>, 2008); the “Kunming Scientific and Technological Progress and Innovation Regulations” (effected from January 1<sup>st</sup>, 2009); and the “Guizhou Province Scientific and Technological Progress Regulations” (effected from January 1<sup>st</sup>, 2010).

Judging from the appellation of these new regulations, the enacted ordinances mostly in the constitution of “place name” attaching “Scientific and Technological Progress Regulations”, like “Scientific and Technological Progress Law of the People’s Republic of China”. Comparatively, the newly enacted ordinances in the Ningxia Hui Autonomous Region and the Tibet Tibetan Autonomous Region are called the “Implementation Approaches of People’s Republic of China Scientific and Technological Progress Law” because of the less more specific measures than the ordinances and the much same structure as the host law. Legislators in Ningxia abolished “Regulations” intentionally replacing them with “Implementation Approaches”. It’s worth noting that Shenzhen, Kunming and Chongqing applied the word “innovation” explicitly into their written titles. This action achieved higher requirements and standards than the term “progress” alone implies. “Progress” means that the scientific and technological level is increased from low to high, no matter how limited the degree of improvement, or wherever the absolute level of the increased one lie in. Conversely, the “innovation” must be “original inventions”. The “innovation” means

the new achievement is more advanced than the former highest level. Emphasis on original innovation within the China’s national core strategy, elevated the ability of independent innovation and established an innovative prosperous country. Semantically, usage of the word “innovation” focused on technology innovation, corresponding to the legislative purpose of scientific and technological progress ordinances. Therefore the term of “innovation” is more accurate.

From the facet of structure, with the exception of the “Shenzhen Special Economic Zone Technological Innovation Promoting Regulations” and the “Dalian Scientific and Technological Progress Regulations” that don’t involve chapter’s partition, other newly enacted ordinances are adapted to the “Scientific and Technological Progress Law” systematically.<sup>5</sup> Although the heading of each chapter is expressed in different ways, each is basically about the general, development and application of science and technology, -- more specifically, bodies of science and technology activities (including enterprises, research institutes and technical personnel), safeguard measures, legal responsibilities and supplementary parts. In addition, some local legislators adjust the order of chapters or delete some content according to each province’s characteristic development of its science and technology programs. For example, the “Kunming Scientific and Technological Progress and Innovation Act” involves special Chapter III “innovation system establishment” corresponding to the legislative purpose and appellation. Additionally, “scientific and technological resource sharing and service building” was made a separate chapter in the “Shandong Scientific and Technological Progress Regulations”, emphasizing integration thereby making full use of scientific and technological resources to achieve progress.

Overall, the chapters’ arrangement of freshly revised ordinances reveals two distinct trends compared to legislation before 2007. One is more compact, paying attention to local characteristics, such as new rules in Ningxia that reduced more than 10 provisions. Another is more ample, focusing on the addition of new initiatives to promote technological progress. These authors prefers the former mode, which is a more sim-

4 This indicates the 23 People’s Congresses at provincial level and 13 People’s Congresses at city level, which have legislated or revised ordinances from Dec. 29th, 2007 to Sep. 30th, 2015.

5 The “Shenzhen Special Economic Zone technological innovation promoting Regulations” isn’t divided into chapters or sections, but only directly lists 23 clauses. “Dalian Scientific and Technological Progress Regulations” also is not divided into chapters or sections, but totally includes 31 clauses.

plified chapter arrangement, because the purpose of local regulations' legislation is to make the scientific and technological progress ordinances more workable and more in line with local conditions. This article compares the strengths and weaknesses of each local regulation, chapter by chapter, and then brings forward proposals on the macro-structure and provisions of the content.

## 2. COMPARATIVE ANALYSIS OF KEY PROVISIONS IN LOCAL LEGISLATION OF SCIENCE AND TECHNOLOGY PROGRESS

Under the guidance of legislation science, the reference of "Scientific and Technological Progress Law" and other relevant laws, this article develops a comparative analysis of key provisions in the local legislation of science and technology progress. It does so taking into consideration the matter in which the provisions are combined with the specific circumstances of the local technology and what significance each may bring to the future legislation.

### 2.1. Comparative Analysis of General Provisions

Normally General Provisions of science and technology progress legislation include legislative purpose, legislative basis, basic concepts, the responsibility scope of the local people's government and administrative departments, the core policies of the local science and technology, etc. This paper selects three aspects to analyze General Provisions: (1) legislative purpose, (2) government and administrative departments' responsibility, and (3) scope and examination systems.

#### 2.1.1. Legislative purpose.

The 36 local legislations of science and technology progress, most utilize the phrase "to promote or facilitate scientific and technological progress", and more or less repeat the legislative purpose of the "Scientific and Technological Progress Law". The "Shenyang Scientific and Technological Progress Regulations" do not specify the legislative purpose; while the "Chongqing Scientific and Technological Innovation Promoting Rules" deepens the legislative purpose of its "Scientific and Technological Progress Law", highlighting innovation

and local development requirements, which are described "to facilitate technological innovation, to promote scientific and technological achievements industrialization, to raise the city's core competitiveness."<sup>6</sup> Local legislation serves as a tool to both help the enforcement of abstract higher-ranking law and boost local science and technology progress. Its basic premise is consistency with the higher-ranking law in legislative purpose. It clarifies local characteristics. In conclusion, the expression of legislative intent in the "Chongqing Scientific and Technological Innovation Promoting Rules" would be more scientific and reasonable.

#### 2.1.2. Government and administrative departments' responsibility scope.

Lots of regulations state that local development planning should be formulated, in order to make scientific and technological progress more definite. Especially worthy of recognition, is revising the procedural and explicit content of the local planning as illustrated in Shenzhen's regulations.<sup>7</sup> The provocations worked out responded to the characteristics of each location, such as the "Xi'an Scientific and Technological Progress Regulations", which states that typical development zones and industrial base management committees are responsible for the scientific and technological progress within their domain. This is significant in that Xi'an has multiple types of development zones and industrial bases,<sup>8</sup> which define the responsible areas between government departments and administrative departments, and to avoid conflict of authority or potential power vacuums. The contents, drawn up to refine the abstract higher-ranking law, need to be noted. For instant, the third paragraph of Article II in the "Xiamen Special Economic Zone Scientific and Technological Progress Regulations" involves "governments at all levels must establish and complete the scientific and technical advisory system", which details scientific decision making in Article XIII of "Scientific and Technological Progress Law". Last, but not least, innovative content such as the "science and technology administrative department in Shanghai shall prepare an annual report on the progress

6 Article 1, "Chongqing Scientific and Technological Innovation Promoting Rules".

7 Article IV, "Shenzhen Special Economic Zone scientific and technological innovation promoting Regulations".

8 Article III, "Xi'an Scientific and Technological Progress regulations".

of science and technology,”<sup>9</sup> nicely summarizes the achievements and correct deviations during scientific and technological advancement.

Meanwhile, improper authorization should be diverted. For example, the “Hefei scientific and technological progress regulations” states that “the relevant departments take charge of work in technological progress from their duties under the operational guidance from science and technology administrative departments of the same level.”<sup>10</sup> This expression could be understood to mean that the relevant departments shall, under certain conditions, accept the guidance and enlarge the authority of the administrative department of science and technology. This is because given the current organization of the administrative system nationwide, there is only operational guidance towards specific technology activities between same grade administrative departments rather than overall operational guidance.

### 2.1.3. System of examination and assessment.

System of examination and assessment is key to ensuring the advancement of scientific and technological progress. The vast majority of local legislation contains the related provisions except the “Shenzhen Special Economic Zone Technological Innovation Promoting Regulations”. “Scientific and Technological Progress Law” only divides technological achievement into the scope of examination and assessment to the people in charge of state-owned enterprises while multiple regulations detail the content around assessing objects and examining items. Including an evaluation of how local governments and their departments work towards technological advancement, or how they use the technological innovation financial funds to establish scientific and technical research institutions and its effect, or how well the technology staff delve into technology exploitation, or the assessment of farmers’ professional skills, in addition to the assessment to science and technology investment and rating to local skilled workers would strengthen such legislation. Apart from the chapter-general provisions, regarding the system of examination and assessment, appears in multiple chapters, even it is drafted into a

separate chapter in “Hefei Scientific and Technological Progress Regulations”<sup>11</sup> with the chapter of encourage and reward.

By comparison, these regulations could enlighten us. The system of examination and assessment in the “Hefei Scientific and Technological Progress Regulations”, towards the people’s government, is illustrated at the township level. It states that “the county (district), township (town) level of people’s government lead to implement the measures to scientific and technological progress, by the examining and assessment of the one higher-level’s government”,<sup>12</sup> which helps to supervise the basic level of scientific and technological activities greatly benefitting the whole society’s technological progress. The system of examination and assessment in the “Hubei Scientific and Technological Progress Regulations” is extended to the assessment of technological innovation and the service performance of scientific technological research and development institutions, which are established with financial funds, contributing to the effective use of resources and institutions innovation. Both Xiamen and Guizhou have taken note of the specialty of agricultural science and technology. They emphasize practice, competency-based assessment criteria of agricultural scientific and technological personnel.

## 2.2. Scientific and Technological Researching Development and Application

“Scientific and technological researching development and application” contains a very broad reference literally, while the “Scientific and Technological Progress Law” and some other local legislations, mainly refer to the core measures that government and its administrative departments adopt. These encourage scientific and technological progress, emphasize important areas of scientific and technological progress, realize public service system’s founding, and outline proposals of industry-university-research cooperation. Taking importance and universality into account, this article selects: a) development of modern agriculture, b) technology public service system’s founding, and c) researching and learning combined with industrialization for analysis.

9 Article IX, “Shanghai Scientific and Technological Progress Regulations”.

10 Article XI, “Hefei Scientific and Technological Progress Regulations”.

11 Id. at Chapter VI.

12 Id. at Article 31.



### 2.2.1. Development of modern agriculture

Agriculture contributes significantly to the national economy. As such, hosts of local legislations incorporate special articles specific to agricultural technology activities, apart from Shenzhen. Among them, local legislations like the “Guizhou Scientific and Technological Progress Regulations” include a special chapter on how to develop agricultural and livestock technology. Yet a number of laws and regulations directly repeat the content of higher-ranking laws, or violate the inherent requirements of laws. For example, some may contain too many details about agricultural development goals, such as “qualified”, “effective”, “latest” and other words, but inadequately address how to achieve these goals. Of course, there are some operational provisions worthy of being learned. Two examples include: firstly “the proportion of special financial support to agriculture for agricultural science and technology development and technological achievements promoting should not be less than 40%” in Hefei’s legislation,<sup>13</sup> guaranteeing the development of agricultural science and technology activities effectively; and secondly a requirement set for Hubei governments above the county level and relevant departments that they “organize agricultural applicable training” to avoid pursuing high-tech technologies blindly, and to maximize the economic and social benefits from their actual agricultural and rural situations.<sup>14</sup>

### 2.2.2. Founding of technology public service system

Technology public service system, also known as public technology service system,<sup>15</sup> includes science and technology resource services, technological innovation services, technology management services, etc.<sup>16</sup> Various provisions relating to “technological innovation in public service platform”, “science and technology intermediary service organizations”, “public technology platform, research and development institutions”,

“basic scientific platform” and “scientific and technological resource sharing mechanism” all belong to the technology public service system generally. They reflect that the concept of a technology public service system has not reached consensual acknowledgement on its connotation, denotation and constituents among legislative academia of “Scientific and Technological Progress Law”, so the use of a technology public service system is largely random and excursive. Additionally, the overall structure of the technology public service system has not been formed. Only the chapter “technology innovation platform” in the “Chongqing Scientific and Technological Innovation Promoting Rules” comprehensively stipulate the five aspects -- researching and developing platform, intermediary services, infrastructure and resources open sharing mechanism, financial and insurance services, and credit system.<sup>17</sup>

### 2.2.3. Industrialization cooperated with researching and learning

Target on industrialization cooperated with researching and learning refers to engaging in research projects jointly, building a variety of R. & D. bases, as well as exchanging information among enterprises, universities and research institutions. Worthy of promotion is the people’s governments in Xi’an that play leading roles to achieve this target,<sup>18</sup> the potential for small and medium-sized enterprises to participate in research activities through joint-development and co-financing,<sup>19</sup> Shanghai’s legislations clearly stated final goal to guide innovation elements into enterprises to achieve competitiveness;<sup>20</sup> technological-innovation researching and developing funds established in Xiamen that earmark supporting funds for industrialization combined with researching and learning projects;<sup>21</sup> and the range of supporting funds used for industrialization combined with researching and learning clarified in Shenzhen’s regulations.<sup>22</sup> However, there are still some controversial ordinances. For example, ordinances in Hefei “encourage universities and researching institutes

13 Id. at Article 30.

14 Article XIX, “Hubei Scientific and Technological Progress Regulations”.

15 Xie Lijiao. The science and technology service for the general public and its system building. *Forum on Science and Technology in China* 2009(12), p11.

16 Zhang Yun, Lu Xiaocheng. The Status-quo, Problems and Strategies of Technology Public Service System Construction in Beijing. *Urban Insight*, 2010(5), p8.

17 Supra note 6, at Chapter V.

18 Supra note 8, at Article IX.

19 Id. at Article XIX.

20 Supra note 9, at Article XII.

21 Article 25, “Xiamen Special Economic Zone scientific and technological progress Regulations”.

22 Supra note 7, at Article XIII.

establish high-tech and innovative enterprises directly”<sup>23</sup> that go against the intention of the Cooperation, which is to rapidly advance scientific and technological achievements into practical productive industrialization rather than have universities and researching institutions, which ought to prioritize superior intellectual study, undertake the major role in commercial production and management directly.

### 2.3. The Subjects Engaged in Scientific and Technological Progress Activities

Above all, enterprises remain one of the most vital subjects.

Because enterprises act as a core ordination medium in scientific and technological progress activities, the relevant provisions arouse intense attention in local legislations. Content worthy to be learned include: pillar and emerging industries specifically determined in local ordinances that concentrate resources to the advantageous innovation professions; legislators who should consult related enterprise managers and industry association personnel in revising industrial developing policies and plans, ensuring that policies are more in line with actual needs and operations; administrative departments that could give prior approval to enterprises with independent intellectual-property capacity thereby encouraging them to improve the level of intellectual-property ability; administrative departments that should support enterprises to cultivate brands rich with technology, leading to the maximization of technological advantages and increased market value; a technology catalogue regularly published by government departments that guides enterprises to achieve technological progress through embodying Article 40 in the “Scientific and Technological Progress Law”; enterprises, which utilize financial capital to introduce major technology or equipment from foreign countries, should develop programs about digestion, absorption and re-innovation and submit applications to the relevant administrative departments, helping to enhance independent innovation capability of enterprises and save financial resources.

The apparent defect is that the spirit of support to encourage scientific and technological progress is confirmed in legislations while the specific means of encouragement and supervision are unstated. There

are seven articles in Chapter III named “technological innovation and enterprise’s technological progress” of the “Xi’an Scientific and Technological Progress regulations”. All of them include general expressions such as “encourage” and “support” but only two of them clearly state: “referred from the relevant national provisions”, and just three of them fail to clarify the specific means of encourage or support.

The overall level of a region’s scientific and technological capabilities is determined not only by large enterprises, but is also dependent on the technological innovation abilities of small and medium-sized enterprises (SMEs). Provisions on technological innovation for them is particularly essential. Most regulations centre on three fields. These are: the innovation funds referred by the host law given to small and medium-sized technology-based enterprises, tax preference given to venture capital firms for investment in high and new technology enterprises, and technological innovation services offered to SMEs by public research platforms and intermediary service institutions. Specific measures to promote the technological innovation abilities of SMEs are inadequate; some merely repeat higher-ranking law without further workable discussion. In contrast, the “Shanghai Scientific and Technological Progress Regulations” can be regarded as a model; it announces that the government of Shanghai is responsible for the arrangements in SME Innovation funding;<sup>24</sup> it also stipulates that SME Innovation funding is one of the main issues of financing scientific and technological progress at the city, district and county levels.<sup>25</sup>

Scientific and technological researching institutes and universities also play a significant role.

Local legislation generally involves the significance of technological researching institutions and universities when addressing targets on industrialization cooperated with researching and learning or the founding of a technology public service system. And the number and content of articles are consistent with the important role that researching institutions and universities play in local scientific and technological progress. Provisions in Chongqing stated that “higher-ranking education institutions should establish and improve the innovation knowledge system.”<sup>26</sup> There are only a few provocations

24 Supra note 9, at Article XVIII.

25 Id. at Article 38.

26 Supra note 6, at Article XI.

23 Supra note 10, at Article XVIII.

towards the identification of specific feature colleges and universities, which almost encourage them to play a special role in terms of technological innovation in parallel with scientific researching institutions.

Problems lie in these facets. Local ordinances duplicate the content of higher-ranking law that targets funding for modern research institutions. The lack of specific incentives, such as the steps on how the central support should merge into local science and technology research are limited. Worthy of promotion is that Article XVII in the “Kunming Scientific and Technological Progress and Innovation Regulations” claims that “scientific and technological researching and developing institutions set up by financial fund shall accept the check and modify from science and technology administrative department, and undertake evaluation and assessment from a third party regularly and the results of its research should be made known to public consequently”. This provision clarifies the subject being evaluated and the evaluation methods, with a strong operational workability. However, provisions like this are few. Operability is a very important criterion of legislative quality. Laws and regulations which lack operability are difficult to realize because they lack effective implementation criteria. Local regulations aimed at solving specific problems should include the identification of steps towards operability.<sup>27</sup>

Lastly, scientific and technical personnel is the most practical and basal element.

Scientific and technical personnel is included with scientific researching institutions in some local regulations while in other regulations it is divided into a separate chapter that focuses on the rights and obligations of the scientific and technical staff. Scientific and technical personnel engaged in science and technology activities play a fundamental and principal role in influencing technological progress. The integral structure of one region’s developing potential relies on the research capability and moral character of the local scientists as well as the overall knowledge structure and technological level. To improve the quality of scientific and technical personnel it is encouraged that science and technology personnel exist in every local regulation. Laws and

regulations should include: that legislators distinguish between the different types of scientific and technical personnel to improve the evaluation system of professional titles in order to rule that the technology promoting effect is the main indicator of appraising a professional title for the agricultural technology personnel working in rural areas; a broad scope of scientific and technical personnel to emphasize young-people training and give play to the technological innovation capacity of retirees; an extension of higher-ranking laws’ content in order to develop a government sector (or other units) talent training plan and to earmark the proceeds of job-related technology achievements centered on enhancing research capacity; supplemental specific mechanisms for higher-ranking law to add judgment procedures when bearing scientific and technological research failure is used; the effective motivation of scientific and technical personnel, such as supporting young scientists to engage in research activities through arrangements with the Natural Science Foundation, rewards, etc., and encouragement for employee-developers to continue their scientific and technological research, according to distributed stock rights, to offer awards, and so on. Encouraging college graduates, devoted to grassroots work or entrepreneurship, to establish and improve the social service system of scientific and technical personnel rational flows should also be included.

## 2.4. Safeguard Measures

Safeguard Measures are not divided into the same scope among local legislations. The provisions do not entirely correspond to the high-ranking law, in that financial and social capital investment act as primary safeguards measures in all regulations. Some safeguard measures in local ordinances even involve the technology decision-making advisory system, large-scale equipment procurement and evaluation systems. Other measures just revolve around capital investment. This article selects capital investment safeguard measures and other safeguard measures in two parts, for analysis.

### 2.4.1. Capital investment safeguard measures

Technology funding is the basal guarantee to promote scientific and technological progress. Ensuring the proportion of financial investment and encouraging increased social investment funding could be consi-

27 Shi Jiansan, Wu Tianhao. The analysis of local legislation: current situation, issues and solutions—based on the instance of people’s congress of Shanghai city. *Legal Science*, 2009 (6), p100.



dered the two major types of attitudes towards technology funding sources in local legislation. To ensure necessary financial investment is to ascertain financial investment proportion, investment subject, investment object, investment monitoring and the establishment of an effective evaluation system. Problems in legislation lie, in the first place, in the illegibility of financial investment proportion. A financial investment ratio is of significance, but is only identified in Xiamen, Kunming, Shenyang and Hefei's regulations. The reason for this current situation is that the determination of the proportion of investment might be blocked by local financial capacity, departmental interests and other practical problems. Even if this question is put forward, it will be obstructed during the formulating-draft process. Additionally, the using-scope of special funds is too broad; covering almost all scientific and technological domains in multiple regulations, which do not reflect the micro characteristics of local technological developments and the disperse effect of limited financial resources.

Encouraging social investment refers mainly to guidance by governments, participation of financial institutions and the establishment of special funds. Effective safeguard measures include: government participation in the foundation of venture capital funds, guiding social capital flows to venture enterprises; government involvement in the establishment of re-guarantee institutions to support business innovation activities, etc. However, these means are not sufficiently workable for a number of reasons. For example, incentives to financial institutions are not defined, that is to say, there is no benefit-oriented intervention and no mobilization of financial instruments. Regulation in Guizhou claims that "establish scientific and technological innovation of credit guarantees, insurance, chattel mortgage, third-party guarantees and risk-sharing compensation mechanism to encourage financial institutions to transparent technology innovation"<sup>28</sup>, which along with the supporting implementation measures need to be clarified to ensure implementation success. Additionally, incentives for other bodies that engage in scientific and technological activities are lacking, making it difficult to mobilize wider social forces into scientific research and technological innovation.

#### 2.4.2. Other safeguard measures vary both in

28 Article 41, "Guizhou province Scientific and Technological Progress regulations".

#### number and forms.

In addition to financial funding, other various safeguard measures can be concluded as follows: 1. the establishment of independent innovation products in government procurement systems; 2. the foundation of network platforms to include a variety of information technology resources, especially the research projects information sharing system in Shanghai, avoiding duplication of the project application and reducing the waste of resources in science and technology.<sup>29</sup> 3. Supporting of technology infrastructure and major scientific projects through reducing urban construction fees, for example, the local government of Chongqing confirms this measure in the form of legislation; 4. Promoting innovation by rewarding activities in science and technology or individuals, such as the regulations in Chongqing that clearly defined the awarding criteria for high-tech enterprises, innovation companies, as well as new product projects at the national and provincial levels. Some places promote innovation by encouraging intellectual property, but attention should be aroused to distinguish between the different types and nature of intellectual property rights. It's inappropriate to involve trademarks or geographical indications that cannot effectively improve technological progress in award scope.

#### 2.5. The legal liability

Clauses on legal liability reflect mandatory and compulsory laws, so they are included in the vast majority of local regulations. The "Chongqing Scientific and Technological Innovation Promoting Rules" doesn't contain such a clause, which is a major disadvantage to it. Other regulations generally follow the higher-ranking laws and expand this content limitedly according to local conditions. It's encouraging to see that these extensions improve the legal liability system of science and technology law. Firstly, they have answered what actions are illegal. "Scientific and Technological Progress Law" only involves the illegal use of financial funds, illegally purchased equipment, hindering scientific and technological activities, plagiarism of technological achievements, cheating for science and technology awards, as well as the legal liability of administrative departments and personnel. In addition, local ordinances extend the list to include

29 Supra note 9, at Article 41.

governments that avoid purchasing independent innovation products even if they should; the incomplete procedure of introducing advanced technology from foreign countries by the use of local financial funds; the failed examination of technological progress, and so on.

The type of legal responsibility and the means which is undertaken are also significant. Convicting and sentencing in scientific and technological progress law generally refers to the relevant laws about administrative, civil and even criminal responsibility. Special forms of responsibility in the “Scientific and Technological Progress Law” could be restricting certain principal parts’ qualification in order to engage in certain activities, such as restrictions on the financial support of researching projects and financial awarding limitations. Local legislation follow these forms, and in particular regulates that some illegal behaviors should be recorded into credit files by the relevant administrative departments.

## 2.6. Supplementary

Most regulations only contain provisions about implementing the date of each ordinance, while Xiamen and Shenzhen include further refinement on the regulations. For example, the “Shenzhen Special Economic Zone Scientific and Technological Innovation Promoting Regulations” provides that “the municipal government or relevant departments shall formulate specific measures for implementation of the provisions of Article 9, 11, 16, 18 within ten months from the date of implementation of this regulation”<sup>30</sup>, which ensures the implementation specification and realization of the purpose of the legislation.

## 3. PROPOSALS ON REVISING LOCAL LEGISLATIONS OF SCIENCE AND TECHNOLOGY PROGRESS

Interpretation of the above suggests that although the newly revised local legislations of science and technology progress are much more rational and suitable for local conditions than those implemented prior to 2007, there remain some defects-repeating in the specific provisions with the higher-ranking law, coinciding in content with the same-ranking law, the lack of in-

novation and workability, and so on. Legislators should pay full attention to all aspects of the scientific and rationality of the legislative process, and then local laws could play its due role. Only if we stress formulated ways of thinking, establish a formulate-drafting body, and include technical specifications of the provisions and concrete content of the regulations will the quality of the local legislation of science and technology progress be promoted.

### 3.1. Clarify the formulated ways of thinking

Being closely linked with science and technology policies is one overt characteristic of ordinances in the science and technology domain. Apparently existing national laws and local regulations contain detail directly from science and technology policies. Policies usually inflect current dominant officials’ ideas, so it is often modified and always more concerned about the short-term revenue-generating technology area, especially given the high-speed development of a market economy. So legislation based on policy is inevitably inclined to focus on economic value, more specifically those areas that could quickly generate income. It’s also natural that people modify legislation followed by policy adjustment, which sharply reduces the modification cycle of regulations and damages the authority and stability of law. Importantly, there should be two types of sources to progressive science and technology regulation. In addition to science and technology policy, rational knowledge and a regular pattern of science and technology are extremely vital. However, currently legislators tend to transplant policies, especially the latest ones into legislations while ignoring established and emerging technological developing patterns. In order to sustainably and healthily safeguard scientific and technological progress, and comprehensively promote social development, it’s necessary to legislate scientific and technological law impersonally and rationally, and to reflect scientific and technological development regularity in the relevant laws and regulations.

To clarify the formulated ways of thinking, the most fundamental and important provisions of local scientific and technological development should be stated. Regulators should strive to avoid following the latest technology policy blindly but rather work towards ensuring that their efforts are in accordance with rational knowledge and regular patterns of local scientific and technological development, aiming at achieving the combination be-

30 Supra note 7, at Article 22.

tween regularity and policy. The determination of which area(s) to focus on or invest in, to maximize the development of science and technology, regulators shouldn't merely track the latest trend or macro technology policy, but also emphasize the local conditions of technological development and the environment. Regulators should pay attention to not only the industrial areas, which bring direct economic benefits, but also focus on the field of science and technology that research and industrialization rely on. Only in this way can the local technology be elevated effectively and solidly.

### 3.2. Select formulate-drafting body carefully

Formulate-drafting body of local legislations of science and technology progress usually consist of the local people's congresses, the local administrative departments of science and technology, academic researchers, etc. To ensure the quality of the legislation, the selected formulate-drafting body should abide by two aspects: knowledge and attitude. On one hand, a participating revising law should have the correct and systematic knowledge structure. Legislators, to meet the specifics of scientific and technologic legislation making, should not only have a solid theoretical foundation of law and legislative experience, but also master the regular pattern of science and technology development as well as have the rational knowledge for science and technology practices. Only in this way can ordinances combining regularity and purpose in nature be created. On the other hand, the formulate-drafting body should develop the impartial and rational attitude. Currently, legislators aim to achieve a particular industry sector's or department's interest against the camouflage of drafting specific provocations or ordinances. They do this to strengthen or expand the scope of one department's authority, the ordinance set up a variety of rights- jurisdiction, approval, granting license, and so on.<sup>31</sup> Therefore, the local people's congresses' formulation of local science and technology progress legislation should not be entrusted to one, or just a few, local administrative departments. Rather, regulators should increasingly turn to professors, legal advisors and technology experts as well as listen to the views of representatives of the people. The formulation of local legislation will thereby exert a positive influence on scientific and technological

progress broader than particular sectional interests.

### 3.3. Standardize the expression of clauses

It's common to find expressions in local legislations that violate legal term practices from the existing text, which indicates that the skill levels of local legislators need to be improved. For example: the direct use of simplified names for terms in the legislative text such as "agricultural science institute" is not used in articles, but ASI as a abbreviation is directly used; the utilization of spoken expressions or policy terms, such as "one percent", "innovation and entrepreneurship"; ambiguity caused by improper statements, such as this clause which states that "experts, scholars and business representatives who municipal government employed shall provide decision-making advice in the city development planning, major scientific and technological project approval, scientific research, technological innovation, technology industrialization", which doesn't clarify whether it is the government's obligation or the expert's; the use of non-legal standard terminology, such as "must"; and use of terms in different clauses towards the same problems that vary from one to another, and randomly, for example, when it comes to proportion of financial investment, "budget expenditures", "disposable revenue" and "general budget expenditures" that reflect various calculation data.

The expression of clauses should be accurate and logical, which should be strictly distinguished from general expressions in ordinary life and policy language. Legislators are supposed to avoid all kinds of language problems and elevate the legislative level in the formulated-drafting process. Practically, "legislative technical specification (Trial)" issued by the Standing Committee of National People's Congress should be consulted with, and the use of legislative terms ought to match higher-ranking law.

### 3.4. Build specific institutions

"Generally local regulations lack of specific provisions at supervision and indemnification",<sup>32</sup> undermine science and technology progress. To improve the

31 Feng Lixia. The analysis of selfish departmentalism in the administrative legislation. *Chinese Cadres Tribune*, 2005(8), p31.

32 Shen Muzhu, Ban Xiaohui. Research About The Creative Legislation For Local Science In China At The Age Of Post-Crisis. *Law Science Magazine*, 2010(6), p31.



quality of legislation, specific institutions of the ordinances should be built in two ways. One is to develop incentives and safeguarding systems. As mentioned above, there are some problems in the existing regulations, such as unspecific incentive means, ambiguous guarantee regulations and the repeated contents from the higher-ranking laws. So “incentive” and “support” should not only be indicated in the later legislation, but also be clearly stipulated in implementation objects and basic methods. Or the later legislation could simulate the clear and specific measures for subjects to implement each ordinance and deadline in the “Shenzhen Special Economic Zone Scientific and Technological Innovation Promoting Regulations”. This is especially significant in the matter of financial investment, as one core safeguarding measurement should be clearly stated in the “proportion-distribution”. Second is to complete norms about responsibility. As already pointed out, it’s quite limited for the existing local regulations to illustrate the legal liability of higher-ranking law. Efforts should be made to closely correspond legal liability with illegal behavior that could impede technological progress, which would be punished unconditionally. Simultaneously, the enforcement body should be clearly defined to fight against crimes whose are supposed to be empowered equaling to the ability; and refresh the form of accountability, so as to govern and awe effectively.

### 3.5. Focus

To ensure system integrity, the majority of the existing local legislation of science and technology progress imitate the higher-ranking law structurally and repeat its provisions, contributing to the similarity in these local legislations, which can be applied regardless of local characteristics. Apparently, legislators have not yet recognized the proper function of local laws and regulations. In addition, the advantages of such “regulations” or “approaches” haven’t been taken into consideration. To begin with, the structure of local regulations can be simple and flexible without stiff requirements in structural integrity and systematic complex. Legislators should begin with field research to solve the exact problems

hindering local regulatory development. For example, local institutions that acquire a strong military-scientific ability on how to build a dual-use platform between military and civilian technology and how to address the issue of secrecy and the distribution of benefits shall be a key topic during the drafting of legislation. Additionally, prior and essential issues should be emphasized and only the workable measures included in local regulations. For instant, there’s no necessity to involve issues about reform in scientific research institutes or legislative rights of tax systems in local legislations, which are difficult measures to effectively develop at a few local regulations during such a short time. However, incentives or protection measures are welcomed to be discussed in ordinances, according to diverse technological resources and the financial capacity of each place.

## 4. CONCLUSION

For the purpose of scientific and technological progress, leading to eventual regional economic and social development, and adaption to integrity of the socialist legal system, legislative bodies in local places are bound to modify and revise local legislations of science and technology progress. A total of 36 local legislations have been developed since the “Scientific and Technological Progress Law” had been implemented. They have been advanced in many aspects including legislative idea, legislative procedure, specific content, etc. However, multiple defects still need to be improved. Legislators should pay full attention to all aspects of the objectivity and rationality of the legislative process. In order to solve the exact problems impeding local regulatory development policy makers should select formulate-drafting bodies, standardize technical specifications of provisions, ensure concrete content of regulations, and build specific institutions of supervision and indemnification in conjunction with legal liability. Only in this way shall the quality of local regulation be promoted, making the local legislation of science and technology progress a basic norm to achieve scientific and technological advancement.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**O controle penal do tráfico de pessoas: construção jurídica, interações organizacionais e cooperação internacional**  
**The Criminal Control of Human Traffic: Legal Construction, Organization's interactions and International Cooperation**

Bruno Amaral Machado

Priscilla Brito Silva Vieira



# O controle penal do tráfico de pessoas: construção jurídica, interações organizacionais e cooperação internacional\*

## The Criminal Control of Human Traffic: Legal Construction, Organization's interactions and International Cooperation

Bruno Amaral Machado\*\*

Priscilla Brito Silva Vieira\*\*\*

### RESUMO

A partir de breve descrição da evolução histórica da criminalização do tráfico internacional de pessoas, o artigo aborda a definição de tráfico de seres humanos segundo o Protocolo de Palermo e a legislação brasileira. Sob a perspectiva organizacional, são analisados os mecanismos de controle penal e de cooperação internacional contra o tráfico de seres humanos. Algumas dificuldades foram identificadas nas interações intra e inter-organizacionais que revelam alguns dos desafios enfrentados nas políticas de combate ao tráfico internacional de pessoas. O controle penal no enfrentamento ao tráfico de pessoas é focado a partir das diferentes organizações que participam da divisão do trabalho jurídico-penal.

**Palavras-chave:** tráfico internacional de pessoas - Protocolo de Palermo - controle penal – organizações - cooperação internacional

### ABSTRACT

The article begins with a brief illustration of the development of the criminalization of international trafficking in persons to discuss the definition according to Palermo Protocol and Brazilian legislation. From the organizational perspective, mechanisms of criminal control and international cooperation against human trafficking are analyzed. Difficulties identified in intra and inter-organizational interactions revealed some challenges faced by public policies against trafficking in persons. The criminal control on human trafficking is focused from the perspective of different organizations that take part in the division of criminal legal work.

**Key words:** international trafficking in persons - Palermo Protocol - criminal control – organizations - international cooperation

\* Autores convidados

\*\* Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e Políticas Públicas do Uniceub. Doutor em Direito (especialidade Sociologia Jurídico-penal pela Universidade de Barcelona). Pós-doutorado em Sociologia (UnB – Jonh Jay). Promotor de Justiça (MPDFI)

\*\*\* Mestre em Relações Internacionais pela UnB. Mestranda em Direito e Relações Internacionais pelo Uniceub. Agradecemos a leitura e comentários de Ana Luisa Rivera e Antonio H. G. Suxberger



## 1. INTRODUÇÃO

A função do direito tornou-se objeto de interesse acadêmico e político, sob forte influência do funcionalismo nas disciplinas jurídicas<sup>1</sup>. O direito penal é um dos campos onde essa influência é mais evidente. A vulgarização do conceito de controle social nas disciplinas penais, distantes da concepção original formulada pela Escola de Chicago, sugere que essa suposta função do direito penal deve ser redefinida como controle penal<sup>2</sup>. A discussão é complexa e pode ser contextualizada a partir de dois prismas, delimitados (e simplificados) neste artigo: o teórico, dogmático-penal e criminológico, e o político. O primeiro (penal e criminológico) remete à extensa literatura que recorre tradições distintas sobre as finalidades da pena e as funções do direito penal (retribuição, prevenção, reintegração social, simbolismo penal)<sup>3</sup>. O segundo está associado aos debates contemporâneos sobre os significantes políticos da intervenção penal e a permeabilidade das decisões políticas às discursividades penais e criminológicas<sup>4</sup>. Nesse sentido, o controle penal deve ser compreendido como forma peculiar de controle político exercido por meio do direito penal e das instituições incumbidas da sua imposição. Em outras palavras, o direito penal associa-se ao ideário de um pretenso “controle social punitivo”.

As transformações do controle penal contemporâneo não devem estar dissociadas das grandes mudanças do cenário internacional das últimas décadas<sup>5</sup>. O pro-

gresso tecnológico possibilitou maior rapidez e fluidez nas comunicações, com impacto direto nas atividades humanas. Parte da literatura indica que a globalização econômica e a integração supranacional alteram o cenário do crime. Por um lado, determinadas práticas foram descriminalizadas, como as condutas que vulneram o controle das fronteiras. Por outro lado, a globalização econômica proporcionou o surgimento de novas modalidades de delitos<sup>6</sup>. As características mais importantes da criminalidade da globalização são: a organização, em empresa ou associação criminal, de pessoas estruturadas hierarquicamente<sup>7</sup>; a execução material e o resultado lesivo muitas vezes estão separados, no tempo e no espaço, da ação dos agentes que desempenham um papel importante no plano delituoso; relaciona-se a agentes poderosos, cujas ações têm grande impacto econômico, político e social. A capacidade de desestabilização de mercados e de corrupção de funcionários e de governos são alguns dos aspectos mais relevantes<sup>8</sup>.

As transformações a que fazemos referência levam ao que Capeller denomina de novo campo jurídico-penal (controle penal). O crime organizado tornou-se transnacional e os Estados foram confrontados por novos desafios e devem estabelecer mecanismos multinacionais de controle, compatíveis com um sistema criminal multinacional<sup>9</sup>. No contexto europeu, foram criados

1 BERGALLI, Roberto. “Control social y sistema penal”. In: BERGALLI, Roberto. *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (Policía, Jurisdicción y Cárcel)*. Barcelona: Bosch, 1996, pp. 1-5.

2 MELOSSI, Dario. *El Estado del control social*. México/DF: Siglo veintiuno, 1992. BERGALLI, Roberto. *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (Policía, Jurisdicción y Cárcel)*. Barcelona: Bosch, 1996, pp. 1-5.

3 Há poucas evidências empíricas de que o direito penal tenha real dissuasório e que controle a prática de crimes. MACHADO, Bruno. *Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. PIRES, A. Racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos na modernidade tardia. *Revista Novos Estudos do CEBRAP*, nº 68, 2004.

4 ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: REVAN, 2007. Conferir extensa crítica às justificativas do poder punitivo e a proposta de uma “teoria agnóstica da pena”. CARVALHO, Salo de. “Teoria Agnóstica da Pena: Entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo”. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, et alli. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: REVAN, 2011, p. 116 e ss).

5 Reproduzimos parte dos nossos argumentos em MACHADO, Bruno. *Ministério Público: organizações, representações e trajetórias*. Curitiba:

Juruá, 2007. Ver também MACHADO, Bruno, “Discursos Criminológicos sobre o Crime e o Direito Penal: Comunicação e Diferenciação Funcional”. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 45, abr/jun 2012; MACHADO, Bruno *Justiça Criminal e Democracia I*. Coleção “Direito, Transdisciplinaridade & Pesquisas Sociojurídicas”. São Paulo: Marcial Pons/ FESMPDFT, 2013; MACHADO, Bruno, *Justiça Criminal e Democracia II*. Coleção “Direito, Transdisciplinaridade & Pesquisas Sociojurídicas”. São Paulo: Marcial Pons/ FESMPDFT, 2015; e MATTHEWS, Roger. “O mito da punitividade revisitado”. In: MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça Criminal e Democracia II*. Coleção “Direito, Transdisciplinaridade & Pesquisas Sociojurídicas”. São Paulo: Marcial Pons/ FESMPDFT, 2015.

6 SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001, pp. 85-86; CAPELLER, Wanda. “Schengen: son impact sur les acteurs locaux du contrôle”. In: *Droit et Société*, nº 42-43, 1999, pp. 266.

7 PUNCH, Maurice. Bandit. “Banks: Financial Services and Organized Crimes”. In: RYAN, Patrick e J. RUSH, George E. (eds.). *Understanding Organized Crime in Global Perspective. A Reader*. Thousands Oaks/London/New Delhi: Sage, 1997, p. 128. CARTER, David L. “International Organized Crime: Emerging Trends in Entrepreneurial Crime”. In: RYAN, Patrick J./RUSH, George E. (Eds.), *ibid*, p. 147.

8 SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 87.

9 CAPELLER, Wanda. “La transnationalisation du champ penal: réflexions sur les mutations du crime et du contrôle”. In: *Droit et Société*, nº 35, 1997, pp. 62-65.

organismos políticos e administrativos para defesa dos interesses comunitários. Além disso, novas práticas delituosas, consideradas transnacionais, levaram à unificação das operações de controle, à idealização de novos institutos e à proposta de texto jurídico para atender às novas necessidades (*Corpus Juris*)<sup>10</sup>.

O fenômeno é complexo e insere-se no contexto de ampla expansão e diversificação das formas de intervenção penal<sup>11</sup>. As expectativas sobre o potencial do direito para o controle de condutas é um dos vetores para análise dos processos de produção normativa penal. Uma das manifestações da expansão do controle penal contemporâneo relaciona-se às iniciativas transnacionais para enfrentar o tráfico de seres humanos.

O tráfico internacional de pessoas foi definido como fato típico pelo Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças - Protocolo de Palermo<sup>12</sup>. A conduta típica reúne, de forma geral, uma ação relativa à movimentação da pessoa que foi convencida, por fraude ou engano, e que, ao chegar ao país de destino, é submetida à exploração, em condições que ferem a dignidade humana.

A discussão sobre tráfico não é recente, mas a definição mais abrangente, ainda que não exaustiva, só foi alcançada no século XXI. Permeado por paixões morais e pela obscuridade dos fatos, o debate sobre a criminalização do tráfico internacional de seres humanos desvela a complexidade de se estabelecer uma definição e a dificuldade de se obter consenso internacional sobre as diversas situações e contextos em que ocorre a explora-

ção das vítimas<sup>13</sup>. Em um cenário globalizado, em que as fronteiras são virtuais e a comunicação é instantânea, os criminosos se organizam em redes internacionais<sup>14</sup>, utilizando meios legítimos, como a internet e o transporte aéreo, para aliciar, transportar e explorar vítimas. Uma vez que o *iter criminis* pode se dar em distintos pontos do globo terrestre, dificilmente um país conseguiria enfrentar o tráfico de maneira isolada.

Se tradicionalmente a implantação da legislação penal (*Law enforcement*) depende da articulação entre diferentes atores e organizações envolvidos na investigação e persecução penal, os novos desafios impostos pela criminalização de condutas transnacionais impõem também a necessidade de formas de cooperação internacional. Em outras palavras, a viabilização do controle penal supõe a cooperação internacional para enfrentar o tráfico de seres humanos<sup>15</sup>. Uma das estratégias para implantar um marco normativo geral concretiza-se por meio de tratados internacionais, com diretrizes comuns sobre a criminalização do tráfico de pessoas a serem implantadas pelos Estados, a fim de permitir o alinhamento conceitual e facilitar a cooperação internacional entre os países. A cooperação internacional enseja o cumprimento em território nacional de medidas processuais expedidas por autoridades competentes de outro país, contornando a limitação territorial imposta pelo princípio da soberania estatal que vigora no direito internacional<sup>16</sup>. A cooperação internacional pode abranger diversas medidas de intercâmbio de informações e procedimentos jurisdicionais, entre órgãos judiciais e administrativos de dois ou mais países, a fim de tornar possível a efetivação de medidas processuais no território de outro Estado. Neste sentido, seria mais preciso falar-se em cooperação jurídica internacional – e não apenas judicial<sup>17</sup>.

10 CAPELLER (1999), *op. cit.*, p. 266; DE ANGELIS, Francesco. “Internazionalizzazione degli scambi economici ed illegalità: una sfida per l’armonizzazione delle procedure repressive”. In: *Questione Giustizia*, n° 3-4, 1992, p. 640.

11 Segundo Silva Sánchez, as possíveis causas da expansão do direito penal, em especial na última década, seriam dois grupos de fatores: fatores objetivos – como os novos interesses definidos pela doutrina como bens coletivos e difusos, o aparecimento de riscos decorrentes das novas técnicas e a institucionalização da insegurança, diluída em uma sociedade cada vez mais complexa – e fatores subjetivos, constituídos especialmente pela sensação de insegurança potencializada pela mídia e pelas próprias instituições públicas. SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 87.

12 BRASIL, Decreto n° 5.017, de 12 de março de 2004. *Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças* (Protocolo de Palermo).

13 AROMAA, Kauko, “Trafficking in Human Beings: Uniform Definitions for Better Measuring and for Effective Counter-Measures”. In: SAVONA, Ernesto U. & STEFANIZZI, Sonia (eds.). *Measuring Human Trafficking Complexities And Pitfalls*. New York: Springer – INPAC, 2007, pp. 13-16.

14 SUZUKI, Natália, “Escravo, Nem Pensar! Uma experiência da sociedade civil para a prevenção ao tráfico de pessoas e ao trabalho escravo”. In: SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, *Tráfico de Pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 179.

15 *Ibid.*, p. 179.

16 ARAÚJO, Nádia, “A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional”. In: Ministério da Justiça – Secretaria Nacional de Justiça, DRCI (org.). *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - Matéria Penal*, 4a ed. Brasília: 2013, v. 1, pp. 27-44.

17 PERLINGEIRO, Ricardo, “Cooperação Jurídica Internac-

Em geral, a cooperação jurídica internacional se efetiva por meio de cartas rogatórias, homologação de sentença estrangeira, extradição, transferência de presos ou transferência de processos. Mais recentemente, o auxílio direto entre autoridades competentes previstas em tratados tem se tornado uma modalidade de cooperação cada vez mais frequente, pois a própria autoridade administrativa pode prestar as informações solicitadas ou encaminhar para a execução por juízo de primeiro grau, dispensando o *exequatur* do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Com a internacionalização do crime organizado e a ampliação dos mecanismos de intercâmbio de informações, a cooperação jurídica internacional torna-se uma ferramenta essencial ao processo judicial<sup>18</sup>.

Nesse sentido, identifica-se a consolidação de rede internacional de autoridades públicas a fim de viabilizar a implantação da cooperação jurídica prevista nos tratados internacionais. Essa rede de organizações amplia os pontos de contato entre os diversos países e representa um atalho para a obtenção de informações necessárias ao processo penal, inclusive no combate ao tráfico de pessoas. Assim, os “diferentes laços criados entre as subunidades governamentais criam uma verdadeira rede de cooperação jurídica internacional”<sup>19</sup>. A cooperação internacional possibilita coordenar as interações entre as autoridades centrais de cada país, superar eventuais incoerências e, eventualmente, a construção de protocolos e pautas comuns<sup>20</sup>.

ional”. In: TIBÚRCIO, Carmen & BARROSO, Luís Roberto (org). *O Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. *Apud* ARAÚJO, Nádia, “A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional”. In: Ministério da Justiça - Secretaria Nacional de Justiça, DRCI (org), *op. cit.*, pp. 39-50.

18 Nota-se o incremento dos atos de cooperação internacional nas áreas cível e penal. O STF analisou cerca de dez mil cartas rogatórias e sete mil sentenças estrangeiras entre 1930 e o final de 2004. O STJ passou a receber solicitações dessa natureza no início de 2005. Conforme Nádia Araújo: “O aumento exponencial dos pedidos, tanto de cartas rogatórias como de sentenças estrangeiras, denota o incremento da importância da matéria, tendo o STJ dinamizado o cumprimento desses atos, que hoje tramitam de forma célere, sempre que não forem impugnados”. (...) “Em face do crescimento do crime organizado em âmbito global, com ramificações em mais de um país, o STJ passou a deferir os pedidos que contêm medidas de caráter executório na área penal. Nestes têm sido utilizadas, com frequência, as convenções internacionais multilaterais, como a das Nações Unidas de combate ao crime organizado”. ARAÚJO, *op. cit.*, p. 34-36.

19 FERREIRA, Luciano Vaz & MOROSINI, Fábio Costa, “Transgovernamentalismo e Cooperação Jurídica Internacional no Brasil”. In BAPTISTA, Luiz Olavo (coord.). *Direito Internacional Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 197.

20 MACHADO, Bruno. *Justiça criminal: diferenciação funcional, inter-*

Em anterior estudo sustentamos que a abordagem organizacional-sistêmica propicia ferramentas para análise das organizações que participam da divisão do trabalho jurídico-penal. Compreender os processos decisórios das organizações supõe investigar extenso rol de premissas decisórias. Distinguem-se, assim, os programas condicionais (definidos pelos tratados, legislações e atos normativos), dos programas finalísticos, tais como as prioridades organizacionais estabelecidas, os planos estratégicos, etc. O organograma interno, conformado pela distribuição de atribuições e hierarquia interna e as formas de recrutamento de membros também se constituem em premissas decisórias. A cultura organizacional, consistente nas rotinas cognitivas que orientam as decisões, também é relevante para mapear a forma como decidem (comunicam) as organizações<sup>21</sup>.

O objetivo deste artigo é descrever o processo de criminalização primária (tipificação dos crimes) em relação ao tráfico internacional de pessoas, assim como os mecanismos e instrumentos para atuação das diferentes organizações que participam da divisão do trabalho jurídico-penal. No modelo teórico proposto, pretende-se descrever os programas condicionais estruturados por meio de tratados e legislações. Para isso, apresenta-se breve evolução histórica da criminalização no plano internacional e no Brasil. Em seguida, o conceito de tráfico de pessoas é analisado conforme os termos estabelecidos no Protocolo de Palermo. Essa definição servirá de base para avaliar as condições para que as distintas organizações que participam da divisão do trabalho jurídico-penal exerçam a função de controle penal e identificar eventuais iniciativas no sentido de promover a interação organizacional, bem como os mecanismos idealizados e colocados em ação para a cooperação internacional no enfrentamento do tráfico de seres humanos.

## 2. A CRIMINALIZAÇÃO DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Na análise proposta, é relevante compreender os processos de positivação internacional do direito, por meio de tratados, e sua posterior ratificação pelos Esta-

*ações organizacionais e decisões*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 43-44

21 MACHADO, Bruno. *Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 36-42.



dos e mudanças nos respectivos ordenamentos jurídicos internos em relação ao tráfico internacional de pessoas. Na linguagem organizacional-sistêmica, o objetivo é mapear o processo de construção dos programas condicionais, premissa decisória das diferentes organizações incumbidas do controle penal<sup>22</sup>.

Os primeiros esforços contra o tráfico de pessoas começaram ainda no século XIX, com os tratados sobre a abolição da escravidão. No entanto, esses tratados não abordavam as questões relativas ao tráfico de seres humanos como é entendido hoje<sup>23</sup>. O processo de criminalização do tráfico de pessoas deve considerar as circunstâncias sociais e culturais em que cada tratado foi firmado.

No início do século XX, foram firmados dois tratados entre países europeus para a supressão do tráfico de escravas brancas<sup>24</sup>. Naquele momento, a expressão *escrava branca* representava as mulheres que eram obrigadas a se prostituir em bordéis europeus e não incluía aquelas que faziam trabalhos domésticos, na sua maioria, mulheres africanas negras<sup>25</sup>. Sem dúvida era um conceito permeado pela moralidade social da época e que restringia o entendimento de tráfico de pessoas à exploração sexual da vítima.

Os referidos tratados surgem como os primeiros esforços para a cooperação jurídica internacional contra o tráfico de pessoas, a fim viabilizar a troca de informações entre países, por meio de cartas rogatórias, sobre infrações penais ou sentenças relativas ao tráfico de mulheres. Os Estados também se comprometiam a fazer refletir em seu arcabouço normativo nacional as infrações previstas nos referidos tratados<sup>26</sup>.

22 MACHADO, Bruno. *Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 36.

23 GALLAGHER, Anne T. *The International Law of Human Trafficking*. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 55. Para Kevin Bales, “*This agreed standardization aims to resolve many of the problems arising from the existence of more than 300 laws and agreements that have been written concerning first the slave trade, then trafficking, and which have defined the crime of human trafficking in different ways*”. BALES, Kevin. “What Predicts Human Trafficking?”, 31(2) *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice* (2007), p. 270.

24 Foram firmados o Acordo para a Repressão do Tráfico de Escravas Brancas (Convenção de 1904) e a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas (Convenção de 1910).

25 GALLAGHER, *op. cit.*, pp. 56-57.

26 *Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas* (Convenção de 1910). Disponível em [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=VII-](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VII-5&chapter=7&lang=en)

No âmbito da Liga das Nações foi concluída, em 1921, a Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, que incluiu expressamente, pela primeira vez, a necessidade de se adotar medidas administrativas e legislativas de proteção a “crianças de ambos os sexos”, meninos e meninas indistintamente<sup>27</sup>. Em 1933, foi firmada a Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Mulheres Maiores de Idade<sup>28</sup>, inaugurando a possibilidade de punição do autor do crime ainda que houvesse o consentimento da vítima.

No escopo das Nações Unidas, a Declaração Universal de Direitos dos Homens firmou os grandes princípios de proteção dos direitos humanos, como a dignidade da pessoa humana e a liberdade individual, inclusive para escolher um trabalho. Esses princípios norteiam a ação internacional de combate ao tráfico de pessoas e de enfrentamento contra a exploração humana.

A Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem<sup>29</sup> trouxe importante inovação para o arcabouço normativo de combate ao tráfico de pessoas ao indicar como sujeito da proteção estatal a *pessoa*, independente do sexo ou da idade. A questão deixa de ser centralizada na mulher como vítima e passa a abranger homens, mulheres e crianças.

Outro avanço foi atribuir aos Estados o dever de adotar as medidas necessárias à prevenção da prostituição e à proteção de imigrantes, e garantir que os criminosos sejam julgados e punidos. Entre os diversos mecanismos de cooperação entre os Estados Membros, destacam-se a extradição, a cooperação internacional

9&chapter=7&lang=en. Acessado em 3 de abril de 2016. art. 5º ao 7º.

27 “*The High Contracting Parties agree to take all measures to discover and prosecute persons who are engaged in the traffic in children of both sexes and who commit offences within the meaning of Article 1 of the Convention of May 4, 1910*”. Grifamos. *Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Mulheres e Crianças* (Convenção de 1921), art. 2º.

28 *Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Mulheres Maiores de Idade* (Convenção de 1933). Disponível em [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=VII-5&chapter=7&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VII-5&chapter=7&lang=en). Acessado em 3 de abril de 2016.

29 *Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem* (Convenção de 1950). Disponível em [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=VII-11-a&chapter=7&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=VII-11-a&chapter=7&lang=en). Acessado em 3 de abril de 2016. Assinada apenas em 1950, em Nova Iorque, o Preâmbulo da Convenção retoma todos aqueles tratados já firmados até então, mantendo-os em vigor para os Estados parte.

em matéria penal para intercâmbio de informações e execução de demandas de autoridades estrangeiras. Ressalta-se também a importância de coordenação entre as autoridades internas e a centralização dos resultados da investigação dos crimes cometidos<sup>30</sup>.

Contudo, a prostituição continuava como a única forma de exploração associada ao tráfico de pessoas, o que espelha parte da moralidade social da época em relação às formas de exploração dos seres humanos<sup>31</sup>. A Convenção foi alvo de diversas críticas por não oferecer mecanismos adequados de proteção para as mulheres, nem respostas às violações de direitos humanos. Ainda que considerada “extremamente fraca”, a referida Convenção se manteve como o marco legal de combate ao tráfico de pessoas por mais de meio século<sup>32</sup>.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW, de 1979, definiu que todos os Estados-Parte deveriam adotar as medidas necessárias a fim de suprimir todas as formas de tráfico de mulheres e exploração da prostituição<sup>33</sup>.

Por meio da Convenção sobre Direitos da Criança – CDC, de 1989, os Estados Membros se comprometeram a proteger os menores de 18 anos contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou exploração sexual, prostituição ou pornografia, exploração econômica e do trabalho, entre outras formas de maus tratos, além de estarem obrigados a adotar todas as medidas necessárias para impedir o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças para qualquer finalidade<sup>34</sup>.

### 3. O PROTOCOLO DE PALERMO E A DEFINIÇÃO DE TRÁFICO DE SERES HUMANOS

Nos últimos anos, o crime de tráfico internacional de seres humanos retornou à agenda internacional. A Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, em 2000, o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças – Protocolo de Palermo. Esse documento representou conquista da comunidade internacional no sentido de estabelecer uma definição padronizada<sup>35</sup>, ainda que não exaustiva<sup>36</sup>, do tráfico de seres humanos<sup>37</sup>.

Apesar de não ser possível falar em conceito único, uma definição minimamente comum se faz necessária para iniciar a análise sobre os mecanismos de cooperação internacional em matéria penal<sup>38</sup>. Divergências sobre institutos jurídicos podem dificultar a cooperação, além de inviabilizar a produção e a comparação de informações sobre o tráfico<sup>39</sup>.

A definição de tráfico internacional de seres humanos é bastante complexa, pois pode abranger várias condutas criminosas, perpetradas por diferentes atores em diferentes países. A começar pelo lugar geográfico do crime, o tráfico *internacional* ou *transnacional* (termo

30 Convenção de 1950. GALLAGHER, Anne T. *The International Law of Human Trafficking*. New York: Cambridge University Press, 2010, pp. 58 e 59.

31 Ao mesmo tempo em que o preâmbulo afirma que a prostituição e o tráfico de pessoas são incompatíveis com a dignidade humana, os dispositivos da Convenção não criminalizam ou proíbem a prática em si da prostituição. O texto busca punir apenas aqueles que aliciam e exploram as vítimas. Para Anne Gallagher, essa contradição interna da Convenção reflete a tentativa de alcançar consenso entre os Estados que condenam e aqueles que toleram a prostituição. *Ibid*, p. 59.

32 GALLAGHER, Anne T. *The International Law of Human Trafficking*. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 62.

33 BRASIL, Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* (CEDAW), art. 6º.

34 BRASIL, Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. *Convenção sobre os Direitos da Criança* (CDC), art. 19, 32, 34 e 35.

35 BALES, Kevin, “What Predicts Human Trafficking?”, 31(2) *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice* (2007), p. 270.

36 KOTISWARAN, Prabha, “Protocol at the Crossroads: Rethinking anti-trafficking law from an Indian labour law perspective”, 4 *Anti-Trafficking Review* (2015), p. 41.

37 “The Trafficking in Persons Protocol indicated that the above-mentioned forms of exploitation should be considered, at a minimum, in national human trafficking legislation. By introducing the term “at a minimum” in the definition of the purposes of trafficking, Member States left open the option of including other or more specific purposes for which human trafficking was committed. In recent years, national legislation and jurisdictions have expanded the application of trafficking legislation. This has resulted in the inclusion of phenomena that existed and forced marriages, among other things. Some countries reported cases of trafficking for the trading of body parts for rituals and/or traditional healing and medicine”. UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2012*. New York: UN Publication, 2012, p. 35.

38 BALES, Kevin, “What Predicts Human Trafficking?”, 31(2) *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice* (2007), p. 271.

39 Sobre a importância da definição para a produção de dados confiáveis e para a elaboração de estudos estatísticos sobre o tráfico de pessoas, ver AROMAA, Kauko, “Trafficking in Human Beings: Uniform Definitions for Better Measuring and for Effective Counter-Measures?”. In SAVONA Ernesto U. & STEFANIZZI, Sonia (eds.). *Measuring Human Trafficking Complexities And Pitfalls*, New York: Springer – INPAC, 2007, 2007, p. 15.

usado no Protocolo) é aquele que ocorre em pelo menos dois países, ultrapassando as fronteiras nacionais. Apesar de existir também o tráfico *interno* de pessoas, principalmente em países com dimensões continentais como o Brasil e os Estados Unidos, este não será objeto de análise deste trabalho.

A conduta criminosa é assim definida pelo Protocolo:

“a expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, à servidão ou à remoção de órgãos”. (Protocolo de Palermo, art. 3º)

Cabe aos Estados adotar as medidas legislativas necessárias a fim de criminalizar os atos descritos acima, quando praticados intencionalmente, seja de forma tentada ou mesmo que o autor do crime seja cúmplice ou mandante, observando os conceitos fundamentais de cada sistema jurídico<sup>40</sup>.

Cada uma daquelas condutas pode ser tipificada de forma distinta em cada país. Segundo o Relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime - UNODC, a intenção foi deixar margem para que os Estados pudessem adaptar os crimes previstos no Protocolo à legislação nacional<sup>41</sup>. O mesmo foi pensando em relação à expressão “no mínimo” da definição de finalidade da exploração. Deixou-se, para os Estados Membros, a possibilidade de incluir outras formas de exploração<sup>42</sup>.

Em geral, a literatura divide a definição do artigo 3º em três elementos: ações: recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de pessoas; meios ou formas de exercício de poder: ameaça ou uso

da força ou outras formas de coação, sequestro ou cárcere privado, fraude, engano, abuso de autoridade ou da situação de vulnerabilidade, entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade; finalidade da exploração: exploração sexual, trabalhos forçados, servidão ou remoção de órgãos, entre outras.<sup>43</sup>

Recentes estudos indicam a diversificação do campo do tráfico de pessoas, como o tráfico de óvulos para fecundação *in vitro*, tráfico de mulheres para servirem de barriga de aluguel ou para o casamento forçado, o tráfico de crianças para a adoção internacional ou para a participação em conflitos armados e o tráfico de pessoas portadoras de deficiência para a exploração como pedintes<sup>44</sup>. Esse tipo de estudo reforça a complexidade do tráfico de pessoas e mostra como tem ampliado o alcance e diversificado as formas de exploração das vítimas.

Importante ressaltar, em relação à autoria no tráfico de pessoas, que o Protocolo de Palermo restringe a atividade criminosa a grandes grupos organizados transnacionais. O tráfico de pessoas é viabilizado por uma ampla rede de criminosos, como aliciadores e falsificadores de documentos, e profissionais, como agentes de viagem, pessoal da imigração e guarda de fronteira, policiais, entre outros. Todos colaboram para viabilizar o trânsito da vítima e a manutenção da situação de exploração.

Parte da literatura alerta para a restrição existente no Protocolo a infrações perpetradas apenas por grupos criminosos organizados e somente aquelas de natureza transnacional<sup>45</sup>. Critica-se também que esta de-

40 BRASIL, Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. *Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças* (Protocolo de Palermo), art. 4º.

41 UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2014*. New York: UN Publication, 2014, p. 16.

42 UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2012*. New York: UN Publication, 2012, p. 35.

43 GALLAGHER, Anne T., *The International Law of Human Trafficking*. New York, Cambridge University Press, 2010, p. 29. ANJOS, F.A. dos e ABRÃO, P., “Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil: perspectivas e desafios”. In: ANJOS, F.A. dos et al., *Tráfico de pessoas: uma abordagem para direitos humanos*. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 2013, p. 219. UN.GIFT, “020 Workshop: Corruption and Human Trafficking: The Grease that Facilitates the Crime”. *The Vienna Forum to fight against Human Trafficking. Background Paper*. Viena, 2008, p. 2. BALES, Kevin, “What Predicts Human Trafficking?”, 31(2) *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice* (2007), p. 271.

44 GALLAGHER, *op. cit.*, p. 37. CHILEA, D. & ENACHE, A.G., “Nouvelles Formes de la Traite des Êtres Humain”, 2(45) *Curentul Juridic* (2011), pp. 55-70. PIPER, Nicola. “A Problem by a Different Name? A Review of Research on Trafficking in South-East Asia and Oceania”, vol. 43 (1/2) *International Migration* (2005), p. 208.

45 BALES, *op. cit.*, p. 271. Segundo o Protocolo de Palermo, art. 4º: “O presente Protocolo aplicar-se-á, salvo disposição em contrário, à prevenção, investigação e repressão das infrações estabelecidas em



finição não discute o problema, sob uma perspectiva local, das mulheres que são exploradas sexualmente e, mesmo, para englobar outros grupos que também são alvo do tráfico de pessoas, como homens, travestis e transexual<sup>46</sup>. No entanto, não há dados confiáveis sobre o tráfico de seres humanos. Acredita-se que um número significativo de homens sejam vítimas de tráfico de pessoas para a exploração do trabalho<sup>47</sup>. É necessário ampliar os estudos sobre a questão, a fim de conhecer as dimensões do tráfico de seres humanos e elaborar políticas públicas mais eficazes, inclusive (mas não unicamente), por meio do controle penal.

#### 4. MECANISMOS DE CONTROLE PENAL DO TRÁFICO DE PESSOAS: INTERAÇÕES ORGANIZACIONAIS E OS DESAFIOS DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Na abordagem organizacional-sistêmica as interações são relevantes para compreender as decisões organizacionais<sup>48</sup>. Se as organizações devem ser descritas como sistemas sociais autopoieticos, as interações intra e interorganizacionais possibilitam superar eventuais incoerências e, eventualmente, a construção de protocolos e pautas comuns<sup>49</sup>.

O Protocolo de Palermo define como objetivos a prevenção e o combate ao tráfico de pessoas, bem como a proteção das vítimas. Para atingir essas metas prescreve-se a necessidade de aprimorar mecanismos de

---

conformidade com o Artigo 5 do presente Protocolo, quando essas infrações forem de **natureza transnacional e envolverem grupo criminoso organizado**, bem como à proteção das vítimas dessas infrações<sup>50</sup>. Grifamos.

46 HUSSEIN, Rihab A. "The existing tensions in the defining of human trafficking at a UK and international level: a critical overview", 39(2) *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice* (2015), p. 130.

47 HUSSEIN, *op. cit.*, p. 136.

48 Seidl propõe a seguinte tipologia: interações decisórias; interações preparatórias; interações informais com alguma relevância para a tomada de decisões; interações sem qualquer relação com o processo decisório. SEIDL, David. "Organization and Interaction". In: SEIDL, David & BECKER, Kai Helge (ed.). *Niklas Luhmann and Organizational Studies*. Kristianstad: Kristianstad Boktryckeri AB, 2005, pp. 145-150. As três primeiras formas de interação são organizacionais, pois orientadas não apenas por estruturas interativas (encontro entre as pessoas) mas também organizacionais.

49 MACHADO, Bruno. *Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 43-44.

interação organizacional, por meio da cooperação entre as organizações dos diferentes Estados signatários<sup>50</sup>. Dada a complexidade do crime de tráfico de pessoas, muitas vezes a investigação e o julgamento dos processos requerem esforços de diferentes jurisdições, a fim de coletar provas, sequestrar os bens obtidos por meio de atividade ilícita e prender os condenados.

A possibilidade de exercício do controle penal transnacional supõe tarefas prévias. De início, é imprescindível que os Estados criminalizem as condutas relativas ao tráfico de pessoas e, para viabilizar mecanismos de cooperação internacional, que exista ao menos uma similitude na definição do tipo penal do tráfico de seres humanos nos diferentes ordenamentos jurídicos. Para alguns autores, é essencial a existência de um arcabouço normativo como fundamento para uma resposta adequada e apropriada do sistema de justiça penal. Para isso, a legislação nacional deve contemplar também os crimes conexos ao tráfico de pessoas como, por exemplo, a lavagem de dinheiro, a corrupção, o crime organizado, além das formas de exploração como o trabalho forçado, o trabalho infantil, o casamento forçado, a dívida servil, que facilitam a investigação e a persecução penal<sup>51</sup>.

Estas medidas promovem a cooperação internacional, pois a falta de uniformidade entre as tipificações de diferentes países pode representar sérios obstáculos à cooperação internacional<sup>52</sup>. Mesmo com a previsão do Tratado de Palermo sobre a possibilidade de assistência sem a respectiva criminalização no arcabouço jurídico nacional, os Estados podem recusar a cooperação jurídica quando não houver a dupla incriminação<sup>53</sup>.

Para o sucesso da investigação e do julgamento dos acusados, a cooperação entre Estados se faz necessária a fim de permitir a busca de evidências localizadas em outro país que não aquele onde se processa a ação<sup>54</sup>.

50 Protocolo de Palermo, art. 2º.

51 GALLAGHER, Anne T. & HOLMES, P., "Developing an Effective Criminal Justice Response to Human Trafficking: Lessons From the Front Line". 18(3) *International Criminal Justice Review*, 2008, p. 321-322. Ver UNGA, A/RES/64/293, *United Nations Global Plan of Action to Combat Trafficking in Persons*, 12 August 2010, p. 11, §48.

52 AROMAA, Kauko, "Trafficking in Human Beings: Uniform Definitions for Better Measuring and for Effective Counter-Measures". In: SAVONA, Ernesto U. & STEFANIZZI, Sonia (eds.). *Measuring Human Trafficking Complexities And Pitfalls*. New York: Springer – INPAC, 2007, p. 16.

53 BRASIL, Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*, art. 18.

54 GALLAGHER, *op. cit.*, p. 410.

Em geral, quando a produção de evidências envolve as autoridades locais, utiliza-se o mecanismo de assistência jurídica mútua, que pode permitir:

“Recolher testemunhos ou depoimentos; notificar atos judiciais; efetuar buscas, apreensões e embargos; examinar objetos e locais; fornecer informações, elementos de prova e pareceres de peritos; fornecer originais ou cópias certificadas de documentos e processos pertinentes, incluindo documentos administrativos, bancários, financeiros ou comerciais e documentos de empresas; identificar ou localizar os produtos do crime, bens, instrumentos ou outros elementos para fins probatórios; facilitar o comparecimento voluntário de pessoas no Estado Parte requerente; prestar qualquer outro tipo de assistência compatível com o direito interno do Estado Parte requerido”<sup>55</sup>.

Essas medidas devem se orientar pela garantia de manutenção dos direitos humanos de todos os envolvidos, sendo facultado ao Estado requerente negar a cooperação quando entender que o pedido “não respeita direitos básicos e garantias processuais contidas nos principais instrumentos de direitos humanos como a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Convenção Internacional de Direitos Cívicos e Políticos”<sup>56</sup>.

Os mecanismos de interação organizacional não se restringem ao âmbito internacional. A fim de reforçar o enfrentamento do tráfico de pessoas, os Estados são estimulados a promover a coordenação nacional entre as organizações incumbidas da prevenção, investigação, persecução penal e julgamento dos crimes de tráfico de pessoas, bem como o apoio a pesquisas, campanhas de informação para as pessoas vulneráveis e para os profissionais envolvidos na luta contra o tráfico de pessoas, desenvolvimento de parcerias com organizações não-governamentais e representantes da sociedade civil envolvidos na prevenção e proteção das vítimas do tráfico de pessoas.<sup>57</sup>

Entre as frentes de pesquisa nos casos de tráfico de pessoas, deve-se investir no monitoramento da atuação institucional a fim de construir indicadores para avaliar os processos decisórios dos formuladores de política pública, da polícia, do Ministério Público e do judiciário. A construção de um banco de dados sobre o perfil das vítimas, bem como de instrumentos para monitorar

as ações de proteção oferecidas permitiriam identificar as lacunas das políticas de proteção e as respostas para atender às necessidades das vítimas<sup>58</sup>.

As pesquisas sobre a atuação das organizações que participam da divisão do trabalho jurídico-penal sugerem pistas para compreender eventuais entraves e boas práticas<sup>59</sup>. Em pesquisa qualitativa com base em entrevistas com membros de distintas organizações do sistema criminal dos Estados Unidos, foram detectados alguns dos desafios no combate ao tráfico<sup>60</sup>. Apontou-se o desconhecimento, por parte dos operadores do direito, inclusive juizes, em relação aos instrumentos normativos que criminalizam o tráfico internacional de pessoas naquele país e que eles identificam as causas que tratam de tráfico de pessoas como de menor relevância. A pesquisa verificou também a existência de conflitos interorganizacionais. Os promotores e policiais norte-americanos divergem sobre a competência (estadual ou federal) para investigar o tráfico de pessoas e sobre a própria tipicidade dos fatos. Os autores do estudo criticaram os processos decisórios do Ministério Público, indicando que os promotores de justiça orientam seus esforços e a proposição das denúncias conforme suas expectativas de êxito processual e maior probabilidade de condenação do denunciado<sup>61</sup>.

Estudo realizado na última década indicou que, devido às dificuldades para se obter provas que configurem crime de tráfico de pessoas, a Polícia e o Ministério Público preferem enquadrar o fato como contrabando de pessoas ou migração ilegal, possibilitando a deportação da vítima e a rápida conclusão do caso<sup>62</sup>. Quan-

58 KANGASPUNTA, Kristiina, Collecting Data on Human Trafficking: Availability, Reliability and Comparability of Trafficking Data, in SAVONA, Ernesto U. & STEFANIZZI, Sonia (eds.). *Measuring Human Trafficking Complexities And Pitfalls*, New York: Springer – INPAC, p. 34.

59 MACHADO, Bruno. *Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

60 FARRELL, Amy, OWENS, Colleen & McDEVITT, Jack. “New laws but few cases: understanding the challenges to the investigation and prosecution of human trafficking cases”. 61 *Crime Law Social Change* (2014), pp. 139–168.

61 FARRELL, Amy, OWENS, Colleen & McDEVITT, Jack. “New laws but few cases: understanding the challenges to the investigation and prosecution of human trafficking cases”. 61 *Crime Law Social Change* (2014), p. 143.

62 KANGASPUNTA, Kristiina, Collecting Data on Human Trafficking: Availability, Reliability and Comparability of Trafficking Data, in SAVONA, Ernesto U. & STEFANIZZI, Sonia (eds.). *Measuring Human Trafficking Complexities And Pitfalls*, New York: Springer – INPAC, p. 28.

55 Decreto nº 5.015, 2004, art. 18.

56 GALLAGHER, Anne T., *The International Law of Human Trafficking*. New York, Cambridge University Press, 2010, p. 412.

57 Protocolo de Palermo, art. 9º. UNGA, Resolution 64/293, §53, p. 11.

do as vítimas se encontram em situação ilegal no país, não raramente as organizações do sistema de justiça envolvidas na prevenção e persecução criminal se concentram apenas no aspecto migratório, a fim de promover a deportação da vítima, sem especial interesse sobre a exploração sofrida. Nesse momento, a vítima que foi explorada e teve seus direitos fundamentais violados, ao invés de protegida é criminalizada. O estudo revelou também que a polícia possui mecanismos organizacionais na eleição de prioridades de investigação, conforme supostas expectativas do público. Nesse sentido, os policiais dedicam mais tempo à investigação de crimes com mais visibilidade e negligenciam crimes como o tráfico de pessoas. Da mesma forma, como os promotores são mais resistentes a dar prosseguimento aos casos envolvendo o tráfico de pessoas, os policiais preferem concentrar seus esforços na investigação de crimes que terão mais probabilidade de serem encampados pelo Ministério Público<sup>63</sup>.

Outra manifestação do conflito institucional que afeta a investigação de casos relativos ao tráfico de pessoas se dá entre a polícia e as agências federais do trabalho dos Estados Unidos. No caso de tráfico de pessoas para a exploração do trabalho, a polícia indica que a responsabilidade seria das agências reguladoras. No entanto, essas instituições não possuem competência para conduzir investigações criminais. Assim, o número de casos relacionados à exploração sexual é muitas vezes superior ao de exploração do trabalho<sup>64</sup>.

Além disso, quando o olhar se volta apenas para a exploração da vítima, a análise de viabilidade da persecução penal constitui-se em fator crucial para compreender os processos decisórios. O Ministério Público norte-americano é criticado por tender a classificar as condutas como crimes comuns, como estupro, prostituição (que é crime em alguns estados dos Estados Unidos), fraude ou sequestro, de mais fácil obtenção de prova para condenações<sup>65</sup>. No entanto, a cadeia do tráfico internacional de pessoas excede, e muito, a exploração sexual. Outras práticas delituosas são praticadas por agentes que continuam ativos na rede de tráfico. O caminho mais rápido para a condenação e finalização do

processo pela promotoria pode representar a manutenção da atividade criminosa e da exploração das vítimas.

Estudos apontam que a criação de unidades organizacionais especializadas no combate ao tráfico de pessoas, com competências investigativas e processuais bem definidas, é essencial para ampliar a eficiência da investigação. A centralização permite a supervisão de todas as investigações em curso no país, com autonomia para garantir a resposta efetiva ao tráfico de pessoas, utilizando procedimentos padronizados e técnicas adequadas às especificidades e ao dinamismo do crime. Ademais, o tratamento da questão por unidades especializadas permite o controle em relação a agentes corruptos que podem mascarar situações de tráfico visando benefícios individuais<sup>66</sup>.

Essas unidades especializadas podem facilitar também a visão integrada da cooperação entre os países e a colaboração operacional no combate ao tráfico de seres humanos. A identificação de pessoas e áreas que servirão de ponto focal torna mais ágil a comunicação e permite o intercâmbio de informações sobre redes transnacionais de tráfico. É possível realizar operações conjuntas entre órgãos de diferentes países para resgatar vítimas, prender traficantes e produzir provas para a instrução processual. A cooperação internacional é, então, viabilizada pela troca de informações entre autoridades centrais sobre investigações em curso, assim como na condução de operações envolvendo mais de um país. Essas ações permitem o rastreamento de diversos pontos da cadeia do tráfico internacional de pessoas, não restringindo os resultados da operação aos limites territoriais em que determinada jurisdição atua. Forças-tarefas na Europa e na Ásia, envolvendo inclusive Ministérios Públicos e agentes da área financeira, têm obtido sucesso no enfrentamento internacional ao tráfico de pessoas.<sup>67</sup>

Dessa forma, os mecanismos de cooperação jurídica internacional ampliam a comunicação entre diferentes organizações dos Estados e fortalecem o papel de cada instituição, independente da autorização de terceiros para atuação no processo de cooperação. Contudo, a pesquisa revelou que a interação entre os diferentes

63 Farrell, Owens & McDevitt, *op. cit.*, p. 154-155.

64 *Ibid.*, p. 162.

65 FARRELL, Amy, OWENS, Colleen & McDEVITT, Jack. "New laws but few cases: understanding the challenges to the investigation and prosecution of human trafficking cases". 61 *Crime Law Social Change* (2014), p. 141-142.

66 GALLAGHER, Anne T. & HOLMES, P., "Developing an Effective Criminal Justice Response to Human Trafficking. Lessons From the Front Line". 18(3) *International Criminal Justice Review*, 2008, pp. 323-324.

67 *Ibid.*, pp. 334-336.



agentes estatais que participam das ações de prevenção e persecução do tráfico de pessoas é fundamental para o alcance dos resultados esperados. Por isso, é necessário investir nas dinâmicas organizacionais que podem revelar pautas de ação não alinhadas às políticas públicas em questão, como é o caso do enfrentamento ao tráfico.

Ainda são escassos os estudos sobre os processos decisórios das organizações envolvidas na investigação e na persecução penal do tráfico de pessoas. As pesquisas existentes sugerem que a repressão ao tráfico continua sendo um desafio e depende de ações institucionais integradas, a fim de que a prática seja redefinida como prioridade na área penal, o que supõe a construção de protocolos internos (premissa finalística) e de interações organizacionais a fim de contornar eventuais divergências nas estratégias de atuação<sup>68</sup>.

## 5. O CONTROLE PENAL DO TRÁFICO DE SERES HUMANOS NO BRASIL

No Brasil, o marco legal é o Código Penal de 1940<sup>69</sup>. Inicialmente, foi utilizada a expressão *tráfico de mulheres*<sup>70</sup>, circunscrevendo a vítima desse crime apenas a pessoas do sexo feminino. Há de se notar também que a questão foi inserida no Título *Dos Crimes contra os Costumes*, como era nominado até 2009. A solução é criticada, pois, “embora esteja presente a tutela da liberdade sexual e do pudor individual, prevalece a tutela do pudor público”<sup>71</sup>.

A Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, alterou o Capítulo V para *Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoas*, e pas-

sou a contemplar de forma mais adequada a proteção das vítimas do tráfico de seres humanos, independente do sexo. Além disso, a referida lei inovou ao inserir a modalidade de tráfico *interno* de pessoas ao ordenamento jurídico brasileiro, bastando o deslocamento dentro do território nacional para configurar a conduta criminosa. Essa alteração é bastante relevante em países com dimensões continentais, como o Brasil.

Em 2009, houve mais uma alteração no título do referido capítulo, por meio da Lei nº 12.015, passando a vigorar a expressão *Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa para fim de Prostituição ou Outra Forma de Exploração Sexual*. Contudo, a nova redação não abarca as diversas formas de exploração a que as vítimas de tráfico podem ser submetidas, como o tráfico de órgãos, o trabalho forçado, a mendicância forçada, entre outras. Os artigos 231 e 231-A do Código Penal criminalizam a conduta daquele que promove ou facilita o deslocamento de uma vítima, dentro ou fora do país, para prostituir-se ou ser explorada sexualmente. Algumas situações de vulnerabilidade foram previstas como causa de aumento de pena, como os casos em que a vítima é menor de idade, deficiente mental e em que há a participação de familiar, empregador ou pessoa responsável pelo cuidado da vítima. Se o crime for cometido com finalidade econômica, também deve ser aplicada multa ao infrator.

No Código Penal, outros tipos penais criminalizam a exploração das vítimas. No que tange à exploração do trabalho, o artigo 149 do Código Penal determina que é crime reduzir alguém a condição análoga à de escravo, submetendo a pessoa a trabalhos forçados, à jornada exaustiva, a condições degradantes de trabalho ou restringindo sua locomoção em razão de dívida contraída. Além disso, o aliciamento de trabalhadores, mediante fraude, a fim de levá-los para outra localidade, seja dentro ou fora do país, é crime previsto nos artigos 206 e 207 do Código<sup>72</sup>.

O artigo 245 do Código Penal pune quem entrega filho menor de 18 anos, expondo-o a perigo, a fim de

68 FARRELL, Amy, OWENS, Colleen & McDEVITT, Jack. “New laws but few cases: understanding the challenges to the investigation and prosecution of human trafficking cases”. 61 *Crime Law Social Change* (2014), p. 143.

69 Ver Código Penal, Capítulo V, arts. 231 e 231-A. O Código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1890 não abordaram a temática do tráfico de pessoas.

70 Ver Capítulo V – Do Lenocínio e do Tráfico de Mulheres. Código Penal – versão original.

71 CASTILHO, Ela Wiecko V. De. “A legislação penal brasileira sobre tráfico de pessoas e imigração ilegal/irregular frente aos Protocolos Adicionais à Convenção de Palermo”, apresentação realizada no I Seminário Luso Brasileiro sobre Tráfico de Pessoas e Imigração Ilegal/irregular, em Cascais, Portugal, 22 a 24 de maio de 2006. *Informativo PFDC no 43/2006*. Brasília: Ministério Público Federal, Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, 2006. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.br/pfdc/informacao-e-comunicacao/informativos-pfdc/edicoes-de-2006/maio-2006/>. Acessado em 1º de maio de 2016.

72 É importante destacar que esse tipo penal corresponde ao contrabando (ou tráfico) de migrantes é previsto pelo Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. Diferente do tráfico de pessoas, que é objeto da presente pesquisa, o contrabando de migrantes visa promover a entrada de migrantes em um país de que não é nacional ou residente permanente, não alçando a dimensão da exploração contida no tráfico de pessoas.

obter lucro ou para envio ao exterior. É punido também aquele que auxilia o envio de menor para o exterior com o fito de obter lucro. Entre as leis esparsas, o artigo 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA criminalizou a promoção ou o envio de menores para o exterior sem observar as formalidades legais previstas ou visando o lucro, independente da finalidade. O Estatuto também proíbe expressamente a submissão de criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual, conforme artigo 244-A. Outras formas de exploração são condenadas de forma isolada, mas sem correlação direta com o tráfico. Critica-se que a “fragmentação do tratamento do tráfico de pessoas dificulta a compreensão do problema e conduz a distorções, principalmente no que se refere à quantidade da pena cominada”<sup>73</sup>.

A Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, criminaliza a compra ou venda de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, bem como a promoção, a intermediação, a facilitação ou obtenção qualquer vantagem com a transação.

Dadas as características próprias do tráfico internacional de pessoas, de formação de redes criminosas, é importante tratar da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que define organização criminosa como a associação de quatro ou mais pessoas, organizadas com base na divisão de tarefas, e que tenham o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional. Este conceito é aplicável também às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional, em que a execução e a consumação do crime ocorram em diferentes países.

Da forma como se apresenta hoje a legislação brasileira, não é possível afirmar que a criminalização do tráfico de seres humanos está adequada aos termos do Protocolo de Palermo. O capítulo que trata de tráfico de pessoas no atual Código Penal restringe-se à exploração sexual e à prostituição, sendo insuficiente, pois restringe o alcance do controle penal do tráfico de pessoas.

O I Plano Nacional de Enfrentamento do Tráfico de

Pessoas – I PNETP<sup>74</sup> previa metas de aperfeiçoamento da legislação brasileira sobre o tema, contudo pouco se evoluiu na vigência do Plano. Também no bojo do I PNETP, foram incluídas metas visando fomentar a cooperação entre os órgãos das diferentes esferas do Estado, a fim de promover a atuação articulada na repressão do tráfico de pessoas e na responsabilização dos infratores. Para isso, mostrou-se necessário criar e aprimorar instrumentos para o enfrentamento ao tráfico de pessoas, estruturar órgãos responsáveis pela repressão e fomentar a cooperação internacional.

O Relatório do I PNETP<sup>75</sup> aponta o alcance de diversas metas, entre elas, a realização de 22 operações especiais da Polícia Federal relacionadas ao tráfico internacional de pessoas para a prostituição. Dados da Polícia Federal revelam que, entre janeiro de 2010 e março de 2015, 347 inquéritos foram abertos para investigar o tráfico interno e internacional de pessoas apenas para fins de exploração sexual<sup>76</sup>. Segundo dados do Ministério Público Federal, houve 211 condenações por tráfico de pessoas no Brasil, no período de 2002 a 2008<sup>77</sup>. Esses dados não correspondem à totalidade das ações, uma vez que os sistemas informáticos não estavam implantados em todos os estados e ainda não permitem a extração de informações precisas sobre a atuação do sistema de justiça. Tampouco são bases confiáveis, pois não disponibilizam dados sobre os casos de tráfico de pessoas existentes no Brasil, em parte porque os sistemas não são interligados.

De forma geral, a falta de informação sistematizada e padronizada sobre o tráfico de pessoas e a subnotificação de casos são problemas apontados por diversas pesquisas<sup>78</sup>. Consequentemente há grande dificuldade

74 BRASIL, Decreto nº 6.347, de 8 de janeiro de 2008. *I Plano Nacional de Enfrentamento do Tráfico de Pessoas – I PNETP*.

75 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Enfrentamento do Tráfico de Pessoas Relatório do Plano Nacional*. Brasília, 2010, 257p. Disponível em <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/politica-brasileira/anexos/2010relatoriopnet.pdf>. Acessado em 1º de maio de 2016.

76 CNJ – Conselho Nacional de Justiça, “PF investigou 374 casos de tráfico de pessoas para exploração sexual desde 2010”, 30/03/2015. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/78934-pf-investigou-374-casos-de-trafico-de-pessoas-para-exploracao-sexual-desde-2010>. Acessado em 11 de junho de 2016.

77 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (2010), *op. cit.*, p. 174.

78 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Enfrentamento do Tráfico de Pessoas Relatório do Plano Nacional*. Brasília, 2010, 257p. Disponível em <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/politica-brasileira/anexos/2010relatoriopnet.pdf>. Acessado em 1º de maio de 2016. SACCO, Andrea Cirineo, *Trafficking in human beings for the pur-*

73 BECHARA, Fábio Ramazzini, “Análise crítica do Projeto de Lei 2.845/2003”, In SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, *Tráfico de Pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 202.

de se definir o perfil da vítima, o tipo de crime a ser combatido e a política pública mais adequada ao enfrentamento do tráfico de pessoas.

Em pesquisa sobre os procedimentos judiciais e extrajudiciais do MPT e MPF relativos ao tráfico de pessoas e ao trabalho escravo no estado de São Paulo<sup>79</sup>, verificou-se que “as classificações utilizadas tanto pelos Ministérios Públicos como pelo Judiciário não estavam claras e nem padronizadas, não havendo unicidade procedimental nem conceitual”<sup>80</sup>. “[O] levantamento e sistematização de dados não faz parte da cultura organizacional, tanto de órgãos públicos quanto de organizações não governamentais envolvidas com a temática de enfrentamento ao tráfico de pessoas e trabalho escravo”<sup>81</sup>. A dificuldade de acesso à informação sobre o número de processos e condenações relativas ao tráfico de seres humanos foi detectada por Sacco em pesquisa na década de 2000<sup>82</sup>.

Na referida pesquisa sobre o tema, apontou-se para a necessidade de o Brasil desenvolver uma política de informação do sistema criminal de justiça, com a implementação de uma base de dados consistente e abrangente que permita que políticas de enfrentamento ao tráfico de pessoas sejam estabelecidas a partir de bases sólidas<sup>83</sup>. A autora verificou, por exemplo, que as informações estatísticas da Polícia Federal até 2006 apresentavam apenas os casos de tráfico de pessoas “em

investigação”, não estando disponíveis os casos “concluídos” nem as notícias de crime que não estavam sob investigação<sup>84</sup>. Além disso, identificou-se que não existe o registro sistematizado e coordenado de diferentes tipos criminais que possam estar diretamente ligados ao tráfico (como a falsificação de documentos).

O estudo mostrou que grande parte dos respondentes do questionário aplicado pela pesquisadora indicou “não ser capaz de responder” às questões sobre tráfico de pessoas e corrupção<sup>85</sup>. Para a autora, o dado mostra que “os agentes da justiça criminal no Brasil não estão conscientes da importância do problema ou são indiferentes, demonstrando a fragilidade do sistema de justiça criminal em geral”<sup>86</sup>. A pesquisa demonstrou também que existe a percepção entre os respondentes do questionário de que o sistema de justiça criminal, em geral, fracassa ao investigar, processar e condenar agentes públicos e traficantes envolvidos no tráfico de pessoas e exploração sexual.<sup>87</sup>

Essa percepção é corroborada pelos dados apresentados pelo relatório elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, em 2014. De todos os documentos classificados (inquérito policial; peça de informação; notícia de fato e processos judiciais), 24% foram judicializados<sup>88</sup>. No referido relatório, constam apenas dois registros do tipo “Execução de Pena”.<sup>89</sup> Já no relatório elaborado pelo Ministério Público de São Paulo, em apenas três casos foi possível identificar a condenação dos acusados, o que corresponde a 2% dos processos analisados<sup>90</sup>.

*pose of sexual exploitation and corruption in Brazil: an in-depth analysis of the link between two criminal phenomena.* Università Cattolica del Sacro Cuore, XIX ciclo, a.a. 2006/07, Milano, p. 128. RODRIGUES, Thais de C., *O tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual e a questão do consentimento.* Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, 150p. REPÓRTER BRASIL, UNODC e SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, *Tráfico de Pessoas em Pauta: Guia para jornalistas com referências e informações sobre enfrentamento ao tráfico de pessoas.* São Paulo, 2014, pp. 31-33. RIBEIRO, Anália Beliza, “Por que é importante compreender o enfrentamento ao tráfico de pessoas como uma política de estado?”, In: SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, *Tráfico de Pessoas: uma abordagem para os direitos humanos.* Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 173.

79 SÃO PAULO. Governo do Estado. Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. Secretaria de Gestão Pública. Tráfico de pessoas e trabalho escravo no estado de São Paulo: análise dos procedimentos judiciais e extrajudiciais do MPT e MPF. São Paulo, SJDC/SGP, 2015, 95p.

80 *Ibid.*, p. 67.

81 *Ibid.*, p. 72.

82 SACCO, *op. cit.*, p. 128.

83 SACCO, Andrea Ciríneo, *Trafficking in human beings for the purpose of sexual exploitation and corruption in Brazil: an in-depth analysis of the link between two criminal phenomena.* Università Cattolica del Sacro Cuore, XIX ciclo, a.a. 2006/07, Milano, pp. 47, 101-102, 122, 131-132.

84 *Ibid.*, pp. 61-62.

85 Participaram da pesquisa 109 pessoas. Os questionários considerados válidos foram respondidos por 59 promotores criminais, 10 policiais federais, dois membros de instituições governamentais, um especialista de Organização Não-Governamental e um juiz. SACCO, Andrea Ciríneo, *Trafficking in human beings for the purpose of sexual exploitation and corruption in Brazil: an in-depth analysis of the link between two criminal phenomena.* Università Cattolica del Sacro Cuore, XIX ciclo, a.a. 2006/07, Milano, pp. 93-94.

86 *Ibid.*, p. 104.

87 *Ibid.*, p. 122.

88 No referido relatório, foram considerados apenas os seguintes tipos penais: Redução à condição análoga a de escravo (art. 149 CP); Aliciamento para fins de emigração (art. 206 CP); Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual (art. 231 CP); Tráfico internacional de pessoas (art. 231 CP); Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual (art. 231-A CP); Tráfico interno de pessoas (art. 231-A CP); Entrega de filho menor a pessoa inidônea (art. 245 CP); Promover ou auxiliar o envio de criança ou adolescente para o exterior (art. 239 e § único da Lei 8069/90).

89 CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público, *Levantamento sobre o Tráfico de Pessoas CNMP.* Brasília: CNMP, 2014, 17p.

90 SÃO PAULO. Governo do Estado. Secretaria da Justiça e da



Uma dificuldade identificada por pesquisa qualitativa sobre as representações sociais dos profissionais do direito é a dificuldade de articulação entre as diferentes organizações que atuam no enfrentamento ao tráfico de seres humanos<sup>91</sup>. Apesar de a autora identificar como fundamental o diálogo entre os gestores, ela detectou nas falas dos entrevistados a percepção de “descontinuidade e desarticulação da política de enfrentamento ao tráfico de pessoas, apontadas como fatores que dificultam a efetividade da política”<sup>92</sup>. Os sujeitos da pesquisa apontam a falta de comprometimento institucional com o tema, a troca constante dos gestores responsáveis pela pasta, a falta de articulação entre os diferentes órgãos como problemas constantes. Um deles ilustra a falta de comunicação inter-organizacional ao afirmar que “a PC [Polícia Civil] não sabe o que a Defensoria Estadual faz. E a Defensoria Pública Federal não sabe o que o Ministério Público faz (P7)”<sup>93</sup>. Para outro entrevistado, “não [se] consegue trabalhar com criminalidade organizada sem união de esforços e cooperação nacional e internacional”<sup>94</sup>.

A falta de cooperação entre os diferentes atores que participam do combate ao tráfico de seres humanos é apontada também no II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas – II PNETP, em que se identificou a necessidade de fomentar e fortalecer a cooperação entre órgãos públicos, organizações da sociedade civil e organismos internacionais no Brasil e no exterior<sup>95</sup>. O intercâmbio de informações, a atuação em

rede e a atuação conjunta entre as diversas organizações podem ampliar a efetividade das ações de prevenção e repressão do tráfico de pessoas.<sup>96</sup> O II PNETP teve início em 2013 e a avaliação sobre o progresso do Plano indica a boa execução das ações propostas, com poucos pontos de atenção<sup>97</sup>. O Plano será executado até o final de 2016, quando deve ser elaborado novo relatório.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tráfico de pessoas tem se revelado prática altamente adaptável aos interesses de diferentes grupos sociais e ao espaço globalizado. Se, no começo do século XX, o tráfico de seres humanos estava associado à prostituição, atualmente relaciona-se a outros fins, como a retirada de órgãos, a adoção ilegal e o casamento forçado. A evolução histórica do regime internacional que trata sobre a criminalização do tráfico de seres humanos evidencia que o tema é complexo, permeado por preconceitos que dificultam o aprimoramento legislativo. O foco da agenda internacional contemporânea deveria ser a proteção da vítima e o aperfeiçoamento de mecanismos de responsabilização dos agentes, inclusive por meio da intervenção penal.

A partir das ferramentas teóricas (categorias) utilizadas na presente análise pode-se destacar aquelas que propiciam potencial para o nosso enfoque<sup>98</sup>. Inicialmente, os programas condicionais, ponto de partida do enfoque organizacional-sistêmico. A pesquisa aponta para a necessidade de que os ordenamentos jurídicos dos

Defesa da Cidadania. Secretaria de Gestão Pública. Tráfico de pessoas e trabalho escravo no estado de São Paulo: análise dos procedimentos judiciais e extrajudiciais do MPT e MPF. São Paulo: SJDC/SGP, 2015, p. 21.

91 Na pesquisa, “foram entrevistados oito profissionais do Direito, sendo três advogados, um juiz, um delegado da Polícia Civil, dois promotores de justiça e um defensor público da União. Todos os profissionais atuam em seus cargos há pelo menos 10 anos. Todos os entrevistados participam ou participaram em algum momento da Política de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Estado de São Paulo, como membros do Comitê de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas do Estado de São Paulo. Os advogados participaram como representantes de Organizações Não Governamentais e os demais entrevistados como representantes das Instituições às quais estão vinculados”. FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias. *As Representações Sociais dos Profissionais do Direito sobre Tráfico de Pessoas*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2014, pp. 82-83.

92 *Ibid.*, p. 162.

93 *Ibid.*, p. 165.

94 *Ibid.*, pp. 175-176.

95 BRASIL, Portaria Interministerial nº 634, de 25 de fevereiro de 2013, *II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*.

96 Sobre o assunto, o relatório do estado de São Paulo ressalta: “Também é fundamental aos Ministérios Públicos, assim como aos demais atores envolvidos na temática, que exista constante troca e difusão de informações, além da sistemática cooperação para formulação de ações estratégicas conjuntas que vão ao encontro das diretrizes do II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e do II Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo”. SÃO PAULO. Governo do Estado. Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. Secretaria de Gestão Pública. Tráfico de pessoas e trabalho escravo no estado de São Paulo: análise dos procedimentos judiciais e extrajudiciais do MPT e MPF. São Paulo: SJDC/SGP, 2015, p. 67.

97 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA & UNODC, *Análise sobre o progresso do II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*. Disponível em <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/front-page/2015/01/secretaria-nacional-de-justica-avalia-ii-plano-nacional-de-enfrentamento-ao-trafico-de-pessoas.html>. Acessado em 10 de maio de 2016.

98 MACHADO, Bruno. *Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

Estados se ajustem às diretrizes internacionais e construam conceitos reciprocamente inteligíveis (se não unívocos), em conformidade com o caráter transnacional das práticas criminalizadas (criminalização primária). A literatura indica que a harmonização dos sistemas jurídicos internos aos parâmetros acordados internacionalmente é pressuposto para viabilizar a cooperação efetiva entre os Estados e tornar possível a investigação e a persecução penal de grupos criminosos que atuam além das fronteiras.

O segundo nível de análise remete tanto aos programas finalísticos (prioridades e estratégias) quanto à cultura organizacional, consistente nas rotinas cognitivas que estabilizam os processos decisórios em relação ao tráfico de pessoas. A pesquisa indica que o tema nem sempre é alçado ao status de prioridade organizacional, sendo preterido nos processos decisórios de diferentes organizações que participam da divisão do trabalho jurídico-penal. As divergências decisórias da Polícia e do Ministério Público em relação à incidência penal, assim como as construções jurídicas que afastam o tráfico de pessoas por distintas razões, inclusive estratégias (probabilidade de condenação), são relevantes para a compreensão sobre a forma como atuam algumas dessas organizações.

Um último dispositivo teórico é relevante nesta análise: as interações organizacionais. Dado que as organizações orientam-se de forma autorreferente e autopoietica, as interações organizacionais (intra e inter) podem viabilizar processos decisórios articulados e minimamente harmônicos<sup>99</sup>. Se o tema é pertinente para a análise da atuação em relação à criminalidade tradicional, ganha especial relevância quando associado à criminalidade transnacional, que remete a um rol extenso de organizações, as quais estão inseridas em diferentes realidades e contextos nacionais e internacionais.

Uma das dimensões relevantes das interações organizacionais deve ser direcionada para análise da cooperação internacional. Por meio da cooperação internacional, é possível se estabelecer pontos de contato entre organizações de diferentes países a fim de permitir o intercâmbio de informações e a efetivação de medidas

processuais em diferentes países, em conformidade com princípio da soberania estatal. A cooperação entre os diversos atores e organizações é imprescindível para a produção de provas, o rastreamento de recursos auferidos com o crime e a extradição ou a execução de sentença estrangeira. As medidas são necessárias para viabilizar a identificação das redes criminosas e a responsabilização dos traficantes. A cooperação internacional é fundamental para viabilizar a persecução penal e a punição dos agentes envolvidos. Para que a cooperação internacional seja eficaz, é importante também que haja o alinhamento entre os diversos atores que operam no enfrentamento do tráfico de pessoas. A troca de informações entre organizações, a consolidação de bancos de dados sobre o perfil da vítima, as formas de exploração e de atuação das redes criminosas atuaria a favor de um controle penal mais efetivo.

Os dados indicam que a realidade brasileira apresenta-se distante da considerada ideal. A legislação nacional ainda não se ajustou ao Protocolo de Palermo e as informações produzidas pelos diversos órgãos não são padronizadas. O Código Penal criminaliza apenas o tráfico de pessoas para exploração sexual. Outras formas de exploração foram definidas em legislações esparsas, sem conexão direta com o tráfico. Além disso, critica-se a falta de interação entre as organizações que participam da divisão do trabalho jurídico-penal em relação ao tráfico de pessoas. A construção de unidades especializadas e a criação de estratégias transnacionais, inspiradas pelo ideário de governança e de redes, poderiam ampliar e tornar mais eficaz a intervenção penal, a fim de institucionalizar mecanismos de comunicação e consolidar padrões unificados de atuação. A medida poderia superar incoerências e lacunas na implantação das estratégias definidas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: REVAN, 2007.
- ANJOS, F.A. dos e ABRÃO, P., “Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil: perspectivas e desafios”. In ANJOS, F.A. dos et al., *Tráfico de pessoas: uma abordagem para direitos humanos*. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 2013, pp. 215-233.

99 SEIDL, David. Organization and Interaction. In: SEIDL, David; BECKER, Kai Helge (Ed.). *Niklas Luhmann and Organizational Studies*. Kristianstad: Kristianstad Boktryckeri AB, 2005. MACHADO, Bruno. *Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

- ARAÚJO, Nádia, “A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional”. In: Ministério da Justiça – Secretaria Nacional de Justiça, DRCI (org.). *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - Matéria Penal*. 4ª ed., v. 1, Brasília, 2013, pp. 27-44.
- AROMAA, Kauko, “Trafficking in Human Beings: Uniform Definitions for Better Measuring and for Effective Counter-Measures”, in SAVONA, Ernesto U. & STEFANIZZI, Sonia (eds.). *Measuring Human Trafficking Complexities And Pitfalls*, New York: Springer – INPAC, 2007, pp. 13-26.
- BECHARA, Fábio Ramazzini, “Análise crítica do Projeto de Lei 2.845/2003”, In: SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, *Tráfico de Pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, pp. 195-205.
- BALES, Kevin, “What Predicts Human Trafficking?”, 31(2) *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice* (2007), pp. 269-279.
- BERGALLI, Roberto. “Control social y sistema penal”. In: BERGALLI, Roberto. *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (Policía, Jurisdicción y Cárcel)*. Barcelona: Bosch, 1996, pp. 1-5.
- CAPELLER, Wanda. “La transnationalisation du champ penal: réflexions sur les mutations du crime et du contrôle”. In: *Droit et Société*, n° 35, 1997, pp. 61-78.
- \_\_\_\_\_. “Schengen: son impact sur les acteurs locaux du contrôle”. In: *Droit et Société*, n° 42-43, 1999, pp. 265-285.
- CARTER, David L. “International Organized Crime: Emerging Trends in Entrepreneurial Crime”. In: RYAN, Patrick J., RUSH, George E. (eds.), *Understanding Organized Crime in Global Perspective: A Reader*. Thousands Oaks/London/New Delhi: Sage, 1997, pp. 131-148.
- CARVALHO, Salo de. “Teoria Agnóstica da Pena: Entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo”. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CASTILHO, Ela Wiecko V. de “A legislação penal brasileira sobre tráfico de pessoas e imigração ilegal/irregular frente aos Protocolos Adicionais à Convenção de Palermo”, apresentação realizada no I Seminário Luso Brasileiro sobre Tráfico de Pessoas e Imigração Ilegal/irregular, em Cascais, Portugal, 22 a 24 de maio de 2006. *Informativo PFDC no 43/2006*. Brasília: Ministério Público Federal, Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, 2006. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/pfdc/informacao-e-comunicacao/informativos-pfdc/edicoes-de-2006/maio-2006/>. Acessado em 1º de maio de 2016.
- CHILEA, D. e ENACHE, A.G., “Nouvelles Formes de la Traite des Êtres Humain”, 2(45) *Curentul Juridic* 2011, pp. 55-70.
- CHO, Seo-Young, “Evaluating Policies Against Human Trafficking Worldwide: An Overview and Review of the 3P Index”, 1(1) *Journal of Human Trafficking* (2015), 86-99.
- DE ANGELIS, Francesco. Internazionalizzazione degli scambi economici ed illegalità: una sfida per l’armonizzazione delle procedure repressive. In: *Questione Giustizia*, ns. 3-4, 1992, pp. 640-650.
- FARRELL, Amy, OWENS, Colleen e McDEVITT, Jack, “New laws but few cases: understanding the challenges to the investigation and prosecution of human trafficking cases”. 61 *Crime Law Social Change* (2014), pp. 139–168.
- FERREIRA, Luciano Vaz & MOROSINI, Fábio Costa, “Transgovernamentalismo e Cooperação Jurídica Internacional no Brasil”, in BAPTISTA, Luiz Olavo (coord.), *Direito Internacional Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2014, pp. 185-209.
- FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias. *As Representações Sociais dos Profissionais do Direito sobre Tráfico de Pessoas*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, 207p.
- GALLAGHER, Anne T., *The International Law of Human Trafficking*. New York: Cambridge University Press, 2010.
- GALLAGHER, Anne T. & HOLMES, P., “Developing an Effective Criminal Justice Response to Human Trafficking. Lessons From the Front Line”. 18(3) *International Criminal Justice Review*, 2008, pp. 318-343.
- HUSSEIN, Rihab A. “The existing tensions in the defining of human trafficking at a UK and international level: a critical overview”, 39(2) *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice* (2015), pp. 129-138
- KANGASPUNTA, Kristiina, *Collecting Data on Human Trafficking: Availability, Reliability and Comparison*



- bility of Trafficking Data. In SAVONA, Ernesto U. & STEFANIZZI, Sonia (eds.). *Measuring Human Trafficking Complexities And Pitfalls*. New York: Springer – INPAC, pp. 27-36.
- KOTISWARAN, Prabha, “Protocol at the Crossroads: Rethinking anti-trafficking law from an Indian labour law perspective”, 4 *Anti-Trafficking Review* (2015), pp. 33-55.
- MACHADO, Bruno. *Ministério Público: organizações, representações e trajetórias*. Curitiba: Juruá, 2007.
- \_\_\_\_\_. Discursos Criminológicos sobre o Crime e o Direito Penal: Comunicação e Diferenciação Funcional. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 45, abr/jun 2012.
- \_\_\_\_\_. *Justiça Criminal e Democracia I*. Coleção “Direito, Transdisciplinaridade & Pesquisas Sociojurídicas”. São Paulo: Marcial Pons/ FESMPDFT, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Justiça Criminal e Democracia II*. Coleção “Direito, Transdisciplinaridade & Pesquisas Sociojurídicas”. São Paulo: Marcial Pons/ FESMPDFT, 2015.
- MACHADO, Gustavo Seferian Scheffer, *Acesso à informação e tráfico de pessoas: considerações sobre a Metodologia Integrada de Coleta e Análise de Dados e Informações*. s/l, Artigo 19 Brasil, 2015, pp. 13-19.
- MATTHEWS, Roger. “O mito da punitividade revisitado”. In: MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça Criminal e Democracia II*. Coleção “Direito, Transdisciplinaridade & Pesquisas Sociojurídicas”. São Paulo: Marcial Pons/ FESMPDFT, 2015.
- MELOSSI, Dario. *El Estado del control social*. México/DF: Siglo veintiuno, 1992.
- PERLINGEIRO, Ricardo, “Cooperação Jurídica Internacional” in *O Direito Internacional Contemporâneo*, org. Carmen Tibúrcio e Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro, Renovar, 2006. *Apud* ARAUJO, Nádia, “A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional”. In: Ministério da Justiça - Secretaria Nacional de Justiça, DRCI (org.). *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - Matéria Penal*. 4a ed., v. 1, 2013, pp. 39-50.
- PIRES, A. “Racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos na modernidade tardia”. *Revista Novos Estudos do CEBRAP*, nº 68, 2004, pp. 39-60.
- PIPER, Nicola. “A Problem by a Different Name? A Review of Research on Trafficking in South-East Asia and Oceania”, vol. 43 (1/2) *International Migration* (2005), pp. 203-233.
- PUNCH, Maurice. “Bandit Banks: Financial Services and Organized Crimes”. In: RYAN, Patrick e J. RUSH, George E. (eds.). *Understanding Organized Crime in Global Perspective: A Reader*. Thousands Oaks/London/New Delhi: Sage, 1997, pp. 115-130.
- REPÓRTER BRASIL, UNODC & SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, *Tráfico de Pessoas em Pauta: Guia para jornalistas com referências e informações sobre enfrentamento ao tráfico de pessoas*. São Paulo, 2014, pp. 31-33. Disponível em <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/trafico-de-pessoas-em-pauta-guia-para-jornalistas.pdf>. Acessado em 1º de maio de 2016.
- RIBEIRO, Anália Beliza, “Por que é importante compreender o enfrentamento ao tráfico de pessoas como uma política de estado?”. In: SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, *Tráfico de Pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, pp. 155-176.
- RODRIGUES, Thaís de C., *O tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual e a questão do consentimento*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, 204p.
- SACCO, Andrea Cirineo, *Trafficking in human beings for the purpose of sexual exploitation and corruption in Brazil: an in-depth analysis of the link between two criminal phenomena*. Università Cattolica del Sacro Cuore, XIX ciclo, a.a. 2006/07, Milano, 169p. Disponível em [http://tesionline.unicatt.it/handle/10280/206?mode=full&submit\\_simple=Visualizza+tutti+i+metadati+del+documento](http://tesionline.unicatt.it/handle/10280/206?mode=full&submit_simple=Visualizza+tutti+i+metadati+del+documento). Acessado em 11 de junho de 2016.
- SEIDL, David. Organization and Interaction. In: SEIDL, David; BECKER, Kai Helge (Ed.). *Niklas Luhmann and Organizational Studies*. Kristianstad: Kristianstad Boktryckeri AB, 2005, pp. 145-170.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001.
- SUZUKI, Natália, “Escravo, Nem Pensar! Uma experiência da sociedade civil para a prevenção ao tráfico de

peças e ao trabalho escravo”. In: SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, *Tráfico de Pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 177-193.

UN.GIFT, “020 Workshop: Corruption and Human Trafficking: The Grease that Facilitates the Crime”. *The Vienna Forum to fight against Human Trafficking, Background Paper*. Viena, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, et alli. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: REVAN, 2011.

## DOCUMENTOS E RELATÓRIOS OFICIAIS

*Acordo para a Repressão do Tráfico de Escravas Brancas* (Convenção de 1904), disponível em [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=VII-8&chapter=7&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VII-8&chapter=7&lang=en). Acessado em 3 de abril de 2016.

BRASIL, Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* (CEDAW).

BRASIL, Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. *Convenção sobre os Direitos da Criança* (CDC).

BRASIL, Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*.

BRASIL, Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. *Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças* (Protocolo de Palermo).

BRASIL, Senado Federal, PLS 236/2012, Senado Federal. Consulta ao andamento: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acessado em 1º de maio de 2016.

BRASIL, Senado Federal, PLS nº 479/2012, Tramitação disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119888>. Acessado em 5 de maio de 2016.

BRASIL, Decreto nº 6.347, de 8 de janeiro de 2008. *I Plano Nacional de Enfrentamento do Tráfico de Pessoas – I PNETP*.

BRASIL, Portaria Interministerial nº 634, de 25 de feve-

reiro de 2013, *II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas – II PNETP*.

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público, *Levantamento sobre o Tráfico de Pessoas CNMP*. Brasília: CNMP, 2014, 17p.

*Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas* (Convenção de 1910), disponível em [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=VII-9&chapter=7&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VII-9&chapter=7&lang=en). Acessado em 3 de abril de 2016.

*Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Mulheres e Crianças* (Convenção de 1921). Disponível em [https://ec.europa.eu/anti-trafficking/legislation-and-case-law-international-legislation-united-nations/1921-international-convention\\_en](https://ec.europa.eu/anti-trafficking/legislation-and-case-law-international-legislation-united-nations/1921-international-convention_en). Acessado em 3 de abril de 2016.

*Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Mulheres Maiores de Idade* (Convenção de 1933). Disponível em [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=VII-5&chapter=7&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VII-5&chapter=7&lang=en). Acessado em 3 de abril de 2016.

*Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Oitrem* (Convenção de 1950). Disponível em [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=VII-11-a&chapter=7&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=VII-11-a&chapter=7&lang=en). Acessado em 3 de abril de 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Enfrentamento do Tráfico de Pessoas Relatório do Plano Nacional*. Brasília: MJ, 2010, 257p. Disponível em <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/politica-brasileira/anexos/2010relatoriopnet.pdf>. Acessado em 10 de maio de 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA & UNODC, *Avaliação sobre o progresso do II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*. Brasília: MJ/UNODC, 2014. Disponível em <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2015/01/secretaria-nacional-de-justica-avalia-ii-plano-nacional-de-enfrentamento-ao-trafico-de-pessoas.html>. Acessado em 10 de maio de 2016.

SÃO PAULO. Governo do Estado. Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. Secretaria de Gestão Pública. *Tráfico de pessoas e trabalho escravo no estado de São Paulo*:

*análise dos procedimentos judiciais e extrajudiciais do MPT e MPF*. São Paulo: SJDC/SGP, 2015, 95p.

UNGA, A/RES/64/293, *United Nations Global Plan of Action to Combat Trafficking in Persons*, 12 August 2010, 12p.

UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2014*. New York: UN Publication, 2014, 86p.

\_\_\_\_\_, *Global Report on Trafficking in Persons 2012*. New York: UN Publication, 2012, 98p.

## NOTÍCIAS

CNJ – Conselho Nacional de Justiça, “PF investigou 374 casos de tráfico de pessoas para exploração sexual desde 2010”, 30/03/2015. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/78934-pf-investigou-374-casos-de-trafico-de-pessoas-para-exploracao-sexual-desde-2010>. Acessado em 11 de junho de 2016.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Desativismo judicial:** a  
extradição Battisti no Supremo  
Tribunal Federal

**Battisti extradition case:** a shady  
juncture at the Supreme Court of  
Brazil

Francisco Rezek

Israel Paulino

# Desativismo judicial: a extradição Battisti no Supremo Tribunal Federal\*

## Battisti extradition case: a shady juncture at the Supreme Court of Brazil

Francisco Rezek\*\*

Israel Paulino\*\*\*

### RESUMO

O presente artigo busca analisar questões atinentes à competência para julgamento de processos de extradição, focando o debate especificamente nos limites das atribuições do Presidente da República e do Supremo Tribunal Federal em casos dessa natureza. O conhecido Caso Battisti reacendeu essa discussão pela circunstância de nele ter ocorrido algo sem precedentes: o presidente da República negou-se a efetivar uma extradição concedida pela Suprema Corte, gerando constrangimento nas relações entre Brasil e Itália. O estudo deste tema envolve o exame quanto à melhor forma de exercer da soberania do Estado, merecendo igual atenção a maneira de controle judicial dos chamados “atos políticos”.

**Palavras-chave:** extradição; competências; Cesare Battisti; controle judicial.

### ABSTRACT

This paper seeks to analyze issues related to the competence to judge extradition cases, focusing the debate specifically within the limits of the attributions of the President of the Republic and the Brazil's Supreme Court in cases of this nature. The well-known Battisti Case has awakened this discussion due to the fact that something unprecedented had happened there: the President of the Republic refused to execute an extradition granted by the Supreme Court, embarrassing, therefore, Brazil-Italy diplomatic relations. The study of this topic involves the examination of the best way of exercising the Country's sovereignty, with equal attention being given to the judicial control of the so-called “political acts”.

**Keywords:** extradition; competences; Cesare Battisti; judicial control.

\* Autores convidados

\*\* Doutor da Universidade de Paris (Pan-théon-Sorbonne) (1970), Diploma in Law da Universidade de Oxford (1979). Foi Procurador da República, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Chanceler da República e Juiz da Corte Internacional de Justiça das Nações Unidas. E-mail: f\_rezek@hotmail.com

\*\*\* Graduado em Direito pelo UniCeub, Pós-graduado em Direito Administrativo. E-mail: paulinodf@gmail.com



Na ordem jurídica brasileira, a extradição reponta em mais de um tópico da Constituição Federal, sendo regulada no plano ordinário pelo Estatuto do Estrangeiro<sup>1</sup> e pelos tratados internacionais que comprometem o Brasil<sup>2</sup> — entre estes o compromisso bilateral com a Itália, vigente desde 1993. A própria Carta dispõe sobre o instituto em quatro oportunidades: ao vedar, no rol de garantias, a extradição de brasileiro<sup>3</sup> e do acusado de crime político ou de opinião<sup>4</sup>; ao atribuir à União a competência privativa para legislar sobre a matéria<sup>5</sup>; e ao reservar à competência originária do Supremo Tribunal Federal o processo e julgamento da extradição solicitada por Estado estrangeiro<sup>6</sup>.

No que tem a ver com a dinâmica das relações internacionais a extradição, é um pedido de governo a governo, embora envolva, de um e de outro lado do fenômeno, a autoridade judiciária. Há de existir um *processo penal*, findo ou em curso, no país solicitante. E não se tem notícia de país receptor do pedido onde a justiça não se envolva, em maior ou menor medida, no processo decisório da concessão.<sup>7</sup>

1 Lei nº 8.615/80, Título IX (artigos 76 a 94).

2 Bilaterais e específicos, vigem atualmente tratados de extradição entre o Brasil e a Austrália (1996 — ano de entrada em vigor), a Bélgica (1957), o Canadá (1995), a China (2014), a Colômbia (1940), a Coreia (2002), o Equador (1938), a Espanha (1990), os Estados Unidos da América (1964), a França (2004), a Itália (1993), o México (1938), o Panamá (2013), o Peru (2006), Portugal (1994), o Reino Unido (1997), a República Dominicana (2009), a Romênia (2008), a Rússia (2007), a Suíça (1934), o Suriname (2011), a Ucrânia (2006) e a Venezuela (1940).

No plano coletivo, o Brasil está vinculado por tratado de 2004 aos seus parceiros e associados no Mercosul: Argentina, Paraguai, Uruguai, Bolívia e Chile; e por convenção de 2009 aos países da comunidade de língua portuguesa, Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste. Pendem de promulgação, ou de aprovação do Congresso, ou ainda do desfecho das negociações bilaterais, os tratados com a África do Sul, Alemanha, Angola, Guatemala, Índia, Japão e Líbano.

3 Artigo 5º, inciso LI: *Nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.*

4 Artigo 5º, inciso LII: *Não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.*

5 Artigo 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XV — emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros.

6 Artigo 102. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro.*

7 Artigo 80. A extradição será requerida por via diplomática ou, na falta de agente diplomático do Estado que a requerer, diretamente de Governo a Governo, devendo o pedido ser instruído com a cópia autêntica ou a certidão da sentença condenatória, da de pronúncia

São, ainda hoje, diversos os países que só lidam com a extradição à base de tratados — não, portanto, quando, na falta de tratado vigente, o pedido se funda em simples *promessa de reciprocidade*. O Brasil não está entre estes. No Brasil, em virtude da disciplina legal do instituto, sempre fomos receptivos à *promessa*, mesmo durante as muitas décadas em que, praticamente, só lidamos com a extradição *passiva*: o Brasil concedia a medida entre duas e dez vezes ao ano e não pedia a país algum — invocando tratado ou cobrando reciprocidade — a extradição de quem quer que fosse. O caso de Paulo César Farias entregue pelas autoridades da Tailândia à polícia brasileira em dezembro de 1993, há de ter sido para nós o primeiro de extradição *ativa* de certa notoriedade.

Se a demanda de extradição provém de país vinculado ao Brasil por tratado específico, o governo não tem opção: impõe-se-lhe a remessa do pedido ao Supremo, que *decidirá* a respeito. Decidirá, não apenas *opinará sobre a legalidade* do pedido, relegando ao governo uma decisão final. Se, entretanto, a demanda fundar-se em *promessa de reciprocidade*, é possível, mas não é imperativo, entender que o governo pode frustrar desde logo o andamento do processo sem que o país requerente possa entender-se lesado. O Supremo, em tempos de afirmação de poder, não de renúncia, poderia, sim, afirmar que a linguagem do inciso *I-g* do artigo 102 da Carta confere a ele, tribunal, a competência para *processar e julgar a matéria por inteiro*, ou seja, desde o juízo de aceitação ou declínio da promessa de reciprocidade. E que esse comando unívoco e específico não teria como derogar-se pela norma genérica que faz do chefe do governo o titular da dinâmica das relações exteriores.<sup>8</sup>

Certos compêndios de Direito Constitucional e de Direito Internacional Público invocam aquela norma genérica como argumento, quase sempre único, em prol da ideia de que cabe ao presidente da República a palavra final na extradição. Ora, não há mais que um momento onde a Carta dispõe sobre a competência para

ou da que decretar a prisão preventiva, proferida por Juiz ou autoridade competente. Esse documento ou qualquer outro que se juntar ao pedido conterá indicações precisas sobre o local, data, natureza e circunstâncias do fato criminoso, identidade do extraditando, e, ainda, cópia dos textos legais sobre o crime, a pena e sua prescrição. Artigo 81. O Ministério das Relações Exteriores remeterá o pedido ao Ministério da Justiça, que ordenará a prisão do extraditando colocando-o à disposição do Supremo Tribunal Federal.

8 Constituição. Artigo 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VII — manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos.



apreciar o pedido de extradição, e ela aí determina que seu processo e julgamento recaem na jurisdição originária do Supremo Tribunal Federal. Na Lei 6.815/80, único texto federal ordinário a regular a marcha do processo de extradição, está claro que caberá, exclusivamente, a esse tribunal apreciar o caráter da infração imputada ao extraditando.<sup>9</sup> A mesma lei determina que o governo, após decretar a prisão preventiva do extraditando, o ponha de imediato à disposição da corte.<sup>10</sup> Adiante, a regra impede que o governo proceda antes do julgamento pelo plenário do Supremo, não podendo haver recurso da decisão.<sup>11</sup> Vale enfatizar: da *devisão*. Não da sugestão, não da opinião consultiva. Por derradeiro, a lei diz que depois de efetivada a prisão o pedido irá ao Supremo e que a prisão perdurará até seu julgamento final.<sup>12</sup>

Ainda que se abstraia olímpicamente a jurisprudência tópica, ainda que se ignore por inteiro a história construída pelo Supremo Tribunal Federal no trato da matéria ao longo de décadas, a simples análise do direito positivo em sua literalidade permite observar alguns fatos interessantes.

O primeiro deles é que a participação do governo na primeira fase da extradição é limitada a receber o pedido do Estado requerente e fazê-lo chegar, pelos caminhos próprios (o Itamaraty, o Ministério da Justiça), ao tribunal.<sup>13</sup> Até esse momento, nem há como falar em *processo de extradição*, visto que a instauração do processo (antes do qual tudo quanto existe é uma solicitação) só ocorre na fase jurisdicional. O entendimento que a lei autoriza é de que o Executivo tem competência marcadamente procedimental na matéria, visto que só pode haver juízo *decisório* do governo, na mais concessiva das hipóteses, quando o pedido se faz na falta de tratado prévio entre o Brasil e o Estado requerente. É possível

dizer, sem muita ousadia, que a lei parece ter pressa em tirar das mãos do governo a solicitação estrangeira para submetê-la sem demora ao Supremo — honrando, de modo cristalino, a norma constitucional atributiva de competência.

O segundo fato é que a lei, em toda a sua extensão<sup>14</sup>, não aponta qualquer autoridade do poder Executivo como agente capaz de analisar o mérito do pedido de extradição. Nem mesmo para dizer se se trata, na espécie, de crime político ou comum, como se entendeu de fazer no caso Battisti. O presidente da República é citado nessa lei em uma única oportunidade: aquele artigo (66) que, localizado em título diverso, determina que cabe, exclusivamente, ao chefe do governo resolver sobre a *conveniência e a oportunidade* da *expulsão* do estrangeiro, ou de sua revogação. Ora, se a lei atribui ao chefe do Executivo essa competência relevante em matéria de expulsão, por que não haveria de fazê-lo, também, no domínio da extradição, se tal fosse a disciplina correta? Ao silenciar nesse ponto — em lugar de deixar expresso que a decisão do Supremo vincula o presidente, ou de fazer o contrário, afirmando que a palavra final cabe ao governante — a lei exhibe um silêncio eloquente: tivesse o legislador a intenção de ver assegurado um juízo de conveniência ou oportunidade ao chefe de Estado nesta matéria, tê-lo-ia feito, expressamente, como no trato do instituto da expulsão. Aplica-se aqui a máxima *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, segundo a qual quando quis, a norma *determinou*, quando não quis, *silenciou*. O argumento, de imaculada fidelidade ao texto da Constituição mesma, basta para sustentar que é do Supremo, não do presidente da República, a decisão última e única sobre o pedido de extradição. O então presidente do STF, Ministro Cezar Peluso, relator originário do processo, foi incisivo ao dizer que

[...] não há nenhuma norma jurídica que atribua ao Presidente da República poder discricionário de deixar de efetivar a extradição por conveniência ou utilidade. Não existe nenhuma norma jurídica, nem explícita nem implícita, na Constituição da República. Basta olhar rápido ao artigo 84 [da Constituição]. Tampouco o há em algum trecho da Lei nº 6.815, nem em nenhuma outra lei. E, se houvesse, teríamos um problema prévio que o Tribunal teria de resolver: o conflito entre o Direito Internacional concretizado nos tratados e o Direito

9 Artigo 77, §2º.

10 Artigo 81. O Ministério das Relações Exteriores remeterá o pedido ao Ministério da Justiça, que ordenará a prisão do extraditando colocando-o à disposição do Supremo Tribunal Federal.

11 Art. 83. Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.

12 Art. 84. Efetivada a prisão do extraditando, o pedido será encaminhado ao Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. A prisão perdurará até o julgamento final do Supremo Tribunal Federal, não sendo admitidas a liberdade vigiada, a prisão domiciliar, nem a prisão albergue.

13 Nunca é demais lembrar que a recusa sumária, para os que a entendem possível, só poderia acontecer quando o pedido de extradição é feito com base em promessa de reciprocidade. Havendo tratado, o Executivo não teria como vindicar discricionariedade alguma.

14 A Lei nº 6.815/80 versa sobre a situação jurídica do estrangeiro no Brasil como um todo, da admissão à eventual exclusão a qualquer título. Dos 141 artigos dessa lei, apenas 19 dizem respeito à extradição.

interno, o que demandaria reflexão mais profunda do que a mera emissão de opiniões de momento. [...] Eu não posso conceber, até porque nenhuma decisão do Tribunal jamais afirmou o contrário, que o Presidente da República tem o poder discricionário, por mera conveniência, ou oportunidade, ou juízo político, de deixar de cumprir decisão de extradição cujo pedido ele próprio encaminhou ao Supremo Tribunal Federal.<sup>15</sup>

De resto, a própria linguagem utilizada pela lei faz ver que o papel do Supremo não consiste em *dar parecer* sobre a extradição, em sentido negativo ou positivo. Notadamente, os artigos 83 e 84 referem-se à conclusão alcançada pela corte nestes casos como, respectivamente, *decisão e julgamento final*, não se permitindo abrir qualquer vácuo semântico que deixe entender a atividade do STF como limitada a declarar recomendável ou não a entrega do extraditando. A *decisão* versada no artigo 83 tem como objeto a extradição em si mesma, como indica o *caput* do artigo, e não os *requisitos formais do pedido* como se intentou apregoar no meio jurídico — já no calor do debate sobre o caso Battisti.

A leitura atenta do artigo 84 permite concluir, sem que para isso seja necessário qualquer malabarismo linguístico, que *julgamento final* é complemento de *o pedido*, expresso no período anterior do *caput*. Este *pedido*, obviamente, é o pedido de extradição apresentado pelo Estado requerente, cujo núcleo é justamente a entrega do extraditando àquele, e não mera declaração de viabilidade, suspensa sua efetividade pelo juízo final do presidente da República.

Nada obstante o trânsito desse pedido pelas mãos do governo antes de vir à corte, ele chega ao tribunal nos termos em que foi encaminhado na primeira fase da extradição. O *pedido* de que fala esse artigo de lei é bem a *solicitação* do art. 102, I, g da Carta da República. É, substancialmente, o pedido de entrega do indivíduo ao país competente para processá-lo ou aplicar-lhe a pena a que tiver sido condenado. O que o Supremo profere é o julgamento do pedido de entrega: tanto tem efeito mandamental o deferimento quanto o indeferimento, pela corte, daquilo que o Estado estrangeiro requer.

Quem se disponha ao exame do decreto que regulamenta o Estatuto do Estrangeiro (Decreto 86.715/81) perceberá que nem mesmo o ato administrativo normativo — obra do próprio poder Executivo — sugere algu-

ma prerrogativa decisória do governo sobre a efetivação da extradição após a sentença. Em vez disso, entrega-se a dispor com minúcia sobre como há de proceder o governante nos domínios onde cabe sua participação ativa, o que não envolve a extradição.

Certo, porém, e superior a tudo isso, é que a decisão do Supremo há de se entender definitiva pela só exegese da lei fundamental a partir de uma perspectiva ampla e sistemática. Leite Sampaio<sup>16</sup> lembra que é preciso que o intérprete, primeiro, *compreenda a Constituição* antes de interpretar seus enunciados: “a Constituição deve ser encarada como uma totalidade ou um conjunto coerente e unitário de normas” e, em coro com Hesse, “todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que contradições com outras normas sejam evitadas”<sup>17</sup>. Entender que o presidente da República, à conta de sua competência para manter relações com o estrangeiro, está livre para contornar a decisão da corte e negar uma extradição logo antes julgada legal e procedente, e por isso mesmo *concedida* pelo Supremo, configuraria patente afronta ao artigo 102-I-g da lei maior, esvaziando essa norma e, mais grave, subvertendo a própria sistemática do texto constitucional de 1988 — que a propósito não difere, no essencial, de seus predecessores.

O artigo 102 se inscreve no título constitucional que versa a organização dos poderes, tratando-os em capítulos separados: cada um destes, entre outras disposições, enumera as competências de cada poder dentro da República. O capítulo III foi consagrado pelo constituinte a regular o Poder Judiciário, dedicando seção própria ao trato da composição e da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Um dos principais argumentos da defesa do extraditando Cesare Battisti foi o de que o juízo do Supremo não poderia sobrepor-se ao do presidente da República, a quem seria garantido, por disposição da Carta, o direito de decidir definitivamente sobre a entrega ou não do extraditando. Entendendo algo diverso, o Supremo incidiria em *desrespeito à separação dos poderes...*

Ocorre que, em sua própria estrutura, a Constituição já dispõe, de forma metódica e criteriosa, sobre as atri-

16 MORAES, Filomeno; ROCHA, XIMENES, Fernando Luiz (Org.). *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 379.

17 MORAES, Filomeno; ROCHA, XIMENES, Fernando Luiz (Org.). *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 407.

15 Fls. 529 do processo de extradição (Ext. 1085/Itália, rel. Min. Cezar Peluso).

buições de cada poder. O verbete *extradição* reponta no título da organização dos poderes uma única vez, justo no capítulo do Poder Judiciário, e exatamente na seção relativa ao Supremo Tribunal Federal. O capítulo II, que fala sobre o Poder Executivo, nada diz nesse domínio. Onde o conflito entre a decisão definitiva da corte e a vontade divergente do governo poderia encontrar espaço? Onde encontrar, sobretudo, suporte para a ideia da prevalência da vontade do governo?

É ainda possível, de um ponto de vista mais contextual sobre a Carta, destacar que não é recorrível, anulável ou passível de debate a decisão final do Supremo quando denegatória ou concessiva da extradição. A expressão *processar e julgar* figura por exatas onze vezes na redação do texto maior<sup>18</sup>. Somente no artigo 52, incisos I e II — onde se assenta a competência atípica do Poder Legislativo para processar e julgar o crime de responsabilidade — essa expressão aparece fora do âmbito do Poder Judiciário.<sup>19</sup> A Constituição, simplesmente, não menciona a possibilidade de que o Executivo *julgue* o que quer que seja.<sup>20</sup>

Em todas essas oportunidades, e em especial quanto ao Poder Judiciário, a fórmula “processar e julgar” de fato significa *processar e julgar*, em termos definitivos. Assumir o contrário é uma rude teratologia jurídica: admitida essa tese, resultaria nula a efetividade da função jurisdicional do Estado, visto que, não sendo vinculante o resultado do julgamento, os atos decisórios produzidos pela Justiça representariam *sugestões, pareceres* de todo ineficazes frente à resistência oferecida por quem, por tal ou qual razão, se oponha ao seu cumprimento.

A norma da alínea *g* do primeiro inciso do artigo 102 figura no mesmo rol em que se distribuem as diversas competências do Supremo Tribunal Federal quanto a outras matérias — sobre as quais, até agora, nunca se discutiu a imperatividade de suas decisões. Assim sucede, por exemplo, com a alínea *a* do mesmo dispositivo, que atribui à corte competência para *processar e julgar* a

ação direta de inconstitucionalidade; com a alínea *b* que fala do julgamento do presidente da República e de outros dignitários em caso de crime comum; com a alínea *e* segundo a qual cabe à casa julgar o litígio entre Estado estrangeiro e a União; com a alínea *l*, ferramenta para que o Supremo preserve a sua competência e a garanta a autoridade de suas decisões, por meio do julgamento das reclamações. Em meio a todas essas normas, se encontra a da alínea *g*, sem qualquer indicação de que possa ser relativizada a força executória do julgamento — e, justamente, em espécie que envolve os compromissos externos e a responsabilidade internacional da República. Como foi ponderado há quarenta anos, em doutrina:

Nasceu, como era de esperar que nascesse, por força de tais fatores, no Supremo Tribunal Federal, o costume de se manifestar sobre o pedido extradicional em termos definitivos. Julgando-a legal e procedente, o tribunal defere e extradição. Não se limita, assim, a declará-la viável, qual se entendesse que depois de seu pronunciamento o regime jurídico do instituto autoriza ao governo uma decisão discricionária.<sup>21</sup>

Nunca — antes do caso de Cesare Battisti — o Supremo Tribunal Federal vacilara no entendimento do caráter definitivo e imperativo de seu juízo, ou da respectiva submissão a um processo revisional pelo palácio do governo. O ministro Gilmar Mendes observou, a tal propósito, no julgamento da reclamação apresentada pelo governo da Itália:

Há de se admitir que certa confusão se instalou na própria doutrina sobre a questão relativa ao dever de cumprimento, por parte do Poder Executivo, da decisão do STF que defere a extradição. As considerações doutrinárias, no entanto, nunca sustentaram a possibilidade de não cumprimento, pelo Presidente da República, do pronunciamento do STF. Análise mais acurada permite afirmar que, em verdade, o que sempre se defendeu é que, nessa terceira fase do processo extradicional, uma vez atestada a higidez da extradição em processo jurisdicional no STF, poderá o efetivo cumprimento da decisão demandar medidas administrativas de competência exclusiva do Poder Executivo, tal como o adiamento da entrega pelo fato de o extraditando já estar sendo processado ou estar cumprindo pena por outro crime no Brasil. [...]

A tão falada discricionariedade do Poder Executivo existirá, portanto, quando o extraditando ‘estiver sendo processado, ou tiver sido condenado, no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade,...’, situação

18 Artigos 52, I e II; 102, I; 105, I; 108, I; 109-*caput*; 114-*caput*; 124-*caput* e §§ 4 e 5º do artigo 125.

19 O preâmbulo do Tratado Brasil-Itália diz: “A República Federativa do Brasil e a República Italiana (doravante denominadas partes), desejando desenvolver a cooperação na área judiciária em matéria de extradição acordam o seguinte: [...]”. Nem mesmo o tratado sugere que se trate de matéria da alçada do Poder Executivo.

20 Não vale considerar aqui a competência atípica do Executivo para julgar seus subordinados em via administrativa ou para decidir outras matérias sujeitas a sua análise de conveniência e oportunidade.

21 REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 241.



em que poderá o Presidente da República, segundo seu prudente critério, e avaliadas as condições fixadas em tratado bilateral de extradição (se houver), optar entre a postergação da entrega do estrangeiro ao término do processo ou ao cumprimento da pena, ou, ainda, proceder à imediata colocação do extraditando à disposição do Estado requerente (art. 89 da Lei n.º 6.815/80), caso vislumbre com isso melhor atendimento ao interesse nacional.<sup>22</sup>

Para lembrar que o escopo dessa liberdade jamais incluiu a faculdade de negar a entrega, o ministro citou nove processos de extradição compendiados na jurisprudência da casa.<sup>23</sup> Em todas elas a discricionariedade presente nas ementas não aponta para o cumprimento ou não da decisão do tribunal, mas apenas para momento da entrega, definida esta pelos artigos 89 e 90 da Lei n.º 6.815/80<sup>24</sup> e pelas regras do tratado de extradição porventura vigente. Observou, em percuciente artigo jornalístico, a professora Mirtô Fraga:

A única ação presidencial admissível, após o julgamento, é o adiamento da entrega para que o extraditando responda a processo-crime, por atos aqui praticados. Mas, pode o Chefe de Estado dispensá-lo dessa obrigação e entregá-lo imediatamente à Itália. Aí, há discricionariedade governamental. Mas, haverá interesse para o Brasil na primeira alternativa? Ao Presidente, neste caso, cabe o juízo discricionário do interesse público; não do interesse governamental.<sup>25</sup>

Posto que Cesare Battisti ingressara no território nacional com documentos falsos e por isso respondia, criminalmente, no foro brasileiro, a discricionariedade do Executivo estava resumida em decidir se era conveniente e oportuno aguardar o desfecho do processo criminal ou efetivar sem delongas a extradição à Itália.

22 CASO Battisti. Fls. 33 do voto do relator na Reclamação n.º 11.243. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ext1085GM.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2009.

23 Extradições n.ºs 568, 855, 893, 959, 985, 991, 997, 1048 e 1114.

24 Artigo 89. *Quando o extraditando estiver sendo processado, ou tiver sido condenado, no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade, a extradição será executada somente depois da conclusão do processo ou do cumprimento da pena, ressalvado, entretanto, o disposto no artigo 67.* [Artigo 67. Desde que conveniente ao interesse nacional, a expulsão do estrangeiro poderá efetivar-se, ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação.] *Parágrafo único. A entrega do extraditando ficará igualmente adiada se a efetivação da medida puser em risco a sua vida por causa de enfermidade grave comprovada por laudo médico oficial.* Artigo 90. *O Governo poderá entregar o extraditando ainda que responda a processo ou esteja condenado por contravenção.*

25 FRAGA, Mirtô. Entrega de Battisti à Itália. Presidente se manifesta antes ou depois da decisão do STF. *Correio Braziliense*, 17 nov. 2009.

Certo, também, que um quadro de enfermidade poderia retardar a entrega sem afronta à decisão do tribunal. Carolina Lisboa, em obra integralmente dedicada à análise da relação extradicional, explica:

Mesmo após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, concedendo a extradição, o Governo poderá, em face de certas circunstâncias excepcionais, adiar ou suspender temporariamente a entrega.<sup>26</sup>

[...]

Na segunda fase, que é jurisdicional, será verificada presença dos requisitos que a lei brasileira exige para que seja concedida a extradição. Constatando a legalidade da extradição, o Supremo Tribunal Federal, que é o órgão constitucionalmente competente para a análise, defere o pedido. No entanto, há ainda uma terceira fase, novamente a cargo do Governo, na qual este pode adiar a entrega do extraditando, ou até mesmo impedi-la, quando houver a recusa, por parte do Estado requerente, em assumir determinados compromissos junto ao Governo brasileiro.<sup>27</sup>

Nada mais sugestivo que a linguagem da ementa do acórdão da extradição de Cesare Battisti: “Decretada a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, deve o Presidente da República observar os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando” (destaques nossos). Lavrada pelo presidente Cezar Peluso, em momento algum, essa ementa teve sua redação questionada. Com base nisso e, no fato de que todos os eventuais fatores que pudessem escusar a entrega de Battisti pelo governo, com base no tratado, foram direta ou indiretamente afastados pela maioria da corte, não há como interpretar a discreta liberdade conferida ao presidente da República como um permissivo jurídico para que possa negar a extradição já concedida pelo Supremo. Parece claro que não é do presidente da República o juízo final. Essa certeza se comprova quando, aplicada a *reductio ad absurdum* aristotélica<sup>28</sup>, são trazidas à realidade as consequências de ações fundadas na premissa de que a decisão do tribunal é desvinculada do juízo último do presidente da República, podendo

26 LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 200. A autora, em nota de rodapé, remete aos artigos 89, 90 e 91 do Estatuto do Estrangeiro.

27 LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 241. A autora, em nota de rodapé, remete aos artigos 89, 90 e 91 do Estatuto do Estrangeiro.

28 Tipo de argumento lógico no qual se assume uma ou mais hipóteses e, a partir destas, resulta uma consequência absurda ou ridícula, o que faz concluir que a suposição original deve estar errada.

haver incongruência entre a concessão da extradição pela corte e a não efetivação da entrega pelo governo.

O extraditando, como determina a lei, permanece preso à disposição e sob a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal. Essa prisão, como é pacífico, impõe-se para garantir que a entrega possa efetivar-se. Daí emerge a dúvida: quem revogará a prisão do extraditando se negada a extradição pelo presidente da República, tendo em vista a razão de ser dessa custódia e a autoridade que a decretou?

Durante o julgamento da extradição, presentindo, talvez, algum ponto fora da curva, o ministro Cezar Peluso parecia alertar seus pares ao dizer:

Se o Presidente da República se recusa a cumprir a decisão do Supremo que acolhe o pedido de extradição, pergunta-se: quem revogará a prisão do extraditando? Se ela é uma consequência da procedência da ação, que não foi mudada, como se pode imaginar, sem gravíssima contradição, que tal prisão possa ser revogada sem que se altere ou revogue o teor do ato decisório que decretou a extradição? Se é péssima essa consequência, não é a única, porque ela, na prática, desautoriza, como princípio, todos os Ministros, a todos — e eu me coloco nessa posição a decretar, nos próximos casos, a prisão cautelar para efeito de extradição, para que não corramos o risco de sermos acusados, perante a nossa consciência, de ter decretado a prisão de um homem que merecia estar livre, porque o Presidente da República, posteriormente, não vai cumprir a extradição!<sup>29</sup>

No caso concreto, ocorreu um fenômeno que, de modo irônico, desvela o disparate da insubordinação do Executivo à decisão constitucionalmente imaculada da Justiça: o extraditando permaneceu preso por vários meses como refugiado no país cujo governo assim entendeu de qualificá-lo. Não podia o Executivo \_\_\_ e disso tinha consciência \_\_\_ conceder-lhe a liberdade, honrando sua decisão de atropelar, mediante a concessão do estatuto de refugiado, o processo de extradição em curso no tribunal. Decisão que, afinal, o Supremo nulificou por maioria mais ampla que aquela, mínima, pela qual a extradição foi concedida.

Sim, é mais que defensável a tese de que, na ausência de tratado que nos vincule ao país requerente da extradição, e à vista de uma simples promessa de reciprocidade, o chefe de Estado \_\_\_ embora sem o suporte político de precedentes \_\_\_ decline da promessa e se abstenha de enviar o pedido

ao Supremo Tribunal Federal. Foi neste exato domínio que ponderou o presidente Cezar Peluso:

O Presidente da República tem a faculdade incoercível de praticar, aí sim, um ato político como tal, quando pode submeter ou não ao Supremo Tribunal Federal o pedido de extradição. Se o Presidente no exercício desse Poder delibera submeter o pedido de extradição ao Supremo Tribunal Federal, a pergunta é: para que fim o submete? Para fazer uma consulta ao Supremo, transformando-o em órgão de consulta do Executivo, como se fôssemos consultores da República? Não. Evidentemente não. Para que? Para legitimar a prática do ato de entrega.<sup>30</sup>

O Supremo não é órgão consultivo da Presidência da República vocacionado a guarnecer com verniz jurídico a vontade pessoal do governante. Para isso existe a Advocacia-Geral da União \_\_\_ e existem, como em toda parte, assessorias palacianas de comovente solicitude.<sup>31</sup> Rebaixar a competência constitucional da corte para julgar o pedido de extradição, transformando-a em simples aferição de pressupostos extrínsecos formais é um atentado à lei maior e à história da própria casa.

A proteção dos direitos fundamentais não é incompatível com a cooperação internacional para a repressão do crime. Esses dois valores, regentes das relações internacionais da República por força dos incisos II e IX do artigo 4º da Constituição, devem ser sistemática e coerentemente lembrados pelos diversos poderes em tudo quanto fazem. É salutar, de resto, sob pena de a extradição se transformar em processo kafkiano \_\_\_ onde não se sabe quem acusa, quem processa, quem defende ou quem julga \_\_\_ que se observem com rigor os limites constitucionais da outorga de competências. Usurpações não devem ser toleradas, menos ainda consentidas com candura. O Supremo Tribunal Federal não pode transferir a outro lado da praça sua competência constitucional.

O caso Battisti emerge como um episódio sombrio na história da corte. Mas essa mesma história prova algo singular: os erros desse augusto tribunal cometem-se sempre por maioria difícil; e corrigem-se, e penitenciam-se mais tarde por unanimidade. O velho caso da prisão civil do depositário infiel é apenas um entre

30 Ministro Cezar Peluso, no último voto da sessão do dia 8.6.2011.

31 Art. 131 da CF/88. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

29 Fl. 532 do processo de extradição (Ext. 1085/Itália).

diversos exemplos dessa realidade. Vale esperar, no domínio da extradição, pela superveniência dessa obra corretiva, pela volta da intransigência da corte na defesa de sua competência constitucional. Por outro modo, não haverá surpresa se um dia o parlamento entender de editar súmulas vinculantes, ou se, por despacho, o chefe do governo declarar a inconstitucionalidade das leis.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASO Battisti. Fls. 33 do voto do relator na Reclamação nº 11.243. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ext1085GM>>.

pdf>. Acesso em: 17 nov. 2009

FRAGA, Mirtô. Entrega de Battisti à Itália. Presidente se manifesta antes ou depois da decisão do STF. *Correio Braziliense*, 17 nov. 2009.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MORAES, Filomeno; ROCHA, XIMENES, Fernando Luiz (Org.). *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**A decisão norte-americana do Caso Myriad:** novos paradigmas para a proteção patentária do código genético humano e biotecnologia

**The north american decision in the Myriad Case:** new paradigms for the patent protection of the human genetic code and biotechnology

José Carlos Vaz e Dias

Clarisse De La Cerda

# A decisão norte-americana do Caso Myriad: novos paradigmas para a proteção patentária do código genético humano e biotecnologia\*

## The north american decision in the Myriad Case: new paradigms for the patent protection of the human genetic code and biotechnology

José Carlos Vaz e Dias\*\*

Clarisse De La Cerda\*\*\*

### RESUMO

Este artigo aborda as questões proprietárias das invenções biotecnológicas e os parâmetros determinados pelo Caso Myriad, emitido pela Suprema Corte Norte-Americana em 2013. As patentes sobre sequências genéticas e organismos vivos são temas de controvérsias no cenário da propriedade intelectual, pelo impacto nas atividades empresariais e geração de negócios e perspectiva de lucratividade. Por envolver a propriedade de matérias da natureza, existem questões morais e éticas também sobre o tema, principalmente alegações relativas ao homem brincando de Deus e o desrespeito à lei divina em não criar novas espécies de seres vivos. O foco central do artigo é discutir se os variados materiais genéticos isolados por intervenção humana seriam verdadeiras invenções ou meras descobertas, sendo que as descobertas estão fora do escopo de proteção patentária, conforme determinado pelas principais convenções internacionais na área do direito da propriedade intelectual. Para tanto, o Caso Myriad é abordado, assim como a proteção patentária no Brasil para a biotecnologia. Essa decisão judicial aprofundou aspectos técnicos ligados à patenteabilidade de seres vivos e identificou parâmetros e limites para proteção patentária. A referida decisão da Suprema Corte alterou o cenário de proteção, bem como influenciou os parâmetros de investimento na área biotecnológica. Ela pode servir também para a construção de um novo regramento para promoção patentária das invenções biotecnológicas, seguindo a necessidade de atendimento ao fim constitucional do desenvolvimento tecnológico.

**Palavras chaves:** propriedade intelectual, patentes, invenções biotecnológicas,

### ABSTRACT

This article addresses the proprietary matters linked to biotechnology inventions and the main protection parameters set out by the Myriad Case, issued by the American Supreme Court in 2013. The patents on genetic sequences and life organisms are themes of controversies on intellectual property due to the technology impact in the commercial activities and ge-

\* Recebido em 15/09/2016  
Aprovado em 30/01/2017

\*\* José Carlos Vaz e Dias é Doutor em Direito da Propriedade Intelectual e Investimento Estrangeiro pela Universidade de Kent –Inglaterra. Professor Adjunto em Direito da Propriedade Intelectual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e sócio do escritório Vaz e Dias Advogados & Associados. E-mail: jose.dias@vdav.com.br

\*\* Mestre em Direito pela UERJ e advogada na área de contratos de transferência de tecnologia. E-mail: cladelacerda@gmail.com



neration of business and profit perspectives. Since patents are related to living matters, there are also moral and ethical questions on property matters, mainly allegations of man playing as God and the accusation of disrespecting divine laws based on the compromise not to create new species of living organisms. The focus of this article is to discuss if the various genetic materials isolated by human intervention would be inventions or mere discoveries, taking into account that discoveries are outside the scope of patent protection, as provided by the main international conventions in the intellectual property law. Therefore, the Myriad Case will be addressed as well as the patent protection in Brazil for biotechnology. This court decision deepened the examination of technical aspects related to the patentability of living matters and established the limits of protection. The aforementioned decision issued by the Supreme Court altered the scenario for the protection of this type of technology as well as influenced the investments in the biotechnology area. The decision may also service to as instrument to tailor a new ruling for biotech patent protection of in Brazil, following the local needs and the constitutional purpose of technological development.

**Keywords:** intellectual property, patents, biotechnological inventions.

## 1. INTRODUÇÃO

Uma mudança significativa ocorreu em 13 de junho de 2013 quanto à proteção e apropriação proprietária de seres vivos, especificamente do código genético humano. A Suprema Corte Norte-Americana (Suprema Corte) julgou, naquela data, o Caso Myriad<sup>1</sup>, que envolveu a validade e a eficácia do patenteamento outorgado pelo *United States Patent Office* (USPTO) às sequências genéticas da Myriad Genetics Inc. (*Myriad*).

A relevância da decisão refere-se à mudança da tendência sedimentada nos Estados Unidos e na União Europeia e Japão sobre a proteção patentária aos desenvolvimentos tecnológicos ligados à vida, principalmente as sequências genéticas isoladas. Cumpre salientar que o entendimento até então prevalecente na doutrina e

julgados foi no sentido de aceitar o patenteamento de produtos da natureza, desde que isolados e/ou manipulados pelo homem e atendidos os requisitos de patenteabilidade.

Deve-se ressaltar, neste sentido, a decisão da Suprema Corte no Caso Chakrabarty<sup>2</sup>, que expressou a máxima “*everything under the Sun that is made by man [may be patentable]*” e, conseqüentemente, incluiu por completo os organismos vivos no rol das invenções patenteáveis, desde que sofressem alguma intervenção intelectual humana.

Indagam-se quais foram os fundamentos e justificativas que levaram os juizes da Suprema Corte Americana a adotarem posicionamento distinto do sedimentado pelo USPTO no Caso Myriad. Este questionamento justifica-se pelo fato de a biotecnologia ser reconhecida um instrumento para diversas soluções que atingem a saúde humana, animal e o aumento da produção agrícola. As perspectivas mercadológicas e de negócios são inúmeras<sup>3</sup>.

Deve-se lembrar os argumentos de natureza ética contrários à patenteabilidade de seres vivos, principalmente ao código genético, baseados ao fato de organismos da natureza serem criações de Deus, não podendo assim ser objeto de propriedade<sup>4</sup>. Esses argumentos persistem e são frequentemente trazidos à tona como contraposição à liberdade de criação na área biotecnológica.

2 DIAMOND v. CHAKRABARTY, (1980). 447 U.S. 303 (1980). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/447/303/case.html>. Acesso em 3 de setembro de 2016

3 Veja a reportagem “Blanver adquire 100% de participação da CYG Biotech” publicada em 11/03/2016 que aborda o mercado de pesquisa, desenvolvimento e produção de medicamentos na área da biotecnologia. Disponível em <http://www.investmentosenoticias.com.br/noticias/saude/blanver-adquire-100-de-participacao-da-cyg-biotech>. Acesso em 2 de setembro de 2016. Veja também artigo publicado por NAVES, Bruno Torquato de Liveira e GOIATÁ, Sarah Rego. “Patentes de Genes Humanos”. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6d9bffd3b6ec2641>. Acesso em 1 de setembro de 2016.

4 Veja a reportagem “Patented Genes: an Ethical appraisal”, em que um grupo de 200 religiosos norte-americanos formaram uma só voz em 1995, em torno do patenteamento de partes ou todo de animais e humanos, como segue: “**We, the undersigned religious leaders, oppose the patenting of human and animal life forms. We are disturbed by the U.S. Patent Office’s recent decision to patent body parts and several genetically engineered animals. We believe that humans and animals are creations of God, not humans, and as such should not be patented as human inventions.**” Disponível em <http://issues.org/14-3/sagoff/>. Acesso em 29 de agosto de 2016.

1 Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics Inc. Supreme Court of the United States. Processo no. 569 U.S. 12-398 (2013).



A fase mais contundente dos questionamentos ao patenteamento de seres vivos e, também, de invenções biotecnológicas em geral, ocorreu entre o período de 1950 a 1990. Nos anos 80, o USPTO emitiu diretrizes no sentido de implementar a decisão do Caso Chakrabarty e, assim, aceitar a sequência de DNA isolada e purificada como invenção tecnológica patenteável, bem como partes de seres vivos, incluindo plantas<sup>5</sup> e animais. As discussões sobre moralidade, crenças religiosas e bons costumes foram inevitáveis, seja nos Estados Unidos, países europeus e no Brasil.

A Comissão da Comunidade Europeia publicou a “Proposta para uma Diretiva do Conselho para a Proteção Legal de Invenções Biotecnológicas”<sup>6</sup> em 1988 e discussões acaloradas também ocorreram sobre os limites da proteção patentária às criações da vida com a prevalência da possibilidade de patenteamento de seres vivos, excluindo as variedades de plantas e animais.

No Brasil, a lei da propriedade intelectual (Lei no. 9.279, de 14 de maio de 1996)<sup>7</sup> vedou terminantemente o patenteamento de partes e todo de seres vivos no Brasil, sendo que o radicalismo impede a pesquisa e o desenvolvimento da pesquisa local, principalmente na área de fármacos, e prevalece aspectos religiosos e políticos de inserção do Brasil dentro do comércio internacional de intangíveis.

Tendo em vista a perspectiva acima referenciada, o presente artigo objetiva detalhar e discutir os principais aspectos que envolveram o Caso Myriad e a base da decisão do referido caso na Suprema Corte, pontuando seus argumentos.

Assim, será abordado o desenvolvimento legal ligado à proteção das invenções biotecnológicas, para ser possível identificar as indagações existentes que freiam e os argumentos que promovem a extensão do sistema de patentes para as criações da vida, bem como as decisões paradigmáticas para essa proteção, a partir da análise do Caso Myriad.

Nesta mesma dinâmica, será abordada a proteção patentária às invenções biotecnológicas no Brasil, especialmente quanto às sequências genéticas, que, em razão da sua dificuldade de interpretação legislativa e prática, tem levado pesquisadores brasileiros a buscarem proteção em outros países com legislações mais liberais<sup>8</sup>

Como capítulo central está a abordagem, em detalhes, das bases do Caso Myriad e o resultado efetivo da decisão pelos membros da Suprema Corte. Neste ponto, será explicitado como essa decisão interfere na proteção patentária de seres vivos e quais foram os principais argumentos relevados pela Suprema Corte para reverter a proteção crescente aos seres vivos.

## 2. APROPRIAÇÃO PROPRIETÁRIA DE PRODUTOS DA BIOTECNOLOGIA: DESENVOLVIMENTOS E RESTRIÇÕES LEGAIS

### 2.1. A necessidade de proteção às criações intelectuais

A palavra biotecnologia é compreendida sob diferentes perspectivas e em diferentes contextos. Ela pode relacionar-se ao estudo da biologia e desenvolvimento de novas tecnologias para a saúde humana e animal, à exploração eficaz do meio ambiente e às questões jurídicas e éticas relacionadas à exploração e apropriação de produtos da natureza. Em cada área de influência, a biotecnologia é compreendida de maneira peculiar sendo denominador comum o fato de ser um instrumento eficaz para a promoção do bem-estar do homem.

De acordo com o Artigo 2 (Utilização dos Termos para os Propósitos desta Convenção) da Convenção sobre Diversidade da ONU, a biotecnologia é compreendida como<sup>9</sup> “qualquer aplicação tecnológica que utilize

5 United States Plant Patent Act 35 U.S.Ch.15.

6 Proposal for a Council Directive on the Legal Protection of Biotechnological Inventions. COM (88) 496. Final. 17/10/1988. Disponível em <http://aei.pitt.edu/3814/>. Acesso em 29 de agosto de 2016. As discussões sobre a Proposta do Conselho encerraram em -06/07/1998, quando a Diretiva 98/44/CE foi promulgada pelo Parlamento Europeu. Disponível em: [http://www.cgcom.es/europa\\_al\\_dia/2001/54](http://www.cgcom.es/europa_al_dia/2001/54). Acesso em 29 de agosto de 2016.

7 Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm). Acesso em 5 de setembro de 2016.

8 VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto e BUAINAIN, Antonio Marcio et al. “Patenteamento da Biotecnologia no Setor Agrícola no Brasil: Uma Análise Crítica.” *Revista Brasileira de Inovação* (Rio de Janeiro) (9) 2. Pags. 323 a 354. Disponível em <http://docplayer.com.br/13523140-Patenteamento-da-biotecnologia-no-setor-agricola-no-brasil-uma-analise-critica.html>. Acesso em 5 de setembro de 2016.

9 A Convenção sobre a Diversidade Biológica é um tratado promovido pela Organização das Nações Unidas que estabelece parâmetros e compromissos para a exploração da diversidade biológica existente na terra. O texto dessa Convenção foi aprovado na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e De-

sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica”.

Para o “Dicionário de Biologia Collins”,<sup>10</sup> a biotecnologia é definida como “o uso de organismos, as suas partes e processos, para a fabricação ou produção de substâncias úteis e comerciais. O termo denota um espectro amplo de processos, desde o uso de minhocas como uma fonte de proteína à manipulação genética de bactérias para a produção de insulina e hormônios para crescimento”.

A biotecnologia pode envolver a produção de novas substâncias a partir da exploração de organismos vivos ou partes destes. Por meio do uso de técnicas e conhecimentos decorrentes da bioquímica, engenharia genética, microbiologia, química, física, matemática e até mesmo da ciência da computação, a biotecnologia é um instrumento para a inovação, desenvolvimento humano e inserção de novos processos industriais<sup>11</sup>.

No mercado internacional, inúmeras indústrias biotecnológicas estão sendo criadas e fusões entre multinacionais nesta área são notícias corriqueiras, fatos que evidenciam o interesse no crescimento dessa atividade empresária<sup>12</sup>. A produção de fármacos está sofrendo,

também, fortes modificações por meio da manipulação de incontáveis materiais vivos e processos biotecnológicos, com redução significativa no uso de materiais sintéticos.

Diante da importância ao bem-estar dos seres humanos e impacto na competitividade dos empresários, bem como promoção do comércio internacional, parece ser imperioso garantir que os desenvolvimentos biotecnológicos sejam protegidos pelo direito da propriedade intelectual.

Releva-se que o bem jurídico a ser tutelado é o produto decorrente do exercício da criação humana atrelado à manipulação de seres vivos. Justifica-se a tutela pelo empenho em alcançar um equilíbrio entre o aporte e recuperação de investimentos e o desenvolvimento tecnológico.

O objetivo do direito da propriedade industrial é, em essência, estabelecer meios para que seja vantajoso ao inventor revelar a solução encontrada, impedindo a cópia desautorizada e possibilitando a exploração exclusiva por um período limitado. Com a promoção de invenções, acredita-se no fomento ao desenvolvimento tecnológico, garantindo-se o progresso econômico, científico e tecnológico.

Sob uma perspectiva econômica baseada na história das economias ocidentais, os autores Douglass North e Robert Thomas<sup>13</sup> explicitam que a propriedade privada é uma criação humana que objetiva determinar os limites dos direitos do proprietário sobre uma coisa ou bem jurídico. Tais limites são relevantes no processo decisório de eficiência crescente dos investimentos e identificação de custos de produção, disponibilizam transparência nos negócios jurídicos, bem como determinam a possibilidade de lucratividade pela exploração comercial.

Um ponto de vista positivo do patenteamento é exatamente este: a revelação do que poderia ser mantido em segredo, a possibilidade de continuidade de desenvolvimento com base naquilo que foi revelado e a perspectiva de garantia de lucratividade dentro dos limites proprietários determinados pela lei.

Assim, a compreensão prevalecente é no sentido de

so em 20 de agosto de 2016.

13 NORTH, Douglas C. & Robert Paul Thomas. *The Rise of the Western World. A New Economic History*. Cambridge University Press. 1989. Páginas 1-70.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

---

envolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro, no período entre 5 a 14 de junho de 1992. Ela integra o ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto Legislativo no. 2 de 3 de fevereiro de 1994. Disponível em <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=139068>. Acesso em 30 de agosto de 2016.

10 Dictionary of biology, W.H. Hale and J.P. Margham. Collins reference. Collins. London. 1988.

11 A biotecnologia pode reduzir assim os custos na produção industrial, tal como acontece na indústria farmacêutica em que o uso de microrganismos para a obtenção de fármacos reduz o uso de químicos e os efeitos prejudiciais ao homem. Insere novos produtos e espécies por meio da manipulação de técnicas de DNA recombinante. Para o setor de sementes, novas variedades de plantas traz produtividade ao campo e permite o crescimento de plantas com pequenas quantidades de fertilizantes.

12 A Monsanto e a Bayer AG estão discutindo parcerias na área biotecnológica, que podem envolver a compra dos ativos da Monsanto por essa empresa para a manutenção da competitividade do setor agrícola. As ofertas de aquisição da gigante norte-americana estão no montante de US\$62 bilhões, o que permitirá que a Bayer tenha acesso ao um número incontável de sementes, variedades de plantas e posição estratégica privilegiada no mercado. Disponível em <http://br.wsj.com/articles/SB10411673172569364595804582159580361188536> e com acesso em 10/07/2016. Recentemente, a sociedade chinesa ChemChina adquiriu a líder mundial de produção de cultivos – Syngenta - pelo valor de US\$ 43 bilhões. Disponível em <http://cc.bingj.com/cache.aspx?q=compra+da+syngenta+por+empresa+chinesa&d=4991247455027887&mkt=pt-BR&setlang=pt-BR&w=pVkh8xwDjhXdwbXao2XiOWs7-Lu6RE2S>. Aces-

incentivar a promoção tecnológica, para que os desenvolvimentos biotecnológicos sejam desenvolvidos e não mantidos em segredo e, assim, possivelmente fora do processo de fabricação<sup>14</sup>.

## 2.2. Questionamentos Sobre Patentabilidade de Seres Vivos

Não obstante o reconhecido impacto positivo da propriedade intelectual sobre a promoção tecnológica, há argumentos contrários ao patenteamento de organismos vivos e/ou suas partes que evidenciam a necessidade de realizar ajustes no sistema de patentes para que a criação intelectual seja enquadrada como invenção tecnológica, bem como enfrentar questões relacionadas à moralidade da propriedade sobre seres vivos<sup>15</sup>.

Passamos a tecer algumas discussões e pensamentos doutrinários e filosóficos que delinearão a proteção para as invenções biotecnológicas e que constituíram bases para as principais decisões judiciais na área. Mesmo entendendo que essas discussões foram relevantes durante o período entre 1950-1990, período em que o escopo de proteção aos produtos da biotecnologia foi fortalecido, elas constantemente retornam face à característica peculiar dessas invenções, quais sejam, serem postas ou derivarem do uso de materiais vivos.

A maior objeção à proteção patentária para os desenvolvimentos biotecnológicos, principalmente plantas e materiais genéticos humanos, decorreu da compreensão limitada do conceito de “aplicação industrial” ou “utili-

dade industrial”<sup>16</sup>. Parte da doutrina<sup>17</sup> considerava que o sistema de patentes era voltado essencialmente para os desenvolvimentos relacionados à transformação da matéria-prima em produtos manufaturados e à utilização de maquinários e processos de engenharia, incluindo a química nas atividades da indústria<sup>18</sup>. Assim, somente as invenções incidentes ou influenciadoras do processo produtivo industrial poderiam ser passíveis de proteção patentária.

Aliás, esse debate foi muito intenso em alguns países europeus como a Bélgica<sup>19</sup>. Agricultores relevavam que os produtos da natureza manipulados pelo homem não podiam sofrer restrições do sistema de patentes, visto que alguns produtos agrícolas eram adequadamente definidos e manufaturados pela própria indústria, como era o caso dos fertilizantes, maquinários agrícolas e técnicas peculiares de cultivo.

Neste mesmo país, existem relatos de que o conceito de “indústria”, no Artigo 1º do Ato de Patente, era obscuro e trazia imprecisões quanto ao seu enquadramento como manufatura para indústria e, conseqüentemente, vedações quanto à incorporação dos produtos da natureza. Já na Holanda, a interpretação foi no sentido de recusar a proteção aos seres vivos visto que o conceito de “indústria”, do Art. 3º do Ato de Patente Holandês de 1910, não comportava expressamente os produtos da biotecnologia e/ou seres vivos<sup>20</sup>.

O embate sobre esse posicionamento é evidente, pois, em interpretação contrária, o sistema de patentes era considerado instrumento de proteção das criações ou exercício intelectual humano. Ele englobaria qualquer espécie de invenções desde que sejam utilizáveis ou apli-

14 SCHOLZE, Simone Henriqueta Cossetin. Os direitos de propriedade intelectual e a biotecnologia. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Agosto de 1997. Disponível em: <http://seer.sct.embrapa.br/index.php/cct/article/view/8916/5036> Acesso em 30 de agosto de 2016. p. 49.

15 Torna-se importante ressaltar que a compilação dos questionamentos sobre a patentabilidade de produtos biotecnológicos, incluindo materiais vivos, microrganismos e código genético isolado e manipulado, decorreu de estudos doutrinários realizados durante o período de 1950 a 1994. Acredita-se que a omissão da Convenção da União de Paris sobre proteção de seres vivos abriu uma lacuna para cada país verificar a conveniência dessa proteção. Vide OVERWALLE, Geertrui Van. Patent protection for Plants: A Comparison of American and European Approaches. **IDEA**. Vol. 39. N. 2. Págs.143-194. Veja também FUNDER, Joshua V. “Rethinking Patents for Plant Innovation”. 1999. **EIPR**. Issue 11. Págs. 51-577. RAI, Arti K. “Intellectual Property Rights in Biotechnology: Addressing New Technology”. **Wake Forest Law Review**. Vol. 34. Págs. 827-847. BELCHER, Brian e HAWTIN, Geoffrey. A Patent on Lie. Ownership of Plants and Animal Research. **IDRC**. Ottawa. 1991. Págs.2-28.

16 O requisito da “utilidade industrial” é inerente ao regime norte-americano de patente e tem como aspecto importante a verificação se uma invenção tem um propósito útil para a sociedade, quando analisada de maneira objetiva. Veja 5 U.S.C. § 101 (1994).

17 OVERWALLE, Geertrui Van. Patent Protection for Plants: A comparison of American and European Approaches. **IDEA**. Vol. 38. N. 2. Pág. 153-155.

18 Do Estatuto dos Monopólios ao Ato Inglês de Patente de 1949, a expressão invenção foi compreendida como material decorrente da engenhosidade humana atrelada à fabricação de produtos, como maquinários ou novos produtos elaborados para uso humano. Veja PHILLIPS, Jeremy e FIRTH, Alison. Introduction to Intellectual property Law. 2<sup>nd</sup>. Ed. Butterworths. Londres. 1990. Pág. 34.

19 OVERWALLE, Geertrui Van. Patent Protection for Plants: A comparison of American and European Approaches. **IDEA**. Vol. 38. N. 2. Pág. 153.

20 OVERWALLE, Geertrui Van. Patent Protection for Plants: A comparison of American and European Approaches. **IDEA**. Vol. 38. N. 2. Pág. 1534



cáveis à indústria, sendo necessário considerar a amplitude do conceito de indústria à evolução da atividade empresarial, como a indústria do agronegócio. Deve-se incluir assim os processos e instrumentos de fabricação, os medicamentos e os produtos e processos decorrentes de seres vivos e os produtos agrícolas, que também poderiam ser processados para fins de consumo humano.

Neste mesmo sentido, o renomado Gama Cerqueira entendia que a expressão “utilização industrial” era um conceito amplo que comportava as invenções utilizáveis na indústria. Mesmo sem uma abordagem específica aos produtos biotecnológicos, este autor explicitou a exclusão do campo de aplicação patentário às criações de natureza puramente científicas, literárias e artísticas, além daquelas não utilizáveis para a produção industrial<sup>21</sup>.

A discussão sobre o escopo de abrangência da “aplicação industrial” passou também pelo questionamento da patenteabilidade dos produtos da natureza e de seres vivos, face ao fato de que produtos da natureza manipulados não são produtos decorrentes de processo criativo humano e não podem ser classificados como invenções<sup>22</sup>.

O fato de os produtos da biotecnologia estarem em um processo contínuo de mutação dificulta a definição precisa do objeto de uma invenção e restringe a repetição da invenção decorrente do material vivo. Lembra-se que o entendimento prevalecente era no sentido de o sistema de patentes assegurar proteção aos produtos obtidos de processo de transformação radical de matérias-primas, ou seja, da natureza.

Nesse sentido, fortes objeções ocorreram na Europa e nos Estados Unidos quanto ao patenteamento de plantas/animais e suas partes e microrganismos durante o século XX e no período que precedeu a decisão do Caso Chakrabarty<sup>23</sup>.

Outra dificuldade apontada para justificar o não patenteamento de produtos biotecnológicos foi a impossibilidade de descrição suficiente para as invenções nesta área, principalmente ao patenteamento de plantas e seres vivos<sup>24</sup>.

Para solucionar esse obstáculo, vários países, já na década de 80, modificaram as suas regras para comportar o patenteamento de seres vivos e exigir o depósito de material biológico em centros depositários específicos na data de requerimento do pedido de patente como uma maneira de suprir o requisito da divulgação. A amostra depositada era disponibilizada para outros reproduzirem o organismo vivo para fins de pesquisa e comercial, sendo essa última finalidade exercida após a expiração da patente<sup>25</sup>.

### 2.3. Moralidade e Patenteamento das Invenções Biotecnológicas

Além das questões atreladas aos requisitos de patenteabilidade, existe um grupo de argumentos de natureza ideológica e contrário ao patenteamento de invenções biotecnológicas, que vem sendo apontado nos últimos 50 anos, e que se acredita ter tido muita influência no final do século XX, especialmente nos anos 80 e 90<sup>26</sup>.

Dentre eles, está a noção religiosa baseada na obrigação do homem em preservar e respeitar a integridade da natureza e as criações de Deus e não atuar como criador de novas espécies de organismos vivos. Essa criação seria uma contravenção às leis divinas e uma usurpação aos materiais orgânicos fornecidos por Deus para a reprodução e evolução das espécies.

vivos, foi revertida pela Court of Customs and Patent Appeals e reacendeu as discussões sobre o patenteamento de coisas inanimadas, mesmo com o Ato de Patente de Planta de 1930 Id. Pág. 148-151.

24 . Id. Pág. 156-157. BELCHER, Brian e HAWTIN, Geoffrey. A Patent on Life. Ownership of Plants and Animal Research. **International Development Research Centre (IDRC)**. Ottawa. 1991. Págs.16-20.

25 A iniciativa de alguns países, como os Estados Unidos, em permitir o depósito de amostras em centros depósitos como uma forma de suprir o requisito da divulgação deu ensejo ao Tratado de Budapeste sobre o Reconhecimento Internacional do depósito de Microrganismos para Efeitos do Procedimento em Matéria de Patentes. Esse tratado foi assinado em Budapeste, em 28/07/1977, e alterado em 26/09/1980. O tratado é administrado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) e conta atualmente com 75 países signatários. O Brasil não é membro do referido Tratado. Disponível em [http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file\\_id=283785](http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283785). Acesso em 23 de agosto de 2016.

26 CRESPI, R. Stephen. What's immoral in Patent Law. **TIBTECH**. Vol. 10 (november). 1992. Págs. 375-378.

21 CERQUEIRA, Gama. Tratado da Propriedade Industrial. 2ª ed. Ed. RT. Vol. I. 1982. Págs. 339-341.

22 OVERWALLE, Geertrui Van. Patent Protection for Plants: A comparison of American and European Approaches. **IDEA**. Vol. 38. N. 2. Págs. 148-150. Entende-se que a outorga patentária para um produto da natureza seria assegurar a um único indivíduo o direito de explorar um bem que decorre da criação natural.

23 Os questionamentos passaram pelo entendimento que a concessão de patente para seres vivos, principalmente plantas e suas partes, seria de não uso pois serviria essencialmente para garantir poderes encontrados na natureza e sem utilidade para a promoção do progresso. A vedação ao patenteamento de seres vivos permaneceu dormente nos Estados Unidos até 1973 quando a decisão do USPTO Board of Appeals, que invalidou patente relativa a serves

Os principais argumentos religiosos encontram-se compilados na obra de Brian Belcher, que abordou as discussões ocorridas no Canadá nos anos 80 e retratou que as oposições de caráter religioso se centraram, principalmente, nas técnicas de DNA recombinante em que parte do gene humano/animal/vegetal é isolado e clonado em outro ser vivo para alcançar resultados específicos e criar novas espécies<sup>27</sup>.

Reconhece-se a influência desse argumento para a interpretação e construção do regramento patentário às invenções biotecnológicas de diversos países, sendo notória a Lei da Propriedade Industrial brasileira (Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996, ou LPI). Mesmo sendo classificadas como invenções tecnológicas, as partes e/ou todo de seres vivos são expressamente vedados de patenteamento pela referida lei federal, exceto os microrganismos transgênicos.

Tais restrições impostas pelo art. 18 são baseadas em conceitos políticos e filosóficos presentes à época da promulgação da LPI, que, no caso do inc. III, dizia respeito às controvérsias religiosas sobre a biotecnologia<sup>28</sup>.

Conforme apontado por Belcher<sup>29</sup>, os valores de justiça e equidade andam *pari passu* com os argumentos religiosos e morais, pois o argumento da equidade baseia-se na injustiça em garantir-se a propriedade a uma única pessoa de um ser vivo, produto natural da humanidade, em contínua evolução por milhões de anos. A questão da equidade, nos anos 80, relacionou-se essencialmente nos países subdesenvolvidos, em grande parte, ao temor de controle dos recursos genéticos de plantas pelos países desenvolvidos, o que afetaria a competitividade das pesquisas nos países subdesenvolvidos baseadas na manipulação genética de seres vivos,

27 BELCHER, Brian e HAWTIN, Geoffrey. A Patent on Life. Ownership of Plants and Animal Research. **International Development Research Centre (IDRC)**. Ottawa. 1991. Pág. 20-22.

28 Entende-se que a interpretação ao inc. III do Parágrafo Único do art. 18 da Lei 9.279/96 deve ser restritiva, seguindo os ditames filosóficos existentes à época de sua análise e não mais prevalentes atualmente. Ainda, a forma abrangente disposta no art. 18 e, também, no art. 10, em contrapartida à interpretação restrita ditada pelas regras da hermenêutica, cria uma lacuna na lei em relação aos diversos detalhes no campo da biotecnologia, o que tem permitido que os examinadores do INPI flexibilizem, de alguma forma, a aplicação da lei da propriedade industrial. Tanto é assim que os vetores (vírus ou plasmídeos) enquadrados como elementos genéticos são aceitos como objeto de patenteamento.

29 BELCHER, Brian e HAWTIN, Geoffrey. A Patent on Life. Ownership of Plants and Animal Research. **International Development Research Centre (IDRC)**. Ottawa. 1991. Págs. 21-24.

além do elevado pagamento de royalties pelo uso dessas tecnologias<sup>30</sup>. Esse argumento foi influente na restrição de uma proteção maior aos inventos da biotecnologia nos países subdesenvolvidos<sup>31</sup>.

#### 2.4. Aspectos Gerais do Caso Chakrabarty – Nova Vida para as Patentes de Organismos

As diversas discussões existentes nos Estados Unidos sobre o patenteamento de seres vivos foram dissipadas largamente por 2 (duas) decisões emitidas em junho de 1980 que abordaram as invenções biotecnológicas. As decisões foram o Caso Chakrabarty<sup>32</sup> e o Caso Rohm & Haas Co.<sup>33</sup> pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Ambas tiveram impacto importante no convencimento da doutrina jurídica quanto a patenteamento de seres vivos, sendo que a decisão do Caso Chakrabarty foi mais emblemática.

O Caso Chakrabarty representou verdadeiro direcionamento paradigmático no tocante ao patenteamento de seres vivos, vez que consolidou o entendimento quanto à possibilidade dessa proteção, desde que enquadrados como produto ou composição de matéria manipulada pelos seres humanos. Neste caso, discutiu-se a possibilidade de patenteamento de uma bactéria do gênero *Pseudomonas* que, geneticamente alterada, apresentaria dois ou mais plasmídios geradores de energia, capazes de consumir petróleo bruto em águas marinhas, ou seja, a bactéria era capaz de consumir este óleo em menor tempo, portanto mais eficaz para casos de desastres ambientais, por exemplo.

A decisão partiu da análise do Título 35 do U.S.C. 101 determinando que o intérprete da lei não deveria criar limitações à patente não expressas pelo legislador, visto que os termos utilizados (*manufacture, composition of matter e any*) indicariam um escopo de interpretação

30 CESAR, Jasiel. Alguns Aspectos Problemáticos do Patenteamento de Microorganismos. Artigo apresentado na VII Reunião da Federação de Sociedades de Biologia Experimental – FAESBE – realizada em Caxambu, de 26/29 de agosto de 1992 em Mesa Redonda intitulada Política de Ciência: Marcas e Patentes.

31 SMITH, Richard. Protection of Biotechnology Under Mexico's Industrial Property Law: Under Mexico's Industrial Property Law: Can El Raton de Harvard Speak Spanish? 12 **Biotechnology Law Report**. Number 5 (1993). Págs. 529-535.-

32 Diamond v. Chakrabarty. 100 S. Ct. 2204 (1980)

33 Dawson Chemical Co. v. Rohm & Haas Co. 100 St. Ct. 2601 (1980). Acredita-se que esse caso não teve repercussão pelas discussões centrarem-se na patentabilidade de um novo método de destruição de ervas daninhas. O Caso Chakrabarty focou na proteção de nova espécie de vida derivada da inserção genética de um ser vivo em outro.

ampla. A decisão ressaltou que “tudo o que está abaixo do sol pode ser patenteado” desde que haja a engenhosidade humana. A bactéria de Chakrabarty não ocorria naturalmente, portanto, não seria um produto da natureza, mas, sim, da inventividade do homem.

Pode-se, então, presumir que o Caso Chakrabarty efetivou o patenteamento de produtos extraídos, de alguma forma, da natureza, mas, tais produtos deverão observar os requisitos de patenteabilidade, analisando-se a similaridade na estrutura e na utilidade entre a reivindicação e o que é encontrado na natureza<sup>34</sup>. Mais ainda, ficou determinado que os produtos da natureza, sem qualquer intervenção humana, não seriam bens jurídicos passíveis de patenteamento.

Quanto aos produtos isolados e purificados, estes atendiam aos dois requisitos, já que não se apresentavam na forma isolada na natureza e possuíam propriedades úteis não ocorrentes na sua forma natural.

Tais argumentos técnicos do Caso Chakrabarty foram relevantes para afastar tentativas de exclusão de patenteabilidade baseadas em razões essencialmente baseadas em políticas públicas, moralidade, religiosidade, dentre outras. As análises devem estar relacionadas aos requisitos de patenteabilidade e enquadramento dos desenvolvimentos tecnológicos em invenções ou não<sup>35</sup>.

34 Quanto ao posicionamento do USPTO, no que se refere às sequências genéticas isoladas, tinha-se que a purificação fazia surgir uma diferença transformadora da utilidade entre o produto novo e o seu precursor natural, além da diferença estrutural. Veja BEAUCHAMP, Christopher. Patenting nature: a problem of history. In 16 *Stanford Technology Law Review*, 257 (2013). Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2152105](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2152105). Acesso em 30 de agosto de 2016. p. 306.

35 Veja o Artigo 27 do ACORDO SOBRE ASPECTOS DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS AO COMÉRCIO (também denominado TRIPS), que proibiu discriminações quanto aos desenvolvimentos a serem protegidos, cabendo mencionar o seguinte texto: “1. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2 e 3 abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja **nova**, envolva um **passo inventivo** e seja **passível de aplicação industrial**. (...) 2. Os Membros podem considerar como não patenteáveis invenções cuja exploração em seu território seja necessária evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente, desde que esta determinação não seja feita apenas por que a exploração é proibida por sua legislação. 3. Os Membros também podem considerar como não patenteáveis: a) métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou de animais; b) plantas e animais, exceto micro-organismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não-biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros con-

### 3. A CONTRIBUIÇÃO DO CASO MYRIAD AO PATENTEAMENTO DE INVENÇÕES BIOTECNOLÓGICAS

Em 13 de junho de 2013, a Suprema Corte emitiu decisão de extrema importância para a indústria da biotecnologia, sedimentando o entendimento de que não é possível a concessão de patentes ou o patenteamento de sequências genéticas meramente isoladas, entendimento este que impacta na compreensão de todos os produtos isolados ou purificados.

Neste emblemático caso, as patentes da *Myriad*, importante companhia farmacêutica, sobre as sequências isoladas BRCA 1 e BRCA 2 (relativas ao câncer de mama e ovário), obtidas com base na prática norte-americana até então vigente, foram questionadas por associações civis libertárias. O argumento foi no sentido de não serem verdadeiras invenções, mas, descobertas, além de prejudicar o desenvolvimento de pesquisas que poderiam salvar vidas.

De plano, deve-se esclarecer a importância das sequências BRCA 1 e BRCA 2, isto porque referem-se a mutações que podem significar uma predisposição ao câncer de mama e/ou ovário; daí a busca pela sua proteção, para obstar, inclusive, testes genéticos<sup>36</sup>.

Uma mutação é definida como qualquer alteração na sequência de bases ou rearranjo do material genético. Estas mutações podem ser deletérias ou patogênicas (quando causam doenças). Daí a importância do estudo e avanços nesta área. “A identificação de mutações e a compreensão de como estas levam à variabilidade fenotípica entre as pessoas, incluindo a manifestação de doenças, é um dos principais desafios da genética molecular humana<sup>37</sup>”.

A suscetibilidade ao câncer de mama ocorre por

cederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema sui generis eficaz, seja por uma combinação de ambos.”

36 Note-se que, diferentemente de outros empresários detentores de patentes sobre outras sequências genéticas isoladas, que não exerciam controle efetivo sobre seus direitos e concediam licenças não exclusivas, de forma gratuita para terceiros, a *Myriad* exerceu seus direitos sobre tais sequências de forma agressiva e impediu que outros empresários e/ou médicos oferecessem o teste sobre as sequências ou mesmo realizassem pesquisas. Esta conduta agressiva provocou reação no mercado para revogação dos direitos patentários.

37 PASSOS-BUENO, Maria Rita. MOREIRA, Eloísa de Sá. *Ferramentas Básicas da Genética Molecular Humana*. In MIR, Luís (org.). *Genômica*. São Paulo, SP: Atheneu, 2004. pp. 45.



herança, tanto paterna quanto materna, e o risco aumenta de acordo com o número de indivíduos afetados na família. Indivíduos com histórico familiar de neoplasias e mutações nos genes de células germinativas BRCA1 e BRCA2 apresentam alto risco de desenvolver neoplasias de mama e ovário respectivamente. A média da população feminina norte-americana tem de 12 a 13% de risco de desenvolver o câncer de mama, mas as mulheres com mutações genéticas podem ter este risco aumentado de 50 a 80% para o câncer de mama e entre 20 a 50% para o câncer de ovário<sup>38</sup>. Diante da importância social de tais sequências genéticas para controle dos casos de câncer de mama e ovário na população, colocou-se em questão o monopólio da *Myriad*.

Desta forma, a *American Civil Liberties Union (ACLU)* e a *Public Patent Foundation (PPF)* questionaram as patentes sobre o BRCA 1 e BRCA 2 na Corte Distrital Sul de Nova Iorque, que entendeu não serem patenteáveis as reivindicações da *Myriad*. Assim, houve recurso à Corte de Apelações do Circuito Federal, que entendeu serem patenteáveis as sequências isoladas. Após recurso à Suprema Corte, solicitando reexame do caso à Corte de Apelações, que manteve a sua decisão, houve novo peticionamento, em 25 de setembro de 2012<sup>39</sup>, junto à Suprema Corte para que se manifestasse sobre a possibilidade de patenteamento de sequências genéticas humanas, mediante petição de *writ of certiorari*, que, em 30 de novembro de 2012, foi admitida somente quanto à questão: “são os genes humanos patenteáveis?”

A Suprema Corte, por maioria, decidiu, então, pela invalidação das reivindicações das patentes da *Myriad* relativas às sequências genéticas puramente isoladas com base no fundamento de que seriam produtos encontrados na natureza, permanecendo válidas as reivindicações relativas ao cDNA (DNA complementar).

38 MOREIRA-FILHO, Carlos Alberto. *Medicina Genômica e prática clínica*. In MIR, Luís (org). *Genômica*. São Paulo, SP: Atheneu, 2004. pp. 195-205.

39 Importante salientar que, em termos processuais, após a decisão da Corte de Apelação, em julho de 2011, houve o primeiro peticionamento à Suprema Corte, que acabou por revogar a decisão do Circuito Federal, determinando que o caso fosse revisto à luz da decisão em *Mayo Collaborative Services v. Prometheus Laboratories Inc.*. Assim, o caso foi revisto, levando-se em consideração tal decisão, sendo que, quanto às sequências genéticas propriamente ditas, tal precedente não significaria maior relevância, já que mais específico quanto ao método discutido no caso, já mencionado. Após esta segunda decisão, houve novo peticionamento à Suprema Corte, para que decidisse de forma específica sobre o caso, em setembro de 2012.

A Suprema Corte esclareceu que algumas questões não foram submetidas à sua apreciação. Neste sentido, o juiz Thomas<sup>40</sup>:

It is important to note what is *not* implicated by this decision. First, **there are no method claims before this Court**. Had Myriad created an innovative method of manipulating genes while searching for the BRCA1 and BRCA2 genes, it could possibly have sought a method patent. But the processes used by Myriad to isolate DNA at the time of Myriad’s patents “were well understood, widely used, and fairly uniform insofar as any scientist engaged in the search for a gene would likely have utilized a similar approach,” 702 F. Supp. 2d, at 202–203, and are not at issue in this case.

Similarly, **this case does not involve patents on new applications of knowledge about the BRCA1 and BRCA2 genes**. Judge Bryson aptly noted that, “[a]s the first party with knowledge of the [BRCA1 and BRCA2] sequences, Myriad was in an excellent position to claim applications of that knowledge. Many of its unchallenged claims are limited to such applications.” 689 F. 3d, at 1349.

**Nor do we consider the patentability of DNA in which the order of the naturally occurring nucleotides has been altered**. Scientific alteration of the genetic code presents a different inquiry, and we express no opinion about the application of §101 to such endeavors. We merely hold that genes **and the information they encode** are not patent eligible under §101 simply because they have been isolated from the surrounding genetic material. (grifos nossos)

Em verdade, a Suprema Corte utilizou-se de vocabulário bastante específico para resumir as questões em jogo. Afirmou<sup>41</sup> que a *Myriad* teria obtido diversas patentes após a **descoberta** da localização precisa e sequenciamento das mutações de BRCA 1 e BRCA 2, que determinam um aumento dramático no risco de desenvolvimento de câncer de ovário e mama. **Tal conhecimento** permitiu que a *Myriad* **desenvolvesse testes laboratoriais aplicáveis (“testes médicos úteis”)** à detecção de tais mutações. Se consideradas válidas, as patentes concederiam ao seu detentor o **direito exclusivo de isolar os genes BRCA 1 e BRCA 2** de um indivíduo, bem como dariam à *Myriad* o direito exclusivo de criar sinteticamente o cDNA do BRCA.

40 Opinião da Corte no Caso Myriad, página 17. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/12-398>. Acesso em 02 de setembro de 2016.

41 SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Association for Molecular Pathology et al. v. Myriad Genetics Inc. et al. n. 12-398. Syllabus. Disponível em: [https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-398\\_1b7d.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-398_1b7d.pdf). Acesso em 02 de setembro de 2016.

Assim, em razão do não atendimento ao parágrafo 101, do Título 35, do *U.S. Code*<sup>42</sup>, ou seja, por serem verdadeiros produtos da natureza, carecendo de inventividade, as sequências genéticas isoladas não seriam patenteáveis.

Apesar de a ACLU e a PPF terem argumentado que tais patentes impediriam a inovação, em razão da vedação à realização de pesquisas; e limitariam as opções de testes dos pacientes portadores de câncer, violando, inclusive, a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América<sup>43</sup> (*1st Amendment*) por bloquearem a pesquisa científica sobre a sequência isolada, já que seria uma patente de informação pura, isto não foi avaliado pela Suprema Corte.

A *Myriad*, por outro lado, argumentou que as sequências genéticas isoladas seriam passíveis de proteção com base no entendimento de que seriam compostos químicos. Desta feita, a sequência, após o processo de isolamento, apresentaria características diferentes daquelas encontradas no corpo humano. Ainda, acrescentou que tais patentes promovem a inovação no campo da biotecnologia, em especial quanto à engenharia genética, na medida em que, ao serem concedidas as patentes, tornam público o conhecimento sobre estas, fomentando que não sejam mantidas como segredo de negócio.

O entendimento do USPTO anterior a esta decisão era de que a proteção patentária somente seria possível quando houvesse alteração substancial dos produtos que ocorrem naturalmente. Desta forma, o isolamento da sequência genética caracterizaria esta alteração substancial, configurando verdadeira invenção.

A principal base desta decisão da Suprema Corte deu-se em razão da aplicação da teoria da exceção à patenteabilidade dos produtos da natureza, forjada, em razão do sistema da *common law*, com base nos precedentes judiciais, mas não com base em preceitos éticos, morais ou religiosos.

Antes de se adentrar na seara dos precedentes, deve-se esclarecer que o sistema de patentes norte-americana-

no se funda no artigo I, seção 8, cláusula 8 da Constituição dos Estados Unidos<sup>44</sup>. O Título 35 do Código dos Estados Unidos (*United States Code*) instituiu o Ato de Patentes de 1952 (*Patent Act*).

Assim, os requisitos básicos para a concessão da patente, que encontram sua base nestes documentos, são: novidade (§102), utilidade (§101), não-obviedade (§103) (ou atividade inventiva)<sup>45</sup> e suficiência descritiva (§112). Nos termos do Título 35 do Código dos Estados Unidos, em seu §101:

aquele que inventa ou descobre qualquer novo e útil processo, máquina, manufatura, ou composição de matérias, ou qualquer novo e útil aperfeiçoamento, poderá obter uma patente, sujeita às condições e requisitos deste título.

A partir de precedentes judiciais norte-americanos<sup>46</sup> que foram citados no Caso *Myriad*, algumas premissas podem ser extraídas quanto à exceção ao patenteamento de produtos da natureza: (i) um produto idêntico ao preexistente derivado de uma nova fonte não atende ao requisito de novidade; (ii) o produto meramente extraído e que não apresenta nenhuma alteração não poderá ser patenteado (requisito da alteração estrutural necessária); (iii) a substância isolada deve ser bem mais útil do que a sua forma natural.

Dois casos são mencionados como de extrema importância para a tomada de decisão pela Suprema Corte: o Caso *Parke-Davis (Parke-Davis & Co. v H. K. Mulford Co. CCSDNY 189 F 95; 1911 U.S. App LEXIS 5245)*, que serviu de base para as primeiras patentes sobre se-

44 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição Federal. Art. I, §8, cl. 8. O Congresso terá o poder para “promover o Progresso da Ciência e Artes úteis, assegurando por tempo limitado aos autores e inventores o direito exclusivo sobre suas respectivas escritas e descobertas”.

45 35 U.S. Code (U.S.C.) §103: “A patente poderá não ser concedida caso a invenção não seja exposta ou descrita na forma da seção 102 deste título, se as diferenças entre o objeto sujeito a patente e a arte anterior sejam de forma que o todo tenha sido óbvio ao tempo da invenção para uma pessoa que tivesse habilidades comuns naquela arte à qual pertence o objeto a ser patenteado”.

46 (i) *Cochrane v. Badische Anilin & Soda Fabrik*, 111 U.S. 293 (1884); (ii) *Decisions of the Commissioner of Patents. Ex Parte Lattimer*, decidido em 12 de março de 1889, 46 O.G. 1638. (iii) *Circuit Court, N. D. New York. Blumenthal v. Burrell et al.* 10 de outubro de 1890. (iv) *Kuehmsted v. Farbenfabriken of Eberfeld Co.* 171 F. 887,890 (CCNDIL, 1909). (v) *Parke-Davis & Co. v H. K. Mulford Co. CCSDNY 189 F 95; 1911 U.S. App LEXIS 5245.* (vi) *Funk Brothers Seed Co. v. Kalo Inoculant Co.* 333 U.S. 127 (1948). (vii) *Merck & Co. v. Olin Mathieson Chemical Corp.* 253 F.2D 156 (4th. Circuit 1958).

42 35 U.S.C. §101 35 U.S.C. 101 Inventions patentable: Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title.

43 “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

quências genéticas, na década de 90<sup>47</sup>, e o Caso Chakrabarty, que em muito influenciou para que o USPTO adotasse uma postura mais liberal na concessão de patentes sobre organismos vivos e dirimisse argumentos contrários ao patenteamento de seres vivos, principalmente aqueles relacionados aos requisitos de patentabilidade.

No Caso Parke-Davis, discutiu-se acerca da substância adrenalina<sup>48</sup>, um produto que consiste no princípio ativo das glândulas suprarrenais em forma branca, sólida e cristalina, criado por Takamine, que teve sua patente requerida em 1900. Em princípio, o pedido foi rejeitado pelo USPTO, com base na teoria dos produtos da natureza. Todavia, argumentaram os requerentes da patente que, se o produto existia na natureza, certamente ele não teria a forma branca, sólida e cristalina. Ou seja, havia uma diferença estrutural entre o produto encontrado na natureza e o produto sobre o qual se solicitava a proteção patentária.

Diante da negativa ao patenteamento pelo USPTO, os requerentes alteraram a sua reivindicação, descrevendo-a como uma substância possuindo as características e reações das glândulas suprarrenais<sup>49</sup>, ressaltando que seria possível o patenteamento, com base em *Ex parte Latimer*<sup>50</sup>, caso o inventor adicionasse uma nova qualidade ou função que a substância natural não possuísse na sua condição natural, sendo que a substância do requerente era estável e não deteriorava – ou seja, o requerente fundamentou seu pedido na comprovação

do requisito de alteração funcional, nas características de permanência e estabilidade. Finalmente, em 1903, a patente<sup>51</sup> foi concedida. Ou seja, a estabilidade era suficiente para caracterizar uma nova função.

Todavia, em 1911, no Caso Parke-Davis<sup>52</sup> o questionamento não se deu com foco na teoria dos produtos da natureza<sup>53</sup>, mas, sim, com base no fato de que a substância de Takamine não seria nova por ter sido antecipada por outros cientistas em pesquisas anteriores, argumento este que foi rejeitado pelo juiz Hand, tendo em vista que a substância de Takamine se diferenciava das anteriores exatamente por pretender e conseguir excluir o sal na sua purificação. Note-se que, neste caso, a discussão baseou-se no fato de que a substância “Adrin”, comercializada pela *H. K. Mulford Co.*, infringia patentes licenciadas à *Parke-Davis & Co.*, que comercializava produto similar sob a marca “Adrenalin”<sup>54</sup>.

Ressaltou Hand que, mesmo que houvesse apenas um extrato, sem qualquer alteração, não havia precedente para que tal produto não fosse patenteável, tendo em vista a interpretação ampla na concessão, acrescentando que o produto tinha um novo valor terapêutico e comercial<sup>55</sup>. Ou seja, em verdade, apesar de reiteradamente citado no Caso Myriad, o Caso Parke-Davis, em si, não se baseia na análise da exceção ao patenteamento de produtos da natureza.

Deve-se ressaltar o já mencionado Caso Chakrabarty, que consolidou o entendimento quanto à possibilidade de patenteamento de seres vivos, desde que se enquadrassem como produto ou composição de matéria.

Quanto ao posicionamento do USPTO, no que se refere às sequências genéticas isoladas, tinha-se que a

47 BEAUCHAMP, Christopher. Patenting nature: a problem of history. In 16 Stanford Technology Law Review, 257 (2013). Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2152105](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2152105). Acesso em 30 de agosto de 2016. p. 305.

48 Em 1894, pesquisadores ingleses verificaram o efeito de aumento da pressão arterial obtido a partir de um extrato da glândula adrenal de animais. Em 1897, um pesquisador da Johns Hopkins produziu uma substância cristalina que acreditava ser o princípio ativo daquele extrato, na sua forma purificada, chamando-a de epinefrina. Neste ínterim, um pesquisador austríaco isolou um composto similar chamado de suprarrenina. Takamine, um pesquisador japonês, em 1900, conseguiu êxito em isolar o princípio da epinefrina, com a técnica de precipitação em amônia, obtendo, enfim, a adrenalina. In BEAUCHAMP, Christopher. Patenting nature: a problem of history. In 16 Stanford Technology Law Review, 257 (2013). Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2152105](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2152105). Acesso em 15 de agosto de 2016. p. 285-286.

49 BEAUCHAMP, Christopher. Patenting nature: a problem of history. In 16 Stanford Technology Law Review, 257 (2013). Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2152105](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2152105). Acesso em 30 de agosto de 2016. p. 288.

50 Decisions of the Commissioner of Patents. Ex Parte Latimer, decidido em 12 de março de 1889, 46 O.G. 1638.

51 Patente n. 730176. Outras patentes adjacentes relacionadas à substância: Patentes n. 730175 e 753177.

52 US COURTS. Parke-Davis & Co. v H. K. Mulford Co. CCS-DNY 189 F 95; 1911 U.S. App LEXIS 5245. Disponível em: [http://www.pubpat.org/assets/files/brca/mats/Parke-Davis,%20189%20Fed%2095%20\(1911\).pdf](http://www.pubpat.org/assets/files/brca/mats/Parke-Davis,%20189%20Fed%2095%20(1911).pdf). Acesso em 29 de agosto de 2016.

53 CROUCH, Dennis. Guest Post: Myriad Misunderstandings of Parke-Davis v. Mulford. Disponível em: <http://patently.com/patent/2012/05/myriad-parke-davis.html>. Acesso em 29 de agosto de 2016.

54 HARKNESS, Jon M. Dicta on Adrenalin(e): Myriad problems with Learned Hand's Product-of-Nature Pronouncements in Parke-Davis v. Mulford. Disponível em: [https://works.bepress.com/jon\\_harkness/1/](https://works.bepress.com/jon_harkness/1/). Acesso em 20 de agosto de 2016.

55 BEAUCHAMP, Christopher. Patenting nature: a problem of history. In 16 Stanford Technology Law Review, 257 (2013). Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2152105](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2152105). Acesso em 30 de agosto de 2016. p. 292.



**purificação fazia surgir uma diferença transformadora da utilidade entre o produto novo e o seu precursor natural<sup>56</sup>, além da diferença estrutural.**

Pode-se, então, presumir que é possível o patenteamento de produtos extraídos, de alguma forma, da natureza, mas tais produtos deverão observar os requisitos normais de patenteabilidade, analisando-se a similaridade na **estrutura** e na **utilidade** entre a reivindicação e o que é encontrado na natureza.

Assim, entendia-se que os produtos isolados e purificados atendiam aos dois requisitos, já que não se apresentavam na forma isolada na natureza e possuíam propriedades úteis não ocorrentes na sua forma natural<sup>57</sup>. Todavia, este entendimento foi questionado com a decisão no Caso *Myriad*, de forma que o critério da novidade pela maior utilidade foi, ao menos para os produtos isolados, superado, não havendo de se presumir a maior utilidade pelo simples isolamento ou purificação, havendo de ser feita a análise em concreto.

A Suprema Corte entendeu que a principal contribuição da *Myriad* foi revelar a localização precisa dos genes BRCA1 e BRCA2, mas não havia uma ação com características marcadamente diferentes das encontradas na natureza. A *Myriad* teria descoberto um importante e útil gene, mas a descoberta, mesmo que inovadora, não satisfaz, por si, os requisitos ao patenteamento. Ainda, o exaustivo processo de tal descoberta não atende aos requisitos de patenteabilidade, da mesma forma, porque já conhecido e utilizado vastamente pela comunidade científica.

Diferentemente, o cDNA, DNA sintético que contém somente as porções codificantes, ou seja, os éxons, por não ocorrer naturalmente, poderia receber a proteção, não sendo invalidadas reivindicações com base no cDNA, salvo quando se tratar de sequência curta de cDNA, por não se diferenciar do DNA natural de forma substancial (quando não houvesse íntrons a serem removidos). De toda forma, note-se que a *Myriad* possui extrema vantagem competitiva com relação aos seus testes sobre as sequências do BRCA 1 e BRCA 2, tendo

em vista a extensa base de dados formada com base nos seus pacientes anteriormente testados<sup>58</sup>.

#### **4. MATERIAIS GENÉTICOS E O IMPACTO DA DECISÃO DO CASO MYRIAD NO PATENTEAMENTO DE INVENÇÕES TECNOLÓGICAS**

De uma forma geral, quando um organismo ativa um gene, este tem a sua sequência de nucleotídeos lida e copiada no processo de transcrição. Para que seja iniciada a transcrição, as proteínas de histona devem ser quebradas e os filamentos de DNA separam-se na bolha de transcrição.

Neste momento, a cópia do material genético é sintetizada no RNA. Em sequência, a estrutura do RNA é modificada, incluindo-se a remoção dos íntrons, para que seja criado o mRNA. A sequência copiada, então, produz uma proteína a partir do processo de tradução<sup>59</sup>. Durante a tradução, os códons do mRNA são lidos de forma que um aminoácido específico é incorporado na proteína originada a partir da sequência de nucleotídeos dentro daquele códon. O mRNA, durante a tradução ou síntese proteica, dirige a incorporação de aminoácidos da proteína nascente por meio dos seus códons.

Na criação do cDNA, aplica-se a enzima transcriptase reversa sobre o segmento de mRNA e, a partir de processos completamente naturais, tem-se a síntese de um RNA e, após, o cDNA. Observe-se que as sequências são complementares entre si.

Quanto às sequências genéticas isoladas e/ou purificadas, a primeira argumentação possível é de que há uma transformação da molécula de DNA por intervenção humana em algo estruturalmente e funcionalmente diferente do correspondente natural. Isso porque a sequência desejada é retirada do restante do cromossomo, rompendo-se as ligações covalentes entre o cromossomo e o seu DNA, sendo que tais alterações químicas

56 BEAUCHAMP, Christopher. Patenting nature: a problem of history. In 16 Stanford Technology Law Review, 257 (2013). Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2152105](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2152105). Acesso em 30 de agosto de 2016. p. 306.

57 BEAUCHAMP, Christopher. The pure thoughts of Judge Hand: A historical note on the patenting of nature. Disponível em: [http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM\\_PRO\\_071307.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_071307.pdf). Acesso em 30 de agosto de 2016. p. 2.

58 GREELY, Henry T e SHERKOW, Jacob S. The future of gene patents and the implications for medicine. JAMA Internal Medicine. Volume 173, Number 17. Stanford University: September 23, 2013. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2325679&rec=1&srcabs=2499885&alg=1&pos=4](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2325679&rec=1&srcabs=2499885&alg=1&pos=4). Acesso em 02 de setembro de 2016.

59 BOWMAN, Andrew. Genes 101: Are human genes patentable subject matter?. XVIII RICH. J. L. & TECH. 15. Disponível em: <http://jolt.richmond.edu/v18i4/article15.pdf>. Acesso em 02 de setembro de 2016. p. 17.

promovem a criação de uma nova molécula não existente na natureza. As sequências isoladas não possuem as regiões regulatórias, portanto, são quimicamente diferentes, com estrutura distinta. Ainda, há a diferença funcional, na medida em que proporcionam um novo uso às sequências naturais, que não podem ser manipuladas e controladas da mesma forma.

Andrew Bowman propõe que sejam analisadas tanto as diferenças estruturais quanto informacionais<sup>60</sup>, para que se respeite a exceção judicial ao patenteamento dos produtos da natureza. Para ele, deve-se adotar a postura da totalidade das circunstâncias (*Totality-of-the-circumstances approach*). Assim, surgem duas perspectivas: uma perspectiva química e outra biológica.

Sob a perspectiva química, considera-se apenas a análise da estrutura molecular. Neste aspecto, há, geralmente, clara diferença entre os materiais genéticos, já que, normalmente, os casos envolvem a quebra química. Sob a perspectiva biológica, deve-se analisar a informação que a estrutura revela. Neste caso, não haveria diferença substancial entre o DNA natural e o DNA isolado, já que o conteúdo informacional seria mantido. Na opinião de Bowman<sup>61</sup>, para que houvesse diferença, a sequência de DNA isolado deveria codificar para uma proteína suficientemente diferente daquela encontrada na natureza. A opinião da juíza Moore<sup>62</sup>, do Circuito Federal, no Caso Myriad, indicou claramente este raciocínio, já que identificou que o DNA isolado serve aos mesmos fins concebidos pela natureza.

Todavia, quanto ao cDNA, para Bowman<sup>63</sup>, seria possível o patenteamento, o que está de acordo com a decisão da Suprema Corte, apesar de, no fim, codificar para a mesma proteína. Afirma que o mRNA maduro passa por significativas mudanças durante a transcrição, mais especificamente no que se refere à remoção dos íntrons.

60 BOWMAN, Andrew. Genes 101: Are human genes patentable subject matter?. **XVIII RICH. J. L. & TECH. 15**. Disponível em: <http://jolt.richmond.edu/v18i4/article15.pdf>. Acesso em 02 de setembro de 2016. p. 18.

61 BOWMAN, Andrew. Genes 101: Are human genes patentable subject matter?. **XVIII RICH. J. L. & TECH. 15**. Disponível em: <http://jolt.richmond.edu/v18i4/article15.pdf>. Acesso em 02 de setembro de 2016. p. 22.

62 Disponível em: <http://www.cafc.uscourts.gov/sites/default/files/opinions-orders/10-1406.pdf>. Acesso em 02 de setembro de 2016.

63 BOWMAN, Andrew. Genes 101: Are human genes patentable subject matter?. **XVIII RICH. J. L. & TECH. 15**. Disponível em: <http://jolt.richmond.edu/v18i4/article15.pdf>. Acesso em 02 de setembro de 2016. p. 25.

Quanto ao cDNA, como este é sintetizado a partir do mRNA, contém apenas as sequências codificantes, ou seja, os éxons, diferenciando-se de forma estrutural da sequência natural ou isolada, que contém ambos os íntrons e éxons<sup>64</sup>.

O cDNA, então, funciona como um mRNA de dupla hélice, sendo mais estável *in vitro*. Todavia, esta situação é meramente transitória, já que, assim que colocado à utilização para pesquisa de genes ou sequências, por exemplo, é imediatamente quebrado, tornando-se uma estrutura de fita simples, igual ao mRNA.

Do ponto de vista hereditário, funciona como um mRNA, contendo a mesma informação genética. Bioquimicamente difere do mRNA apenas pela presença de ácido ribonucleico ao invés de ácido desoxirribonucleico e pela presença da base nitrogenada uracila ao invés da timina, presente no DNA.

Não se pode se pode negar a sua diferença estrutural, mas nada mais é que um mero desvio na codificação da proteína (diante da equivalência informacional), já que tanto o DNA cromossomal, quanto a sequência isolada, bem como a proteína codificada, seriam considerados produtos da natureza (sem intervenção humana), portanto, não passíveis de patenteamento.

Há a criação de um subterfúgio à impossibilidade de patenteamento do DNA, uma burla à exceção dos produtos da natureza, visto que o cDNA se sintetiza de acordo com as leis da natureza. No mais, o cDNA codifica para proteínas já existentes na natureza e a própria sequência que define o cDNA foi predeterminada pela natureza<sup>65</sup>.

Ainda, deve-se ressaltar que, da mesma forma que a sequência isolada, o cDNA é ferramenta básica da engenharia genética, impedindo, ao menos para o direito norte-americano, pesquisas com base naquele cDNA, o que releva argumentos baseados no impacto negativo

64 KHAN, Fazal; e KESSLER, Lindsay. Genomics Unbound: The scientific and legal case against patents based on naturally occurring DNA sequences. Nevada Law Journal vol. 13:668. Disponível em: [http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1918&context=fac\\_artchop](http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1918&context=fac_artchop). P. 678. Acesso em 02 de setembro de 2016.

65 KHAN, Fazal; e KESSLER, Lindsay. Genomics Unbound: The scientific and legal case against patents based on naturally occurring DNA sequences. Nevada Law Journal vol. 13:668. Disponível em: [http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1918&context=fac\\_artchop](http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1918&context=fac_artchop). P. 678. Acesso em 02 de setembro de 2016.

ao desenvolvimento científico e tecnológico.

Quanto ao DNA recombinante, a sua tecnologia funciona como uma técnica de copiar e colar sequências de DNA no interesse do cientista<sup>66</sup>. Assim, o cDNA é inserido em uma bactéria hospedeira para a transcrição em mRNA, que é traduzida na proteína almejada.

A tecnologia do DNA recombinante (rDNA) cria novas sequências de DNA a partir da junção de peças de DNAs de diferentes organismos. A principal diferença entre as moléculas de rDNA que ocorrem naturalmente das sintetizadas é que, nestas últimas, as alterações nas informações genéticas são predeterminadas e resultam de uma manipulação humana.

Por sua vez, a célula ou organismo hospedeiro poderá expressar este DNA estrangeiro, produzindo as proteínas desejadas, que não seriam produzidas caso o DNA não fosse alterado.

Assim, o rDNA, claramente, não se verifica na natureza, bem como sua sequência não é predeterminada por nenhuma lei da natureza<sup>67</sup>, de forma que sua criação requer o corte e a recombinação de sequências genéticas da maneira correta para que sejam operacionais no organismo hospedeiro. Argumenta-se que estas sequências de rDNA, por serem fruto de verdadeira engenhosidade, seriam passíveis de patenteamento.

Esses são as principais extrações que podem ser obtidas da decisão do caso Myriad e as influências mais impactantes nas jurisdições dos países, visto que o Sistema de Patente é determinado por 2 (dois) tratados internacionais: a Convenção da União de Paris de 1883<sup>68</sup> e o Acordo TRIPS.<sup>69</sup> Esses tratados determinam, de alguma

forma, um andamento uniforme das legislações dos países signatários, não obstante a preservação do Princípio do Tratamento Nacional, que outorga liberdade para cada país signatário tomar as decisões quanto ao patenteamento de uma invenção tecnológica

## 5. PROTEÇÃO INTELECTUAL DA BIOTECNOLOGIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: O HOMEM BRINCANDO DE DEUS OU RESERVA DE MERCADO PARA OS EMPRESÁRIOS EM BIOTECNOLOGIA

A legislação patentária brasileira parece não deixar margem para dúvidas, vedando a possibilidade do patenteamento das sequências genéticas isoladas, inclusive o genoma. Tal assertiva decorre da análise conjunta do art. 10, IX, e do item III do art. 18 da LPI.

O preceito constitucional nacional que fundamenta a propriedade industrial encontra-se insculpido no inciso XXIX, do artigo 5º, determinando que “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”. Esta cláusula final evidencia que os direitos relativos à propriedade industrial não derivam diretamente da Carta Constitucional, mas, sim, da lei ordinária, que só será constitucional na medida em que atender aos objetivos de (i) visar ao interesse social do país; (ii) favorecer o desenvolvimento tecnológico do país; e (iii) favorecer o desenvolvimento econômico do país<sup>70</sup>. Devemos transportar este valor da função social para o direito de propriedade industrial, em específico. O progresso técnico é alcançado, e a livre-concorrência, garantida, quando o sistema de patentes funciona (a) como promotor à atividade inventiva; (b) como incentivo à revelação das informações técnicas geradas para a produção da invenção pelo inventor a toda a coletividade, em razão da contribuição para o estado da técnica; e (c) como incentivo à difusão das invenções, havendo

66 KHAN, Fazal; e KESSLER, Lindsay. Genomics Unbound: The scientific and legal case against patents based on naturally occurring DNA sequences. Nevada Law Journal vol. 13:668. Disponível em: [http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1918&context=fac\\_artchop](http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1918&context=fac_artchop). P. 678. Acesso em 02 de setembro de 2016.

67 KHAN, Fazal; e KESSLER, Lindsay. Genomics Unbound: The scientific and legal case against patents based on naturally occurring DNA sequences. Nevada Law Journal vol. 13:668. Disponível em: [http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1918&context=fac\\_artchop](http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1918&context=fac_artchop). P. 678. Acesso em 04 de setembro de 2016.

68 Convenção da União de Paris de 1883 inserida no ordenamento brasileiro, por meio do Decreto Nº 75.572, de 8 de abril de 1975. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decreto/1970-1979/decreto-75572-8-abril-1975-424105-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 04 de setembro de 2016.

69 Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (também denominado TRIPS), inseri-

do no ordenamento jurídico por meio do Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d1355.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm). Acesso em 04 de setembro de 2016.

70 BARBOSA, Denis Borges. In DIAFÉRIA, Adriana. Patente de genes humanos e a tutela dos interesses difusos: o direito ao progresso econômico, científico e tecnológico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. xxiii.



um equilíbrio no desfrute dos direitos conferidos pela patente<sup>71</sup>.

Desta forma, quando a lei ordinária afastar da possibilidade de patenteamento determinada invenção que poderia significar um avanço no desenvolvimento tecnológico e econômico do país, pode-se entender que a discriminação legal estaria desatendendo ao interesse do desenvolvimento tecnológico e econômico e atendendo políticas públicas embasadas em resultados imediatistas ou em claro suporte de grupos de interesse. No mais, toda e qualquer restrição a direito fundamental deverá atender ao princípio da proporcionalidade.

Assim sendo, não se trata de um simples privilégio instituído por lei que deva ser interpretado de forma restritiva, mas de uma liberdade ou mesmo um direito fundamental assegurado como tal, que deve ser interpretado de forma ampla, atendendo-se, também, às finalidades constitucionalmente impostas nesta interpretação. Ou seja, deve ser realizada verdadeira ponderação de interesses entre o direito à proteção patentária, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa e o direito ao desenvolvimento científico e tecnológico.

Consequentemente, na medida em que a possibilidade de patenteamento de alguns materiais genéticos tem sem mostrado uma vantagem mercadológica na indústria farmacêutica, estudos devem ser realizados para confirmar se faz sentido a restrição legislativa às invenções biotecnológica. Entendemos que, se há uma vantagem competitiva ao patenteamento destes materiais biológicos, atraindo *players* e investimentos para países que concedam o patenteamento, deve-se realizar alteração legislativa e na prática nacional, para que ofereçamos um mercado nas mesmas condições.

Note-se, então, que a LPI optou pela enunciação expressa do que não pode ser objeto de patente, seja por não ser invenção, seja por proibição baseada na violação à moralidade, ordem pública e bons costumes. Em princípio, tudo é invento, salvo as exclusões listadas no art. 10, da LPI<sup>72</sup>. Assim, em regra, é patenteável toda solução técnica para um problema técnico (invenção) que seja nova, não seja óbvia para um técnico no assunto, e

permitida reprodução ilimitada sem intervenção humana em cada caso<sup>73</sup>.

Também, a construção do art. 18, da LPI, do “não dever ser” fixa a concessão do privilégio de forma ampliada, já que toda e qualquer hipótese não constante das proibições elencadas nesses dispositivos legais poderão dar margem à sua concessão, ao reconhecimento e à proteção pelo Estado<sup>74</sup>.

De uma forma geral, *quanto aos materiais biológicos meramente isolados*, estes seriam meras descobertas, por não apresentarem diferença para os produtos da natureza. Desta forma, mesmo que não houvesse a exclusão legal, pelo inciso IX, do art. 10, não haveriam de ser consideradas como invenção, com base no inciso I.

Denis Borges Barbosa ressalta que a não-privilegiabilidade do isolamento dos produtos encontrados na natureza deveria estar no art. 18:

[...] não se pode decretar o que é, ou não, invento, eis que ser – na definição clássica – uma solução técnica para um problema técnico é uma questão de fato. A listagem do art. 10 constrói tal noção, mas não pode determinar, por exemplo, que um conhecimento que leve a uma solução técnica para um problema técnico deixe de ser invento. A lei pode fazer com que algo que seja um invento deixe de ser patenteado; mas o *locus* para tanto é o art. 18.<sup>75</sup>

Tecnicamente, entendemos que a associação de determinada sequência genética à sua função implica em mera descoberta. Tal descoberta é de extrema importância, mas trata-se de avanço que deve integrar a base do conhecimento científico. Por outro lado, a utilização da sequência em determinado processo ou produto distinto, sem que se trate de desdobramento óbvio da função identificada, poderia ser considerada como invenção.

Então, em resumo, quanto às sequências genéticas isoladas, há a vedação categórica e, no nosso entendimento, de toda sorte, seriam meras descobertas. Quanto aos demais produtos encontrados na natureza, estes deverão ser afastados do conceito de descoberta, mediante verificação no caso concreto de diferença estrutural e funcional.

71 DIAFERIA, Adriana. Patente de genes humanos e a tutela dos interesses difusos: o direito ao progresso econômico, científico e tecnológico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 176.

72 BARBOSA, Pedro Marcos Nunes; e BARBOSA, Denis Borges. O Código da Propriedade Industrial conforme os Tribunais – comentado com precedentes judiciais. Fornecido pelo segundo autor, por e-mail, em dezembro de 2013. p. 6.

73 BARBOSA, Pedro Marcos Nunes; e BARBOSA, Denis Borges. Op. cit. p. 7.

74 DEL NERO, Patrícia Aurélio. Propriedade Intelectual: A tutela jurídica da biotecnologia. São Paulo, SP: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 78.

75 BARBOSA, Denis Borges. Op. cit. p. 14.

Ressaltamos, ainda, que nem tudo encontrado naturalmente é biológico, já que envolve a significação de “vida”. Desta forma, peca a legislação nacional ao fazer a exclusão apenas dos “materiais biológicos encontrados na natureza”, deixando margem para a apropriação de produtos não-biológicos encontrados na natureza. Certamente, estes produtos não poderiam ser patenteados, por se tratarem de descobertas, caso não apresentassem diferença estrutural e funcional, mas verifica-se a atecnia legislativa que poderia ser evitada com a simples exclusão do inciso IX, do art. 10, da LPI.

Outro ponto que pode ser destacado é que, pelo teor da lei, não é invenção “inclusive o genoma ou germaplasma de qualquer **ser vivo natural** e os processos biológicos naturais”. Assim, uma primeira conclusão sobre a possibilidade de patenteamento dentro da legislação brasileira é de que podemos admitir o patenteamento da **sequência genética de seres vivos não-naturais**. Mas o que seriam os seres vivos não-naturais? Utilizando-se o termo da prática jurisprudencial norte-americana, seres naturais são os **produtos da natureza**, ou seja, aqueles que ocorrem naturalmente e que não decorram da inventividade humana. Consequentemente, seres não-naturais seriam aqueles que não ocorreriam naturalmente. Um exemplo seriam os **organismos geneticamente modificados**.

Desta forma, as sequências genéticas, com funções identificadas, de organismos geneticamente modificados poderiam ser abraçadas pela patente, já que não incluídas na vedação categórica, bem como não se confundem com as descobertas, tendo em vista sequer serem encontradas na natureza. Outra possibilidade de patenteamento, também, seria o DNA recombinante e, por vezes, caso seja distinta da encontrada na natureza, a proteína recombinada.

Quanto ao cDNA, trata-se de DNA sintético, distinto estruturalmente do DNA natural, mas contendo idêntica informação genética, sendo complementar (de forma natural) ao mRNA, que, por sua vez, por ser um produto da natureza por excelência, não atenderia ao conceito de invenção<sup>76</sup>.

76 Destacamos, ainda, que o cDNA é passo obrigatório em pesquisas, sendo óbvio e necessário. “Entre as tecnologias de análise da expressão gênica em larga escala, as principais e mais rentáveis, em termos de quantidade e qualidade da informação gerada, são (i) sequenciamento em larga escala de bibliotecas de cDNA, gerando a informação conhecida como EST (expressed sequence tags ou etiquetas de sequências transcritas); (ii) a tecnologia denominada

Todavia, recomendamos que seja dado o tratamento de invenção ao cDNA, diante do cenário legislativo e prática internacional, para que seja atingida a homogeneização do tema, com base na diferença funcional por sua maior utilidade.

Ressaltamos, ainda, o art. 18, da LPI, que enumera situação de impossibilidade de patenteamento, incluindo, ali o todo ou parte dos seres vivos, poder-se-ia entender as sequências genéticas como parte dos seres vivos.

Art. 18. Não são patenteáveis:

III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microrganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, microrganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.

De toda sorte, esta seria uma interpretação ampla dada a uma restrição a direito fundamental, conforme visto anteriormente, o que não deve ser aceito. Ou seja, à restrição deve-se dar a interpretação mais estrita, que atenda às finalidades da lei. Assim sendo, não há de se confundir a sequência genética com a parte de um ser vivo, até mesmo porque, quando a lei quis se referir ao genoma ou sequências genéticas, mesmo que de forma genérica, o fez de forma expressa (art. 10, IX, e parágrafo único, do art. 18, ambos da LPI).

Pelo estudo sistemático dos referidos dispositivos legais, pode-se atestar o seguinte: (i) sequências naturais ou isoladas não seriam invenção; (ii) demais materiais biológicos encontrados na natureza, meramente isolados, não seriam invenção, (iii) materiais biológicos não encontrados na natureza são invenção (por exemplo, os geneticamente modificados); (iv) materiais não-biológicos meramente isolados e encontrados na natureza são descobertas e não poderiam ser objeto de patente; (v) materiais não-biológicos, mesmo que encontrados na

SAGE (análise seriada da expressão gênica); (iii) microarrays ou chips de DNA. (...) As bibliotecas (de cDNA) são preparadas a partir de mRNA isolado das amostras de interesse, utilizando a enzima transcriptase reversa, que gera um DNA complementar ao mRNA.” Destacamos que, nas 3 tecnologias citadas, há o uso do cDNA como etapa óbvia e necessária. MARQUES, Marilis do Valle; e SILVA, Aline Maria da. Genômica funcional: transcriptoma. In MIR, Luís (org.). Genômica. São Paulo, SP: Atheneu, 2004. p. 123.

natureza, poderiam ser objeto de patente, caso atendam aos requisitos de diferença estrutural e funcional; (vi) o cDNA tem sido entendido como invenção e, apesar de veicular parte da informação contida no genoma, não se confunde com o conceito de genoma e poderá ser patentado – de toda forma, não é natural, mas, sim, sintético – ou seja, não há vedação expressa na lei brasileira; e (vii) o DNA recombinante é invenção e poderá ser patentado já que não seria natural, por excelência; por outro lado, a proteína recombinada, caso idêntica à encontrada naturalmente, não seria considerada invenção, por ausência de diferença funcional.

Verifica-se, do estudo da tendência do processo de concessão de patentes, que os países mais industrializados, antes de adotar algum sistema de regulamentação da propriedade intelectual, buscaram assegurar e garantir determinado nível de desenvolvimento tecnológico, científico e industrial – ou seja, a tendência é de não se reconhecer direitos às patentes antes do atingimento de determinado nível de desenvolvimento nacional<sup>77</sup>. Enfim, a experiência histórica demonstra que a maioria dos países adotou proteção fraca e incompleta até alcançarem estágios avançados de desenvolvimento e muitos violaram os direitos de patentes de outros países<sup>78</sup>. Mas o Brasil tem cenário diferenciado, no que se refere à disponibilidade de recursos genéticos, que merece estudo apropriado, por ser considerado um país “megadiverso”<sup>79</sup>.

Desta forma, é impositivo que estudos sejam feitos para que o cenário nacional seja analisado: qual o nível

de desenvolvimento biotecnológico brasileiro, levando-se em consideração, também, que o Brasil é um dos países mais ricos em biodiversidade<sup>80</sup>? É necessário que saibamos converter a riqueza de biodiversidade em ferramenta para a competitividade<sup>81</sup>.

Há, então, algumas premissas: (i) existe um potencial competitivo nas criações com base em produtos e processos biológicos; (ii) o Brasil é um país rico em biodiversidade – ou seja, possui vasta matéria-prima a ser pesquisada para utilização na biotecnologia; (iii) tais pesquisas envolvem investimentos de grande monta que necessitam da garantia de alguma contrapartida; (iv) o reconhecimento de direitos de propriedade intelectual sobre as criações advindas de tais pesquisas pode funcionar como esta garantia aos investidores; (v) o sistema de direitos de propriedade intelectual deve ser claro quanto às possibilidades de patenteamento e pautar-se na vedação à proteção para descobertas, para garantir o desenvolvimento científico.

A ABRABI (Associação Brasileira de Empresas de Biotecnologia), em 1991<sup>82</sup>, ou seja, há mais de duas décadas, manifestou-se contrária a qualquer forma de privilégio industrial ou exploração comercial do organismo humano e de suas partes constituintes, mas entendia válidas todas as aplicações da ciência e da técnica na produção de bens e serviços que digam respeito ao diagnóstico, ao tratamento corretivo e à prevenção de distúrbios da saúde humana.

Todavia, já em 2005, tal Associação, por seu Presidente à época, Sr. Antônio Paes de Carvalho, em audiência da CPI da Biopirataria, manifestou opinião no sentido de que, se o Brasil insistisse em não patentear nossas moléculas mais importantes, o País ficaria isolado do resto do mundo com relação à Biotecnologia, ressaltando que a legislação brasileira não concede patentes para os seres vivos naturais ou suas partes e, além disso, impede o patenteamento de extratos e substâncias

77 DEL NERO, Patrícia Aurélio. Propriedade Intelectual: A tutela jurídica da biotecnologia. São Paulo, SP: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. pp. 266-267.

78 BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 5402/2013. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=9716B7CC43354ED6CCF44E5AE7249BEB.node2?codteor=1090597&filename=Avulso+-PL+5402/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9716B7CC43354ED6CCF44E5AE7249BEB.node2?codteor=1090597&filename=Avulso+-PL+5402/2013). Acesso em 02 de setembro de 2016. p. 7.

79 País de megadiversidade é termo técnico usado pela Conservação Internacional, organização não governamental, sediada em Washington D.C., nos Estados Unidos, com escritório no Brasil, em Belo Horizonte, Minas Gerais, que visa à proteção de hotspots de biodiversidade, áreas selvagens ou regiões marinhas de alta biodiversidade ao redor do globo. O termo é usado para designar os países mais ricos em biodiversidade do mundo. O número de plantas endêmicas – aquelas que só existem no país e em nenhum outro lugar – é o critério principal para que ele seja considerado ‘de Megadiversidade’. Outros critérios são o número de espécies endêmicas em geral e o número total de mamíferos, pássaros, répteis e anfíbios. CONSERVAÇÃO INTERNACIONAL – BRASIL. Disponível em: <http://www.conservation.org.br/como/index.php?id=11>. Acesso em 04 de setembro de 2016.

80 CONSERVATION INTERNATIONAL DO BRASIL. Megadiversidade. Disponível em: <http://www.conservation.org.br/como/index.php?id=11>. Acesso em 02 de setembro de 2016.

81 AMBIENTE BRASIL. Biodiversidade: ferramenta para a competitividade. Disponível em: [http://ambientes.ambientebrasil.com.br/gestao/artigos/biodiversidade%3A\\_ferramenta\\_para\\_a\\_competitividade.html](http://ambientes.ambientebrasil.com.br/gestao/artigos/biodiversidade%3A_ferramenta_para_a_competitividade.html). Acesso em 02 de setembro de 2016.

82 SCHOLZE, Simone Henriqueta Cossetin. Os direitos de propriedade intelectual e a biotecnologia. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Agosto de 1997. Disponível em: <http://seer.sct.embrapa.br/index.php/cct/article/view/8916/5036>. Acesso em 02 de setembro de 2016. p. 50-51.



químicas puras isoladas da natureza<sup>83</sup>. Destacou, ainda, que o inventor brasileiro precisa sair do País<sup>84</sup> para obter proteção aos seus inventos. Ainda, deu como exemplo o caso do produto *cururá*, um relaxante muscular utilizado em cirurgias, que foi levado para a Europa e transformado quimicamente – um medicamento de origem brasileira que foi aproveitado economicamente no exterior. Em suas palavras<sup>85</sup>:

“É inadmissível que o Brasil, economia importante, se recuse a estimular o patenteamento dessas substâncias de moléculas puras. (...) O Brasil é um país megadiverso. Essa política também pode levar à biopirataria.”

Verifica-se, então, que o Brasil, ao não permitir, ao menos pela letra fria da lei, o patenteamento de alguns materiais genéticos, encontra-se em posição afastada de muitos modelos internacionais, dificultando a harmonização do sistema, causando dificuldades ao inventor e investidor biotecnológico.

Elaboramos um breve resumo com as principais informações contidas em estudo disponibilizado pelo INPI, apenas para que se possa verificar a posição do Brasil diante da posição de alguns países, com relação à possibilidade de patenteamento ou não de materiais biológicos.<sup>86</sup>

#### a) Estados Unidos<sup>87</sup>

Os Estados Unidos da América são signatários da

83 Este mesmo posicionamento também consta de palestra oferecida pelo Sr. Antônio Paes de Carvalho, no 8º encontro de Propriedade Intelectual e Comercialização de Biotecnologia, ocorrido de 20 a 22 de junho, de 2005, no Hotel Rio Othon Palace, Rio de Janeiro. Disponível em: [http://www.redetec.org.br/publicue/midia/antonio\\_paes.pdf](http://www.redetec.org.br/publicue/midia/antonio_paes.pdf). Acesso em 30 de agosto de 2016.

84 Verificando-se o sítio da FIOCRUZ, percebemos que alguns pesquisadores nacionais buscam proteção patentária no exterior. Por exemplo, Ricardo Galler e Marcos Freire buscaram proteção na Alemanha, Inglaterra, França, México e Índia para o cDNA infeccioso de febre amarela. Disponível em: <http://www.fiocruz.br/ioc/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=11>. Acesso em 30 de agosto de 2016.

85 AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. Abrabi reclama falta de patenteamento de moléculas puras. 23 de novembro de 2005, às 17:02. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/79407.html>. Acesso em 30 de agosto de 2016.

86 Estudo Comparativo dos Critérios de Patenteabilidade para Invenções Biotecnológicas em diferentes países. Julho de 2007. Disponível em: [http://www.inpi.gov.br/images/stories/Estudo\\_Comparativo\\_dos\\_Critériosde\\_Patenteabilidadepara\\_Invenções\\_Biotecnológicas\\_em\\_Diferentes\\_Pases1.pdf](http://www.inpi.gov.br/images/stories/Estudo_Comparativo_dos_Critériosde_Patenteabilidadepara_Invenções_Biotecnológicas_em_Diferentes_Pases1.pdf). Acesso em 30 de agosto 2016.

87 FREITAS, Rogério Edivaldo; e ZUCOLOTO, Graziela Ferreira. Propriedade Intelectual e aspectos regulatórios em biotecnologia: Estados Unidos. In Propriedade Intelectual e Aspectos Regulatórios em Biotecnologia. FREITAS e ZUCOLOTO (org.) Rio de Janeiro: IPEA, 2013.

Convenção da União de Paris (CUP), bem como do Acordo TRIPs (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), portanto, buscam promover a proteção sobre as criações intelectuais. A base legal norte-americana, de forma geral, encontra-se no Título 35 do Código dos Estados Unidos, devendo a patente ser examinada com base no Manual do Procedimento do Exame de Patentes (MPEP) do Escritório de Patentes (USPTO). Neste sentido, impõe-se o atendimento a alguns requisitos de patenteabilidade: que se trate de processo, máquina, manufatura ou composição de matérias; que seja novo, útil e não óbvio, além de haver suficiência descritiva no pedido.

Nos Estados Unidos, o cenário é de presença de mão-de-obra altamente qualificada e de empresários que investem em capital de risco, que condicionam as taxas de nascimento e o bom desempenho da indústria biotecnológica. São apontados como fatores que conduziram a um amplo processo de recondução de investimentos dos departamentos universitários para o setor privado a decisão no Caso Chakrabarty e o *Bayh-Dole Act*. Todavia, mesmo em mercados desenvolvidos, a contribuição da indústria privada não é o fator determinante para a evolução da base científica, tendo em vista o caráter “quase bem público” da pesquisa científica. Algumas características do cenário norte-americano podem ser resumidas em: (i) particularidade da trajetória histórica de acúmulo de conhecimento e articulação entre as universidades e o setor produtivo; (ii) aportes governamentais; e (iii) visão pragmática quanto ao uso dos conhecimentos científicos e atribuição de direitos de propriedade.

Esclarecemos que foi verificado anteriormente a legislação norte-americana e sua prática de patenteamento de alguns materiais genéticos, especialmente no que se refere aos produtos isolados e purificados ou extraídos da natureza, em Capítulo específico, para o qual remetemos o leitor. De uma forma geral, quanto aos materiais genéticos, as sequências isoladas não têm mais a proteção reconhecida, por serem entendidas como descobertas, mas apenas o cDNA.

#### b) Europa<sup>88</sup>

Trata-se de cenário de articulação supranacional, havendo forte participação dos Estados envolvidos e

88 FREITAS, Rogério Edivaldo; e BIANCHI, Carlos. Propriedade Intelectual e aspectos regulatórios em biotecnologia: União Europeia. In Propriedade Intelectual e Aspectos Regulatórios em Biotecnologia. FREITAS e ZUCOLOTO (org.) Rio de Janeiro: IPEA, 2013. P. 60

de grandes corporações, que alcançou sua maturidade técnica, produtiva e regulatória na década de 90, havendo uma tentativa de se reproduzir a experiência norte-americana.

A União Europeia é advinda de processo iniciado após a Segunda Guerra Mundial, objetivando união econômica e política, para fortalecimento do bloco diante do resto do mundo, para maior influência. Assim, em um destes esforços, diante da necessidade de unificação dos sistemas de patentes, ocorreu, em 1973, a Conferência Diplomática de Munique para o estabelecimento do Sistema Europeu para a Concessão de Patentes, sendo assinada a Convenção Europeia de Patentes. O Escritório Europeu de Patentes constitui o órgão executivo da Organização Europeia de Patentes e tem como objetivo estabelecer as regras de proteção patentária harmonizadas para os países membros.

No que se refere ao cenário econômico, reforça-se que o padrão de concentração das atividades em biotecnologia relaciona-se a fatores específicos como a força relativa no campo de Ciências da Vida, fatores políticos de promoção pública dessa área e a presença de indústrias específicas vinculadas ao segmento.

Os requisitos de patenteabilidade, de forma geral, são: a atividade inventiva, a novidade e a aplicação industrial. As invenções biotecnológicas que concernem a este trabalho são regidas pela Diretiva 98/44 Capítulo I, “Patenteabilidade”, podendo-se destacar o art. 3º, que permite que materiais isolados da natureza sejam objeto de invenção, mesmo que preexistam em seu estado natural. O art. 5º, ao referir-se expressamente às sequências genéticas, afirma que estas não podem constituir invenções patenteáveis, nem mesmo a sequência parcial, no item 1. No item 2, deste mesmo artigo, afirma que a sequência, parcial ou não, pode constituir invenção, desde que isolada, mesmo que sua estrutura seja idêntica a do produto natural, devendo a sua aplicação industrial ser exposta concretamente no pedido (item 3). Ou seja, a redação é controversa o que leva a problemas de ordem prática.

c) Japão<sup>89</sup>

Assim como os Estados Unidos, o Japão é signatário

89 SOUSA, André Gervásio de. Propriedade Intelectual e aspectos regulatórios em biotecnologia: Japão. In Propriedade Intelectual e Aspectos Regulatórios em Biotecnologia. FREITAS e ZUCOLOTO (org.) Rio de Janeiro: IPEA, 2013

da CUP, desde 1899, bem como do TRIPs. A base legal do sistema de patentes, quanto às invenções biotecnológicas e, em especial, quanto aos materiais genéticos, é constituída pela Legislação Japonesa Relacionada à Propriedade Industrial (seções 29 e 36), de 2004, pelo Guia de Exames de Patentes e de Modelo de Utilidade, de 2007, que trata, na Parte VII, sobre o Guia de Exames para Invenções em Campos Específicos (como por exemplo, Biológico e Medicinal).

Os requisitos de patenteabilidade são, de uma forma geral, a aplicabilidade industrial, a novidade, a não obviedade e a suficiência descritiva.

O Japão apresentou defasagem com relação ao patenteamento biotecnológico, o que induziu o poder público a implementar medidas diversas para o fomento da inovação biotecnológica, podendo-se nomear cinco medidas: (i) uma lei para a promoção da transferência tecnológica entre universidades e empresas (1998); (ii) uma lei para revitalização da indústria (à semelhança da Lei *Bayh-Dole* norte-americana, em 1999); (iii) desenvolvimento de estratégias básicas para a criação da indústria biotecnológica (1999); (iv) instituição de nova estratégia desenvolvimentista para a renovação do Japão (2000); e (v) o delineamento de estratégias para a indústria biotecnológica (2002).

A legislação patentária japonesa, a partir de um conceito amplo de novidade e de aplicabilidade industrial, considera os fragmentos de DNA, genes e proteínas recombinantes como compostos químicos, facilitando o patenteamento. A prática assemelha-se à europeia, em que o fragmento de DNA com alta homologia a uma sequência conhecida, com uma função conhecida, não preenche o critério da novidade, a menos que o inventor prove que o fragmento tem uma função que era previamente desconhecida e que seja aplicável industrialmente.

d) China<sup>90</sup>

À semelhança do Brasil, a China também é um país rico em diversidade biológica assim como a Índia.<sup>91</sup>

90 ZUCOLOTO, Graziela Ferrero. Propriedade Intelectual e aspectos regulatórios em biotecnologia: China. In Propriedade Intelectual e Aspectos Regulatórios em Biotecnologia. FREITAS e ZUCOLOTO (org.) Rio de Janeiro: IPEA, 2013.

91 COSTA, Cíntia Reis; PARANHOS, Julia; e VASCONCELOS, Alexandre Guimarães. Brasil, Índia e China: o marco legal da biodiversidade e a proteção patentária no âmbito do sistema farmacêutico de inovação. Disponível em: [http://www.altec2013.org/programme\\_pdf/655.pdf](http://www.altec2013.org/programme_pdf/655.pdf). Acesso em 04 de setembro de 2016. Pp.

Somente a partir da década de 1980 a China tornou-se membro da OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual), ratificando os principais acordos, como a CUP e o TRIPS.<sup>92</sup>

A Lei de Patentes da República Popular da China foi instituída em 1984, sofrendo revisões nos anos de 1992 e 2000, sendo que, após este período, algumas regulamentações específicas acerca da biotecnologia têm sido implementadas, a exemplo, o Decreto de n. 306, do Conselho de Estado da República da China, de junho de 2001.

Os critérios de patenteabilidade são: inventividade, novidade e aplicabilidade prática, além da suficiência descritiva; e estão descritos no art. 22, do Capítulo II, da Lei de Patentes Chinesa.

De acordo com a experiência chinesa, microorganismos isolados de uma cultura e desde que tenham uso industrial particular podem ser patenteados, assim como os materiais genéticos, por serem considerados substâncias bioquímicas, desde que isolados e purificados.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O patenteamento de invenções biotecnológicas e, principalmente, do todo e partes dos seres vivos sempre foi cercado de controvérsias em vista do entendimento segundo o qual o sistema de patentes foi concebido para a proteção dos desenvolvimentos tecnológicos inanimados. Ressalta-se ainda que questões éticas e religiosas também influenciaram esse tipo de proteção, de forma a restringir as patentes aos seres vivos. Busca-se evitar assim a tentativa de o homem atuar como falso Deus por meio das manipulações de organismos vivos.

9-11.

“Em torno de 31 mil espécies de plantas são nativas, o que representa aproximadamente um oitavo do total mundial, incluindo centenas de espécies presentes exclusivamente no país. Adicionalmente, 200 mil espécies de animais conhecidos e 30 mil espécies de microorganismos são encontradas no país. (...) Os recursos chineses são únicos: A China concentra 56 grupos minoritários, muitos vivendo em áreas isoladas (...) oferece grande portencial para o estudo de doenças genéticas.” ZUCOLOTO, Graziela Ferrero. Propriedade Intelectual e aspectos regulatórios em biotecnologia: China. In Propriedade Intelectual e Aspectos Regulatórios em Biotecnologia. FREITAS e ZUCOLOTO (org.) Rio de Janeiro: IPEA, 2013. p. 107

92 ZUCOLOTO, Graziela Ferrero. Propriedade Intelectual e aspectos regulatórios em biotecnologia: China. In Propriedade Intelectual e Aspectos Regulatórios em Biotecnologia. FREITAS e ZUCOLOTO (org.) Rio de Janeiro: IPEA, 2013. p. 107),

Inúmeras discussões e decisões judiciais nos Estados Unidos e Europa sobre patenteamento de seres vivos ocorreram desde 1950, não obstante o fato de já existir desde 1930 o *Plant Patent Act* nos Estados Unidos que reconheceu as variedades de plantas como objetos passíveis de proteção patentária.

Relevam-se duas decisões judiciais principais, emitidas pela Suprema Corte, que procuraram dirimir as controvérsias e estabeleceram parâmetros técnicos para assegurar o patenteamento da biotecnologia. O Caso Chakrabarty é o mais emblemático, pois aceitou o patenteamento de produtos da natureza que sofressem intervenção humana, afastando-se assim influência de preconceitos éticos e morais, pois “*everything under the Sun that is made by man [may be patentable]*”.

Com base nessa compreensão da intervenção humana sobre organismos da natureza, a mesma Suprema Corte restabeleceu os contornos proprietários do patenteamento de seres vivos e direcionou-se no sentido de não se reconhecer a possibilidade de patentear sequências genéticas isoladas, à luz da Teoria dos Produtos da Natureza. Tal decisão foi importante na medida em que estabeleceu parâmetros para a distinção entre descoberta e invenção, especificamente no que se refere às sequências genéticas.

Se, por um lado, a decisão da Suprema Corte afastou a proteção para a sequência de DNA isolado, o cDNA teve a sua proteção reconhecida. Claramente, existe, em ambos os casos, a diferença estrutural para o produto encontrado na natureza, sendo que, na sequência isolada, a Suprema Corte não reconheceu a diferença funcional entre o DNA isolado e o cDNA. Por outro lado, apesar de compreendermos que o cDNA veicula o mesmo conteúdo informacional que o DNA isolado, a Suprema Corte entendeu por permitir o patenteamento deste cDNA, vislumbrando a diferença funcional pela maior utilidade.

A importância do Caso Myriad foi construir bases para uma Doutrina dos Produtos da Natureza, esclarecendo algumas premissas para aplicação em casos concretos, tendo em vista a necessária adequação ao conceito de invenção. A importância desse caso justifica-se ainda como parâmetro para modificações na legislação brasileira, de forma a flexibilizá-la e permitir uma proteção maior aos inventos da natureza, tendo em vista a sistematização ali estabelecida para a compreensão da possibilidade de patenteamento ou não de alguns ma-



teriais genéticos.

Com base na decisão do Caso Myriad, pode-se, resumidamente, alcançar os seguintes pontos conclusivos para a proteção patentária:

(i) O produto deverá ser verdadeiramente uma invenção e não uma simples descoberta;

(ii) Um produto idêntico ao preexistente, mesmo que derivado de uma nova fonte, não atende ao requisito de novidade;

(iii) Um produto meramente extraído e que não apresenta nenhuma alteração não poderá ser patenteado;

(iv) Um produto isolado deverá ser bem mais útil do que a sua forma natural;

(v) O produto só será uma invenção se apresentar diferença estrutural e funcional com relação a um produto de ocorrência natural;

(vi) A caracterização da diferença funcional pode advir de uma maior utilidade significativa (*greater*) (novo valor terapêutico e comercial).

Quando do patenteamento de sequências genéticas, verifica-se que está em jogo, a informação genética necessária à inovação tecnológica, por se tratarem de ferramentas básicas e preponderante para novos desenvolvimentos.

Dessa forma, a questão da possibilidade de patenteamento ou não, antes da análise do texto legal, deve passar por uma análise de política legislativa, ponderando-se os interesses que estão em jogo: necessidade de se garantir o retorno aos investimentos realizados; a necessidade de se proteger a biodiversidade como patrimônio de uma nação; e a necessidade de se incentivar a realização de pesquisas para promoção do desenvolvimento científico e tecnológico. Esse é o procedimento a ser adotado no Brasil cuja lei de patentes é vacilante quanto à proteção de seres vivos e invenções biotecnológicas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Denis Borges. *Relatório de Análise da incorporação do conhecimento levantado e sua possível aplicação no Brasil Contrato n. 2010/000426. PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. SERVIÇOS DE CONSULTORIA. PROJETO*

*PNUD/BRA/06/032. BRASÍLIA. Termo de Referência n. 133963. Fornecido pelo autor, por e-mail, a cladelacerda@gmail.com, em dezembro de 2013. Sem data de lançamento.*

BEAUCHAMP, Christopher. Patenting nature: a problem of history. *Stanford Technology Law Review*, Brooklyn, v. 16, n. 296, 25 set. 2012. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2152105](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2152105). Acesso em: 30 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. The pure thoughts of Judge Hand: A historical note on the patenting of nature. [S.l.: s.n., 2011]. Disponível em: [http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM\\_PRO\\_071307.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_071307.pdf). Acesso em: 27 de julho de 2016.

BELCHER, Brian and HAWTIN, Geoffrey. A patent on life: ownership of plant and animal research. In: NAIR, Krg; KUMAR, Ashok. *Intellectual Property Right*. New Delhi: Allied Publishers Ltd., 2005. p. 263-298. Disponível em: [http://books.google.com.br/books?id=orZWIAIhAzAC&pg=PA282&lpg=PA282&dq=key+dismukes+chakrabarty&source=bl&ots=L12MsQWQup&sig=jV0KFY9EivNyXowij37amhW4f70&hl=pt-BR&sa=X&ei=JjBpU8TfCYrhygG\\_m4HgBA&ved=0CEoQ6AEwAw#v=onepage&q=key%20dismukes%20chakrabarty&f=false](http://books.google.com.br/books?id=orZWIAIhAzAC&pg=PA282&lpg=PA282&dq=key+dismukes+chakrabarty&source=bl&ots=L12MsQWQup&sig=jV0KFY9EivNyXowij37amhW4f70&hl=pt-BR&sa=X&ei=JjBpU8TfCYrhygG_m4HgBA&ved=0CEoQ6AEwAw#v=onepage&q=key%20dismukes%20chakrabarty&f=false). Acesso em: 25 de julho de 2016.

BENNETT, I. C.; GATTAS, M.; TEH, B.T. The Genetic Basis of Breast Cancer and its Clinical Implications. *Aust. N. Z. J. Surg.* [S. l.], v. 2, n. 69, p. 95 – 105, fev. 1999.

BOWMAN, Andrew. Genes 101: Are human genes patentable subject matter? *Rich. J. L. & Tech.* [S.l.], v. 18, n. 4, [s. d.]. Disponível em: <http://jolt.richmond.edu/v18i4/article15.pdf>. Acesso em: 27 de julho de 2016.

COOK-DEGAN, Robert. HEANEY, Christopher. *Gene Patents and Licensing: Case Studies Prepared for the Secretary's Advisory Committee on Genetics, Health and Society*. USA: Nature, 2010. Disponível em: <http://www.nature.com/gim/journal/v12/n1s/full/gim2010138a.html>. Acesso em 23 de julho de 2016

DIAFÉRIA, Adriana. *Patente de Genes Humanos e a tutela dos direitos difusos. O direito ao progresso econômico, científico e tecnológico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GREELY, Henry T. The future of gene patents and the

implications for medicine. *JAMA Internal Medicine*. Volume 173, Number 17. Stanford University: September 23, 2013. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2325679](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2325679). Acesso em: 25 de julho de 2016.

HARKNESS, Jon M. Dicta on Adrenalin(e): Myriad problems with Learned Hand's Product-of-Nature Pronouncements in *Parke-Davis v. Mulford*. Disponível em: [https://works.bepress.com/jon\\_harkness/1/](https://works.bepress.com/jon_harkness/1/). Acesso em 29 de julho de 2016.

\_\_\_\_\_. Myriad Misunderstandings on *Parke-Davis v. Mulford*. [S.l.: s.n., 2012]. Disponível em: <http://patentlyo.com/patent/2012/05/myriad-parke-davis.html>. Acesso em 26 de julho de 2016.

KHAN, Fazal; e KESSLER, Lindsay. \_\_\_\_\_. Genomics Unbound: The scientific and legal case against patents based on naturally occurring DNA sequences. *Nevada Law Journal* vol. 13:668. USA: Junho de 2013. Disponível em: [http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1918&context=fac\\_artchop](http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1918&context=fac_artchop). Acesso em: 27 de julho de 2016.

KHAN, Fazal; e KESSLER, Lindsay. Gene patents no

more? Deciphering the meaning of Prometheus. *Annals Health L. Informed Consent* 19 (2012). USA: 2012. Disponível em [http://digitalcommons.law.uga.edu/fac\\_artchop/920](http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/920). Acesso em: 27 de julho de 2016.

MIR, Luís (org.). *Genômica*. São Paulo, SP: Atheneu, 2004. p. 123.

PASSOS-BUENO, Maria Rita. MOREIRA, Eloísa de Sá. Ferramentas Básicas da Genética Molecular Humana. In: MIR, Luís (org.). *Genômica*. São Paulo, SP: Atheneu, 2004.

SCHOLZE, Simone Henriqueta Cossetin. *Os direitos de propriedade intelectual e a biotecnologia*. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Agosto de 1997. Disponível em: <http://seer.sct.embrapa.br/index.php/cct/article/view/8916/5036>. Acesso em: 25 de julho de 2016.

VAZ E DIAS, José Carlos. *Intellectual property rights protection and the inflow of foreign technology and direct foreign investment: the Brazilian case. Tese submetida à Universidade de Kent em Canterbury como requisito à obtenção do título de Doutor em Filosofia Legal em Agosto de 1993.*

## Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. Revista de Direito Internacional classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a comissão editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Comissão Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);



Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresen-

tação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

7. Com a publicação do artigo o autor receberá cinco exemplares da revista. No caso de resenha o autor receberá dois exemplares.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

#### **Envio dos trabalhos:**

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico [www.rdi.uni-ceub.br](http://www.rdi.uni-ceub.br)

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a Revista de Direito Internacional passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

